



2022.2

ANAIS DE EVENTO

LADVASF



2023 by LADVASF
Copyright © LADVASF
Copyright do Texto © 2023 Os autores
Copyright da edição © 2023 LADVASF
Direitos cedidos para esta edição à
LADVASF pelos autores.

Editor Chefe

Yuri Augusto Gomes Fontes

Editor

Yuri Augusto Gomes Fontes

Diagramação

Yuri Augusto Gomes Fontes

Sara Rubens Andrade

Iarley Islander Silva Sousa

Revisão

Os Autores

ANAIS DE EVENTO: NOVAS VOZES DO DIREITO EDIÇÃO 2022.2

Todo o conteúdo, dados, informações e correções presentes nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores. O compartilhamento e o download da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores.

É proibido realizar quaisquer alterações na obra e utilizá-la para fins comerciais. A comissão organizadora do evento "[Novas Vozes do Direito](#)" não se responsabiliza por quaisquer mudanças que possam ocorrer nos endereços convencionais ou eletrônicos mencionados nesta obra.

Comissão Organizadora:

Liga Acadêmica de Direito do Vale do São Francisco – LADVASF

Laíse Nunes Mariz Leça – Orientadora

Isadora Moura Fé Cavalcanti Coelho – Orientadora

Yuri Augusto Gomes Fontes – Presidente

Sara Rubens Andrade – Vice-presidente

Iarley Islander Silva Sousa – Coordenador de Comunicação e Extensão

Vanessa Silva Santos – Coordenadora de Pesquisa

Anais do Novas Vozes do Direito (2022.2 Petrolina/PE)

A532m

ANAIS DE EVENTO: NOVAS VOZES DO DIREITO EDIÇÃO 2022.2.
Organizadores: Laise Nunes Mariz Leça [et al.]. – Petrolina-PE:
LADVASF, 2023. 149p.

Material bibliográfico em PDF

Disponível em: <https://facape.otimizeit.com.br/ladvasf>

ISBN 978-65-998479-7-4

Demais organizadores: Sara Rubens Andrade, Yuri Augusto Gomes Fontes,
Iarlley Islander Silva Sousa, Isadora Moura Fé Cavalcanti Coelho, Vanessa
Silva Santos. 1 – Pesquisa e Metodologia 2 – ANAIS DE EVENTO:
NOVAS VOZES DO DIREITO EDIÇÃO 2022.2.

CDD 000.0



SUMÁRIO

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	5
--	---

Lucas Matheus Rodrigues Constantino

Vitor Mateus Santos Almeida

AS NUANCES DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, PRINCIPIOLÓGICOS E PSICOSSOCIAIS	31
--	----

Mateus Pereira de Menezes Alves

OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA FRENTE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DO GATO DE ENERGIA ELÉTRICA	61
--	----

Alana Maria Souza Siqueira

Glaydson Barbosa de Lima

MÃES EM CÁRCERE: A VIOLAÇÃO DO DIREITO A MATERNIDADE E A GRAVIDEZ EM CÁRCERE.....	85
---	----

Ana Vitória Alves dos Santos

Izabel Soares Limeira

REALIDADE CARCERÁRIA DA UNIDADE PRISIONAL DE JUAZEIRO/BA NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2022: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS ..	108
---	-----

Deílson dos Santos

José Carlos da Silva Segundo

A SOCIEDADE INVISÍVEL: O ESTADO COMO GARANTIDOR DO DIREITO À SAÚDE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA	125
--	-----

Júlio César Severo Ribeiro

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

THE DEJUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH

Lucas Matheus Rodrigues Constantino¹

Vitor Mateus Santos Almeida²

Laíse Nunes Mariz Leça³

RESUMO: O trabalho se trata de uma pesquisa bibliográfica, através de artigos, livros e notícias, tendo como objetivo buscar formas e ideias consensuais para a efetivação do direito à saúde, de maneira mais célere e que retire a necessidade de buscar o judiciário, que atualmente encontra-se cheio de demandas pendentes, portanto acaba beneficiando ambos polos da ação e como a saúde não é um bem que pode esperar dois anos para ser garantido, é importante a interferência de instituições como Procon, Câmara de resolução de conflitos de saúde e central de atendimento de demandas judiciais. O presente trabalho mostrará a evolução do direito à saúde, tecerá comentários sobre o SUS, e por fim apresentará as formas consensuais de resolução de conflitos

Palavras-Chaves: Desjudicialização, Saúde, Consensual, Direito, Administrativo.

ABSTRACT: This academic work it's about a bibliographic research, through articles, Books and News, and has as goal looking for consensual ways and consensual ideas to effectiveness health right, so that it is faster and take out the necessity to seek the judiciary, which in currently is full of pending cases, therefore, it's good to both side of the law suit, and how the health it's a property that should not wait at least two Years for the process's end, its important the institutions' interference like Procon, Câmara de resolução de conflitos de saúde and Central de Atendimento de Demandas Judiciais. This academic work shows up the health right's Evolution and demonstrate information about SUS, finally show up consensual ways to conflict resolution.

Key words: Dejudicialization, Health, Consensual, Right, Administrative.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Petrolina – FACAPE. E-mail: lucasmrc15312gmail.com.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Petrolina – FACAPE. E-mail: vitor.almeida.24594@aluno.facape.br.

³ Advogada. Mestre em Direito. Professora assistente da Faculdade de Petrolina – FACAPE. E-mail: laisenml@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito básico do ser humano é um direito essencial, no qual, ele é resguardado através de leis e normas que instituem o Estado ou a iniciativa privada que se dispõem a prestar esse tipo de serviço a resguardar esse direito. Porém, acontece desse direito ser ferido e o indivíduo ter a necessidade em buscar o judiciário em busca de uma forma de resolução do seu problema, até mesmo sua vida.

Diante dessa questão, é trazida a ideia de desjudicialização do direito à saúde, no qual, tira da morosidade do judiciário esses temas, para que seja resolvido de forma mais célere, e que não deixe processo em aberto para a conclusão depois de anos, o que acaba trazendo preocupação para ambas as partes do processo.

Portanto, foi feita pesquisas bibliográficas, tomando como base livros, artigos, sites, leis e jurisprudências que apontam como a desjudicialização já é uma ideia que está em progressão e é palpável, principalmente levando em consideração as formas consensuais de resolução de conflitos, e órgãos administrativos como é o caso do Procon, permitindo o paciente, na figura de consumidor, possa buscar resolver sua lide, sendo essencial em cidades que não possuem órgãos específicos, como é o caso do Rio de Janeiro, que possui o CADJ e a Câmara de resolução de litígio de saúde(CRLS), no qual este conta com apoio de várias instituições responsáveis na manutenção do meio jurídico, para mediar e auxiliar a população em demandas envolvendo saúde, evitando que muitos tenha a necessidade de buscar o judiciário

Esse estudo tem como objetivo trazer informação para o meio acadêmico e enaltecer essa possibilidade que acaba ficando obscura diante da preocupação das partes em somente vencer a lide e ter seu pedido sanado, no lugar de ceder um pouco, pois, quando se trata de mediação e conciliação, não há responsabilização

de um culpado e nem se busca isso, e sim, resolver um problema que através de um simples diálogo as partes entrem em acordo.

2 CONCEITOS GERAIS QUANTO O DIREITO À SAÚDE

A conquista ao direito à saúde no Brasil passou por diversas transformações ao longo da história do nosso país. Mas, antes de entrar em todo processo histórico, é importante conceituar que saúde é o “estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para a sua fase do ciclo vital” (IBRACS, 2022). Portanto, é o bem estar de seres vivos, para que o indivíduo consiga manter-se saudável é preciso de vários fatores que possam contribuir para perfeita harmonia entre o bem estar físico e psíquico.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) também definiu a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Portanto, a saúde é um importante fator para existência dos seres vivos, e por isso um direito de fundamental importância que precisa ser defendido e protegido tanto pelo estado como pela sociedade.

Agora que vimos o conceito de saúde, vamos adentrar em todo processo de conquista e do remodelamento que esse importante direito teve na história do Brasil. No período colonial, com a chegada de Portugal ao Brasil, os lusos viram a necessidade de povoar o território brasileiro devido ao medo de perder as recentes terras conquistadas para os rivais das navegações comerciais. Na época, os referidos rivais eram a França e a Holanda que via as “terras do novo mundo” bastante interessantes e valiosas.

Portanto, com esse início desse processo de povoação foi trazido de Portugal pessoas que não tinham certa preocupação com higienização. Com isso, surgem as

primeiras doenças no Brasil, com destaque para a varíola, febre amarela e sarampo, que foram responsáveis pela grande diminuição da população indígena naquela época.

Com a vinda da Família Real para o Brasil começam a surgir várias medidas de melhoramento da colônia, onde a saúde foi um ponto entre tantos outros discutidos. Dessa forma, surgem as primeiras iniciativas para o melhoramento do bem-estar da população no país, como o surgimento da primeira organização nacional de saúde pública, foi criado o cargo de Provedor-Mor de Saúde da corte e do Estado de Brasil, e também surgiu a iniciativa de vacinação compulsória nas crianças contra varíola (FUNASA, 2015).

Já na segunda metade do século XIX vem o advento da revolução industrial, um acontecimento que trouxe profundas modificações sociais, em especial a saúde. Ocorre que, nesse movimento que se iniciou, grande parte da população que se encontrava na zona rural se desloca para áreas urbanas em busca de emprego e melhoria de vida, esse movimento é conhecido como êxodo rural. Esse deslocamento criou condições propícias aos graves surtos de doenças epidemiológicas, como os casos de tuberculose (FUNASA, 2015).

Como, nessa época, as condições de trabalho eram precárias e a jornadas eram desumanas, em que um trabalhador poderia trabalhar em locais com ambientes fechados, com pouca ventilação e com escassa limpeza, favoreceu a proliferação de doenças, como a tuberculose, que terminou sendo umas das principais causas de morte e atingindo especialmente os jovens nas idades mais produtivas, inclusive em trabalho infantil, por ser uma mão de obra mais barata (FUNASA, 2015).

Em 1878, surgiu a iniciativa do Estado para tentar diminuir a propagação de doenças contagiosas por meio da criação da obrigatoriedade da desinfecção terminal das casas e estabelecimentos públicos ou particulares (Decreto nº 7.027,

de 6/09/1878). Em 1897, os serviços relacionados à saúde pública passaram a ser competência do Ministério da Justiça, compreendidos na Diretoria Geral de Saúde Pública, intensificando a proteção desse direito essencial (FUNASA, 2015).

Nas primeiras décadas do século XX, começaram a aparecer investimentos mais efetivos na área sanitária, exemplificando, em 1988, houve um marco importante em relação ao nosso tema, que foi o surgimento da Constituição mais democrática do Brasil, que incluiu a saúde como um direito fundamental, conforme os arts. 196 e 197:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.(BRASIL,1988)

Na referida Constituição, houve a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que é um importante órgão de serviços de saúde para a população e, a partir dessa atitude do Estado, percebemos que o direito à saúde está mais protegido comparado às outras épocas, mas ter acesso, de fato, a ela ainda é um tema bastante problemático, que iremos falar mais detalhado mais na frente neste artigo.

2.1 DOS DIREITOS E FUNDAMENTOS LEGAIS QUE ABARCAM O DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988, como já falado, foi um marco para a proteção da saúde no Brasil, que terminou virando um direito fundamental social expresso no seu artigo 6º. Segundo o artigo 23 da Constituição Federal, cuidar da saúde e assistência pública é da competência tanto da União, como dos estados, do distrito federal e dos municípios.

Esse direito é regido por vários princípios, que podemos destacar: a universalidade, ou seja, toda população tem o direito a ter acesso ao serviço à saúde; o princípio da integralidade é a prestação do serviço que atenda a qualquer necessidade da população; princípio do direito à informação, que se subdivide em dois pontos: o direito do indivíduo de saber a informação da sua saúde e o direito à divulgação de informações sobre o potencial dos serviços de saúde e/ou de possíveis doenças que possa surgir que possa ameaçar a população (por exemplo, a Covid-19); o princípio da igualdade, que é a prestação do serviço sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, entre outros.

O Decreto-Lei nº 8.080/90 regula ações e serviços de saúde em todo território nacional, colocando como obrigatório o dever de o Estado ajudar na prestação e no melhoramento desse serviço.

É importante mencionar o Decreto-Lei nº 8.142/90 que objetiva a ação das comunidades na gestão do SUS, bem como explicar como será a cessão dos recursos, estabelecendo duas autoridades que farão essas administrações que seriam: os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde.

Portanto, é direito da população ter acesso de qualidade ao serviço de saúde, existindo inclusive uma carta de direitos dos usuários do SUS, em que se traçam vários princípios básicos para que os brasileiros tenham o ingresso digno nos sistemas de saúde, seja ele público ou privado, que basicamente falam que todo cidadão tem direito a tratamento de qualidade e efetivo, atendimento humanizado, que exista respeito a sua pessoa, valores e seus direitos, comprometimento e responsabilidade dos profissionais da saúde e por fim acesso organizado e ordenado ao sistema de saúde.

2.2 A RELAÇÃO ESTADO X SUS

A Constituição traz no art. 198 que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, sendo ele financiado com “os recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, segundo o parágrafo único da mesma lei.

2.2.1 Criação do SUS

É de vital importância relatar o processo histórico que levou o Sistema Único de Saúde a ser firmado no Brasil. No início do sec. XX, com influência de Oswaldo Cruz, instituiu-se o modelo das campanhas sanitárias, com o objetivo de acabar com epidemias urbanas e endemias rurais e, pelo fato do Brasil ter uma economia baseada no agronegócio, era de interesse do Estado sanitizar os espaços que passavam as mercadorias.

Depois, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e com a criação dela, veio o modelo médico-assistencialista, sendo formada do dinheiro das aposentadorias e pensões, além do apoio parcial do poder executivo. Nesse modelo, a saúde das pessoas ficaria de responsabilidade do setor privado e a saúde do coletivo seria de responsabilidade do setor público, e essas mesmas pessoas eram divididas entre as classes de trabalhadores:

O Estado assumiu seu papel regulador, retirando os trabalhadores do controle da Previdência Social e uniformizando os benefícios. O modelo de saúde passou a ter, então, as seguintes características, segundo Mendes (1999, p. 22): extensão da cobertura previdenciária; ênfase na prática médica curativa, individual, assistencialista e especializada em detrimento da saúde pública; prática médica orientada para a lucratividade do setor saúde possibilitando a capitalização da medicina e o privilégio do produtor privado de serviços de saúde (BRANT, 2004).

Em 1986 aconteceu a VIII Conferência Nacional de Saúde, que instituiu um modelo de reforma sanitária, voltada para universalização e equidade na saúde, além da instituição da unificação do sistema de saúde. No ano seguinte foi criado

o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde), precursor do que mais tarde se tornaria o SUS. O INAMPS foi gradualmente retirado da prestação direta de serviço de saúde. A Constituição Federal de 88 foi promulgada e nela estava constitucionalizado o SUS.

2.2.2 Funcionamento do SUS

Segundo o Ministério da saúde, o SUS é um sistema nacional que tem subsistemas estaduais e municipais, em que se tem ênfase nesse último sistema, pois ele é responsável pelo atendimento local na sua região. Embora não necessariamente vinculados à prefeitura ou ao território que estão localizados, as ações desenvolvidas para os municípios podem ser desenvolvidas inclusive pelos Estados, União e entes privados, bastando apenas que fique organizado de forma que esteja disponível para aquele município.

Quanto ao modelo de descentralização adotado, os três níveis de governo adotado são gestores corresponsáveis. Além disso, há dois sistemas de comissões responsáveis para gerir o SUS: as Comissões Intergestores Bipartites (CIB), formadas pela Secretaria Estadual de saúde e o conselho Estadual de secretários municipais de saúde e a Comissão de Intergestores Tripartites (CIT), formada pelo Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde e pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de saúde. O CIB é de fórum estadual, enquanto o CIT é fórum nacional.

Os instrumentos de planejamento são o plano de saúde, a programação anual e a PPI. Se tem início no âmbito municipal que, através de sua programação anual contendo o que planeja fazer, depois de aprovado vai para esfera Estadual, no qual o gestor desse grau elabora sua PPI, com todas as programações dos municípios, correspondente a um consolidado Estadual que, por fim, é entregue ao Ministério da Saúde.

2.2.3 Fundos do SUS

Os fundos para o funcionamento do SUS vêm da Emenda Constitucional nº 29, utilizando um mecanismo chamado transferência fundo a fundo, no qual os fundos são remunerados automaticamente assim que cumprem requisitos que foram impostos para o recebimento do dinheiro. Essa emenda traz uma mudança no art. 77 no ato das disposições constitucionais transitórias, que previa os recursos mínimos aplicados dentre o ano de 2000 até 2004, sendo que ficou pendente de criação de lei complementar como se daria o exercício financeiro contado a partir de 2005, lacuna esta que foi sanada somente em 2012 com a criação da Lei Complementar nº 141.

2.3 RELAÇÃO PACIENTE E PLANO DE SAÚDE

O indivíduo, na figura do paciente, tem seu direito à saúde garantido por meio do plano de saúde, de forma que ele é uma ponte para a obtenção da assistência médica mais econômica, além do cuidado preventivo que ela proporciona, pois facilita o paciente para marcar exames preventivos. além disso, olhando do ponto de vista econômico, é mais fácil manter o plano de saúde do que arcar com o custo total de consultas, exames e procedimentos médicos, pois, além de muita das vezes o paciente não ter condição de arcar com esses custos, pois, acabariam tirando o mínimo que o indivíduo precisaria para sobreviver durante o mês.

O plano de saúde está submetido à Agência Nacional de Saúde - ANS segundo a lei Lei 9.656/98, em seu artigo 1, §1º:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

§1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e

contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (BRASIL,1998)

O ideal do plano de saúde foi criado devido à insuficiência do Estado em prestar atendimento médico para a população, além de ser uma forma da iniciativa privada conseguir lucrar em cima da saúde. Porém, o Estado não se exime da responsabilidade de fiscalizar, tanto que os planos de saúde devem estar regularizados e seus serviços devem conter obrigatoriamente o que está disposto no rol de procedimentos da ANS, um rol que engloba cirurgias, exames, serviços variados e que depende do plano contratado. O rol é periodicamente atualizado segundo as propostas de atualização do rol (PAR) e evolução das tecnologias na medicina. O art.6º da Resolução Normativa - RN Nº 470/2021 diz os tipos de solicitação que a PAR contempla:

Art. 6º A PAR poderá contemplar os seguintes tipos de solicitação:

- I - incorporação de nova tecnologia em saúde ou nova indicação de uso no Rol;
- II - desincorporação de tecnologia em saúde já listada no Rol;
- III - inclusão, exclusão ou alteração de Diretriz de Utilização – DUT; ou
- IV - alteração de nome de procedimento ou evento em saúde já listado no Rol. (Agência Nacional de Saúde Suplementar.2021)

Os planos de saúde utilizam uma rede de hospitais na qual o consumidor vai ter acesso, dependendo da sua necessidade. O que motiva a variação nos preços dos planos de saúde é a qualidade dessa rede de hospitais e, por vezes, o plano engloba até mais casos comparado com os que estão no rol da ANS.

Portanto, fica clara a relação plano de saúde e paciente, principalmente quando consideramos o consumidor como parte vulnerável da relação pois, como falaremos adiante, essa é uma relação de consumo, até porque se há um pagamento por esse serviço, é obrigação do plano oferecê-lo de acordo com a lei e com a necessidade do usuário, principalmente considerando o art.47 do Código de

Defesa do Consumidor, o qual traz que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais benéfica para o consumidor.

3 A EFETIVIDADE DA GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

Como já falado nesse artigo, o direito à saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Portanto, o Estado tem responsabilidade em assegurar esse importante benefício para cada cidadão brasileiro.

Toda sociedade precisa viver com dignidade e o Estado desempenha um papel crucial para garantir que esse importante princípio constitucional seja seguido. Segundo André da Silva Ordacgy “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”.

Com isso, o direito à saúde está entrelaçado com o direito à vida e com o objetivo de proporcionar a cada cidadão a garantia da dignidade humana, conforme se nota no art. 196 da Carta Magna, reafirmando o dever do Estado.

Em suma, para que o Estado garanta esse direito fundamental são necessários dois importantes pontos: políticas públicas e políticas econômicas. O primeiro refere-se a um procedimento que tenta resolver através de medidas um importante problema público, por exemplo, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que é um meio de dar acesso à saúde de forma gratuita para todos os cidadãos e o segundo seria arrecadação pecuniária que o Estado recebe através de impostos, taxas, contribuições de melhorias, entre outros, que forma o orçamento público para colocar em prática as políticas públicas desenvolvidas.

Em relação aos recursos destinados à saúde, ressalta-se a Emenda Constitucional nº 29/2000, que estabeleceu um teto financeiro mínimo que seria

destinado à saúde. No entanto, apesar de existir políticas públicas e econômicas, o que vemos na prática é a marginalização do poder público com suas obrigações nas prestações dos serviços à saúde de qualidade.

Esse importante direito fundamental passou a ser visto como um verdadeiro produto comercializável entre aqueles que dispõem de meios financeiros para financiá-los, deixando marginalizado esse direito para uma grande parte da população que depende única e exclusivamente do SUS.

Como se tem uma grande parte da população para atender, surgem vários problemas a serem solucionados, como necessidade de mais investimentos para o SUS, poucos profissionais da saúde para atender grande demanda, falta de insumos, longas filas de espera, falta de leitos, entre tantos outros.

É importante mencionar que o Estado tem esse dever de prestar o acesso à saúde de forma igualitária, integral, gratuita, universal, ou seja, sem nenhuma restrição a nenhum cidadão e atendendo ao princípio basilar de todo nosso ordenamento jurídico que é a dignidade da pessoa humana. Apesar disso, o Estado enfrenta dificuldades para prestar um serviço de qualidade. No entanto, para quem tem um poder aquisitivo, a melhor saída é se socorrer à iniciativa privada, como os planos de saúde.

3.1. DO ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO

É de comum entendimento que o Judiciário brasileiro é moroso, seja para respeitar a duração razoável do processo em causas complexas, quanto pelo abarrotamento de processos no próprio judiciário. Alguns dos motivos para a morosidade dos processos são os ritos burocráticos, principalmente momentos em que o processo só está aguardando prazos e protocolos; as demandas por qualquer motivo também é outra causa, no qual uma simples conversa poderia resolver a

causa; além disso, é desproporcional a quantidade de magistrados para o número de processos, sendo outro motivo que dificulta o resultado final do processo.

Essa morosidade pode ser fatal, como é o caso daqueles processos cuja tutela é a saúde. A demora pode custar a qualidade de vida, se não a vida propriamente dita, sendo assim, se faz necessário tomar atitudes em relação a isso.

Levando em conta esse problema trazido com a maior judicialização, no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a recomendação de número 31, levando em consideração o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas, entre outras considerações, algumas recomendações foram feitas tanto para auxiliar no juízo de valor dos julgadores, quanto para que sejam respeitados o contraditório e ampla defesa dentro desse processo judicial, além de formas de agilizar esses procedimentos.

Em relação ao problema de informação, caso resolvida essa questão, já seria exordial para que a quantidade de processos diminuísse, pelo menos nos casos em que envolve plano de saúde, pois nesses casos as empresas fornecedoras se abstêm de prestar justificativas para a negativa de procedimentos.

Apesar das tentativas de melhorar, ainda é visível que há um grande acúmulo de processos, sendo necessária fazer intervenções

3.2 IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Um dos principais mecanismos para aplicabilidade imediata do direito à saúde no Judiciário são as tutelas de urgência. Esse instituto não foi feito exclusivamente para as questões envolvendo saúde e sim a casos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do

processo, porém, é perceptível o quão vital é a tutela de urgência para a efetivação do direito.

A aplicabilidade imediata do direito é tão importante que, por muitas das vezes, os casos envolvendo doenças e acidentes são, metaforicamente, como uma bomba relógio, alguns são mais rápidos em agravarem, outros mais lentos, mas, quando se trata disso, vai se desgastando com o tempo e, se essa bomba relógio não for desativada logo, ela explode, e tempo nesses casos, são peças-chave na condição de vivo desses indivíduos, portanto, é clara a importância da aplicação imediata desse direito. Um processo judicial, segundo pesquisas do Conselho Nacional de Justiça, leva em média 4 anos e 4 meses para serem concluídos. Portanto, uma pessoa que precisa de um tratamento em relação a uma doença, cujo risco de morte seja em 6 meses, não receberia os efeitos do trânsito em julgado, levando em conta o tempo médio.

Nas palavras da Juíza Maria Cristina em seu artigo Direito Fundamental à Saúde (tutela de Urgência) da Revista EMERJ, sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, é uma questão do direito à vida, e, portanto, um direito dito como superior a todos, já que está assegurado constitucionalmente no art 6º, *caput* da Constituição Federal(2003).

Sendo outra comprovação de importância da aplicabilidade imediata que, ainda que não tivesse a disposição de verba que lhe é repassada pela União, está em lei que o orçamento anual deve conter o orçamento da seguridade social, incluindo fundações públicas mantidas pelo poder Estatal, sendo que, no que concerne à seguridade social, pode-se falar também em saúde pública.

Além da importância que já foi tratada aqui, podemos mencionar que é dever do Estado dar o direito à saúde eficaz, e quando falamos de eficácia, podemos relacionar com a celeridade da atuação do Estado, juntamente com um resultado

positivo e que realmente há um resultado que corrobora para uma cura ou uma melhora na qualidade de vida do indivíduo beneficiado pelo direito imediato.

3.3 APLICABILIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO DIREITO À SAÚDE

No direito do consumidor, o princípio da vulnerabilidade tem como objetivo proteger a parte frágil da relação de consumo. Essa parte, quando se trata de pessoa física, é considerada presumidamente vulnerável pois, quando se trata dessa questão, o consumidor está em um estado de hipossuficiência em pelo menos um desses aspectos: jurídico, socioeconômico e informacional. O nosso ordenamento entende como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e, do outro lado, a figura do plano de saúde que se trata de um serviço que tem como objetivo prestar assistência médica e hospitalar. Olhando a situação, fica claro que se trata de relação de consumo, pois o CDC respalda os dois polos dessa relação: o fornecedor (prestadora de serviço) e consumidor que paga por ele para ter direito de usufruir. Inclusive, está positivado na própria lei que fala sobre plano de saúde (Lei nº 9.656 de 1998), em seu art. 35-G, que aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º daquela lei as disposições do CDC, bem como previsto na súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3.4 TAXATIVIDADE DO ROL DE COBERTURAS OBRIGATÓRIAS RELACIONADO AOS PLANOS DE SAÚDE

Tendo em vista que o Estado não é eficiente na prestação ao serviço à saúde para toda população, o governo permite que o setor privado possa disponibilizar serviços hospitalares e médicos como forma de assistência complementar à saúde, assim, surgem os chamados planos de saúde.

O plano de saúde é um contrato de caráter pecuniário que um indivíduo assina com uma operadora para ter um serviço de saúde de qualidade e, através desses pagamentos mensais, o plano cobre todos os seus gastos médicos, hospitalares e ambulatoriais. Vale mencionar que todos os planos estão submetidos às regras da lei 9.656/98 e ao Código de Defesa do Consumidor. Conforme o Art. 1, §1, daquela lei:

Art. 1^º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas.

(...)

§ 1^º. Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Brasil, 1998)

Cada convênio médico tem de cobrir o rol de procedimentos obrigatórios estabelecido pela Agência Nacional da Saúde (ANS), porém, existem vários tipos de coberturas.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) é o órgão responsável por fiscalizar os planos de saúde no Brasil. Assim, ela determina uma lista dos procedimentos, exames e tratamentos que são obrigatórios para a cobertura. É importante mencionar que esse rol só vale para contratos assinados a partir de 1º de janeiro de 1999.

É importante sabermos o que seria o termo taxativo, segundo o dicionário, “subordinado a uma lei e/ou decreto; que taxa, limita ou regulamenta; restrito: regra taxativa; valor taxativo”. TAXATIVO. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português, 2020.

Portanto, a taxatividade do rol de cobertura seria limitar os tipos de doenças que os planos teriam a obrigação de cobrir. Atualmente, no entendimento do STJ, o rol de procedimentos elencados pela ANS é meramente exemplificativo, e não taxativo, com isso não exclui as possibilidades de coberturas de doenças que não estão nesse rol. Exemplo disso são pessoas com autismo cuja o tratamento requer custo muito alto, que muitas das vezes são negados pelos planos.

Por essa razão muitos desses casos vão parar na justiça, que dar na sua grande maioria, a obrigação dos planos de cobrirem esses tratamentos, tendo em vista que o rol de procedimentos da ANS tem caráter exemplificativo. No entanto, se esse rol virar taxativos iria dar uma carta branca para vários planos de saúde negarem diversos tratamentos de doenças que não estão presentes nessa lista da ANS, o que dificultaria bastante e até prejudicaria diversos cidadãos que não teriam mais com se socorrer a justiça para ter acesso a esses tratamentos.

Em vista dessa discussão se o rol deveria ser taxativo ou exemplificativo, esse presente artigo irá apresentar agora o que pensam os defensores de cada corrente. Começando sobre os defensores do taxativíssimo eles acreditam que seriam importantes em razão da segurança jurídica dos contratos e pela proteção ao consumidor, tendo em vista que a falta de padronização poderia conferir um aumento nos valores dos planos para manterem sustentáveis as suas carteiras, em razão da imprevisibilidade dos eventos evitando assim a insegurança contratual.

Já para os defensores do rol exemplificativo se baseiam que a vida e à saúde estão interligadas e por isso são direitos fundamentais e que devem ser protegidos, princípio constitucional. Portanto, se o rol fosse taxativo afastaria a obrigação dos

planos em cobrir doenças que requerem um custo maior, causando um grande prejuízo para quem necessita dessa cobertura.

Atualmente está suspensa a votação no STJ em razão do ministro Villas Bôas Cuevas ter pedido vista no julgamento do rol de procedimento do ANS se será taxativo ou se continuará exemplificativo. Mas até o presente momento essa lista de procedimentos é exemplificativa.

4 FORMA CONSENSUAIS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITO

4.1 PELA VIA JUDICIAL

Há casos no quais as partes buscam uma forma de resolver o conflito de forma consensual, bastando o juiz - ou então conciliador e mediador, com a devida homologação- para que revista essa resolução de força executiva judicial. Essa forma de resolver o conflito é evidentemente uma das mais céleres, sendo uma ferramenta útil para as questões envolvendo saúde e a orientação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ “recomendar aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação” (art. 1º da Recomendação nº 100/21).

Quando houver demandas envolvendo o direito à saúde, o juiz pode designar um mediador capacitado para mediar essas lides, sendo exordial esse papel do mediador, já que ele tem um papel mais atuante comparado a um diálogo realizado através do conciliador. Essa recomendação também aconselha a implementação de Centros Judiciários de solução de conflitos de saúde (CEJUSC), com o objetivo de lidar com as questões de saúde.

4.2 PELA VIA ADMINISTRATIVA

O Procon, sendo um órgão administrativo com o objetivo de lidar com questões consumeristas, pode ser útil nesta resolução, pois é uma forma célere de haver uma decisão, que não chega a ter força judicial, porém, é um meio de conversa entre os dois pólos da reclamação.

A audiência de conciliação é um outro passo na abertura de uma reclamação no Procon, no qual o técnico de atendimento tenta ligar diretamente para o plano de saúde para tentar resolver a questão, logo após é feita uma CIP (Carta de Informações Preliminares), na qual a empresa tem o prazo de 10 dias para dar uma resposta e, caso a resposta não dê solução para o consumidor, ele tem a opção de ir para uma audiência de conciliação juntamente com a empresa, na tentativa de um diálogo. Há situações em que, após a ligação, é possível a marcação direta de reclamação e casos em que, dependendo do que já foi acordado entre a empresa e o Procon, pode haver a marcação direta de audiência.

Diante desses casos, é aconselhável resolver no diálogo, pois, tendo sua demanda sanada por uma via pacífica, já evitará a necessidade de demandar no judiciário, evitando mais um processo que além de ser mais um que abarrotará o judiciário, será demorado em prol da demanda relacionado à saúde, sendo até mesmo uma opção abrir uma demanda pelo Procon juntamente pelo Judiciário, sendo que, se resolve pela via administrativa e o consumidor tem sua demanda efetivamente resolvida, pode pedir o arquivamento de sua demanda da via judiciária.

4.3 CENTRAL DE ATENDIMENTO DE DEMANDAS JUDICIAIS (CADJ)

Como vimos, o Estado tem dificuldade de proporcionar um serviço de saúde de qualidade para sua população e o Sistema Único de Saúde (SUS) é incapaz de atender a grande parcela que depende única e exclusivamente dela. Em alguns casos, pacientes necessitam de medicamentos, transferências, leitos e outros tratamentos prescritos que não são garantidos pelo SUS. Assim como casos que a

iniciativa privada (planos de saúde) se nega a cobrir despesas por certas doenças, por não constarem na lista da ANS, fazendo com que esses casos sejam levados ao judiciário.

Desta forma, tendo em vista o aumento de demanda, o sistema judicial criou meios para melhor atender essa parcela da população. Portanto, questões ligadas à judicialização na saúde são acompanhadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2009, quando foi realizada a primeira audiência pública sobre o tema na organização. Assim, o Poder Judiciário terminou se envolvendo no tema, pois ter acesso à saúde é um direito fundamental e protegido pela Constituição Federal, desta forma merecendo uma atenção especial dos jurisdicionados.

Ademais, com a intenção de melhor atender aqueles que necessitam, em parceria com o Poder Judiciário (TJRJ), o governo do estado do Rio de Janeiro cria a Central de Atendimento de Demanda Judiciais (CADJ) que é uma estrutura que tem como intuito atender essa demanda judicial de uma melhor forma, além de ter mais agilidade e otimização dos recursos. Para melhor definir essa estrutura, vamos trazer um trecho do subsecretário jurídico de Saúde do Rio de Janeiro, Alex Linhares que fala da necessidade desses tipos de programas:

O Judiciário se tornou uma porta de acesso da população aos SUS. Por meio da judicialização, protege-se minorias e se garante a reinserção de usuários na rede de assistência à saúde. Numa UPA você atende em quantidade, mas não é capaz de prestar o atendimento eficaz a uma doença complexa e que precisa de medicamentos e insumos específicos. O valor gasto no atendimento judicializado representa um percentual muito pequeno no orçamento da pasta e permite que o Estado garanta o tratamento de quem precisa exclusivamente daquele atendimento para sobreviver. (LINHARES, 2015)

Portanto, a Central de Atendimento à Demandas Judiciais (CADJ), que foi criada em 2007, tem como finalidade receber e cumprir com maior celeridade todos os mandados de justiça para a saúde, bem como distribuição de medicamentos mais solicitados.

É importante trazer essa iniciativa, pois encontramos um grande problema nessas demandas que muitas das vezes por se tratarem de atendimentos como o próprio subsecretário nos traz de doenças que são complexas e muitas das vezes necessitam de uma agilidade e rapidez do sistema judiciário.

Por consequência do abarrotado de processos que termina causando uma morosidade no melhor atendimento a esses casos. A criação de programas como CADJ são boas iniciativas para uma maior otimização, assim como uma melhora no atendimento. Vale mencionar que esse tipo de iniciativa existe em diversos estados brasileiros, entre eles o estado de Pernambuco.

Por fim, vale destacar a criação do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), uma estrutura composta por servidores das áreas da saúde que disponibiliza pareceres sempre que juízes precisam entender melhor a demanda dos pacientes. Vale mencionar que essa iniciativa também existe em todos os órgãos do Poder Judiciário no território brasileiro.

4.4 CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE

Trata-se de um órgão importante para resolução desses conflitos é a câmara de resolução de litígios de saúde (CRLS), Criado em 2013 com o objetivo de receber demandas e evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para a oferta de medicamentos , uma campanha vinda do Rio de Janeiro, que teve parceria com a procuradoria do Estado juntamente com as Defensorias Públicas do Estado da União e as Secretarias estadual e municipal de Saúde, segundo dados trazidos pela PGE-RJ dentre os anos de 2013 até 2020, foram feito mais de 80 mil atendimentos, no qual, somente no último ano foram 20 mil atendimentos, dentre os quais, 60% conseguiram ter suas pendências atendidas. O órgão funciona no Rio de Janeiro, mas pode ser usado de exemplo para outros Estados em relação a resolução de conflitos extrajudiciais.

Segundo pesquisa publicada em 2017 pela Universidade Federal de Fluminense sobre estudo de casos entre os anos de 2014 a 2016, a CLRS é composta principalmente por defensores, que antes de tudo fazem esse atendimento e suas demandas são analisadas através de laudos, receitas médicas. Depois, são encaminhados para a secretaria de saúde para que seja analisado essa pretensão deles, por isso, é de suma importância essa parceria firmada entre vários setores, pois um acaba auxiliando ao outro, além de que, cada um tem sua função e pode ajudar em sua maneira.

Foi definido o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro como o ente responsável na escolha dos mediadores que irão atuar nas atividades do CRLS, sendo a mediação o procedimento que acontece depois do atendimento feito pela Defensoria, em parceria com outros órgãos.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, o principal objetivo deste artigo foi trazer ao leitor a relevância da importância do direito à saúde, bem como mostrar toda evolução histórica que esse importante direito fundamental passou para ser reconhecida sua devida notoriedade.

Assim, com advento da Constituição Federal de 1988, o estado tenta criar meios para disponibilizar a prestação de saúde de forma gratuita com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), oferecendo-a como assistência à população. Em virtude disso, foi visto como foi o processo de criação do SUS, com ela funciona, os seus fundos de arrecadação e por fim sua relação com o Estado.

Além disso, mostramos que grande parte da população não tem condições de arcar com as despesas hospitalares se socorrendo ao sistema único de saúde (SUS)

que por sua vez não cobre todos tipos de doenças levando essa parcela da população a pedir ajuda ao Poder Judiciário.

No entanto, vimos também como o poder executivo é ineficaz na proteção e na prestação de um serviço de qualidade para melhor servir a população. Com isso, uma parcela da população se socorre na iniciativa privada com os chamados planos de saúde. No entanto, cada convênio médico tem de cobrir o rol de procedimentos obrigatórios estabelecido pela Agência Nacional da Saúde (ANS), levando a mostrar ao leitor a polêmica envolvendo se o rol deve ser taxativo ou se continua sendo exemplificativo. Em razão disso, muitos desses casos vão parar na justiça, que dar na sua grande maioria, a obrigação dos planos de cobrirem esses tratamentos, tendo em vista que o rol de procedimentos da ANS tem caráter exemplificativo.

Por fim, o presente artigo mostra como o Poder Judiciário tenta ajudar essa parcela que necessita de tratamentos especializados, como também existe uma grande morosidade em situações em que necessita de agilidade por se tratar de um bem fundamental que é a saúde. Com isso, tentamos mostrar o exemplo de iniciativa de parceria do Poder Judiciário (TJRJ) com o governo do Rio de Janeiro que buscar essa celeridade nesse tipo de demanda com as criações de algumas iniciativas como Central de Atendimento de Demandas Judiciais (CADJ) e Câmara de Litígios de Saúde (CRLS), que através de parcerias com diversos órgãos, com o objetivo de lidar com o número crescente de processos com o tema envolvendo a saúde.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Zanaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Ambito Jurídico, 2011. Disponível em :<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-efetivacao-do-direito-a-saude-no-brasil/>. Acesso em 04/06/2022.

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **O que é o Rol de Procedimentos e Evento em Saúde**, 2021. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>. Acesso em 04/06/2022.

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Esclarecimentos da ANS sobre taxatividade do Rol de Coberturas Obrigatórias**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/esclarecimentos-da-ans-sobre-taxatividade-do-rol-de-coberturas-obrigatorias>.

BRANT, Lêda Menezes. O Papel do Estado no Sistema Único de Saúde: uma investigação teórico-bibliográfica e prática em Minas Gerais. Orientador: Maria Cristina Soares Magalhães. 2004. Monografia (Conclusão do Curso de Especialização em Política Social de Saúde) - PREPES da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte - MG, 2004. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/educacao/sobre_escola/banco_conhecimento/arquivos/pdf/papel_estado_e_sus.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. A proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Participação da comunidade na gestão do SUS. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> . Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

Brasil. Ministério da Saúde. **Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde**. – 3. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2011.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas / Ministério da Saúde, Secretaria Executiva. - Brasília: Ministério Saúde, 2000. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 02 abr. 2022.

Cronologia Histórica da Saúde Pública. Funasa, 07 de Ago. 2017. Museu FUNASA. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>.

GOMES, Yuri Pereira. A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por meio de instrumentos de tutela jurisdicional. *Direito à Saúde. Revista Jus Navigandi*, 3 jul. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60985/a-efetividade-do-direito-fundamental-a-saude-na-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988-por-meio-de-instrumentos-de-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GUIDINI, Cristiane. Abordagem Histórica da Evolução do Sistema de Saúde Brasileiro: conquista e desafios. Orientador: Prof. Dra. Marta Cocco da Costa. 2012. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão de Organização Pública em Saúde EaD) - UFSM/CESNORS, Tio Hugo - RS, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2104/Guidini_Cristiane.pdf?sequence=1#:~:text=A%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20SUS%20come%C3%A7ou,e%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20SUS. Acesso em: 2 abr. 2022.

LINARES, Alex. Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à justiça. TJRJ, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5179723> Acesso em: 02 abr. 2022.

MALLMAN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado**, 2012. Direitonet. Disponível em: [https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=\(texto%20digital\).-Art,e%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20\(texto%20digital\)](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=(texto%20digital).-Art,e%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20(texto%20digital)). Acesso em: 04/06/2022.

MORSCH, José Aldair. 5 PROBLEMAS DO SUS E ALTERNATIVAS AO PACIENTE. Problema no SUS, [s. l.], 13 maio de 2021. Disponível em: <https://telemedicinamorsch.com.br/blog/problemas-do-sus>. Acesso em: 2 maio 2022.

O que é plano de saúde. Unilife Benefícios, 2008. Disponível em: https://www.unilifeplanosdesaude.com.br/plano_de_saude.htm#:~:text=O%20plano%20de%20sa%C3%BAde%20%C3%A9,e%20um%20dever%20do%20Estado. Acesso em: 04/06/2022.

Secretária da Saúde fala sobre o papel do Estado em seminário para novos gestores do SUS. **Secretaria de Estado da Saúde de Sergipe**, 2022. Disponível em: <https://www.saude.se.gov.br/secretaria-da-saude-fala-sobre-o-papel-do-estado-em-seminario-para-novos-gestores-do-sus/>. Acesso em 04/06/2022.

SLAIBI, MARIA C.B.G. **Direito Fundamental à Saúde**. RIO DE JANEIRO. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_217.pdf. Acesso em: 02 de Abril de 2022.

STJ volta a julgar extensão da cobertura de tratamentos por planos de saúde. Consultor Jurídico, 23 de Fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/stj-volta-julgar-cobertura-tratamentos-planos-saude>.

Taxatividade do rol da ANS fecharia portas da Justiça a casos graves. Migalhas Quentes, 15 de mar. de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/361473/taxatividade-do-rol-da-ans-fecharia-portas-da-justica-a-casos-graves>.

TAXATIVO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/taxativo/>>. Acesso em: 02 abr. 2022.

Tuberculose. Ministério da saúde. 2022. Doenças e Infecções crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/o-que-e-tuberculose#:~:text=A%20tuberculose%20%C3%A9%20uma%20doen%C3%A7a%20de%20transmiss%C3%A3o%20a%C3%A9%20se,forma%20de%20aeross%C3%B3is%20contendo%20bact%C3%A9rias>.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. **Direito à saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>.

AS NUANCES DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, PRINCIPIOLÓGICOS E PSICOSSOCIAIS

THE NUANCES OF SHARED GUARD IN BRAZIL: CONSTITUTIONAL, PRINCIPIOLOGICAL AND PSYCHOSOCIAL ASPECTS

Mateus Pereira de Menezes Alves⁴

Clarissa Vasconcelos Alencar⁵

RESUMO

O presente artigo científico aborda as nuances que a guarda compartilhada reflete no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, na dinâmica psicossocial das crianças e dos adolescentes, logo, explicita-se sua aplicabilidade na práxis social e seus reflexos na vivência familiar. O objetivo principal é fazer uma breve análise das evoluções familiares durante a história, perpassando os processos de constitucionalização dessas relações, as matrizes principiológicas do instituto da guarda compartilhada, as influências na formação da criança e do adolescente e complementado com a atuação multidisciplinar nas Varas das Famílias, bem como, o fundamental papel do advogado familiarista nestas relações.

Assim, visa-se entender quais seriam os meios mais favoráveis para aplicação da guarda compartilhada e os meios mais conflituosos para que este instituto aplique suas respectivas preceituações, além da análise do ambiente oportuno para seguir as diretrizes da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

A partir daí, dividiu-se o trabalho em 4 seções, a primeira tratando das evoluções históricas da família e dos tipos de guardas explicitadas no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina; a segunda trazendo uma visão principiológica da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e do mínimo existencial; a terceira perfazendo os impactos favoráveis e desfavoráveis na formação da criança e do adolescente diante a aplicabilidade da guarda compartilhada; e a quarta reflete a atuação de uma equipe multidisciplinar nas Varas das Famílias e a importância do advogado familiarista no processo de minoração do sofrimento familiar.

⁴ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Petrolina – FACAPE/AEVSF. E-mail: Mateuspmalves@gmail.com.

⁵ Orientadora. Advogada. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho -URCA; Professora de Direito da Faculdade de Petrolina (FACAPE); E-mail: clarissaalencaradv@gmail.com.

O método de pesquisa utilizado no presente artigo foi o dedutivo e a técnica de pesquisa fez-se através da documental indireta, realizando-se pesquisas bibliográficas, em doutrinas, leis e em sites referentes aos temas abordados por doutrinadores e estudiosos, trazendo para este trabalho os dados científicos e as pesquisas insertas nestes instrumentos.

Desse estudo conclui-se que a guarda compartilhada oferece caminhos que atendem aos melhores interesses da criança e do adolescente, entretanto, existem situações que os efeitos deste instituto se encontraram balizados, pois, as demandas familiares ultrapassam as barreiras do aspecto jurídico e estão no campo emocional e psicológico.

Palavras-chave: dignidade, poder familiar, crise, atuação humanizada e afetividade.

ABSTRACT

This scientific article addresses the nuances that shared custody reflects in the Brazilian legal system, as well as in the psychosocial dynamics of children and adolescents, so its applicability in social praxis and its effects on family experience are explained. The main objective is to make a brief analysis of family evolutions during history, passing through the processes of constitutionalization of these relationships, the principled matrices of the institute of shared custody, the influences on the formation of children and adolescents and complemented with the multidisciplinary action in the Courts of Families, as well as the fundamental role of the family lawyer in these relationships.

Thus, the aim is to understand what would be the most favorable means for the application of shared custody and the most conflicting means for this institute to apply its respective precepts, in addition to the analysis of the opportune environment to follow the guidelines of human dignity and responsible parenting.

From there, the work was divided into 4 sections, the first dealing with the historical evolutions of the family and the types of guards explained in the Brazilian legal system and in the doctrine; the second bringing a principled vision of the dignity of the human person, responsible parenthood and the existential minimum; the third summing up the favorable and unfavorable impacts on the formation of children and adolescents in face of the applicability of shared custody; and the fourth reflects the performance of a multidisciplinary team in the Family Courts and the importance of the family lawyer in the process of alleviating family suffering.

The research method used in this article was the deductive and the research technique was done through the indirect documentary, carrying out bibliographic research, in doctrines, laws and on websites referring to the topics addressed by indoctrinators and scholars, bringing to this work scientific data and research included in these instruments.

From this study, it is concluded that shared custody offers paths that meet the best interests of the child and adolescent, however, there are situations in which the effects of this institute are marked out, because family demands go beyond the barriers of the legal aspect and are in the field emotional and psychological.

Keywords: dignity, family power, crisis, humanized action and affectivity.

1 INTRODUÇÃO

O escopo desse artigo é descrever e analisar a regulamentação do instituto da guarda compartilhada no Brasil sob uma perspectiva que deve conciliar o melhor interesse para criança ou para o adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, essa análise trilha os caminhos percorridos para sistematização da família no mundo com direcionamento para história brasileira, refletindo sobre os avanços e modificações do pátrio poder até a autoridade parental.

Como é sabido, esses avanços, dispararam os fenômenos de modificações das famílias em um contexto amplo e sistematizado, trazendo em seu bojo de mudança, a transformação do caráter extremamente patrimonial da família para modernamente, a valorização da afetividade nas relações que regem a práxis familiar, bem como, para materialização da mulher na tomada do mercado de trabalho como forma de modificação dos espaços sociais e familiares, ou seja, uma nova estruturação da relação dos genitores para com seus filhos.

Outrossim, a discursão em tela, perpassa pela sistematização dos tipos de guardas compreendidos no âmbito doutrinário e legal, assim como, a ascensão do instituto da guarda compartilhada como, teoricamente, o que mais trará benefícios

para os filhos, pois, atenderia aos anseios de compartilhamento de decisões e ao equilíbrio almejado para que se estabeleça as melhores convivências e a criação de laços afetivos.

Nesse sentido, esse artigo se preocupa na determinação excessiva do instituto da guarda compartilhada, pois, em algumas situações, como a separação matrimonial em situação de crise familiar, este não atenderia ao seu propósito teórico. Desse modo, se reflete sobre a constitucionalização do instituto da guarda frente ao princípio da dignidade, as garantias de uma parentalidade responsável e o mínimo existencial efetivo de garantias para que este instituto funcione com efetividade de direitos e deveres.

Nessa toada, desenrola-se pelos reflexos, positivos e negativos, que a guarda compartilhada pode causar no âmbito da separação familiar, ressaltando que esse instituto estrutura uma nova forma organizacional pensado exclusivamente no melhor alcançável para os filhos, todavia, essa carece de atenção majorada em situações familiares que ultrapassam os aspectos jurídicos, somando-se assim, as nuances psicológicas e emocionais ao processo de regulamentação da guarda.

Por fim, se analisa que em razão da barreira jurídica ser ultrapassada em demasiados casos, a seara Judiciária deve fomentar uma atividade multidisciplinar de atenção aos casos de regulamentação da guarda compartilhada, através de psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, afim de criar uma universalidade de assistências que regulem de forma mais precisa se aquele tipo de guarda é o mais adequado para propiciar um ambiente de afetividade, bem como, o papel do advogado familiarista nessa fomentação.

O método de pesquisa utilizado no presente artigo foi o dedutivo e a técnica de pesquisa fez-se através da documental indireta, realizando-se pesquisas

bibliográficas, em doutrinas, leis e em sites referentes aos temas abordados por doutrinadores e estudiosos.

Nesse diapasão, esse trabalho objetiva uma delimitação acerca da regulamentação do instituto da guarda compartilhada, visando propiciar a discursão que cerca a base teórica que regula a matéria e a objetificação da aplicação real, ou seja, sua efetividade perante os mais variados ciclos familiares. Portanto, busca-se uma perspectiva que trilha a dogmática jurídica, a psicologia que analisa o fenômeno e os impactos sociais operados pelo tema.

2 DAS GUARDAS: DO PÁTRIO PODER AO PODER PARENTAL

Nas correntes lineares da história, torna-se perceptível que o instituto da família se modelou conforme as disparidades do contexto social. Ora, é notório que sendo este instituto detentor do primeiro acolhimento, ou seja, da introdução da criança em seu seio social, carrega consigo as transformações que influem e absorvem, como um sistema de pesos e contrapesos, as matrizes que sustentam o caráter familiar, e para tanto, a conjuntura que envolve o instituto da guarda dos filhos no Brasil.

Todavia, o que é guarda? a palavra no vernáculo pátrio tem relação com ação ou efeito de guardar, bem como, com o cuidado e vigilância a respeito de alguma coisa ou alguém. Para tanto, sua constituição vem do antigo alemão wargen (guarda ou espera), bem como, do inglês warden (guarda) exprimindo em um caráter vasto, um sentido de proteção, observância, amparo e abrigo.

Para tanto, Plácido e Silva (1967, p. 365-366), descreve a guarda (de forma ampla) como “tanto a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”, e Mário Aguiar Moura (1980, p. 15), descreve a guarda jurídica como “a convivência do guardião com o menor sob o mesmo teto e o dever de prover

assistência material ao que for necessário à sobrevivência física e moral do menor e seu pleno desenvolvimento psíquico”.

Além disso, Silvana Maria Carbonera, reiterando que inexistente conceito perfeito e fixo, define guarda como:

Instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. (CARBONERA, 2000, p. 64).

Ocorre que, como fruto das modificações históricas, para se delimitar os termos que cercam a completude das concepções do instituto da guarda dos filhos no Brasil, far-se-á necessário resgatar os preceitos que significaram e ressignificaram o conceito de família dentro da historicidade social e da legalidade jurídica.

Outrossim, na antiga Roma a família era pautada por seu caráter patrimonial, revelando dentro do patriarcalismo local, que o pater famílias (chefe familiar), era detentor de todos os domínios que cercam a esfera familiar, independentemente de sua constituição, este comandava a sustentação e manutenção da família, bem como, de seus sistemas de produção e acúmulo de riquezas. Portanto, os outros integrantes da família romana, nas palavras de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2019, p. 16) “não possuíam personalidade jurídica nem bens próprios ou quaisquer direitos (alieni jús), eles eram inteiramente alienados do patrimônio”.

Assim, o pater famílias era integrante direto do Estado, sendo que o pátrio poder era concedido ao chefe da família, sendo irrelevante quem figurava nesta posição (pai ou avô), o que era utilizado como corrente de sustentação ao próprio Estado. No mais, tal poder tinha direta ligação com a religião, sendo que, todos que se submetessem ao “culto”, ou seja, aos mesmos costumes, regras e deuses,

estavam interligados e ligeiramente detinham total dependência do pátrio poder exercido pelo chefe da família.

De mais a mais, com a influência romana sobre outros povos, a doutrina familiar se espalhou pelo mundo, na Grécia, por exemplo, havia certa concentração de poder pelo chefe familiar, porém, existiram limitações ao pátrio poder, com normas que protegiam de maior forma a prole familiar. Ainda, em dissonância a esta corrente, surgiu o modelo germânico que apregoava uma maior afetividade e visão humanista, que por mais que tivesse medidas extremas, consolidava uma futura extinção do pátrio poder quando se atingia a maioridade, o mundium.

A valer, a introdução da religião cristã modificou conceitos estabelecidos na época, transformando as relações do patriarcalismo patrimonial em uma noção mais generalizada de afetividade. Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2019, p. 18) descrevem:

Na concepção cristã, o discurso de solidariedade, a noção de igualdade entre os cônjuges e o dever moral dos pais pela criação dos seus filhos foram os principais fatores que deram início ao fortalecimento dos vínculos afetivos entre os familiares e que acabaram se sobrepondo à antiga compreensão romana que tratava os integrantes da família como mera propriedade do pater.

No Brasil, aquela influência romana consubstanciou em uma direta relação com o sistema organizacional interno, o Código Civil de 1916 (CC/16) foi a reflexa significação do patriarcalismo (pater familias), referenciando o papel dominante do marido em relação a sua esposa e prole, bem como, com certo saudosismo romano, reverenciando o patrimônio em detrimento da afetividade e denotando o pátrio poder ao chefe de família. Assim, como forma de regulamentação estatal, o art. 253 do supracitado Código explicitava a competência do chefe de família na sociedade conjugal: I. A representação legal da família; II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial; III. direito

de fixar e mudar o domicílio da família; IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal; e V. Prover à manutenção da família.

No mais, em relação aos filhos, o CC/16 reafirmava a condição de superioridade do homem (chefe de família) sobre os filhos (pátrio poder), e em razão excepcional, em caso de sua morte ou impedimento, a mulher o substituiria (art. 358 do CC/16). Ainda, em relação a guarda, era utilizado o parâmetro de culpabilidade em relação ao término do relacionamento conjugal, logo, o culpado por exaurir a relação não figurava como guardião dos filhos.

Em continuação da linha histórica, o advento da Constituição de 1934 inovou ao dispor em um capítulo sobre a família, todavia, explicitava a indissolubilidade do casamento, da mesma forma com a Constituição de 1937, porém, percebe-se no movimento chefiado por Getúlio Vargas e presente nas normas vigentes na época, uma maior forma de responsabilização do dever dos pais em educar os filhos, o que diz respeito as inquietações da época em avançar com a profissionalização do país, modificando o status da nação de economia agrícola para industrial.

A Constituição de 1946, durante a ditadura militar, assegurou a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, mantendo a indissolubilidade do matrimônio, estimulando assim o crescimento demográfico populacional.

O Decreto-lei, de 03 de setembro de 1946, determinava que a guarda dos filhos menores não entregues aos pais, seria deferida a pessoa idônea da família do cônjuge inocente, sendo ressaltados o direito de visitas no caso em comento.

Como grande divisor de direitos, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) trouxe em seu bojo, na resolução 217 A (III), a seguinte declaração:

Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar

uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Dessa maneira, como marco em um sistema disfuncional, reafirmou os direitos igualitários da mulher na relação conjugal, com acentuação da proteção estatal e consolidou seus avanços no ordenamento pátrio no que futuramente se denominou de Estatuto da Mulher Casada (Lei n.4.121/62). Com a Constituição de 1967, explicitou a formação da família, em seu aspecto civil e religioso com efeitos civis, calcados na ultrapassada, indissolubilidade do casamento.

Como sequências dos fatos que marcaram a retomada dos direitos familiares, a aprovação do divórcio em 1977, através da Emenda Constitucional n. 9º e pela Lei do Divórcio (6.515), redimensionou as realidades familiares e em si, a constituição das mesmas. Assim, a referida lei determinava que em caso de litígio em torno da guarda da criança ou do adolescente, essa era deferida àquele que não deu causa a ruptura, porém, se ambos deram causa para extinção, ficaria sobre o poder da mãe, ressalvado se o juiz entendesse que poderia ocorrer prejuízo para o menor, caso que, deferiria a guarda para pessoa idônea da família.

Todavia, apenas com o advento da Constituição de 1988, houve a modificação de um caráter extremamente patrimonial para o aspecto da afetividade e proteção da família, que em toda sua base jurídica, ressignificou os conceitos familiares com afincamento no referencial da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, demonstrando em seu art. 226 (CF/88) que as facetas transcenderam as realidades da época, explicita-se que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado, que por fim, reafirmou um caráter tríplice de proteção: Estado, sociedade e família.

A se valer das constantes movimentações sociais, o quadro da família brasileira foi se modificando ao delinear do tempo, reafirmando novos modelos

familiares que fazem parte do conceito de entidade familiar, como por exemplo, as famílias monoparentais (formada por um dos genitores e seu descendente). Portanto, houve sedimentação da passagem para o Código Civil de 2002 que, reafirmando os conceitos da Carta Magna Nacional, conservou os efeitos patrimoniais sobre o direito das famílias, todavia, possibilitou uma mudança de visão do individualismo para a solidariedade social.

Ademais, com o advento dos liames modernos perante a diversidade das relações, a humanidade vivenciou um período incessante de busca da realização pessoal sendo esse fator condicionado ao princípio da felicidade, onde cada integrante da família é corresponsável pelos esforços empreendidos que resultariam nesse sucesso do ciclo familiar. Ocorre que, esse esforço exacerbado provocou intensa ruptura dentro da sociedade conjugal, Conrado Paulino explica:

Na busca pela felicidade, de maneira cada vez mais requente, a ruptura do relacionamento conjugal tem sido a escolha em menor prazo do que experimentávamos em décadas passadas. A chegada de filhos, e a necessária conjugação de papéis conjugais e parentais, é invariavelmente um dos mais frequentes motivos de ruptura relacional. (ROSA, 2021, p. 43)

Destarte, para regular a devida proteção dos filhos em caso de divórcio (separação dos seus genitores) e evitar a utilização do termo “pátrio poder”, ou seja, esquivar-se da litigância de poder pelo poder, se modificou o termo supracitado para autoridade parental ou poder parental que é o dever conjunto dos pais, logo, faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido.

Nesse sentido, ficou definido que a autoridade parental poderia definir a guarda de duas maneiras: a acordada, fruto da vontade conjunta das partes, e a litigiosa, fruto da discordância das vontades dos genitores, o que ocasionaria uma maior judicialização do conflito, sendo definido a que melhor reflete os interesses da criança em um contexto amplo de inserção social. Para tanto, o Código Civil

vigente em seu art. 1.583 define que a guarda pode ser unilateral ou compartilhada, todavia, em se tratando de uma universalidade de situações, temos que para o fim deste trabalho a guarda pode ser dividida em comum, de fato, aninhamento, alternada, unilateral e compartilhada.

A guarda comum é aquela exercida na constância do matrimônio de forma igualitária, inexistindo necessidade de convalidar em juízo, pois, decorre do poder familiar e dos direitos- deveres dispostos constitucionalmente para com os filhos. Para tanto, a guarda originária tem direta relação com a comum, pois, é fruto natural do poder familiar exercido pelos genitores na vigência do casamento e do direito-dever de cuidar dos melhores interesses para os filhos.

A guarda de fato tem sua origem na realidade fática da vivência moderna, ou seja, resulta das situações cotidianas daquele que exerce o cuidado da criança de maneira continuada, independentemente de confirmação jurisdicional. Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2019, p. 95) mencionam:

A guarda de fato cria um vínculo jurídico que só será desfeito quando houver fundadas razões para esta alteração, pois, a princípio, aquele que espontaneamente assume este encargo demonstra ter a preocupação e o devido zelo com o menor para exercer este papel primordial na vida do infante, e este vínculo pode ser reconhecido judicialmente e assim gerar todos os seus efeitos, tal qual ocorreria com qualquer modalidade de guarda.

A guarda alternada não é contemplada no ordenamento, todavia, foi explicitada através de entendimento jurisprudencial, ela resulta no fato de alternância da permanência da nas residências dos pais, motivo em que é muito criticada, pois, influiria negativamente na rotina da criança/adolescente e tão logo, na continuidade e consolidação dos hábitos, costumes e personalidade. Esta, é muito similar a guarda compartilhada física que partilha do mesmo núcleo de prática. Desse modo, Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. 89) indicam:

Essa modalidade de guarda é, a nosso ver, a menos indicada, por várias razões: uma delas, de caráter macrossocial, é o fato de o Brasil ser um país

de dimensões continentais, tanto em área e extensão quanto em população, e ter costumes regionais bem característicos e subculturas específicas.

O aninhamento é descrito por Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2019) como uma “ficção jurídica”, pois, se consubstancia na possibilidade de os genitores possuírem, além de suas respectivas residências, uma terceira em que residiria o filho e os genitores alternariam o tempo dentro dessa residência, ou seja, haveria alternância de convivência da criança ou do adolescente para com seus pais. Porém, mencionam ainda os supracitados juristas que é um modelo totalmente impraticável dentro das sistemáticas continentais do Brasil.

A guarda unilateral é a modalidade em que um dos genitores passa a deter a guarda em relação aos filhos, cabendo apenas a este decidir sobre os melhores interesses em relação ao cuidado e assistência dos mesmos, e ao outro genitor, caberá o direito-dever da devida convivência para com os filhos, além da supervisão e fiscalização do genitor detentor da guarda. É importante ressaltar que o instituto da guarda unilateral é exceção no nosso ordenamento jurídico, desde o advento da Lei 11.698/08, pois, entendeu-se que ela não mais representava, segundo os conceitos atuais, o melhor interesse para a criança ou adolescente.

Corroborando com este entendimento Welter (2009, p. 56) preleciona:

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Por fim, a guarda compartilhada legal, que foi regulamentada com a Lei 11.698/08, reflete os interesses de responsabilização conjunta dos deveres e direitos para com a criança ou o adolescente, sendo que o mesmo residiria com um genitor (guardião), mas ambos deteriam, de maneira equilibrada, o tempo de convivência em consonância com o melhor interesse praticado.

Nesse tocante, Conrado Paulino da Rosa (2021) explicita a importância guarda compartilhada para a devida legitimação das prerrogativas que norteiam o melhor interesse da criança e do adolescente, sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar para os filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Na Lei 13.058/2014, o instituto da guarda compartilhada foi adotado como o modelo que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, elevando-se ao patamar de regra no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, sedimentando tal entendimento, o parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil preceitua que deve haver uma proporção entre o convívio dos filhos, devendo ser dividido de forma equilibrada.

Ocorre que, ao torna-se o principal instituto adotado atualmente, é regulamentado de maneira generalizada, muitas vezes, inexistindo observação criteriosa do seio familiar em que a criança ou o adolescente está inserido, o que pode acarretar quando os progenitores vivem separados, uma acentuação do exercício unilateral do poder familiar.

Com isso, Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2019) explicitam que para o ex- companheiro rancoroso, a infelicidade ou sofrimento de quem se denigre é meio frutífero para ampliação de uma espécie de “vingança”, colocando os filhos, por vezes, como porta-vozes das mútuas acusações, que tem como consequência, a disfunção dos objetivos do instituto ora debatido, comprometendo a integridade emocional e física dos filhos.

Portanto, fugindo do referencial teórico que abarca o instituto da guarda compartilhada no Brasil, as Altas Casas e Cortes (Legislativas e Judiciais), por vezes, não compreendem que a dinâmica de Fato, Valor e Norma, descrita por Miguel Reale, demonstra em sua razão filosófica de ser, que apesar do trinômio

operar com sua grandeza normativa, o Fato e seu Valor, ou seja, a práxis social, sempre estará na dianteira das promoções da mudança, e de forma desfavorecida, a norma sempre tenderá a operar com o seu devido atraso.

Nesse diapasão, em que pese os avanços promovidos pelo instituto da guarda compartilhada no Brasil, sua normatividade dificilmente poderá acompanhar as modificações efetivas que a sociedade sofre constantemente. Destarte, quando o legislador pátrio reforça de forma ampla e geral o instituto da guarda compartilhada, abre-se espaço as modernidades líquidas dispostas por Zygmunt Bauman em sua obra, ou seja, instiga-se as remanescentes inquietudes lançadas no seio familiar que projeta as fragilidades das instituições sociais da modernidade.

3 FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA: GUARDA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já testificado, o instituto das guardas no Brasil se solidifica com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), denominada popularmente como a Constituição Cidadã. Nesse sentido, a família é reafirmada como ponto referencial de base social democrática (art. 226, da CF/88), tendo por pilar fundamental o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Desse modo, a família é recebida pela Carta Magna como receptáculo de direitos e deveres que devem ser concedidos e promovidos pelo Estado como norte para a solidificação da paternidade responsável (art. 226, §7º, da CF/88), dever dos genitores de propiciar proteção em seu sentido integral (social, físico e psicológico), e da dignidade da pessoa humana (princípio estruturante da república), art.1º, inciso III, da CF/88.

Outrossim, com a devida relevância concedida para a família, seus membros adquiriram status jamais deslumbrado no contexto histórico, a criança ou o adolescente, em especial, surgem como ente familiar dotado de plenos direitos que se submetem ao caráter integral da assistência, do cuidado e da proteção. Com isso, o instituto da guarda se reveste de constitucionalidade ao necessitar preencher requisitos que atendam a dignidade humana, a paternidade responsável e o mínimo existencial.

A paternidade responsável é obrigação direta das normatividades que foram dispostas no texto constitucional, conferindo aos genitores, em sua essência, a formação e a emancipação dos seus filhos, bem como, os deveres anexos a essa essencialidade, como educar, criar, assistir e proteger que são ações basilares que formam o núcleo da responsabilidade.

Nessa toada, completando o núcleo da paternidade responsável, a igualdade, a solidariedade e autonomia se mesclam ao encargo parental, reafirmando e demonstrando a verdadeira parentalidade que preceitua o afeto como reflexo do exercício pleno da parentalidade responsável.

A valer, nesse novo contexto do instituto familiar, como já explicitado, a guarda absorve uma conjuntura de imposições que carecem de uma atenção Estadista e Familiar. Logo, a guarda é baseada na reorganização e planejamento do contexto familiar, sendo oriunda da paternidade responsável e colateralmente do afeto.

Em que pese as responsabilizações estatais e sociais, a Dignidade da Pessoa Humana é expressa, irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Sendo assim, a proteção à criança ou ao adolescente, em atenção especial ao instituto da guarda compartilhada, é uma obrigação principal e prestacional que é garantida pela Carta Magna Nacional, sendo papel do poder familiar nos termos do art. 227, da Constituição Federal de 1988:

Assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Mas, o que é Dignidade da Pessoa Humana? Alexandre de Moraes (2017, p. 345) entende dignidade como “Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”, explicita ainda o nobre doutrinador que o Estado deve assumir um papel de constituir um mínimo invulnerável que deve ser assegurado por todos os sistemas jurídicos.

Portanto, ao ser denominado como norteador do conteúdo consubstanciado dentro da normatividade brasileira, a dignidade da pessoa humana assume um papel de autodeterminação de parâmetros mínimos que conferirão, independentemente da ordem ou matriz jurídica em que estejam, um patamar mínimo de atenção as pretensões que dizem respeito a própria vida.

Desse modo, o melhor interesse da criança e do adolescente deve refletir, tanto na teoria como em sua aplicabilidade, a visão que se guia pela determinação garantista da dignidade, sendo que o reflexo do art. 227 da Constituição Federal deve ser compreendido como a atenção basilar dentro do instituto das guardas, ou seja, sua compreensão deve figurar apenas como ponto mínimo de partida para que assistência, cuidado e proteção sejam evidenciados durante o exercício da guarda compartilhada.

Dito isto, para que o exercício da guarda compartilhada seja pleno, sua sistematização deve ser disposta como direta função social do Estado e da Família conjuntamente com a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. Destarte, esses núcleos se interligam em uma rede geral de assistência que atende

a um mínimo existencial que não se molda conforme classes e desigualdades, mas é um requisito que deve ser garantido de forma contínua e permanente.

Nesse sentido, segundo Sidney Guerra e Lilian Emerique (2006) o mínimo existencial, que figura como condição mínima conferida dentro da dimensão da dignidade da pessoa humana, aponta para uma esfera garantista e uma esfera prestacional. A primeira reflete as necessidades (direitos e deveres) de garantir a aplicabilidade do direito, ou seja, a garantia de condições mínimas de vivência digna para a criança ou o adolescente que figura dentro do instituto da guarda compartilhada e a segunda reflete sobre o caráter de direito social exigível frente ao Estado como auxílio prestacional e garantista.

Para tanto, essas duas esferas convivem de maneira equilibrada para, nas palavras de Sidney Guerra e Lilian Emerique (2006, p. 388), “não deixar de se equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito”, cita ainda os Nobres Juristas:

Enfim, a questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias como, por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial, dentre outros.

Apesar da subjetividade, o instituto da guarda compartilhada carece se revestir de um ideal mínimo de condições indispensáveis que serão praticadas pelos genitores e garantidas pelo Estado como forma de exercício pleno das esferas que evocam tais direitos.

Nessa toada, ao ser definida a guarda compartilhada com residência fixa com um dos genitores, este deve propiciar conjuntamente com o outro genitor, o exercício: da paternidade responsável, no que diz respeito as observações que contemplam a formação da criança ou do adolescente e da tomada conjunta de decisões; da dignidade da pessoa humana, no que diz respeito a providência digna das responsabilidades e obrigações; e do mínimo existencial, no que diz respeito

ao preenchimento de todos esses requisitos na forma garantista mínima que é abarcada na Constituição Federal.

Isto posto, com intuito de assegurar o indispensável para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, é preciso um conjunto de atuações de forma uniformizada com correlação entre os poderes estatais, produzindo demasiadas frentes que oportunizam um acesso globalizado ao mínimo existencial ofertado e de forma direta, a relação dos pais de proteção aos cuidados físicos e afetivos que cercam o melhor interesse da criança e do adolescente, além da utilização dos meios ofertados pelo Estado para individualizar e singularizar a devida criação, educação e assistência.

4 REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Alguns eventos ocasionaram um levante no número de divórcios e consequentemente na disposição do instituto da guarda compartilhada no Brasil, dentre eles, a transformação das famílias que comungam de diversos núcleos parentais, ocorrendo a transformação da família “tradicional” para família “moderna”, possibilitando, por exemplo, a equiparação da união estável ao casamento legal, ou jurisprudencialmente, o entendimento extensivo do Supremo Tribunal Federal sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Nesta seara, em consonância com as diversificações das bases familiares, houve a ascensão da mulher ao mercado de trabalho, saindo dos ambientes estritamente domésticos para ocupar espaço dentre o machismo preponderante da cadeia de trabalho. Assim, em que pesa as demais evoluções sociais que impulsionaram os términos das relações afetivas e as deliberações sobre o instituto

da guarda, estes sintetizam as contundentes modificações que influem diretamente na formação psíquica e social da criança e do adolescente.

Outrossim, com a finalização do relacionamento conjugal, o preceito da guarda foi amplamente solidificado, que por sua vez, com o advento do ordenamento pátrio preceituado na Lei 11.698/08 c/c a Lei 13.058/2014, o instituto da guarda compartilhada foi regulado de maneira ampla nos termos das relações conjugais, sendo disciplinado tanto quando havia acordo entre os genitores como quando tinha lide entre eles.

Ademais, foi averiguado que em 2014 a guarda compartilhada passou a ser priorizada pela Justiça em casos de divórcio mesmo que não houvesse acordo entre os cônjuges, percentual que corresponde a 26,8% do total de divórcios em 2019⁶. Ainda, tal porcentagem de 26,8% em relação aos divórcios que não apresentam acordo na escolha da guarda, denota demasiada preocupação com desenvolvimento psíquico e social da criança e do adolescente.

Ocorre que, o melhor interesse da criança e do adolescente não pode ser balizado apenas pela normatividade jurídica, pois, o psiquismo deve ser compreendido como um fruto das inter-relações. Assim, quando há o término das relações afetivas, inexistente possibilidade de tratar apenas de direitos e deveres, logo, os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação familiar pode ocasionar, demonstram que essa esfera representa mais que uma simples manifestação de vontade durante a regulamentação da guarda.

Neste diapasão, ao ser regulamentada a guarda compartilhada em um divórcio ou no término de uma relação que caracterize necessidade deste instituto, pretende-se instigar um ambiente que forme uma completude benéfica de esperas (social, psicológica e biológica) que possibilite segundo o pensamento de CEZAR-

⁶ Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

FERREIRA E MACEDO (2016), um ambiente propício para o desenvolvimento da estabilidade biopsicossocial, da sua segurança e do seu sentido de proteção.

Para análise da guarda compartilhada, se faz necessário abordar de forma pormenorizada as vantagens quanto a sua implementação, bem como, seus desfavores diante de um contexto prático.

Do ponto de vista benéfico, temos que a guarda compartilhada, teoricamente, ampara de forma próspera a convivência entre os genitores e seus filhos, possibilitando divisão da responsabilidade mútua dos genitores em relação aos cuidados exercidos cotidianamente. Além disso, em razão dessa modalidade os filhos seriam abarcados por uma diminuição dos problemas emocionais ocasionados na separação dos genitores, elevando a autoestima gradualmente.

Nesse sentido, é perceptível que as benesses propiciadas pela guarda compartilhada seriam de maior proveito para os filhos, pois, partilhariam a parcela de tempo com seus genitores, o que ocasionaria uma maior afetividade construída nessa relação, diminuindo por consequência, o estado de confusão ocasionado pela nova conjuntura dos meios conjugais em que estavam inseridos.

Pela mesma razão, é notório demonstrar que através do equilíbrio do tempo de convívio apesar da separação, os pais, teoricamente, não estariam em um clima de conflito, mas estariam dispostos a refletir para criança ou adolescente que o término da relação não seria em si um impeditivo das boas relações, mas sim, um adicional de afeto, carinho e amor.

Assim, uma vantagem dessa modalidade se reforça na segurança passada para criança, onde apesar da finalização da relação, o filho pode partilhar de convivência aberta em duas casas, possibilitando ainda, que os genitores realizem outras atividades que refletiriam nas boas relações para com seus filhos.

Nessa toada, é notório que este instituto da guarda compartilhada, em sua essência, preceitua em favor do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, em seu referencial legal e teórico, este se preocupa em garantir para criança e para o adolescente uma autoridade parental harmônica, ou seja, uma divisão das responsabilidades afetivas e prestacionais.

Outrossim, nos termos supracitados, o princípio da dignidade da pessoa humana atuando com o melhor interesse da criança e do adolescente, reafirma em seu caráter primordial, a parentalidade responsável e o mínimo garantido dentro da esfera de equacionamento das responsabilizações.

Fazendo uma análise dos pontos desfavoráveis, percebemos que a guarda compartilhada encontra resistência dentre as famílias que extinguíram a relação afetiva e estão sobre crise familiar, demonstrando caráter que trabalha em desfavor desse instituto.

Ocorre que, o fato de o genitor deter a guarda e a residência fixa com este é motivo para instabilidade de decisões que acabam por menosprezar o que seria tido como o melhor interesse ou a assistência mais adequada para aquela criança ou adolescente.

Assim, a quantidade de presença na relação afetiva constitui uma relevante transformação social nas relações familiares, o que na teoria do instituto da guarda é priorizado, porém, em razão das discrepantes manifestações de vontade, o genitor que não está na figura de guardião daquela criança ou adolescente tende a se afastar das relações afetivas como meio de se contrapor as exigências ou divergências estabelecidas pelo genitor guardião, comprometendo a estrutura afetiva e evolutiva da formação da criança e do adolescente.

Em razão desses fatos, quando o instituto da guarda compartilha é maculado por relações que ultrapassam os meios jurídicos e atingem a esfera

emocional, os preceitos da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse para criança ou para o adolescente perdem aplicabilidade e desvanecem a devida proteção e assistências que devem ser compreendidas na esfera de direitos e deveres exercidos pelos sujeitos da relação.

Ainda, outro ponto que trabalha em desfavor da guarda compartilhada é quando temos a ausência de um lar estável, ou seja, com regras claras e concisas, logo, sem instabilidade de decisões do genitor, para não ocasionar na cabeça da criança ou do adolescente uma confusão em relação ao sistema de regras. Nesse sentido, é importante um sistema de regras que seja de fácil absorção pela criança ou adolescente, garantindo-se assim, uma estabilidade emocional e a ausência de insegurança provocada pela dificuldade de suportar normas conflitantes.

Ademais, outro ponto que dificultaria a implementação da guarda compartilhada seria a ausência de diálogo entre os genitores, o que refletiria na criança ou no adolescente um transtorno em suas faculdades mentais e sociais, abrindo possibilidade para um conflito de lealdades e fomentando uma desconfiança na criança ou adolescente em relação ao seu guardião.

Portanto, o conflito de lealdades é visto como responsável pelo sofrimento e abalo das crianças no momento de separação e definição do instituto das guardas.

Nesse sentido, CEZAR-FERREIRA E MACEDO (2016, p. 101) prelecionam: “As lealdades divididas e os conflitos dos filhos em relação aos pais são as maiores fontes de sofrimento das crianças envolvidas. Por sua vez, o conflito entre os pais, na condição de sócios na função parental, constitui a fonte das fontes do sofrimento dos filhos”.

Com isso, os términos de relacionamentos que geram conflitos de lealdade nos filhos, tão logo, afastam os filhos da afetividade e os genitores das divisões que equalizam a relação prestacional. Com isso, dificultam diretamente o exercício do

mínimo existencial digno que deve ser prestado em favor dos filhos coagulando a relação e de igual forma, maculando o melhor interesse para criança e para o adolescente.

Desse modo, a preocupação enfrentada pela criança ou pelo adolescente em sua evolução biológica, psíquica e social, pode ocasionar demasiados problemas que afetam diretamente o âmbito emocional, como a autoestima da criança ou do adolescente, bem como, o âmbito social, a ausência de vínculos estabelecidos pela convivência em seu seio social. Desse modo, Souza (2000, p. 205) conclui que

Os sentimentos de angústia, raiva, insegurança e outros, que afligem os menores após a separação dos pais, tendem a regredir à medida que diminuem os conflitos entre eles, e conclui que o conflito parental é central e que o tipo de comunicação, por meio de informações e condutas parentais adequadas, talvez possa minimizar o sofrimento infantil.

Destarte, em que pese o Código Civil em seu art. 1.583, §2º, definir que os pais devem seguir os melhores interesses para seus filhos, sendo feita a divisão, de maneira equilibrada, o tempo de convívio para com estes, a práxis social denota um contexto diferente que se prende as crises engendradas pelos distúrbios ocasionados pelo rompimento das relações. Assim, pelo já exposto, os reflexos da disposição da guarda compartilhada, demonstra em sua veracidade, uma disfuncionalidade das disposições legais que, ao invés da prática do melhor interesse, em atenção aos lares de crise familiar, normaliza uma realidade que inferioriza a devida assistência à criança e ao adolescente.

5 ATIVIDADE MULTIDISCIPLINAR NO ÂMBITO DA REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA E DA CONVIVÊNCIA

Em que pese os reflexos do instituto da guarda compartilhada, vantagens e desfavores, sua regulamentação perpassa as vontades individuais e é somada a

conjuntura que idealiza as melhores condições assistenciais para que a criança ou o adolescente se encontre protegido.

Para tanto, o Código Processual Civil através do art. 694, e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da resolução de n. 94 de 27 de outubro de 2009, instituíram no âmbito das Varas das Famílias e da Infância e Juventude, a atuação de uma equipe multidisciplinar que auxiliará nas demandas processuais que envolverem crianças ou adolescentes, fornecendo desde laudos que fomentam uma análise social, psicológica e pedagógica até acompanhamento nas residências dos genitores. Essa equipe é formada psicólogos, assistentes sociais e pedagogos como forma de melhor atender as particularidades das demandas e acentuar as melhores decisões jurisdicionais.

Nesse sentido, é de evidente compreensão que, como já explicitado, as relações conflituosas no âmbito da regulamentação da guarda compartilhada que se dirigem ao ente estatal para dirimir as controvérsias, apresentam comumente, forte conteúdo emocional, ultrapassando dessa forma, o caráter estritamente jurídico das Varas das Famílias ou das Varas da Infância ou Juventude.

Nessa toada, ressalta-se que havendo questões emocionais mal resolvidas durante o trâmite da demanda processual, haverá demasiada dificuldade para resolução pacífica da lide. Assim, com o sobrepujamento da esfera emocional em detrimento do caráter protetional em razão da criança ou adolescente, o Juízo exauriente necessitará de um apoio de profissionais que poderão fornecer uma análise multidimensional das peculiaridades da demanda em questão, retratando a dinâmica familiar, bem como, as melhores formas de dispor a convivência e regulamentação da guarda.

Diante do exposto, de maneira assistencial, carece de ser denotado que a figura da equipe multidisciplinar necessita acompanhar o procedimento em todas as fases processuais, assim como, na execução das medidas que foram impostas

pelo Juízo ou acordadas pelas vontades das partes. Desse modo, Ramos e Shaine (1994) apontam no sentido da atuação dos psicólogos se estenderem para trabalhar os conflitos familiares nas demandas processuais e posteriormente encontrar dentro da dinâmica familiar, as alternativas mais adequadas para resolução do litígio.

De mais a mais, Brito (1999) reforça que as equipes multidisciplinares deveriam priorizar o trabalho com pais e mães separados no sentido de estabelecer um acordo que ultrapassem a disputa pela possível “guarda” dos filhos, no sentido de estabelecer um acordo que beneficiaria a relações estendida com os filhos durante o período de separação do casal.

Assim, em razão da dicotomia da premente necessidade de equipes multidisciplinares cada vez mais atuantes e estruturantes dentro do Poder Judiciário e a quantidade de processos que carecem de atuação multidisciplinar, a visão polinuclear deve ser majorada para incluir os advogados familiarista em uma atuação mais humanizada da universalização do processo de regulamentação da guarda.

Nesse diapasão, a postura do profissional do direito das famílias deve ser pautada pela dinâmica humanizada sendo ressaltada pela ética de escutar e assimilar as diversas peculiaridades que esse ramo manifesta, ultrapassando a barreira dos elementos meramente jurídicos, para desse modo, solucionar as demandas, nas palavras de Conrado Paulino (2021), de uma maneira menos traumática, mais rápida e menos onerosa os problemas daqueles que dependem da atuação desse profissional.

Destarte, em que pese a difícil missão, os advogados familiaristas não podem ser incitados a entrar na narrativa, muitas vezes, melodramática, na escolha de um herói e um vilão, pois, a partir dessa fábula, a visão humanizada e acolhedora no sentido de resolução pacífica estará completamente prejudicada e o

profissional que deveria oportunizar meios menos problemáticas para uma solução tranquila, estará munindo seu cliente juridicamente para postergar as desavenças emocionais e familiares.

Outrossim, o profissional do direito deve se desvencilhar das narrativas que somente compreendem um lado ganhador e outro perdedor, pois, no âmbito do Direito das Famílias inexistente tal paradigma, assim, somente quem perde nesse conflito direto que macula a discursão da guarda compartilhada são os filhos, logo, a ausência de digressões oportunizadas por advogados, oportunizaria dentro do processo familiar, a busca pela efetiva resolução do conflito visando unicamente a devida assistência aos filhos.

Para isso, a vigência do Código de Processo Civil (Lei n.13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) reforçam um marco que evidencia uma visão positiva dos Poderes (Legislativo e Judiciário), pois, denotam dimensão principialista aos meios de resolução consensuais dos conflitos, deixando a intervenção direta do Estado-juiz em segundo plano.

Por fim, reforçando a nova visão processual civilista, as equipes multidisciplinares e os demais membros do Judiciário, assim como, os advogados familiaristas devem incorporar em seus códigos éticos e profissionais medidas que efetivem uma resolução que priorize a ausência de dúvidas acerca da melhor disposição da guarda compartilhada e da devida convivência, revelando no outro não um estranho em sua essência particular, todavia, um semelhante que reflete a carência de um profissional capacitado e humanizado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção se inicia com uma apresentação do conceito do instituto da guarda e uma contextualização que trilha os avanços históricos da família. São

apresentados elementos que formalizam as mudanças do pátrio poder até a autoridade parental, seguindo a exposição dos tipos de guardas explicitados na doutrina e no arcabouço normativo.

Desse modo, apresenta-se a guarda compartilhada como o modelo mais aceito pelo Judiciário brasileiro, pois, compactua com a busca pelo equilíbrio de convivência e afetividade que devem ser desempenhados para com os filhos diante da separação dos genitores, além do exercício efetivo pelos melhores interesses assistenciais e educacionais nas tomadas conjuntas de decisões.

Procede-se com a apresentação das nuances constitucionais que cercam a matéria, delimitando o princípio da dignidade da pessoa humana dentro da esfera da guarda compartilhada, fixando o princípio da parentalidade responsável como meta constitucional da vivência afetiva que deve ser proporcionada aos filhos, assim como, verificou a garantia do mínimo existencial para que o exercício da guarda flua com a seguridade de atenção específica que carece a criança e ao adolescente.

É notório que com a utilização excessiva do instituto da guarda compartilhada em demasiadas demandas, careceu que se refletisse sobre os pontos favoráveis e desfavoráveis do tal instituto, assim, ficou sistematizado que este instituto atende e se aplica com melhor desenvoltura nas famílias onde se preservam um diálogo harmonioso, todavia, em termos que provocam uma certa crise familiar, ou seja, dificuldade de comunicação, este instituto encontra meios mais desfavoráveis de aplicabilidade.

Para tanto, as famílias que estão sobre crise desde o momento de separação, ou seja, ultrapassaram a barreira das necessidades jurídicas e chegaram nas nuances psicológicas e emocionais, demonstram que essa situação problematiza em desfavor da regulamentação da guarda pela via compartilhada.

Nesse sentido, no que diz respeito a dicotomia do melhor interesse da criança e do adolescente frente a dignidade da pessoa humana, esta encontrará sua aplicabilidade consagrada no tocante da guarda compartilhada quando seus preceitos se fixarem na realidade prática, ou seja, quando houver configuração de um ambiente relacional que esteja disposto a seguir os preceitos que fundaram este instituto.

Entretanto, quando houver um sistema familiar que torne desfavorável a aplicação do instituto da guarda compartilhada, a aplicabilidade do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como, da dignidade da pessoa humana estará comprometida. Assim, o ambiente familiar será diretamente responsável pela concretização da dignidade e proteção mínima em favor dos filhos.

Conclui-se que, a regulamentação de tal instituto carece de uma equipe multidisciplinar que esteja preparada e condicionada para fornecer laudos aos Judiciário que garantam a aplicação da guarda compartilhada dentro das barreiras de sua efetividade, tal equipe multidisciplinar deveria ser instruída para participar, nas Varas das Famílias, durante toda a demanda processual, acompanhando, em especial, os filhos e os impactos sofridos com a alteração da dinâmica familiar.

Nesse diapasão, dissuadindo a universalidade dessa equipe supracitada, é contundente que o advogado familiarista atua no sentido de somar as metas de resolução mediada de conflito ao processo, visto que, a figura do advogado não pode denotar revanche ao paradigma vencedor-perdedor que se instaurou na dinâmica processual brasileira. Assim, o advogado tem papel fundamental para nuclear o procedimento familiar e guiar seu cliente as melhores decisões, que favoreçam primordialmente, os menos favorecidos no ambiente de separação e crise familiar: os filhos.

Tendo em vista o caráter não exauriente da pesquisa, observa-se a necessidade de novas discursões, mais amplas, voltadas ao estudo do fenômeno da guarda compartilhada, sua aplicabilidade e efetividade. Logo, é imperioso que se mantenha a continuidade dos estudos e produções na área das indagações que cercam o arcabouço teórico e sua prática, assim como, os reflexos psicológicas e sociais que perpassam pelo direito familiar, não sendo possível encerra nessa pesquisa tema tão complexo.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. **UNICEF**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso no dia 08 de abril de 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. **PLANALTO**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso no dia 25 de março de 2022.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. UNIFLU – Centro Universitário Fluminense: Ano VII, Nº 9, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2022.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: 4. Ed. Ver., atual e ampl, Thomson Reuters Brasil, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda do filho menor**. Porto Alegre: Ajuris. n. 19, vol. 7, jul. 1980.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.^a ed.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 3^a edição, 2021.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2. Ed, vol. 1-2, 1967.

SOUZA, Rosane Mantilla de. Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos. **Psicologia: teoria e pesquisa**. v. 16, n. 3, set./dez.2000.

WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: **Guarda Compartilhada**. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA FRENTE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DO GATO DE ENERGIA ELÉTRICA

THE PRINCIPLES OF CONTRADICTION AND AMPLE DEFENSE IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS OF VERIFICATION OF ELECTRICITY CAT

Alana Maria Souza Siqueira⁷

Glaydson Barbosa de Lima⁸

Luiz Carlos Pergentino P. da Silva⁹

RESUMO

O artigo busca analisar a luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o procedimento administrativo de apuração do gato de energia elétrica. Com este objetivo, revisou-se o normativo específico que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, como também, a compreensão doutrinária com relação à tipificação penal dada a prática de procedimento irregular realizado na medição consumo, aliado ao atual entendimento jurisprudencial relacionado ao tema trabalhado. Utilizando-se do método de abordagem indutivo, cuja aproximação dos fenômenos direciona-se para planos abrangentes, partindo de constatações particulares para o encontro de aspectos generalizados, estruturou-se as informações colhidas por meio de uma pesquisa bibliográfica. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são basilares no tocante a propiciar a todo cidadão um julgamento justo, tanto na esfera do judiciário, como também no âmbito administrativo, nesse diapasão, a prática de procedimentos irregulares na medição de energia elétrica exige das concessionárias que distribuem este bem, um rito processual administrativo delineado pela resolução 1.000/21 da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, para averiguação de possível energia consumida e não registrada pelo medidor em virtude de tais procedimentos, podendo levar em alguns casos, a suspensão do fornecimento ao consumidor que se utilize de tal artifício fraudulento. Este tema vem trazendo ao poder judiciário inúmeras ações, que tem como escopo o questionamento dos procedimentos administrativos que calculam o valor pecuniário da energia consumida e não medida. Em virtude de tantos questionamentos o STJ passou a entender que o procedimento administrativo de apuração de irregularidade no medidor de consumo, tem como condição sine qua non o respeito aos princípios constitucionais do contraditório e

⁷ Graduanda em Direito.

⁸ Graduando em Direito.

⁹ Professor Orientador.

da ampla defesa, não podendo ser conduzido de forma unilateral pela distribuidora.

Palavras-chave: contraditório; ampla defesa; procedimento irregular; consumo; gato de energia elétrica.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the light of the principles of contradictory and full defense, the administrative procedure for calculating the electric power cat. With this objective, the specific normative that establishes the general conditions of electric energy supply was revised, as well as the doctrinal understanding regarding the criminal classification given the practice of irregular procedure carried out in the consumption measurement, combined with the current jurisprudential understanding related to the theme worked. Using the inductive approach method, whose approximation of the phenomena is directed to comprehensive plans, starting from particular findings to find generalized aspects, the information collected through bibliographic research was structured. The principles of contradictory and full defense are fundamental in terms of providing every citizen with a fair trial, both in the judiciary and in the administrative sphere. distribute this asset, an administrative procedural rite outlined by ANEEL's resolution 1000/21³, to investigate possible energy consumed and not recorded by the meter as a result of such procedures, which may lead, in some cases, to the suspension of supply to the consumer who uses such fraudulent artifice. This issue has brought to the judiciary numerous lawsuits, whose scope is the questioning of administrative procedures that calculate the pecuniary value of energy consumed and not measured. Due to so many questions, the STJ came to understand that the administrative procedure for determining irregularities in the consumption meter has as a sine qua non the respect for the constitutional principles of the adversary system and the full defense and cannot be carried out unilaterally by the distributor.

Keywords: contradictory; broad defense; irregular procedure; consumption; electric power cat.

1 INTRODUÇÃO

A energia elétrica é para o mundo contemporâneo um artigo de primeira necessidade, com ela a indústria, o agronegócio, as empresas de tecnologia e outros

ramos da economia nacional conseguem ter acesso as facilidades tecnológicas, bem como desenvolver com agilidade os seus processos produtivos.

Todavia, gerar, transmitir e distribuir este bem não é tarefa tão simples. É preciso lançar mão de geradores, cabos, transformadores, relés, postes, torres, como também mão de obra especializada em todas as fases do processo.

Todo este procedimento tem um custo para o consumidor, e é cobrado mediante tarifas de consumo e demanda através das empresas que possuem a concessão para distribuir este tipo de energia.

Para mensurar a energia consumida por cada cliente, as concessionárias utilizam o chamado medidor de energia elétrica que tem como função principal medir a quantidade de KWH (*Quilowatt-hora*) de energia consumida por cada cliente, valor este que multiplicado pelo valor da tarifa e somado aos impostos que incidem sobre o serviço são cobrados aos clientes através da fatura mensal de energia elétrica.

Um problema comum a todas as concessionárias de energia elétrica do país é a utilização de procedimentos irregulares para se obter benefício no consumo, popularmente chamados de “gato de energia elétrica”. Esta prática irregular é tipificada no Código Penal Brasileiro pelo crime de furto (art.155 § 3º, CP) se houver a subtração da energia elétrica, e caso praticada com adulteração do medidor de consumo, tipifica-se como estelionato (art.171, CP) conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Os procedimentos irregulares (gato de energia) têm incidência em três situações diferentes, a primeira ocorre quando ainda não existe relação de consumo e nem contrato, e por conseguinte não existe medidor, e é feita por terceiros, à revelia da concessionária uma ligação direta na rede de distribuição da mesma. No segundo caso, já existe relação de consumo e medidor, e o

procedimento irregular (gato de energia) é realizado antes do medidor. E a terceira situação ocorre quando também já existe relação de consumo e medidor e o procedimento irregular (gato de energia) é feito através de uma fraude no medidor de consumo.

Constatado o procedimento irregular (gato de energia), para defender o seu patrimônio, as distribuidoras podem atuar em duas esferas, uma no âmbito administrativo, onde a concessionária através de critérios estabelecidos pela resolução nº1000/21 da ANEEL, chegará a um valor de energia consumida e não registrada, e a partir daí, cobrará ao consumidor o valor não registrado pelo medidor de consumo. A segunda esfera é a penal, considerada como *ultima ratio*, facultando-se as concessionárias acionar o poder de punir do estado, para defender o seu bem maior, pois estamos tratando de crime tipificado pelo nosso Código Penal.

Gerada a fatura em virtude do cálculo da energia consumida e não registrada pelo medidor de consumo, em virtude do procedimento irregular (gato de energia), é facultado a concessionária com base na resolução nº1000/21 da ANEEL, a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Todo o procedimento administrativo de apuração do consumo não medido, em virtude do procedimento irregular (gato de energia) deve garantir ao consumidor, meios para que o mesmo possa exercer os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assim leciona o (art.5º, LV, CF).

O presente artigo tem como objetivo principal, discutir à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o processo administrativo de apuração do gato de energia elétrica. Utilizando-se do método de abordagem indutiva, cuja aproximação dos fenômenos direciona-se para planos abrangentes, partindo de constatações particulares para o encontro de aspectos generalizados, estruturou-se as informações colhidas por meio de uma pesquisa bibliográfica que

inclui doutrina, normas específicas e jurisprudência, tornando-se assim, um trabalho perfeitamente viável e apto a contribuir como aporte intelectual para todos que com ele tiverem contato.

Assim sendo, buscou-se trazer quatro propostas de abordagem: abordar os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois estes são primordiais para o equilíbrio entre as partes, tanto nos processos de apuração judiciais, como também, nos administrativos; discorrer acerca dos crimes, presentes na prática de procedimentos irregulares (gato de energia); realizar uma análise do processo administrativo de apuração dos procedimentos irregulares (gato de energia); com base na resolução nº1000/21 da ANEEL, verificar a presença dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório presentes no processo administrativo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os princípios constitucionais são os maiores encarregados pela legalização do processo judicial e também administrativo, sendo assim, ninguém será privado de seus bens e acusado sem o devido processo legal direcionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Essa passagem constitucional traz esses princípios como pressupostos para o andamento do fato delitivo, ao tempo que possibilita os esclarecimentos acerca do fato material.

Ensinou Almeida (1973), que o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los” (princípios fundamentais de processo penal, pág. 81). O objetivo desses princípios constitucionais é evidente:

garantir o direito de defesa ao acusado, possibilitando que eles se defendam daquilo que lhe for desfavorável.

Sobre seguir, ou não, o que preconizam os princípios constitucionais para andamento do processo, é de se destacar a definição feita por Canotilho (2003):

“Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta e reserva do possível, fáctica ou jurídica.”

Em se tratando de procedimentos irregulares na fraude de energia elétrica, merece destaque o fato da prática poder ser configurada tanto no delito de furto como também no crime de estelionato, isso a depender de onde encontra-se o procedimento irregular.

Nos dois casos, os ensejadores princípios constitucionais aqui estudados, deverão ser evidentes antes mesmo da emissão do Termo de Ocorrência de Inspeção (TOI), no processo administrativo, tendo em vista que por muitas vezes, a ação imediata das concessionárias atropela as etapas para confirmação da materialidade.

Para tanto, é oportuno trazer que esses princípios são essenciais para aplicação do direito, incumbindo às empresas do serviço público de distribuição de energia elétrica, observar rigorosamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa do consumidor durante o processo administrativo de averiguação da irregularidade na medição, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento em relação à tais princípios, durante todo o procedimento de apuração.

Atualmente, a observância desses princípios é de grande importância, haja vista a desobediência ao contraditório e da ampla defesa culminar a nulidade de todos os atos, ação alicerçada no Código de Processo Penal. Essa observância é

uma garantia essencial, por possuir um fundamental papel de auxiliar na legitimação da ação executada, nesse caso a suspensão da energia.

Entende-se, portanto, que esses princípios são peças de encaixe para que se obtenha o legítimo resultado do que está sendo alvo de denúncia e averiguação, concluindo assim o inteiro do caso analisado.

Sendo assim, fica explícito que não se pode negar que esses direitos constitucionais, da ampla defesa e do contraditório, jamais deverão ser afastados do processo legal, seja ele judicial ou administrativo, tornando-os garantidores da equidade de um Estado Democrático de Direito.

2.2 DOS CRIMES PRESENTES NA PRÁTICA DE PROCEDIMENTOS IRREGULARES NA MEDIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Para uma melhor compreensão dos crimes presentes na prática de procedimentos irregulares na medição de energia elétrica, faz-se necessário o entendimento de alguns conceitos primordiais ao tema:

- Gato de energia: é uma denominação popular que é dada a todo meio utilizado, para se obter de forma ilícita, algum benefício no consumo de energia elétrica por parte do usuário do sistema de distribuição;
- Sistema de medição: conjunto de equipamentos e materiais, tais como cabos, conectores e medidores utilizados para medir o consumo de energia elétrica;
- Medidor de consumo: está inserido dentro do sistema de medição, sendo o equipamento utilizado pelas concessionárias de energia elétrica para medir de forma precisa e em conformidade com normativo metrológico, o consumo de energia.

O procedimento irregular (gato de energia), além de ser um dos maiores complicadores no processo de distribuição, é considerado pela norma penal brasileira, uma conduta ilícita. No entanto para uma correta tipificação é essencial entender o *modus operandi* utilizado. A partir deste entendimento, iremos compreender que quando o ato ilícito for praticado, antes do medidor de consumo está configurado um crime de furto, e quando for praticado no medidor de consumo estaremos falando em estelionato.

2.3 FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA

O Crime de furto de energia elétrica encontra-se tipificado no Art. 155, § 3º, do Código Penal Brasileiro. Onde o agente apodera-se, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, tirando-a de quem a detém (diminuindo-se o patrimônio da vítima). É importante salientar que o parágrafo terceiro do referido artigo equipara a energia elétrica a coisa móvel.

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. (grifo nosso)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

É de suma importância para nosso estudo, o entendimento de que o Código Civil, em seu Art.83, considera como bem móvel qualquer energia que possua

valor econômico. Trata-se do que a doutrina chama de bem móvel por determinação legal. Desta forma a energia elétrica constitui a parte principal do patrimônio das concessionárias distribuidoras deste bem.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico. (grifo nosso).

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes. III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

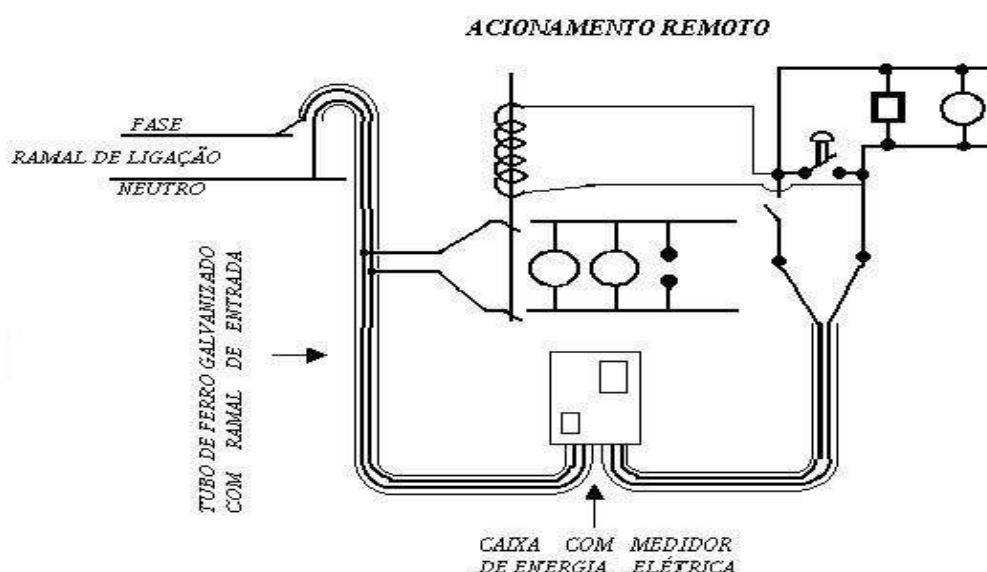
Outro conceito de fundamental importância para o entendimento do crime em estudo, é o conceito dado pela física a este tipo de energia. A energia elétrica é o resultado do trabalho realizado pela corrente elétrica mediante a imposição do que chamamos de Diferença de Potencial Elétrico (DDP). Sendo assim, quando falamos em energia elétrica estamos nos referindo a um fluxo ordenado de elétrons que circula nos condutores das concessionárias, em decorrência de uma força aplicada pelos transformadores de distribuição, a chamada DDP (Diferença de Potencial Elétrico), mais conhecida pelos consumidores como tensão elétrica ou voltagem.

Desta forma, para que a concessionária possa medir a energia demandada pelos aparelhos elétricos do consumidor, toda energia solicitada deve obrigatoriamente passar pelo medidor de consumo. No momento em que o agente interliga um fio condutor, antes do medidor de consumo e passar por cima deste equipamento, ligando este condutor diretamente a um aparelho de energia elétrica ou a todos os aparelhos da residência ou empresa, estaremos diante do crime de furto de energia elétrica, pois o infrator apodera-se, para si, de coisa alheia móvel, tirando-a de quem a detém (diminuindo-se o patrimônio da vítima).

Neste sentido, no furto de energia elétrica parte da corrente que circula pelos condutores da concessionária é desviada, antes do medidor de consumo, e ligada sem registro algum, aos aparelhos elétricos do agente.

Nos ensinamentos de Greco (2017), “quem pratica o desvio da corrente elétrica antes que ela passe pelo registro comete o delito de furto. É o que ocorre, quando o sujeito ativo traz a energia para sua casa diretamente do poste, fazendo-o, que popularmente é chamado de “gato”. A fiação conectada do poste de energia elétrica direto para o lugar onde se quer usá-la, sem que haja quaisquer medidas do gasto de energia”, como mostra a figura 1.

Figura 01: Furto com acionamento remoto



FONTE: Google.

2.4 CRIME DE ESTELIONATO OCASIONADO POR FRAUDE NO MEDIDOR DE CONSUMO

Em virtude do avanço tecnológico os meios utilizados para se obter de forma ilícita benefício no consumo de energia elétrica evoluíram. Em consonância com este progresso, o modus operandi utilizado com o objetivo de empecer a detecção do procedimento irregular (gato de energia), passou a ter uma nova modalidade, que consiste na adulteração do medidor de consumo. Neste tipo de irregularidade o agente obtém para si, vantagem ilícita, em prejuízo da concessionária de energia, induzindo a mesma a erro, mediante artifício

fraudulento aplicado ao medidor de consumo de energia elétrica, como podemos ver nos exemplos abaixo:

Exemplo 01: O agente rompe os lacres que blindam a tampa do medidor, implantando um circuito eletrônico que apaga o display de leitura do mesmo, medindo o consumo de energia apenas quando for conveniente para o agente. Perceba que não existe subtração de energia como ocorre no caso do furto, e sim uma fraude com o objetivo de induzir a concessionária a erro no registro correto da energia consumida.

Exemplo 02: O agente com uma broca metálica de alta rotação, rompe a estrutura lateral do medidor de consumo e interrompe o fio de um dos circuitos de medição, fazendo com que o equipamento registre apenas parte do consumo. Em seguida, o agente cobre o buraco feito com uma resina especial para camuflar a irregularidade. Perceba que também neste caso, não existe subtração de energia elétrica e sim mais uma fraude no medidor de consumo com o objetivo de induzir a concessionária a erro.

Como se pode verificar, a adulteração do medidor de consumo amolda-se ao crime de estelionato, artigo 171 do código penal. Assim, vejamos:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: (grifo nosso).

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Ratificando esse entendimento, o doutrinador Capez (2016), afirma que, “haverá furto na captação da energia antes de sua passagem pelo aparelho medidor. A alteração do aparelho medidor poderá configurar uma fraude do crime de estelionato” (CAPEZ, 2016). Sobre o tema, também opina Mirabete (2001):

“A lei equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Assim, desviando o agente a energia, indevidamente, cometerá furto, mas se usar qualquer artefato para viciar

a medição do consumo de energia elétrica de sua casa ou estabelecimento, comete estelionato, por ter induzido em erro a companhia fornecedora, com meio fraudulento, obtendo vantagem indevida.”

Diante do exposto, é fulcral para o entendimento do tema, como foi evidenciado anteriormente, que o *modus operandi* do procedimento irregular (gato de energia), é quem vai determinar a tipificação da conduta ilícita, se o procedimento é praticado antes do medidor de consumo e com subtração de energia elétrica, estaremos diante do crime de furto. Agora se o procedimento irregular ocorrer com fraude no medidor fica evidente o estelionato.

2.5 A ANEEL E A RESOLUÇÃO NORMATIVA N° 1000/21

A energia elétrica tem função estratégica para o desenvolvimento do país. O agronegócio, indústria, iluminação das cidades e as tecnologias do mundo contemporâneo dependem da eletricidade. Todavia, gerar, transmitir e distribuir este bem é uma tarefa tecnicamente difícil e juridicamente repleta de minúcias. Com o objetivo de regular o setor, foi criado pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica.

A ANEEL é uma autarquia sob regime específico (Agência Reguladora), ligada ao Ministério de Minas e Energia, com sede no Distrito Federal. A empresa ANEEL tem como propósito regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com a legislação e em conformidade com as diretrizes e as políticas do governo federal.

Para esse estudo utilizou-se como esteio, além da doutrina e jurisprudência, a nova resolução normativa da ANEEL nº 1000, de 7 de dezembro de 2021, que trata das regras de prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. Serão aludidos no artigo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, o processo administrativo para a apuração dos procedimentos irregulares (gato de energia), bem como a adequação da resolução ANEEL nº 1000/21, a garantia

constitucional do contraditório e da ampla defesa, que deve se fazer presente não só aos processos judiciais, como também ao procedimento administrativo, como leciona nossa *lex mate* em seu Art. 5º, inciso LV.

2.6 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS IRREGULARES

As distribuidoras realizam ações de combate ao uso irregular de energia elétrica de forma permanente. A resolução nº 1000/21 da ANEEL traz em seu capítulo VII, o regramento para caracterização, apuração da receita a ser recuperada e o período de duração dos procedimentos irregulares (gato de energia). Esta delimitação normativa é fundamental para garantir ao processo administrativo isonomia e respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve compor um arcabouço probatório para uma fiel caracterização da irregularidade. Este conjunto de evidências tem previsão legal no artigo 590, da resolução ANEEL nº1000/21, e é composto de:

- TOI (Termo de Ocorrência de Inspeção): é impresso em formulário próprio e elaborado conforme instrução da ANEEL, sendo considerado documento base para a autuação da unidade consumidora encontrada com o procedimento irregular. Nele vão informações como: dados da unidade consumidora, dados do equipamento de medição, tipo de irregularidade encontrada, levantamento da carga instalada na unidade consumidora e assinatura do consumidor ou acompanhante da inspeção;
- Perícia metrológica ou verificação do medidor junto ao INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia): a critério da concessionária ou quando solicitado pelo consumidor;

- Elaboração de relatório de avaliação técnica quando constatada a violação do medidor de consumo, exceto quando for solicitado a perícia metrológica;
- Avaliação do histórico de consumo e das grandezas elétricas;
- Medição fiscalizadora e recursos visuais, tais como fotografias e vídeos quando julgar necessário.

O TOI é o documento mais importante do procedimento administrativo, nele estão presentes todas as informações necessárias para a fiel caracterização da irregularidade. O artigo 591, da resolução nº 1000/21 da ANEEL, traz regras que a distribuidora deve seguir ao emitir o TOI. Seguindo essas regras, a distribuidora deve entregar cópia legível do documento, mediante recibo com assinatura do consumidor ou acompanhante da inspeção, bem como informar a possibilidade de verificação ou perícia metrológica, como também os custos para a realização destes serviços.

Com o advento da digitalização a nova resolução possibilita a concessionária a emissão eletrônica do TOI, e a coleta eletrônica da assinatura do consumidor, devendo a distribuidora garantir a impressão no local. Todavia, quando o consumidor se recusa a receber esse termo, a distribuidora deve armazenar evidências do fato e enviar ao consumidor em até 15 (quinze) dias da emissão, por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento.

Outro ponto relevante dentro do processo administrativo, ocorre quando o procedimento irregular é praticado contra o medidor de consumo. Nesta hipótese, a concessionária deve elaborar um relatório de avaliação técnica, que pode ser realizado em laboratório credenciado pelo INMETRO para ensaios em medidores de energia elétrica ou no laboratório da distribuidora certificado na norma ABNT NBR ISO 9001. O medidor levado para avaliação deve ser acondicionado em

invólucro específico, lacrado no ato da retirada mediante entrega de comprovante ao consumidor ou acompanhante.

Feita a caracterização da irregularidade, a distribuidora deve apurar a receita a ser recuperada, esta receita consiste no cálculo da energia que deixou de ser registrada em virtude da prática do procedimento irregular (gato de energia). A receita recuperada é encontrada pela diferença entre os valores efetivamente faturados pelo medidor de consumo e aqueles apurados por critérios estabelecidos pelo Art. 595, da resolução 1000/21 da ANEEL. Assim, vejamos:

Art. 595. Comprovado o procedimento irregular, a distribuidora deve apurar a receita a ser recuperada calculando a diferença entre os valores faturados e aqueles apurados, por meio de um dos critérios a seguir, aplicáveis de forma sucessiva: (grifo nosso)

I - utilização do consumo apurado por medição fiscalizadora, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, desde que utilizada para caracterização da irregularidade, conforme art. 590;

II - aplicação do fator de correção obtido por meio de inspeção do medidor e apuração do erro de medição causado pelo emprego de procedimentos irregulares, desde que os selos, os lacres, a tampa e a base do medidor estejam intactos;

III - utilização da média dos três maiores valores disponíveis de consumo de energia elétrica, proporcionalizados em 30 (trinta) dias, e de demanda de potências ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição regular imediatamente anteriores ao início da irregularidade;

IV - determinação dos consumos de energia elétrica e das demandas de potências ativas e reativas excedentes por meio da carga desviada, quando identificada, ou por meio da carga instalada, verificada na constatação da irregularidade; ou

V - utilização dos valores máximos de consumo de energia elétrica, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, e das demandas de potência ativa e reativa excedente, dentre os ocorridos nos 3 (três) ciclos imediatamente posteriores à regularização da medição.

Para a apuração da receita a ser recuperada é necessário determinar o período de duração da irregularidade que são determinados tecnicamente ou pela análise do histórico de consumo de energia elétrica. Na impossibilidade da distribuidora identificar o período de duração da irregularidade, o período de

cobrança fica limitado aos 6 (seis) meses anteriores a constatação da irregularidade. É importante salientar que a retroatividade da aplicação da recuperação da receita, fica restrita à última inspeção nos equipamentos de medição da distribuidora e caso se comprove que o início da irregularidade ocorreu em período não atribuível ao atual titular da unidade consumidora, a este somente devem ser faturadas as diferenças apuradas no período de sua titularidade.

Constatado o procedimento irregular, seja ele praticado antes do medidor ou contra o mesmo, a distribuidora vai caracterizar a irregularidade, definir o período de duração do ilícito e apurar a receita a ser recuperada. Finalizada a apuração, a distribuidora deve instruir um processo que será disponibilizado para o consumidor, este ponto será trabalhado com mais detalhe, no tópico posterior.

2.7 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA FRENTE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DO GATO DE ENERGIA ELÉTRICA

O contraditório e a ampla defesa são elementos essenciais presentes dentro dos processos judiciais ou administrativos, pois possibilitam a quem está sendo acusado um julgamento mais próximo do que chamamos de justiça. No desenvolvimento do artigo tratamos conceitos básicos essenciais para uma melhor compreensão do tema proposto. Procedimento irregular, furto de energia, estelionato ocasionado por fraude no medidor e a Resolução 1000/21 da ANEEL, foram alguns dos temas tratados, e que neste momento serão fulcrais para um aprofundamento do assunto.

Em tópicos anteriores discorreu-se que os procedimentos irregulares (gato de energia), podem ocorrer em apenas dois lugares, pode acontecer antes do medidor de consumo com a subtração da energia ou contra o mesmo. A resolução 1000/21, da ANEEL, trata no Título II, capítulo VII da parte especial os procedimentos irregulares, que delimita como as distribuidoras devem proceder

quando for constatado a existência do ilícito penal na medição de energia. Antes de 2021, a resolução 414/2010 delineava como deveria ser a apuração dos procedimentos irregulares. Em 2022, entrou em vigor a resolução 1000/21 da ANEEL, que trouxe novidades com relação ao tema.

Como tratado no tópico anterior, a apuração do gato de energia pelas distribuidoras, começa com a composição de um conjunto de evidências que propiciam a fiel caracterização da irregularidade, logo após é necessário delimitar no tempo, o período de duração do ilícito, através de informações técnicas ou pela análise do histórico de consumo de energia elétrica. Feito isso, parte-se para apuração da receita a ser recuperada, ou seja, a energia que deixou de ser registrada em detrimento do procedimento irregular. Todavia, como trata-se de um processo administrativo que vai infligir ao consumidor um valor pecuniário, referente a energia que possivelmente deixou de ser registrada em virtude do gato de energia, é essencial, para a lisura do processo, que seja garantido ao consumidor a possibilidade de defender-se e contraditar no transcorrer do procedimento.

O artigo 598, da resolução 1000/21 da ANEEL, determina que nos casos em que houver compensação de receita em decorrência da irregularidade apurada, a distribuidora é obrigada a instruir um processo com as seguintes informações: a ocorrência constatada, cópia legível do TOI; avaliação do histórico de consumo; cópia dos elementos de apuração como fotos e vídeos; relatório de avaliação técnica caso haja violação do medidor, comprovante de notificação e agendamento da avaliação técnica; relatório de perícia metrológica, quando solicitado; custo de frete da perícia metrológica; critério utilizado para o cálculo da recuperação de receita; valor do custo administrativo cobrado; critério utilizado para determinar o período de duração da irregularidade; data da última inspeção anterior a da autuação e o valor da diferença a cobrar com a memória descritiva de como o valor foi apurado.

Finalizado o processo de apuração, após a análise das determinações do artigo 598 da resolução 1000/21 da ANELL, a distribuidora deve notificar o consumidor por escrito, por modalidade que permita a comprovação do recebimento, contendo obrigatoriamente no caso dos procedimentos irregulares, os itens do caput do art. 598, assim nos ensina o Art. 325, § 1º, da resolução 1000/21 da ANEEL, este também, um novo artigo trazido pela atual resolução.

Uma novidade trazida pela nova resolução é a obrigatoriedade da concessionária fornecer em até 5 (cinco) dias úteis, mediante solicitação do consumidor, a cópia do processo de irregularidade, como também, disponibilizar ao cliente, no espaço reservado de atendimento pela internet, o processo individualizado da irregularidade. Com esta inovação, possibilita-se a garantia do acesso rápido a todo o processo e informações nele presente, ampliando a possibilidade de defesa do consumidor ao contraditar. Assim, vejamos:

Art. 598. Nos casos em que houver necessidade de compensação de receita em decorrência da irregularidade apurada, a distribuidora deve instruir um processo com as seguintes informações:

§ 4º A distribuidora deve fornecer em até 5 (cinco) dias úteis, mediante solicitação do consumidor, a cópia do processo de irregularidade. (grifo nosso)

§ 5º O processo individualizado de irregularidade deve ser disponibilizado ao consumidor no espaço reservado de atendimento pela internet. (grifo nosso)

Outra inovação trazida pela nova resolução, são as possibilidades dadas ao cliente no momento de exercer o contraditório, com novos prazos para a realização do faturamento do consumo não medido, até a finalização dos recursos junto a distribuidora. No parágrafo § 2º, do art. 598, da resolução 1000/21, leciona que o faturamento da compensação deve ser realizado conforme o art. 325 do mesmo diploma normativo, que definirá quando o consumidor poderá contestar e como deve ser a resposta da distribuidora.

O art.325, inciso II, da resolução 1000/21, nos ensina que a distribuidora deve compensar o faturamento quando houver diferença a cobrar, decorrente da eventual comprovação de procedimento irregular, de que trata o Capítulo VII do Título II. Para a concretização do faturamento a distribuidora deve obrigatoriamente notificar o consumidor por escrito, por modalidade que permita a comprovação do recebimento, contendo obrigatoriamente e no caso de procedimento irregular, os itens do caput do art. 598, que já foram tratados em tópico anterior. Dessa forma, vejamos:

Art. 325. A distribuidora deve compensar o faturamento quando houver diferença a cobrar ou a devolver decorrente das seguintes situações:

- I - defeito na medição, de que trata a Seção V do Capítulo VIII;
- II - comprovação de procedimentos irregulares, de que trata o Capítulo VII do Título II; ou (grifo nosso)
- III - levantamento periódico em campo para atualização dos pontos de iluminação pública, de que trata o art. 463.

§ 1º A distribuidora deve notificar o consumidor por escrito, por modalidade que permita a comprovação do recebimento, contendo obrigatoriamente:(grifo nosso)

- I - no caso de defeito na medição, os itens do caput do art. 257;
- II - no caso de procedimentos irregulares, os itens do caput do art. 598; (grifo nosso)
- III - no caso de levantamento periódico de iluminação pública, os itens do § 5º do art. 463; e
- IV - direito, prazo e canais para reclamação, conforme § 2º

Com a realização da notificação, o consumidor pode registrar reclamação junto à concessionária em até 30 (trinta) dias, caso discorde da diferença cobrada em virtude do eventual gato de energia, devendo a distribuidora responder a reclamação no prazo de 15 (quinze) dias. Em caso de indeferimento da reclamação, deve ser informado ao consumidor por escrito, e fundamentada a resposta com as razões detalhadas da impugnação ao pedido do consumidor, bem como, os dispositivos legais e normativos que embasaram a decisão e o direito do

consumidor de registrar reclamação à ouvidoria da distribuidora. Desse modo, vejamos:

Art. 325 (resolução, 1000/21, ANEEL): [...]

§ 2º O consumidor pode registrar reclamação na distribuidora, em até 30 (trinta) dias contados a partir da notificação, se discordar da diferença a cobrar ou a devolver informada. (grifo nosso)

§ 3º No caso do § 2º, a distribuidora deve solucionar a reclamação e comunicar ao consumidor no prazo de 15 (quinze) dias. (grifo nosso)

§ 4º Em caso de indeferimento da reclamação, a distribuidora deve informar ao consumidor por escrito:

I - As razões detalhadas e os dispositivos legais e normativos que fundamentaram sua decisão; e (grifo nosso)

II - O direito de registrar reclamação à Ouvidoria da distribuidora e o efeito suspensivo do § 6º, com o telefone, endereço e demais canais de atendimento disponibilizados para contato. (grifo nosso)

Não satisfeito, o consumidor pode registrar reclamação à ouvidoria da concessionária, em até 30 (trinta) dias contados a partir do recebimento da resposta da primeira reclamação. Um novo ponto muito importante presente na nova resolução 1000/21, da ANEEL, é o efeito suspensivo lecionado pelo § 6º, do Art.325. Assim vejamos:

Art. 325. [...]:

§ 6º A reclamação do consumidor na Ouvidoria da distribuidora suspende a realização da cobrança das diferenças a pagar e as demais medidas dispostas no art. 422 até a efetiva resposta da Ouvidoria, observado o prazo de resposta do art. 421(grifo nosso)

Com a efetivação da reclamação junto a ouvidoria da distribuidora, a mesma deve instaurar um processo para a apuração da reclamação e demais manifestações recebidas, devendo comunicar ao consumidor, em até 10 (dez) dias úteis, as providências adotadas quanto a manifestação recebida, cientificando-o, caso persista a discordância, sobre a possibilidade de contatar a agência estadual conveniada ou, da inexistência desta, a ANEEL. Assim vejamos:

Art. 421(resolução 1000/21, ANEEL): O consumidor e demais usuários podem registrar reclamação na Ouvidoria da distribuidora se:

I - Vencido o prazo para o atendimento de demanda feita para a distribuidora; ou

II - Houver discordância em relação às providências adotadas para a solução da demanda, inclusive as demandas esclarecidas durante o atendimento.

§ 1º A Ouvidoria da distribuidora deve:

I - Instaurar processo para apuração da reclamação e demais manifestações recebidas; e (grifo nosso)

II - Comunicar ao consumidor e demais usuários, em até 10 (dez) dias úteis, as providências adotadas quanto às reclamações e demais manifestações recebidas, cientificando-o, caso persista discordância, sobre a possibilidade de contatar a agência estadual conveniada ou, na inexistência desta, a ANEEL. (grifo nosso)

§ 2º Excepcionalmente, caso haja necessidade de prorrogação de prazo para o fornecimento de resposta conclusiva, a Ouvidoria deve manter contato com o consumidor e demais usuários, dentro do prazo do § 1º, a fim de justificar e informar o novo prazo para resposta, que será considerado para fins de compensação.

Com o advento da resolução nº 1000/21 da ANEEL, o contraditar dentro do processo administrativo de apuração do gato de energia elétrica ganhou novos contornos, ampliando a possibilidade de defesa do consumidor autuado pela possível prática de procedimento irregular contra a medição de energia elétrica. Neste sentido, o STJ manifestou-se, em conformidade com tais princípios, ao entender que a apuração de recuperação de consumo ocasionado por fraude no aparelho medidor atribuído ao consumidor, deve obrigatoriamente observar os princípios do contraditório e ampla defesa, vedando a verificação unilateral do ilícito por parte da distribuidora. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. SERVIÇOS PÚBLICOS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR DE CONSUMO. CORTE ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO. DÉBITOS DO CONSUMIDOR. CRITÉRIOS. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015).

8. Relativamente aos casos de fraude do medidor pelo consumidor, a jurisprudência do STJ veda o corte quando o ilícito for aferido unilateralmente pela concessionária. A *contrario sensu*, é possível a

suspensão do serviço se o débito pretérito por fraude do medidor cometida pelo consumidor for apurado de forma a proporcionar o contraditório e a ampla defesa. (grifo nosso)

(STJ - Resp.: 1412433 RS 2013/0112062-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/09/2018)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa abordou, à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os avanços no procedimento administrativo de apuração do gato de energia elétrica, regido pela resolução nº 1000/21, da ANEEL. Esclarecendo pontos relevantes no processo de apuração da energia a ser recuperada em virtude da prática de procedimentos irregulares realizados na medição de energia elétrica.

A concessionária deve compor um arcabouço probatório necessário a fiel caracterização da irregularidade, definir o período de abrangência do ilícito, calcular com base em critérios estabelecidos pela ANEEL a energia a ser recuperada e instruir um processo providenciando a notificação do consumidor por escrito e por modalidade que permita a comprovação do recebimento. Entregue a notificação, é garantido ao usuário contraditar diretamente na concessionária, ouvidoria da distribuidora e em última instância na ANEEL, enfatizando que a resposta ao consumidor deve ser sempre fundamentada em normativos vigentes e dispositivos legais.

O procedimento administrativo de apuração do gato de energia deve sempre proporcionar os princípios do contraditório e da ampla defesa, respeitando a Constituição Federal, conforme entendimento do STJ. A prática do gato de energia elétrica é considerada pelo Código Penal Brasileiro, um ilícito. No entanto, vale destacar que o direito penal é *ultima ratio*, tendo o processo administrativo um papel preponderante na resolução da contenda, desde que haja um equilíbrio de

forças, proporcionado pela instrução de um procedimento administrativo justo, imparcial, evitando-se assim a sobrecarga de processos judiciais tanto na esfera civil como penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. C. M. de; **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BOAS, M. A.V.; **Processo Penal completo: doutrina, formulários, jurisprudências e prática**. 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL; **Resolução Normativa nº 414** de 09 de setembro de 2010 – disponível em <https://www.aneel.gov.br/documents/656877/14486448/bren2010414.pdf/3bd33297-26f9-4ddf-94c3-f01d76d6f14a?version=1>.

BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL; **Resolução Normativa nº 1.000** de 07 de dezembro de 2021 – disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-aneel-n-1.000-de-7-de-dezembro-de-2021-368359651>

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ; **RECURSO ESPECIAL: REsp 1412433 RS 2013/0112062-1**. Relator Ministro Herman Benjamin. DJ:25/04/2018; (28 de 09 de 2018).

Disponível em JusBrasil:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631776098/recurso-especial-resp-1412433-rs-2013-0112062-1?s=paid>

CANOTILHO, J. J. G.; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, F.; **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GASPARINI, D.; **Direito Administrativo**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993.

GRECO, R.; **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 14 ed – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, C.; **Direito Penal**: parte especial, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRABETE, J. F.; **Manual de Direito Penal**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MÃES EM CÁRCERE: A VIOLAÇÃO DO DIREITO A MATERNIDADE E A GRAVIDEZ EM CÁRCERE

MOTHERS IN PRISON: THE VIOLATION OF THE RIGHT TO MATERNITY AND PREGNANCY IN PRISON

Ana Vitória Alves dos Santos¹⁰
Izabel Soares Limeira¹¹
Jaiza Sâmara de Araújo Alves¹²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade investigar o perfil das mulheres encarceradas no Brasil, com o objetivo de compreender e explicar sobre a violação dos direitos das mulheres no encarceramento. Inicialmente tratando da criminalidade feminina, bem como sobre a maternidade e as mães em cárcere, apresentando a realidade da estrutura prisional, expondo conceitos, divergências e críticas. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica em materiais atualmente disponíveis sobre o tema, bem como a compilação de trabalhos, fundamentando o trabalho em doutrinas nacionais, bem como foi realizada análise de dados estatísticos publicados pelo INFOPEN, buscando, assim, um diálogo entre o aporte teórico e tais dados. Por fim, tratamos das condições carcerárias enfrentadas pelas mulheres condenadas no Brasil durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, com especial destaque para a situação das mulheres gestantes.

Palavras-chave: criminalidade; mulheres; encarceramento; maternidade.

ABSTRACT

This article aims to investigate the profile of women incarcerated in Brazil, in order to understand and explain the violation of women's rights in incarceration. Initially

¹⁰ Discente do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Petrolina (FACAPE).
Email: anavitoriaalvesdossantos4@gmail.com

¹¹ Discente do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Petrolina (FACAPE).
Email: izabelsoareslimeira@hotmail.com

¹² Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires (UBA); Mestra em Ciências Criminológico Forenses pela Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES); Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Uniseb/Praetorium; Especialista em Psicologia Jurídica pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – PE (Fcape); Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Regional do Cariri (URCA); Professora dos cursos de Direito da FACAPE E UNEB; Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Fcape. E-mail: jaiza.samara@fcape.br

dealing with female criminality, as well as maternity and mothers in prison, presenting the reality of the prison structure, exposing concepts, divergences and criticisms. A bibliographic research was carried out on currently available materials on the subject, as well as the compilation of works. Basing the work on national doctrines, as well as analysis of statistical data published by INFOPEN, seeking, thus, a dialogue between the theoretical contribution and such data. Finally, we deal with the prison conditions faced by women convicted in Brazil while serving their custodial sentence, with special emphasis on the situation of pregnant women.

Keywords: Criminality; women; Imprisonment; motherhood.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criminalidade Feminina. 3. Mulheres em situação de privação de liberdade. 4. Estrutura do sistema carcerário. 5. Maternidade no Cárcere. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tratar sobre a criminalidade feminina e a realidade em que as mulheres em cárcere vivem, o agravamento quando se tratam de gestantes presas, bem como de mulheres que são mães de filhos pequenos, nos quais demonstram a proporção do cumprimento de pena a estes e as consequências causadas pelo cárcere.

Com este trabalho, buscamos apresentar um histórico da criminalidade feminina, ressaltando o grande número de mulheres atualmente encarceradas pela prática de crimes, principalmente aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Os dados a serem apresentados representam um deplorável cenário nas penitenciárias brasileiras, demonstrada pela a superlotação e violação de direitos básicos, principalmente nos presídios femininos, em que as necessidades específicas e fisiológicas das mulheres não são atendidas, tornando-se um transtorno a mais a ser enfrentado pelas detentas.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é discorrer sobre a criminalidade

feminina, e identificar as violações de direito às mulheres privadas de liberdade no período da gestação, parto e pós parto, analisando a maternidade no cárcere no Brasil, principalmente com relação a sua situação e seus aspectos de precariedade.

Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica, fundamentada em vários autores brasileiros, expondo aspectos da criminalidade feminina brasileira, mostrando a imagem dessas mulheres detidas.

Dessa forma, foi feito um estudo sobre as mulheres e mães em cárcere, bem como a realização de uma abordagem sobre a criminalidade feminina. Em seguida, foram abordados os perfis das mulheres que se encontram encarceradas no Brasil, no qual foram apresentados números recentes sobre a criminalidade feminina, analisando-se a faixa etária, grau de escolaridade, principal perfil dessas mulheres, entre outros pontos, buscando-se analisar quem são as mulheres que se encontram encarceradas nas prisões brasileiras.

2 CRIMINALIDADE FEMININA

Ao longo da história, a mulher não era associada a cargos de poder, sendo vista apenas como organizadora do lar, mães. Diante disso, foram discriminadas e tratadas como objeto pertencente aos homens, sem direito de escolha. Corroborando com essas alegações, Silva (2011), alega que “a mulher foi discriminada, tratada como um objeto pertencente ao homem, característica sombria e brutal da cultura patriarcal”. Inclusive o Código Civil de 1916, afirmava que:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

- I. A representação legal da família.
- II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nºI, e

311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277 (BRASIL, 1916).

A partir disso, observa-se que a mulher tinha os seus direitos de escolha e deveres determinados por uma figura masculina. Nesse contexto, também existia uma enorme pressão para que mantivesse a sua “dignidade” com relação à sexualidade, como afirma Silva (2011),

[...] a sexualidade feminina é a questão que mais desperta discriminações. Historicamente, o exercício da sexualidade da mulher foi condicionado a ser exercido somente com a finalidade de reprodução. Assim, o controle social manifesta-se, essencialmente, pela regulação moral da sexualidade feminina.

Nesse contexto, Margareth Rago descreve como a mulher era vista

A figura da mulher é associada à ideia da flor frágil e desamparada, vítima do capitalismo vil, corruptor e assassino, “máquina inconsciente” destinada a trabalhar e procriar, ao contrário do homem, dotado de razão, símbolo da força e da coragem, princípio objetivo da humanidade, ativo e poderoso (RAGO, 1985).

Alves (2017) descreve que é perceptível que a mulher durante todas as etapas históricas foi posta em condição de inferioridade, tratada como criatura débil e sem inteligência, mais apta à prática do pecado e, por consequência, às tentações dos crimes. A mesma autora continua afirmando que:

A inferioridade feminina foi propagada por muito tempo, de modo que tal situação alcançou também a questão da criminalidade, posto que até mesmo o sistema penal, as leis e a execução penal foram criados a partir de um parâmetro andrógono, e atualmente ainda gravitam em torno do homem, no sentido estrito da palavra, fazendo com que, muitas vezes, a criminalidade feminina seja colocada no esquecimento, fazendo parte da chamada cifra negra (ALVES, 2017).

Tradicionalmente, uma das primeiras condenações registradas foi a mulher adúltera citada na Bíblia Sagrada em João 8,1 em que narra que os mestres da Lei (escribas) e os fariseus levaram a Jesus uma mulher

surpreendida em adultério. Pela Lei de Moisés, extraída da Torá, ela deveria ser apedrejada até a morte. De fato, a Torá previa que o ato de adultério fosse punido com a morte por apedrejamento (Levítico 20,10 e Deuteronômio 22,22) (BÍBLIA, 2014).

Destarte, historicamente, Starling (2010) relata que os crimes ligados às mulheres tradicionalmente eram caracterizados como bruxaria, curandeirismo, prostituição, entre outros, sendo incomum a associação a crimes de origem violenta. Starling continua descrevendo que até meados do século XX, como as mulheres ocupavam um espaço apenas na organização do lar, as práticas criminosas femininas continuavam restritas ao âmbito doméstico, sendo atribuídos a elas crimes como o aborto e o infanticídio.

A partir disso, a mulher sempre foi vista como passiva, sendo-lhe atribuídos os papéis de cuidadora do lar e da família, enquanto os homens eram provedores do sustento, e por tal motivo estavam envolvidos no meio social e político. Desta feita, o envolvimento feminino em crimes é desconsiderado e não visto aos olhos do Poder Público. No entanto, Starling (2010) delineia que a partir dos anos 90 o número de mulheres condenadas elevou-se consideravelmente, obrigando os órgãos competentes a enxergá-las como criminosas. Nesse contexto, a participação feminina em atividades ilícitas ganhou maior força em relação ao tráfico de drogas, representando a maioria das condenações.

No entanto, é possível observar que foram produzidos estudos sobre a “mulher criminosa”, os quais lhe atribuem características que refletem uma visão preconceituosa sobre o gênero feminino. Nesse contexto, Espinoza (2004),

Um dos primeiros estudos sobre a criminalidade feminina foi elaborado por Cesare Lombroso e Giovanni Ferrero na obra *La donna delinquente*. Neste livro defendem que a mulher tem imobilidade e passividade particulares, determinadas fisiologicamente. Por isso, ela apresenta maior adaptabilidade e obedece mais à lei que os homens. No entanto,

ela é potencialmente amoral, quer dizer, enganosa, fria, calculista, sedutora e malévola (p.55).

Por sua vez, ao se ocupar da mulher criminosa, pressupõe uma imagem da mulher como um ser fraco em corpo e em inteligência.

Ocorre que com o passar dos anos a mulher foi conseguindo mais visibilidade e conquistando espaço socialmente. Por muito tempo foi vista comoser passivo, afetivo e do lar. Nesse sentido, Starling (2010) esclarece que durante a primeira metade do século XX, período marcado pela primeira e segunda guerra mundial, as mulheres deixaram seus lares para exercer trabalhos manuais em fábricas, pois a força de trabalho masculina estava empenhada nos campos de batalha. Muitos homens não retornaram dos campos, assim, às mulheres, que antes se preocupavam com o bem estar da família e a organização do lar, foi imposta a condição de provedoras, e a elas foi atribuída a responsabilidade do sustento.

Logo, é importante destacar que contestando as conclusões da Escola Clássica de Lombroso, Boris Fausto (2001) afirma que a redução da desigualdade entre os sexos no âmbito da sociedade ocidental, também favorece o crescimento da criminalidade feminina, por ser inserida socialmente,em novos espaços sociais o que consequentemente cooperou com o aumento da criminalidade.

De acordo com o Infopen, o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo. No ranking de maior população carcerária feminina, ocupa a posição de 4º lugar, com 37.828 mulheres, sendo 63,55% destas mulheres negras (BRASIL, 2017).

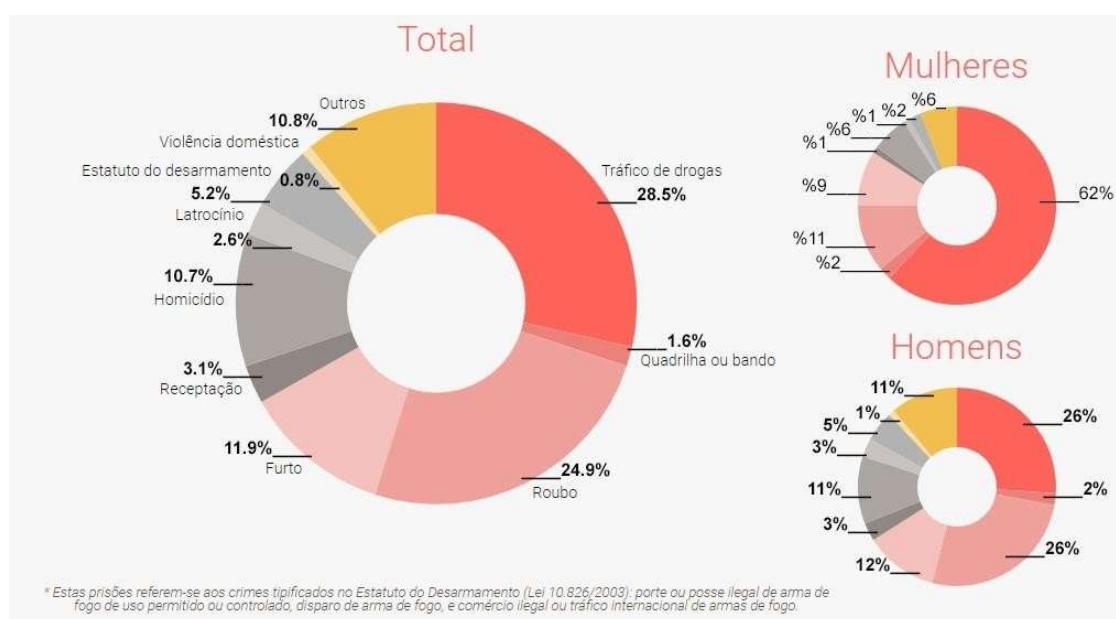
Por conseguinte, Starling, (2010). Afirma que:

Dados da pesquisa realizada por Iara Ilgenfritz (2002) no Rio de Janeiro entre os anos de 1999 e 2000, junto às mulheres encarceradas no sistema

penitenciário, revelam que cerca de 50% das mulheres desempenhavam funções subsidiárias ou subalternas tais como “mula” ou “avião” (que transporta a droga), como “vapor” (que negocia pequenas quantidades no varejo), como assistente/fogueteira (que controla a presença da polícia). Uma parte (27%) se definiu como “bucha” (a pessoa que está presente na cena em que são efetuadas as prisões de alguém envolvido) e outras 10,7% como cúmplices. Haja vista, poucas se identificaram como “vendedoras”, sem especificar em que escalão se situavam e apenas uma pequena parte se intitulou nos papéis principais como “abastecedora/distribuidora”, “traficante”, “caixa/contabilidade”, “gerente” e “dona de boca”.

Diante disso, entre os anos de 2000 e 2014 o encarceramento masculino cresceu 220,20%, enquanto o feminino aumentou em 567,4% (FGV DAPP, 2018), como demonstrado no gráfico abaixo:

Figura 1: Índice de criminalidade no ano de 2017



Fonte: DataCrime (2017).

Conforme gráfico acima supracitado embora a maioria das mulheres presas seja por tráfico de drogas¹³ esse crime geralmente é cometido por homens, sendo reflexo ainda de uma desigualdade de gênero. Como ressalva,

¹³ Lei 11.343/2006, art. 33: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo, ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização, ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Souza (2009), as mulheres ocupam uma posição subalterna no tráfico de drogas, o que não exclui a possibilidade, nos dias atuais, de uma maior prática da mulher como abastecedora/distribuidora, traficante, gerente, dona de boca-de-fumo e caixa/contabilidade. Souza (2009) continua esclarecendo que merece ser melhor investigada cientificamente a ocupação, por parte da mulher, de altos escalões do tráfico de drogas, já que a violência feminina se encontra cada vez mais relacionada ao tráfico.

Diante dessa realidade, o “Diário de uma detenta. Revista Trip, 2015”, relata o caso de Fernanda, paulistana de classe média alta, que há dez anos, foi presa em flagrante por tráfico de drogas e conta o que passou nos três meses encarcerada, afirmando que:

"Faz dez anos que fui presa em flagrante por causa de um tráfico idiota de drogas. Eu não era uma grande traficante, acho que, inclusive, foi tudo armado pelo meu namorado da época. Me estrepei duplamente: pela droga e pelo cara. A minha história é parecida com a da maioria das mulheres detidas. No meu caso, foi a partir de consumo de drogas e de um companheiro que fui parar lá. As mulheres que conheci ali, no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, estavam presas por causa de namorado ou porque o tráfico era a única opção. A diferença em relação a elas era a minha condição financeira, que permitiu pagar um advogado particular que conduziu bem o caso. Então consegui ser liberada antes. Não fui acusada. Não tive sentença. Fiquei em prisão preventiva e fui libertada depois de três meses. Acho que isso tudo é um grande negócio do governo com os traficantes, e o presídio faz parte desse negócio. Todo mundo ali está envolvido, ganha dinheiro e, por isso, nada muda. Lá dentro eu me senti muito mais segura com relação às mulheres do que imaginava que seria. Claro que é uma tortura mental, as condições são precárias, não é um ambiente agradável. Permaneci três meses que pareceram um ano. Fiquei numa cela superlotada, eram oito camas e tinha de 20 a 30 mulheres. Eu ouvia delas que aquele não era o meu lugar, que eu não pertencia àquilo. Nunca me achei patricinha, mas chegando lá eu vi o quanto eu era patricinha. Dormia no chão porque quem estava mais tempo usava a cama. Existe um mercado de troca, as mulheres que recebem coisas da família trocam benefícios com as que não recebem. Eu trocava Danoninho por uma noite na cama, por exemplo. Com as carcereiras eu não tinha muito contato, mas era um ambiente às vezes muito emotivo e às vezes histérico. Tinha briga e momentos de emoção muito forte em que as presas falavam da família, rezavam. Por um tempo continuei levando coisas no presídio, conversando com duas meninas, a gente é amiga no Facebook. Mas acabei me afastando porque não queria

mais lembrar daquilo. Essa experiência mudou tudo na minha vida: deixei de ser tão ingênua e passei a enxergar a maldade"(TRIP,2015).

Posto isto, é nítido o papel menor que a mulher desempenha no tráfico de drogas, exercendo atividades de menor importância dentro da hierarquia deste crime.

Starling (2010), descreve que um dos fatores que podem levar à mulher à realizar ilicitude como o tráfico de drogas é a necessidade econômica, pois a tal criminalidade proporciona uma grande amplitude financeira fácil. A mesma autora continua esclarecendo que outro fator que pode contribuir para o ingresso das mulheres no mundo do tráfico de drogas é a necessidade afetiva, pois é possível visualizar um perfil de mulheres, que ao iniciar um relacionamento comum criminoso, passa a se envolver juntamente com ele nas atividades ilícitas, tendo para si uma necessidade de manter o relacionamento, ainda que custe sua moral (STARLING, 2010).

Por outro giro, ALVES (2017) afirma que:

Como fatores que podem levar à criminalidade feminina podem ser citados o desemprego, o baixo nível de instrução escolar e a precariedade das condições financeiras. Ressalte-se que a grande maioria das mulheres que se envolvem com a prática criminosa é mantenedora da sua família. Outro ponto que pode influenciar na prática criminosa, principalmente no caso de delitos como tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio, é a sensação de facilidade em ganhar o dinheiro, além da vontade de ostentar um poder sobre o outro e obter a aquisição de diversos bens, aos quais não teriam acesso pelos meios considerados comuns, por exemplo, o trabalho honesto.

Diante disso, há necessidade de poder e reconhecimento no ingresso na criminalidade. Conforme destacado, trata-se de uma decisão, ainda que muitas vezes tomada sem maiores reflexões antecedentes.

3 MULHERES EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Rovinski e Cruz (2009) trazem que o rompimento absoluto da estrutura

familiar se dá quando uma mulher é presa, promovendo uma serie de reações muito diferentes daquelas observadas em homens nas mesmas condições, e então as mulheres presas passam a ser vistas como más esposas, mães más, mulheres sem alma, passam a ser vistas como alguém portador de significativa maldade.

Estima-se que, de acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN), teríamos uma taxa de 55,4 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres com mais de 18 anos no Brasil (BRASIL,2018).

Ressalte-se que a população carcerária feminina brasileira tem um perfil muito jovem. De acordo com os dados do INFOPEN, metade da população carcerária feminina é composta por mulheres entre 18 e 29 anos, sendo 62% negras e solteiras, além de 50% possuírem baixa escolaridade, sendo 2% analfabetas, 3% alfabetizadas e 45% o ensino fundamental incompleto (BRASIL, 2018).

De acordo com Cheskys (2013) o que se tem é uma classe de pessoas com alto grau de vulnerabilidade, mulheres, que enfrentam a dificuldade da luta por igualdade de direito. Negras, que precisam lidar com o racismo e o preconceito. Jovens de baixa escolaridade, que sofrem com dificuldades de entendimento. Todos esses fatores alimentam a precariedade do sistema, consolidando cada vez mais o perfil da mulher presa e contribuindo para a estratificação da sociedade.

Apesar dos dados assustadores trazidos pelo INFOPEN, esse não é um dos maiores problemas enfrentados pelo Brasil, Cheskys (2013), afirma que:

Independentemente de quem são as encarceradas brasileiras, todas elas estão em tese abrangidas por uma Lei de Execução Penal que lhes garante recolhimento em estabelecimento penal próprio adequado à sua condição pessoal, onde devem existir berçários para que as detentas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los; seção para gestantes e parturientes e creches destinadas a abrigar crianças de 6 meses a 7 anos

de idade, e ainda acompanhamento médico principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, além de todos os direitos garantidos aos presos em geral, como fornecimento de itens de saúde e higiene, direito a trabalhar, estudar, lazer, etc. (CHESCKYS, 2013)

Algumas das medidas elencadas pelas Regras de Bangkok (BRASIL, 2016) são importantes serem destacadas, pois a acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação. Quando possível, a prisão deve estar localizada próximo das residências das reclusas, para facilitar visitas de filhos e familiares.

A capacitação dos funcionários para detectar com rapidez as necessidades de cada detenta, além de quando necessário busca pessoal, deve ser feito por agente do mesmo sexo, mantendo a dignidade das mulheres. A necessidade de traçar alguns planos para prevenção e tratamento de HIV também entram nas regras, com programas de tratamentos de substâncias químicas, apoio psicológico que evite possível suicídio ou autoflagelação. O direito de visitas íntimas é garantido, além de o contato com os filhos devem ser abertos, em um ambiente propício, sem jamais isolá-los por grades. (BRASIL, 2016)

Segundo Marcolino (2018) se essas regras fossem seguidas à risca, os direitos das mulheres presas estariam garantidos, trazendo cuidados maiores com as gestantes e mães nesse período da vida da mesma, onde a criança nada tem a ver com os delitos perpetrados pela genitora.

Santana, Oliveira e Bispo (2016) trazem relatos de mulheres em situação de privação de liberdade, retratando a realidade prisional.

“Aqui é horrível! A gente não tem atendimento médico, a central da casa nunca está disponível para a gente. Só lá no presídio masculino, eles têm médico a hora que precisar. Você passa mal, a médica nem lhe olha. Quando você diz o que está sentindo, ela fala que você está bem, que não tem nada e que é coisa da sua cabeça. Ela trata a gente como bicho.” (Violeta). “A assistência médica é horrível! Olhe, aqui tudo é horrível... às vezes, morro de dor de dente e, como eu estou grávida, a médica da casa fala que não pode dar remédio para dor não e ainda fala que isso é normal da gravidez.” (Margarida).

A partir disso, nota-se que existem questionamentos a respeito do tratamento médico levado até elas, observando falhas no sistema carcerário.

4 ESTRUTURA DO SISTEMA CARCERÁRIO

Por oportuno, Cheskys (2013), continua relatando que os problemas enfrentados pelas mulheres se iniciam na estrutura da prisão, as quais passam pelo déficit de vagas, e pela inexistência de acompanhamento médico, a impossibilidade de amamentação e convívio com os filhos pequenos, culminando na total inexistência de condições de higiene e salubridade. Não há um só aspecto entre os citados que possa ser tido como satisfatório.

Mediante a isto, o sistema carcerário no Brasil descreve que os direitos dos condenados estão previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). As presas não têm a liberdade de ir e vir, porém, deve ser preservada a sua dignidade humana, bem como alimentação adequada, assistência médica, saúde, recebendo assim um tratamento digno. Ademais, todos os entes devem possibilitar ao preso um tratamento digno.

Contudo, Castilho (2012), faz uma definição sobre a dignidade evidenciando que ela está relacionada aos direitos inerentes à personalidade humana, tanto de forma individual, quanto na coletividade. Dessa forma, a dignidade humana não admite nenhuma forma de discriminação, sendo o dever do Estado de garantir todas as condições básicas para os indivíduos.

O Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino, que conta com diversos órgãos do Governo Federal, aponta, em seu relatório final, que as mulheres presas quase sempre ocupam prédios reformados, que em sua maioria, mantêm a estrutura física anterior, sem observância das especificidades da mulher. Tratam-se de edifícios cujas estruturas já haviam sido consideradas inadequadas. São construções públicas anteriormente desativadas ou interditadas, muitas vezes por questões de segurança ou salubridade. O exemplo trazido pelo GTI é o da conversão da antiga penitenciária masculina do Estado de São Paulo (BRASIL,2007)

Fernandes, Fernandes e Barbosa (2020) detalham a respeito da falta de preparo das prisões femininas para lidar com as gestantes, afirmando que as unidades prisionais não oferecem uma estrutura minimamente adequada para atender a todas as detentas que se encontram no período gestacional ou pós-parto. Isso porque o encarceramento não fornece suporte para esse público, pois as celas são sujas, com iluminação deficitária e, até mesmo, podem contribuir para o desenvolvimento de doenças, comportamentos autodestrutivos e problemas psicológicos.

Ainda sobre essas alegações Fernandes, Fernandes, Barbosa (2020) continuam afirmando que a maioria das complicações obstétricas é causada pela ausência ou diminuição no número de profissionais devidamente qualificados, além do despreparo dos agentes penitenciários e do próprio Estado, em lidar com essas mulheres e em não conseguir oferecer orientações básicas, relativas ao aleitamento materno, de prestar consultas necessárias, de tratar possíveis complicações obstétricas, derivadas do puerpério. Sendo assim, esses assuntos precisam ser discutidos, principalmente, com as mulheres que serão mães pela primeira vez, situação na qual surgem muitas dúvidas e medos.

5 MATERNIDADE NO CÁRCERE

Sendo assim, é necessária uma boa estrutura para garantir a permanência saudável tanto para a mãe quanto para o bebê nesse período, onde de acordo com o art. 89 da Lei nº 7.210/84, as penitenciárias femininas deveriam ser dotadas de seções para gestantes e parturientes, mas na prática e em pesquisas o que se observa é que a grande maioria das penitenciárias carece desse ambiente (MARIN, 2014).

Até então, não existia uma lei que garantisse as mulheres um tratamento humanitário antes e durante o trabalho de parto e no período de puerpério, porém, a Lei nº 14.326/22, foi publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de abril de 2022, que gera alteração na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), aprovando o tratamento humanitário para presidiárias em trabalho de parto e para os recém-nascidos, uma conquista muito importante para um grupo de mulheres que, independentemente do motivo, se encontra em uma situação muito delicada.

O tratamento humanitário é garantido durante a gestação, bem como em todas as etapas do trabalho de parto, incluindo o período de puerpério. Essa medida reforça a exigência já existente de acompanhamento médico da mãe e do bebê, que antes se focava no pré-natal e no pós-parto.

Para Silva (2016), a gravidez pode provocar algumas alterações no psiquismo, podendo causar momentos tanto de aceitação como de rejeição e que estar em ambiente prisional pode gerar uma incerteza sobre a capacidade de conseguir cuidar do seu filho, sendo a gravidez um momento incógnito para as mães e geralmente vivido de forma muito ansiosa, por vezes insuportável, por não haver rede de apoio familiar e social, e nem sempre uma assistência médica desejada.

Inclusive, o período pré e pós-natal dentro dessas instituições pode causar a essas mulheres uma série de conflitos internos. De acordo com Rita (2006) a mulher vivencia constantes quebras de vínculos familiares nessa circunstância, e uma das piores perdas para ela é considerada a retirada do seu filho, por ser uma dupla penalização. A negligência médica no momento do parto deve ser considerada outro conflito para essas mulheres, visto que por vezes é realizado dentro da prisão, anulando o direito da mesma de ter atenção especial a ela e a seu filho.

Em uma pesquisa feita por Oliveira (2018) há o relato sobre o tratamento de doze mulheres presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF) afirmando que:

Pariram no Hospital Regional do Gama, a 36 KM da capital, Brasília, evidentemente, por dois motivos: eram mulheres pobres que utilizavam o Sistema Único de Saúde (SUS); e esse hospital era o mais próximo da Penitenciária Feminina do Distrito Federal. Escoltadas, as mulheres presas gestantes estavam a minutos do encontro com a instituição que cuidaria dos seus partos. Sete partos foram naturais, e desses, cinco sem anestésias. Cinco partos foram cesáreos e com anestésias. Todas as doze mulheres conviveram em algum momento com a presença das algemas em seus processos de parto, antes e/ou depois do nascimento de suas crianças. E nenhuma delas teve direito a acompanhante, por razões de segurança.

Figura 2 – Mulheres da PFDF e seus partos

Mulheres	Parto	Anestesia	Algemas	Acompanhante	Isolamento
1	Vaginal	Não	Sim	Não	Não
2	Vaginal	Não	Sim	Não	Não
3	Vaginal	Não	Sim	Não	Sim
4	Vaginal	Não	Sim	Não	Sim
5	Vaginal	Sim	Sim	Não	Não
6	Vaginal	Sim	Sim	Não	Não
7	Vaginal	Sim	Sim	Não	Não
8	Cesária	Sim	Sim	Não	Sim
9	Cesária	Sim	Sim	Não	Sim
10	Cesária	Sim	Sim	Não	Não
11	Cesária	Sim	Sim	Não	Não
12	Cesária	Sim	Sim	Não	Não

Fonte: Mulheres, saúde reprodutiva e prisão: um estudo da maternidade em uma perspectiva feminista na Penitenciária Feminina do Distrito Federal, UnB, 2014.

Oliveira (2018) descreve que o pedido de acompanhante no parto seria

uma violação médica na PFDF, ou seja, mulheres que exigiam o direito a acompanhante no parto eram penalizadas pela instituição. E mais do que isso, essa advertência constava em seus arquivos como atribuições dadas devido ao mau comportamento.

Marin (2014) julga, a partir de sua pesquisa em presídio feminino, que é essencial um olhar e um espaço voltado especialmente para a mulher nas condições de privação de liberdade que se encontram grávidas e na fase de puerpério, onde as mesmas se sintam capazes de desempenhar esse papel importante e complexo de adaptações entre mães-bebês nas primeiras semanas de vida. Continua relatando que, a gestação implica em um processo de regressão psíquica e transformação física para acolher uma vida, provocando certa angústia, principalmente por sua rede de suporte, posto que em sua maioria, se encontrarem fragilizadas ou ausentes, considerando que as mesmas estão afastadas de suas referências de afeto.

Diante disso, Marcolino (2018) relata que:

Diversas são as consequências e os prejuízos ocasionados na vida de uma pessoa que é acusada de um crime e privada de sua liberdade. No que se refere a mulheres gestantes, o ato criminoso cometido se estende para o seu filho, que nasce enquanto a mãe está presa e por vezes permanece na fase inicial de sua vida nessas instituições.

Assim, segundo Armelin (2010), essa criança que nasce tendo a mãe privada de liberdade, diferente das crianças “livres”, podendo sofrer algum tipo de dano, pois vive em uma situação peculiar dentro de uma instituição, iniciando suas vidas em conjunto no alojamento de uma prisão e sendo privada de viver em sociedade e livre.

Ocorre que há diversas legislações brasileiras que asseguram o direito de a mãe permanecer com o filho na cadeia. A Constituição Federal de 1988 estabelece que será assegurada a essas mulheres presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação

(BRASIL, 1988). Segundo a Lei de Execução Penal, as mulheres condenadas têm o direito de cuidar e amamentar seus filhos até os seis meses de vida, no mínimo. Além disso, as prisões femininas devem propiciar locais especiais com seções para gestantes ou parturientes e creche para as crianças de seis meses até sete anos, caso não tenha com quem ficar (BRASIL, 1984).

De acordo com Armelin (2010) o principal motivo pelo qual a permanência da criança nos presídios é de certo modo defendida, é pela importância do vínculo entre mãe e bebê na fase inicial da vida.

Silva (2016) discorre que mesmo com a Lei nº 12.403/11, que garante o exercício da maternidade e estende o direito da prisão domiciliar para gestantes ou puérpera, junto com a Lei nº 13.257/16 denominada Lei da Primeira Infância, que por meio de audiência de custódia os juízes possam optar por penas alternativas, pretendendo diminuir a quantidade de mães presas, tais garantias não estão sendo efetivas e não estão gerando bons resultados. Segundo a autora, a denúncia feita pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania no Conselho de Justiça Nacional, relata que as detentas muitas vezes não chegam a ser ouvidas pelos juízes, e não flexibilizam as penas estabelecidas.

De acordo com Campos (2018) a Corte Suprema do Brasil constatou que as prisões brasileiras não estão aptas a recolher ninguém, demandando transformações por parte do Poder Público. Segundo o autor acima citado, a Lei 13.257/2016 alterou o Código de Processo Penal ao possibilitar a gestantes e mães de crianças de até 12 anos a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, porém a referida lei não obteve a repercussão esperada, visto que a grande maioria dos pedidos são indeferidos, principalmente de acordo com a gravidade do crime e a falta de comprovação da inadequação do ambiente carcerário.

Visando dar efetividade a esta lei supracitada, o STF, no Habeas Corpus

coletivo 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela liberdade provisória ou prisão domiciliar para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças com até 12 anos ou filhos com deficiência sob sua guarda. (CAMPOS, 2018).

Conforme dispõe no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988, o habeas corpus “será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 2016). Tal medida deve ser observada e substituída de acordo com o crime praticado, com ressalva aos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra os próprios filhos.

Nesse cenário, o contato inicial entre mãe e filho já apontado acima, é de suma importância para a relação dos mesmos e para o desenvolvimento saudável do bebê. Ser mãe não é tarefa fácil ainda mais quando não se tem condições favoráveis para se exercer tal função, mesmo com direitos estabelecidos por lei.

Posto isto, Armelin (2010) relata que muitas mães percebem essa privação que o filho vai sofrer. Mesmo assim, acreditam que na fase inicial da vida, o melhor para o bebê é ficar perto da progenitora, tornando o convívio um benefício tanto para a mãe quanto para o filho.

Stella (2006) argumenta que esses ambientes que acolhem presas e seus filhos acabam por aprisionar mais as crianças que as próprias criminosas, tendo em vista que a falta de condições ambientais interfere de maneira negativa no desenvolvimento do filho. Kurowsky (1990) diz ainda que:

No caso referente às crianças, essa privação estende-se à aprendizagem e à devida estimulação sócio-cultural emocional adequada a cada faixa etária, sendo que quando se compara uma criança cujo meio é uma instituição com outra do mundo externo, estabelece-se uma discrepância significativa, onde é percebido nitidamente o que representa essa perda do contato social e a conseqüente impossibilidade de aquisição de

conhecimentos necessários ao perfeito desenvolvimento, bem como a sensação ou fracasso que essa criança sentirá ao se comparar à realização pessoal que tem a criança em sociedade.

Assim, a privação pela qual a criança passa deixa claro a discrepância no desenvolvimento entre uma criança “livre” e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária. Viafore (2005) discorre que há restrição de liberdade da criança pois elas acabam por não conseguir ter uma convivência normal entre mães e filhos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado ao longo do trabalho, a mulher sempre foi acompanhada por um estigma de inferioridade. Inclusive, por muito tempo, a criminalidade feminina restringia-se à bruxaria e ao curandeirismo. Ou seja, era como se a mulher não tivesse a capacidade suficiente para cometer crimes, sendo que estes eram associados sempre aos homens.

O cenário atual do sistema carcerário feminino no Brasil requer maior atenção por parte da sociedade e do Estado brasileiro. A apatia em relação ao tratamento oferecido às mulheres com a liberdade privada infringe preceitos legais e constitucionais há muito tempo, não somente no tocante à superlotação ou a escassa higiene, mas também, ao descaso quanto às necessidades biológicas do gênero feminino diversas das masculina.

Sendo assim, o Poder Público deve exercer efetivamente seu papel e conceder maior atenção aos estabelecimentos prisionais femininos, proporcionando uma qualidade básica de vida, composta de celas apropriadas, alimentação adequada, medidas eficientes de ressocialização, bem como oferecer maior número de produtos de higiene, indispensáveis aos cuidados da saúde feminina.

Além do mais, é necessário o cumprimento do atendimento especial às

detentas que estão em período gestacional, levando em consideração que as instalações prisionais são ambientes totalmente inadequados para gestantes, e aumentam a probabilidade de afetar a saúde das mães e do nascituro, que inicia a vida de maneira degradante.

Quanto ao reflexo do encarceramento na vida dos filhos de mulheres presas, exige-se o amparo prestado pela escola para minimizar os efeitos da extensão da pena e da ausência materna, proporcionando um bom e adequado desenvolvimento a estas crianças e adolescentes.

Armelin (2010) descreve que a problemática de filhos aprisionados junto com as mães é um tema complexo e necessita de mais estudos e debates, tendo em vista que a criança pode sofrer prejuízos estando perto ou longe da mãe que se encontra presa. Entretanto, o que deve ser pensado é que as condições oferecidas hoje para essas crianças são muito precárias, causando perdas que podem ser irreparáveis. A mudança pode ser iniciada com ambientes mais adequados para a permanência das crianças junto à suas mães dentro das prisões.

Conclui-se que não há uma política maciça voltada à prevenção específica da criminalidade feminina, e nem à humanização do cumprimento de pena pelas mulheres. As iniciativas até hoje registradas são tímidas e isoladas, e não compõem uma agenda de intenções planejada como política de governo. É notório que existe sim um descaso com a situação carcerária feminina. Faz-se necessárias mudanças no sistema promovida pelo Poder Público, tanto em ações que consiga aclamar a população carcerária, quanto a devida assistência, garantido a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jaiza Sâmmara. Criminalidade feminina: um estudo comparativo entre os dados estatísticos acerca das mulheres detidas no Brasil e na Argentina. **Revista Direitos Humanos**

e **Democracia**, v. 5, n. 10, pp. 175-212, 2017. Disponível em:
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6402>.
Acesso em: 12 de abril de 2022.

ARMELIN, Bruna dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. 2010. 17 f. **TCC (Graduação)** - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em:
<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/graduacao/article/view/7901>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

BÍBLIA. **A bíblia da Mulher: leitura devocional, estudo**. 2ª ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. Tradução de João Ferreira de Almeida- Edição Revista Atualizada, 2ª edição Copyright 1993, Sociedade Bíblica do Brasil.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. 4. ed. São Paulo: **Martins Fontes**, 2002.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 27 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 01 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.326/22 de 12 de abril de 2022**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para assegurar à mulher presa gestante ou puérpera tratamento humanitário antes e durante o trabalho de parto e no período de puerpério, bem como assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14326.htm. Acesso em: 07 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de abril de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. **Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino**. Disponível em: <www.spm.gov.br>. Acesso em: 26 de abril de 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 143641**. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestante, de puérperas ou de mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ricardo Lewandowski. São Paulo, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

CAMPOS, Isabela Moreira. **AS MÃES DO CÁRCERE**: Os reflexos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/ SP no aprisionamento feminino. 2018. Disponível em: <http://cursocliquejuris.com.br/blog/as-maes-do-carcere-os-reflexos-do-habeas-corpuscoletivo-no-143-641sp-no-aprisionamento-feminino/>. Acesso em: 02 de abril de 2022.

ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, v. 1, n. 1, p. 35-59, 2002. Disponível em: <https://xdocs.com.br/doc/a-prisao-feminina-desde-um-olhar-criminologia-feminista-96nwj246ee81>. Acesso em: 02 de abril de 2022.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2001.

FERNANDES, Daniele Cristina Alves, Helder Matheus Alves Fernandes, ELANE DA SILVA BARBOSA. "Reflexões sobre o direito à saúde das gestantes e puérperas no sistema prisional." **Revista Eletrônica saúde multidisciplinar da faculdade Morgana Potrich 7.1** (2020). Disponível em: <https://fampfaculdade.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Artigo-3-REFLEX%C3%95ES-SOBRE-O-DIREITO-%C3%80-SA%C3%9ADE-DAS-GESTANTES-E-PU%C3%89RPERA-S-NO-SISTEMA-PRISIONAL.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2022.

MARCOLINO, Maria Eduarda de Quadros Soares. "Maternidade no cárcere: implicações psicológicas de acordo com o habeas corpus coletivo n. 143.641 que garante concessão de liberdade provisória ou prisão domiciliar para as detentas." **Psicologia-Tubarão (2018)**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/10444>. Acesso em: 08 de abril de 2022.

MARIN, Isabel da Silva Kahn. Tornar-se mãe num presídio: a criação de um espaço potencial. **Maternidade e sistema prisional: temas em debate. Salto:Ed. Schoba**, p. 25-499, 2014. Disponível em <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/08/ARTIGO-ISABEL-MARTIN-TORNA-SE-MAE-FEVEREIRO-2014.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2022.

MILLER, Alice. **O drama da criança bem dotada: como os pais podem formar (e deformar) a vida emocional dos filhos**. Grupo Editorial Summus, 1997.

OLIVEIRA, Rayane "A VIOLÊNCIA OBSTETRÍCA EM MULHERES ENCARCERADAS: UMA ANÁLISE DA REALIDADE DA PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL." **Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social** v.16 n.1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22512> . Acesso em: 15 de abril de 2022.

RAGO, Luziu Margareth. **Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar**. Vol.90 Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro: 1985.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. Vetor Editora Psico Pedagógica LTDA, 2017.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. Creche no sistema penitenciário – Estudo sobre a situação da primeira infância nas unidades prisionais femininas brasileiras. 2002. **Monografia - Escola de Governo do Distrito Federal**, Universidade do Rio de Janeiro, Brasília – Distrito Federal. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-28-institucional/biblioteca-on-line-2/biblioteca-on-line-monografias/monografiasarquivos/creche-no-sistema-penitenciario.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 180 f. **Dissertação(Mestrado)** - Curso de Política

Social, Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Acesso em: 14 de abril de 2022. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2022.

SANTANA, Ariane Teixeira; OLIVEIRA, Gleide Regina De Sousa Almeida; BISPO, Tânia Christiane Ferreira. "Mães do cárcere: vivências de gestantes frente à assistência no pré-natal." **Revista Baiana de Saúde Pública** v.40 n.1, 2016. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/778>. Acesso em: 01 de maio de 2022.

SANTOS, Thandara; ROSA, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. **Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional**, 2017.

SILVA, José Allyson Felipe Pereira da. "**Mulher, participação social e criminalidade: as peculiaridades do cárcere.**" (2019). Disponível em <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2192>. Acesso em 29 de março de 2022.

SILVA, Natache Nathyele Campos. Maternidade e legislação no sistema penitenciário brasileiro. 2016. 55 f. **TCC (Graduação)** - Curso de Psicologia, Escola de Saúde, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/UCB2_ab25b0d211fa41e477fb9cc814f4_a7a9. Acesso em: 22 de abril de 2022.

SOUZA, Kátia Ovídia José de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. **Psicologia em estudo**, v. 14, n. 4, p. 649-657, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/RWRqYxBVPmN6jjDmKzKrn4R/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. Considerações sobre a criminalidade feminina no Brasil. 2010. **Monografia do título de Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal pela Fundação João Pinheiro**. Disponível em: <http://monografias.fjp.mg.gov.br/handle/123456789/1690>. Acesso em: 29 de março de 2022.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Palletier. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.31, n.27, 2005. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571> Acesso em: 20 de maio de 2022.

REALIDADE CARCERÁRIA DA UNIDADE PRISIONAL DE JUAZEIRO/BA NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2022: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

REALITY OF THE PRISON UNIT OF JUAZEIRO/BA IN THE PERIOD FROM JANUARY TO MAY 2022: NECESSARY CONSIDERATIONS

Deílson dos Santos¹⁴

José Carlos da Silva Segundo¹⁵

Luiz Carlos Pergentino Pereira da Silva¹⁶

RESUMO

O presente artigo objetiva abordar a crise na unidade prisional pública da cidade de Juazeiro, situada na região norte do Estado da Bahia. Desta maneira, foi buscado conhecer o funcionamento desse estabelecimento prisional, e quais medidas são utilizadas pelo Estado na tentativa de recuperar os apenados infratores para que estes não cometam crimes quando retornarem ao convívio social. Neste sentido, sabe-se que a crise do sistema prisional brasileiro evidencia a importância de o Estado investir na criação de novos programas estruturantes e coordenadas, com o intuito de viabilizar o fortalecimento de políticas alternativas à prisão, que possa contribuir com a ressocialização do condenado, estagnando o crescimento do número de pessoas presas nos presídios públicos do país. Neste trabalho buscou-se abordar a superlotação do conjunto penal da cidade de Juazeiro/BA, bem como explicitar quais as medidas que podem ser adotadas para a ressocialização do preso. Para embasar o presente estudo, utilizou-se como base teórica, a melhor doutrina a respeito da presente temática. Os resultados da pesquisa evidenciam a importância de medidas eficazes para a ressocialização do preso e apontam que as medidas voltadas para ressocialização do preso dentro do Complexo Penal de Juazeiro/BA precisam ser mais impulsionadas, assim como o trabalho e educação desenvolvidos dentro do cárcere. Ainda nesta perspectiva é importante destacar o indulto como uma possibilidade para diminuir a superlotação nesta unidade prisional, o qual pode ser concedido sempre que datas comemorativas específicas se aproximam. Conclui-se, assim, que as ações desenvolvidas dentro do Complexo Penal de Juazeiro/BA ainda carecem de mais investimentos do poder público para que de fato a ressocialização aconteça com eficácia, reduzindo a quantidade de detentos, e consequentemente acabando com a superlotação da unidade prisional. É necessário também que mais internos sejam contemplados com a oportunidade de

¹⁴ Graduando em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE). E-mail: devic21@hotmail.com.

¹⁵ Graduando em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE). E-mail: jcarlos.segundo@hotmail.com.

¹⁶ Orientador e professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Petrolina (FACAPE). E-mail: luizpergentino@yahoo.com.br.

trabalhar industrial como intelectual, assim, conquistando o direito ao benefício do indulto enquanto estiver enclausurado, preparando-os psicologicamente e profissionalmente para enfrentar os desafios que encontrarão no meio social após o cumprimento de sua pena.

Palavras-chave: Crise; Unidade Prisional; Ressocialização; Indulto.

SUMMARY

This article aims to address the crisis in the public prison unit in the city of Juazeiro, located in the northern region of the State of Bahia. In this way, it was sought to know the functioning of this prison, and what measures are used by the State in an attempt to recover the convicted offenders so that they do not commit crimes when they return to social life. In this sense, it is known that the crisis of the Brazilian prison system highlights the importance of the State investing in the creation of new structuring and coordinated programs, in order to enable the strengthening of alternative policies to prison, which can contribute to the resocialization of the convict. , stagnating the growth in the number of people imprisoned in the country's public prisons. This work sought to address the overcrowding of the penal complex in the city of Juazeiro/BA, as well as to explain what measures can be adopted for the resocialization of the prisoner. To support the present study, the best doctrine on the present theme was used as a theoretical basis. The research results show the importance of effective measures for the resocialization of the prisoner and point out that the measures aimed at the resocialization of the prisoner within the Penal Complex of Juazeiro/BA need to be further promoted, as well as the work and education developed within the prison. Still in this perspective, it is important to highlight the pardon as a possibility to reduce overcrowding in this prison unit, which can be granted whenever specific commemorative dates approach. It is concluded, therefore, that the actions developed within the Criminal Complex of Juazeiro/BA still need more investments from the public power so that the rehabilitation actually happens effectively, reducing the number of detainees, and consequently ending the overcrowding of the unit. prison. It is also necessary for more inmates to be given the opportunity to work as an industrialist as an intellectual, thus earning the right to the benefit of a pardon while in confinement, preparing them psychologically and professionally to face the challenges they will encounter in the social environment after fulfilling their feather.

Keywords: Crisis; Prison Unit; Resocialization; Pardon.

1 INTRODUÇÃO

A longo das últimas décadas, a população carcerária brasileira tem aumentado consideravelmente, resultado do poder de punir imposta pelo Estado ao indivíduo pela prática de um crime, e como forma de prevenção de novas transgressões, utiliza a privação de liberdade como método de intimidação, ocasionando a superlotação do sistema prisional. No Brasil, a pena de prisão é a

mais utilizada. Com a criação da Lei nº 7.210, de 1984, lei que rege a Execução Penal, as penitenciárias surgiram como forma de punir e de prevenir novos ilícitos.

Há muito tempo, pesquisadores se dedicam ao estudo acerca da origem da crise da superlotação no sistema carcerário, quais medidas devem ser adotadas pelo Sistema de Justiça Criminal para conter os efeitos da mencionada crise. Desse modo, é importante citar um grande estudioso sobre o tema, Zaffaroni (2012) que afirma:

O número de presos de um país não é condicionado pelo crescimento da criminalidade. Cada país tem o número de presos que decide ter, selecionados entre as populações que politicamente decide direcionar o aparato punitivo. Essa definição não é um processo coeso e planejado, resultado de uma mente que arquiteta meticulosamente as formas se punir e excluir os mais pobres e vulneráveis – a penalização da pobreza não é, portanto, fruto de um “‘plano’ deliberado, executado por governantes malévols e onipresentes”. Seu sentido está relacionado, então, com as relações sociais desiguais que, em processos complexos e não homogêneos, informam as diversas agências do sistema penal, cujo resultado final, funcional aos interesses das classes dominantes, é uma política criminal encarceradora e excludente.

A crise do sistema prisional brasileiro evidencia a importância de o Estado investir na criação de novos programas estruturantes e coordenadas, com o intuito de viabilizar o fortalecimento de políticas alternativas à prisão, que possa contribuir com a ressocialização do condenado, estagnando o crescimento do número de pessoas presas nos presídios públicos do país.

Atualmente no Brasil, há um consenso sobre a precariedade e ineficiência do sistema prisional, por nos deparar com presídios que não têm estrutura para oferecer um ambiente em condições dignas para o apenado pagar por seu crime, contrariando o que diz o artigo 5º, da Constituição da República no que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Desde 2019, alguns programas vêm sendo executado no Brasil, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) entre outros, mobilizando a sociedade em geral, de diferentes instituições e níveis federativos por meio do programa Fazendo Justiça, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

No que se refere à parte metodológica, o presente trabalho é de cunho dedutivo e bibliográfico, possuindo aspectos qualitativos e quantitativos com procedimento histórico, fundamentado por meio de pesquisa documental direta na unidade prisional do município nos meses de janeiro a maio deste ano, documentação indireta, disponíveis na internet, artigos científicos e em livros, na esfera superlotação do Conjunto penal de Juazeiro /BA, aplicabilidade de medidas para ressocialização, visando a reintegração do preso ao convívio social.

2 SUPERLOTAÇÃO DO CONJUNTO PENAL DA CIDADE DE JUAZEIRO/BA NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2022 E AS MEDIDAS ADOTADAS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO.

O presente artigo tem objetivo de abordar a realidade carcerária da unidade prisional pública da cidade de Juazeiro, situada na região norte do Estado da Bahia, despertando a curiosidade para entender como funciona esse estabelecimento prisional, e quais medidas são utilizadas pelo Estado na tentativa de recuperar os apenados infratores para que estes não cometam crimes quando voltarem ao convívio social.

O Conjunto Penal de Juazeiro (CPJ), recebe presos de ambos os sexos, condenados ao cumprimento de pena em regime inicial fechado e semiaberto, oriundos de Juazeiro/BA e de mais 22 comarcas da região norte baiana, quais sejam: Campo Formoso, Casa Nova, Cansação, Capim Grosso, Capela do Auto Alegre, Curaçá, Itiúba, Jaguarari, Jacobina, Miguel Calmon, Monte Santo, Mundo Novo, Pilão Arcado, Pindobaçu, Piritiba, Queimadas, Remanso, Saúde, Senhor do Bonfim, Sento Sé, Sobradinho e Uauá, o que tem colaborado com o agravamento do quadro de superlotação da unidade.

O presídio acima mencionado foi inaugurado no ano de 2006, projetado inicialmente para abrigar 268 presos, distribuídos em 54 celas para internos do sexo masculino do regime fechado, 01 prédio para detentos do regime semiaberto.

Desde então, passou por algumas reformas para construção de 4 módulos. Atualmente a unidade prisional tem capacidade para 756 apenados, porém, devido ao elevado índice de criminalidade, o presídio possui uma população carcerária de 1004 apenados, ultrapassando a sua capacidade em 248 presos, muito além do que foi projetada.

A quantidade de pessoas privadas de liberdade no presídio de Juazeiro varia da faixa etária entre 18 a 70 anos, sendo a maioria de cor negra, seguida de brancos e pardos.

Esse quadro de superlotação agrava a crise na unidade penitenciária, afrontado a segurança dos presos, expondo-os a um tratamento perverso. Essa situação colabora, inclusive, para conflitos entre os detentos, colocando em risco a vida de todos eles, negando o mínimo de dignidade, garantido pela Lei maior, a todo cidadão, além de prejudicar no processo de ressocialização dos reclusos.

No que tange ao excesso de presos nas penitenciárias, o Professor Zacarias diz que é um ponto negativo para ressocialização do detento.

“nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia por liberdade. Por isso, a falta de perspectiva

de liberdade ou a sufocante sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intranquilidade, que sempre se refletem, de algum modo na disciplina(...). Para isso, deve o estado – tendo em vista que a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogados – propiciar a defesa dos presos.” (2016, p.56)

Estudar a realidade carcerária do conjunto penal da cidade de Juazeiro /BA, é buscar compreender o cotidiano, dentro da prisão, e como são tratados os indivíduos que perdem sua liberdade como forma de punição ao infringir às Leis brasileiras, com a prática de atos delituosos, bem como conhecer a estrutura física, o funcionamento do presídio, as políticas públicas desenvolvidas dentro do cárcere, acerca da ressocialização dos detentos, por meio do incentivo ao trabalho e educação como forma de reintegrá-los à sociedade e reduzir os índices de violência urbana.

Diante dos problemas existentes na unidade prisional em estudo, é importante saber se os detentos são estimulados ao trabalho, contribuindo para que estes, ao cumprirem sua pena, não retornem à criminalidade, evitando com isso a superlotação carcerária do conjunto penal supramencionado.

3 DESAFIOS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Perante os inúmeros problemas nos presídios brasileiros, que necessitam ser tratados com urgência, como também não existe apenas uma solução. Dessa forma, é importante que o estado procure conhecer, a fundo, os entraves para a efetivação da ressocialização, e para o fortalecimento de um sistema prisional eficaz.

Ainda é um grande desafio para o Estado colocar na prática os ensinamentos do ordenamento jurídico brasileiro quando o tema é ressocialização, as políticas públicas ainda não são eficazes para tornar os encarcerados preparados para voltar ao meio social, a exemplo disso é a lei de Execução Penal (LEP) que entrou em vigor no ano de 1984.

A referida Lei diz que uma das finalidades da pena privativa de liberdade é promoção da ressocialização, com a reabilitação do infrator e sua reinserção ao convívio social, em especial ao convívio familiar, preparando-o de tal maneira que ele receba uma nova oportunidade para viver em sociedade obedecendo as normas impostas pelo Estado, fazendo com que ele não volte a praticar crimes. Essa Lei criada também com o intuito de retribuir o erro causado pelo delinquente, evitando novos crimes. Portanto, toda problemática já mencionada faz parte do dia a dia do Conjunto penal em estudo.

Diante da precariedade das penitenciárias brasileiras, é difícil entender e aceitar a ineficiência do poder público investir quatro vezes mais no sistema

prisional em comparação com a educação básica, de acordo com um levantamento feito pela Universidade de São Paulo (USP). Cada preso custa, em média, R\$ 1,8 mil por mês, enquanto um aluno de escola pública nesta fase de ensino recebe R\$ 470 em investimentos mensais. A atualização mensal do custo do preso no Brasil é recente, e surgiu após um estudo na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da USP identificar a falta de transparência em relação a informações relacionadas aos presídios brasileiros.

Acerca da importância da ressocialização, Jesus Cesar Garcia afirma que:

Ressocializar é proporcionar ao preso o suporte necessário para reintegrá-lo a sociedade, é buscar compreender os motivos que o levaram a praticar tais delitos, é dar a ele uma chance de mudar, de ter um futuro melhor independente daquilo que aconteceu no passado. (GARCIA, 2016, p.28)

A LEP, menciona em seu artigo 10, que é dever do Estado promover assistência ao preso, como também ao internado para que previna o acontecimento de novos fatos criminosos, possibilitando a eles um bom retorno à sociedade.

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

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

O artigo 11, em seus incisos de I a VI, do mesmo Diploma Legal observa que a assistência do Estado aos indivíduos que praticam crimes será: material, à saúde, jurídica, social e religiosa.

4 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO E DA EDUCAÇÃO PARA RESSOCIALIZAÇÃO NO CONJUNTO PENAL DE JUAZEIRO/BA

Em visita ao conjunto penal de Juazeiro/BA, o Diretor da unidade prisional informou que as medidas voltadas para ressocialização do apenado ainda não acontecem de forma eficiente. Disse também que o Estado ainda encontra dificuldades em firmar parceria com o poder privado no tocante a construção de galpões dentro da penitenciária para a criação de atividades laborais que atenda um maior número de internos, conforme orienta a Lei de Execução Penal (LEP). Dessa maneira, a não consolidação da parceria entre empresários e o Estado, demonstram que os mecanismos oferecidos ainda não os estimulam a buscar a mão de obra ociosa disponíveis dentro do cárcere, impedindo, assim, que as empresas se estabeleçam nas unidades prisionais para desenvolver suas atividades e possam contribuir com a ressocialização do condenado.

Dentro da prisão em estudo, são realizadas algumas atividades de trabalho para os presos, como a capina nos arredores dos pavilhões, padaria instalada

dentro do presídio, mas nem todos os detentos são beneficiados com esses serviços. O conjunto penal de Juazeiro/Ba ainda não segue o que determina a Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, que estabelece ferramentas que possam vir a estimular os encarcerados a engajar-se a programas educativos, como é o caso da remissão de pena expressa em seu artigo 126, conforme segue in verbis:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011) I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

Estudiosos no processo de ressocialização do apenado afirmam ser de grande importância as parcerias público-privadas para a evolução social dos infratores dentro dos presídios, podendo atingir resultados positivos. Esse tipo de parceria é uma realidade em outros setores do Estado, que dá mesma forma poderia está sendo colocada em prática nas casas de privações de liberdade.

O posicionamento do Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), Luciano Losekann, em entrevista concedida à TV Justiça, no ano de 2013, em relação à parceria público-privado é que:

Se esse modelo de parceria público-privada de gestão penitenciária possibilitar a qualificação e a ressocialização dos presos, como prevê o contrato de concessão administrativa, eu aposto nessa ideia. Hoje, pelo modelo público atual, o preso sai pós-graduado em criminalidade.

A educação é outro fator imprescindível à ressocialização do indivíduo infrator que cumpre pena. Muitos cidadãos enveredam no caminho da marginalidade por não ter condições de competir uma vaga de emprego no mercado de trabalho com concorrentes que tem nível de escolaridade mais avançado. Alguns detentos chegam ao conjunto penal sem ter seus estudos concluídos. Esses são dados preocupantes para as autoridades, e se projetos educacionais não forem desenvolvidos dentro de suas dependências que dê condições aos detentos para estudarem, ao cumprirem sua pena vão continuar com a mesma dificuldade de ser inserido no mercado ocupacional trabalhista, tendo em vista que o mercado de trabalho está mais exigente na contratação de mão de obra para prestarem serviços de qualquer natureza, sem falar no rótulo marginalizado que o preso sai da prisão.

Lopes; Gregório e Accioly, destaca que:

Um dos grandes desafios dos ex detentos é conseguir se ingressar no mercado de trabalho. O preconceito e o baixo grau de escolaridade dificultam o retorno ao mercado, já que o mesmo está cada vez mais competitivo e exigindo mão de obra qualificada e diferenciada. Por muitas vezes a sociedade é resistente a contratações desses indivíduos, o que intimida as organizações a contratarem este tipo de mão de obra. Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, impede de retornar ao normal convívio em sociedade. (2016, p. 59).

Nessa mesma linha de raciocínio sobre a ressocialização através da educação, Renato Marcão (2015, p. 55) afirma:

“Tem por escopo proporcionar ao executado melhores condições de readaptação social, preparando-o para o retorno a vida em liberdade de maneira mais ajustada, conhecendo ou aprimorando, certos valores de interesse comum. E inegável, ainda, sua influência positiva na manutenção da disciplina do estabelecimento prisional.”

Diante disso, encontramos guarida na Constituição Federal, que reconhece como direito fundamental do cidadão e como dever do Estado promover a educação em conjunto com a sociedade, garantindo amplo acesso aos meios de alfabetização.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, segue o artigo 37, §§ 1 e 2, da Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si. (BRASIL, 1996).

No conjunto penal da cidade do norte baiano foi implantada uma escola, em parceria com o Município e Estado, com a disponibilidade de professores licenciados e do quadro de servidores efetivos, oferece aos detentos Ensino

fundamental e Médio. Mas, somente os internos que não concluíram seus estudos antes de serem reclusos pode frequentar as salas de aula, que é um grupo muito pequeno beneficiado com o projeto educacional penitenciário.

5 INDULTO: UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

O indulto é um mecanismo que visa a reintegração do preso à sociedade por meio do convívio familiar. Está respaldada na lei de Execução Penal nº 7.210/84 e nos princípios nela disciplinados. Comumente, ocorre em datas comemorativas específicas, tais como Natal, Páscoa e Dia das Mães, para visitas aos familiares. Tendo em vista que é exigido do detento o cumprimento de alguns requisitos para concessão do benefício, como ter bom comportamento, está preso há determinado tempo, portador de cegueira, ser paraplégico, tetraplégico, ser mãe menores de 14 anos e já ter cumprido no mínimo dois quintos da pena em regime fechado ou semiaberto, é negado para quem cometeu crime hediondo ou equiparado conforme determina a Constituição da República.

Patrick Cacicedo (2018, online) informa sobre o indulto:

A notoriedade do burocrático funcionamento das varas de execução penal motivou, igualmente, previsões específicas nos Decretos Presidenciais de indulto para sua aplicação mais célere, prevendo tanto a prioridade a esse direito que implica em imediata liberdade, quanto o incentivo a organização de mutirões específicos para sua efetivação. (CACICEDO, 2018, online)

Vale ressaltar, que a concessão do indulto não tem efeito automático, é necessário que os advogados e defensores públicos de cada preso com direito ao benefício recorra à justiça para pedir a liberação do beneficiado.

O benefício é um documento realizado com base no artigo 84, XII, da Carta Magna, através de Decreto do Presidente da República, que determina as circunstâncias para a autorização do indulto, indicando os presos que podem e os que não podem ser atendidos. A elaboração desse benefício tem a anuência do Conselho Nacional de política penitenciária, com o aval do Ministério da Justiça.

A portaria que dispõe os critérios para concessão do benefício do indulto é publicada pelo Juiz da Vara de Execução Penal, que determina as condições impostas aos apenados, como o retorno ao conjunto penal no dia e hora marcada.

O acompanhamento dos presos durante o indulto fica sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública, que envia lista com nome e foto dos beneficiados para o comando das Polícias Civil e Militar, para identificação dos presos caso seja necessário. Ademais, agentes do conjunto penal

fazem visitas casual às residências dos apenados para certificar o cumprimento das regras exigidas.

Além do indulto, o ordenamento brasileiro aborda mais 2 tipos de institutos, anistia e graça, tidas como formas de extinção da punibilidade, que é a perda da pretensão punitiva do Estado, de modo que não há mais a possibilidade de impor uma pena ou sanção ao réu. Tais institutos também são benefícios que contribuem com a ressocialização de quem está encarcerado pela prática de atos delituosos, e estão previstos, juntamente com o indulto, no artigo 107, inciso II, do Código Penal.

Com relação a esses institutos abordado acima, Damásio de Jesus apresenta a diferença entre estes institutos:

"a) A anistia exclui o crime, rescinde a condenação e extingue totalmente a punibilidade; a graça e o indulto apenas extingue a punibilidade, podendo ser parciais; b) A anistia, em regra, atinge crimes políticos; a graça e o indulto, crimes comuns; c) A anistia pode ser concedida pelo poder legislativo; a graça e o indulto são de competência exclusiva do Presidente da República; d) A anistia pode ser concedida antes da sentença final ou depois da condenação irrecorrível; a graça e o indulto pressupõem o trânsito em julgado da sentença condenatória".

É importante abordar, que no mês de maio deste ano foram contemplados com indulto do dia das mães 63 detentos, somente estes tiveram a concessão do benefício por atenderem aos requisitos estabelecidos pela legislação brasileira. Todos retornaram ao Conjunto Penal supracitado.

6 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E AS BARREIRAS PARA RESSOCIALIZAÇÃO

Como já mencionado anteriormente, o sistema prisional brasileiro é tema de debates na sociedade devido à crise que enfrenta atualmente, consequência do aumento da criminalidade em todo país, resultando na superlotação dos presídios.

A pena privativa de liberdade está sendo vista como principal meio repressivo utilizado pelo Estado na tentativa de reduzir o comportamento delituoso entre os sujeitos que cometem crimes no meio em que vivem, porém, não tem alcançado os objetivos desejados, que é dar ao condenado a assistência necessária para buscar a reparação de seus erros e reintegrá-lo à sociedade. E como já dito, a superlotação é um grande problema existente nos presídios que dificulta a ressocialização do preso.

Para Nucci,

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda

comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual. (NUCCI, 2009, p. 61)

Neste trabalho abordaremos os tipos de penas privativas de liberdade.

1) Pena: finalidade- Repressiva ou Preventiva?

No Brasil, esta sanção penal tem tríplice finalidade: retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa ou ressocializadora.

As finalidades da pena não ocorrem ao mesmo tempo, ou seja, cada finalidade tem o seu momento específico.

Na função **Repressiva** o papel repressivo está relacionado ao fato de que esta autarquia tem competência para investigar e julgar condutas que tem potencial lesivo à concorrência. Como exemplo destas condutas está a formação de cartéis, contratos de exclusividade e venda casada.

A função **preventiva** da pena, trata-se de uma função utilitária, pela qual a pena não é considerada somente como castigo frente a um mal cometido, mas sim como um instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.

A teoria relativa ou preventiva não trata a pena como forma de retribuir ao delinquente o mal por ele praticado contra a sociedade, mas atribui à pena um caráter preventivo à prática do delito. A tese preventiva tem por base a função de inibir o máximo possível a realização de novos atos ilícitos.

O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira, serve de exemplo. O castigo que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime.

Em se tratando da finalidade **retributiva** da pena, ela é vista como um castigo ao mal causado através do delito. A pena tem como fim único fazer justiça. Não há nenhum outro fim. A culpa do autor do crime deve ser compensada com a imposição de um mal justo, que é a pena.

O objetivo da sanção, na **prevenção geral**, é intimidar, com a aplicação penal, os demais cidadãos, e, dessa forma, evitar o cometimento do crime. Essa função pode ser considerada “como uma coação psicológica sobre todos os cidadãos”.

Diante disso, para assegurar o poder estatal e fazer com que os cidadãos respeitem as disposições legais, o Estado aplica a pena como sendo um desestímulo à prática criminosa.

O raciocínio utilizado nesse caso é como um recado passado pelo Estado aos indivíduos da sociedade, no sentido de que a prática de um crime leva à imposição de uma penalidade, logo, não pratique crime. Merece destaque o fato de que o foco não era a mensagem passada ao apenado em si, mas à sociedade em geral, pois “a teoria da prevenção geral não utiliza a ideia de retribuição pela culpabilidade do agente nem tampouco se preocupa em evitar que o indivíduo concretamente apenado volte a delinquir”.

Na **prevenção especial**, contrariamente ao que se vê na prevenção geral, o foco é o indivíduo desviante e não a coletividade, de modo que o objetivo é evitar que ele (penalizado) cometa novos crimes e, conseqüentemente, esteja apto a regressar ao convívio social).

2) Direitos do preso:

Mesmo privado de liberdade, o preso deve manter seus direitos de cidadão como educação, saúde, assistência jurídica e trabalho para remição da pena. O preso tem o direito de ter acesso ao trabalho remunerado e à reserva de dinheiro resultado de seu trabalho.

O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

A Lei de Execução Penal diz que é DEVER do preso não se envolver em movimentos contra a ordem e a disciplina, bem como não participar de fugas, já que o preso não pode escolher como e quando vai cumprir sua pena, e ainda porque poderá vir a responder por diversos crimes ligados a esse comportamento.

Isto significa que o preso perde a liberdade, mas tem direito a um tratamento digno, direito de não sofrer violência física e moral. A Constituição do Brasil assegura ao preso um tratamento humano. Não se pode esquecer que hoje torturar pessoa presa é crime.

A Constituição Federal de 1988 define em seu artigo 6º que: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A conduta estará reabilitada em 30 ou 60 dias, de acordo com o Regimento Interno do Presídio. Praticada falta grave, o preso do semiaberto perde o direito à saída temporária, e além da punição administrativa (isolamento celular ou restrição de direitos), será regredido ao regime fechado.

3) Deveres do preso:

A Lei de Execução Penal diz que é dever do preso não se envolver em movimentos contra a ordem e a disciplina, bem como não participar de fugas, já que o preso não pode escolher como e quando vai cumprir sua pena, e ainda porque poderá vir a responder por diversos crimes ligados a esse comportamento.

Quando o preso sai da cadeia, a pena de multa é uma dívida que os ex-presidiários condenados por crimes contra o patrimônio ou tráfico de drogas devem pagar ao estado. A multa é determinada no dia do julgamento, junto com a pena de restrição de liberdade, os valores são destinados ao Fundo Penitenciário.

Não há dúvida de que a principal obrigação (dever) imposta ao preso é a de cumprimento da pena, seja qual for a natureza daquela: privativa de liberdade; restritiva de direito e multa.

O desrespeito aos deveres serão também objeto de análise pelo juízo da execução quando instado a decidir sobre a concessão de direitos do preso.

Constituem deveres do preso: comportamento disciplinar e cumprimento fiel da sentença; obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deve relacionar-se; respeito no trato com os demais condenados; conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; submissão à sanção disciplinar imposta; indenização à vítima ou aos seus sucessores; indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; conservação dos objetos de uso pessoal.

4) Dignidade da pessoa humana na execução penal:

Para a análise da dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro, percebe-se que no atual sistema não existe qualquer respeito à dignidade humana, assim, todas as rebeliões e fugas de presos que é transmitida diariamente são uma resposta e ao mesmo tempo um alerta às autoridades para as condições desumanas.

Quando admitimos, não importa a circunstância, ou o prejudicado, o seu desrespeito, enfraquecemos, em algum grau, a sua força normativa em relação a todos os demais indivíduos e circunstâncias. Devem ser respeitados, portanto, independentemente das circunstâncias, ou mesmo de quem seja o beneficiário, ou prejudicado.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo o ser humano, independente da sua condição perante a circunstância dada. O princípio da

dignidade da pessoa humana se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo fundamento basilar da República. A livre convicção religiosa e filosófica, liberdade de expressão, dentre outros. Exemplos de dignidade humana: Proibição de penas de trabalho forçado, tortura, penas de morte. Portanto a dignidade da pessoa humana envolve o espírito e o corpo do homem, por assim dizer.

Diante disso, a opinião quase consensual, por parte da doutrina, de que a prisão dentro das condições atuais não é capaz de promover a ressocialização dos indivíduos que se encontram no cárcere.

7 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente artigo foi realizado através de um estudo bibliográfico, fundamentado através de livros e artigos de vários autores renomados para análise e discussão sobre a temática e a problemática em questão.

A pesquisa bibliográfica é o passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação e auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa. Quanto aos objetivos, a pesquisa será tida como exploratória.

Considerando como fundamento para o desenvolvimento do trabalho, esta pesquisa analisou a realidade carcerária da Unidade Prisional de Juazeiro/ BA no período de janeiro a maio de 2022.

A pesquisa bibliográfica trouxe elementos considerados extremamente necessários para a compreensão de temas importantes como: indulto, dignidade da pessoa humana na execução penal, finalidade retributiva, entre outros.

Segundo Lakatos e Marconi (2009), esse método tem, entre outras finalidades “aumentar a familiaridade do pesquisador com um ambiente, fato ou fenômeno, para a realização de uma pesquisa futura mais precisa ou modificar e clarificar conceitos”. Gil (2008, p.45) diz ainda que “estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições”, sendo seu planejamento bastante flexível e no nosso caso, levantamento bibliográfico, bem como a pesquisa documental.

Este trabalho também é de natureza qualitativa e quantitativa onde teve como base a coleta de dados em informações em pesquisa documental.

Conforme descreve Minayo (2010, p.57), o método qualitativo pode ser definido como:

... é o que se aplica ao estudo da história, das relações, das representações, das crenças, das percepções e das opiniões, produtos das interpretações que os humanos fazem a respeito de como vivem, constroem seus artefatos e a si mesmos, sentem e pensam. Embora já tenham sido usadas para estudos de aglomerados de grandes dimensões (IBGE, 1976; Parga Nina et.al 1985), as abordagens qualitativas se conformam melhor a investigações de grupos e segmentos delimitados e focalizados, de histórias sociais sob a ótica dos atores, de relações e para análises de discursos e de documentos. " (MINAYO, 2010, p. 57)

Segundo Diehl (2004) o estudo quantitativo pode-se citar os de correlação de variáveis ou descritivos (os quais por meio de técnicas estatísticas procuram explicar seu grau de relação e o modo como estão operando), os estudos comparativos causais (onde o pesquisador parte dos efeitos observados para descobrir seus antecedentes), e os estudos experimentais (que proporcionam meios para testar hipóteses).

Segundo Denzin e Lincoln (2006), a pesquisa qualitativa envolve uma abordagem interpretativa do mundo, o que significa que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender os fenômenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem. A pesquisa qualitativa atribui importância fundamental aos depoimentos dos atores sociais envolvidos, aos discursos e aos significados transmitidos por eles. Nesse sentido, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que o envolvem.

Esses métodos envolveram um longo período de estudo e de análise em que passa a usar técnicas de observação e leituras bibliográficas, analisando e demonstrando o sentido do estudo e o bem que irá trazer para a sociedade.

Sabemos que a pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, tapeçarias, relatórios de empresas, vídeos de programas de televisão, etc.

A pesquisa documental é um tipo de pesquisa que utiliza fontes primárias, isto é, dados e informações que ainda não foram tratados cientificamente ou analiticamente.

A pesquisa documental tem objetivos específicos e pode ser um rico complemento à pesquisa bibliográfica.

Os documentos analisados podem ser atuais ou antigos, e podem ser usados para contextualização histórica, cultural, social e econômica de um lugar ou grupo de pessoas, em determinado momento da história. Por essa razão, é um tipo de pesquisa bastante utilizado nas ciências sociais e humanas. Além disso, permite

fazer análises qualitativas sobre determinado fenômeno, mas também é possível fazer análises quantitativas como é o caso da nossa pesquisa.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o que já foi exposto, o Complexo penal da cidade de Juazeiro Bahia tem sua capacidade muito acima do que foi projetada, por essa razão, tem-se um conhecimento a priori do fator principal que contribui com a superlotação dessa penitenciária, por ser o único da região do norte baiano, obriga-se a receber detentos de 12 cidades circunvizinhas, já mencionadas acima, e com o crescimento da violência nos dias atuais, contribui ainda mais com o excesso de internos na unidade prisional, a qual tem gerado fatores negativos no nível de ressocialização do apenado. Segundo informações recentes obtidas através do Diretor do referido presídio, 75% da população carcerária é reincidente, ou seja, ao ser colocado em liberdade, o sujeito volta ao convívio social sem estudos e sem nenhuma qualificação profissional, e ainda com o rótulo de ex-presidiário, consequentemente termina voltando para criminalidade.

É oportuno dizer que o excesso de internos na referida prisão tem sido uma grande violação dos direitos dos apenados, sobretudo pelas celas com pouco espaço, ambiente mal arejado, sem iluminação, entre outras tantas deficiências, onde se aglomeram dezenas de detentos, contrariando o que determina o artigo 5º, da Constituição federal em asseverar os direitos dos presidiários, há as legislações ordinárias que também garantem mais direitos aos presos, como o Código Penal e a Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84.

Como já apresentado, as medidas voltadas para ressocialização do preso dentro do Complexo Penal de Juazeiro/BA precisam ser mais impulsionadas, assim como o trabalho e educação desenvolvidos dentro do cárcere, outra ação realizada para que ocorra a reintegração do preso ao convívio social e supere a crise da superlotação é a concessão do indulto que acontece sempre que datas comemorativas específicas se aproximam.

Portanto, percebe-se que as ações desenvolvidas dentro do Complexo Penal de Juazeiro/BA ainda carecem de mais investimentos do poder público para que de fato a ressocialização aconteça com eficácia, reduzindo a quantidade de detentos, e consequentemente acabando com a superlotação da unidade prisional. É necessário também que mais internos sejam contemplados com a oportunidade de trabalhar industrial como intelectual, assim, conquistando o direito ao benefício do indulto enquanto estiver enclausurado, preparando-os psicologicamente e profissionalmente para enfrentar os desafios que encontrarão no meio social após o cumprimento de sua pena.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei de execução Penal. Lei nº 7210** de 11 de julho de 1984. BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB. 9394/1996.
- CACICEDO, Patrick. **O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p.413-432, jan. 2018. Disponível em: . Acesso em: 01 jun. 2022.
- DENZIN, N. K; LINCOLN, I.O **planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens.** Porto Alegre: Artmed, 2006.
- DIEHL, Astor Antônio. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas.** São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- GARCIA, Jesus Cesar. **A RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL**
- BRASILEIRO.** Revista saber acadêmico, 2016. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170619111147.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 2008. JESUS, Damásio Evangelista de. **Saraiva. P. 605**
- MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos da metodologia científica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MINAYO, Peter K. **Pesquisa Qualitativa – Tipos fundamentais.** 2010, p. 57
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 13. ed.. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ZAFFORINI, 2001, p. 129-130. Apud PIMENTA, Victor Martins. **Por Trás Das Grades: O Encarceramento Brasileiro Em Uma Abordagem Criminológico-Crítica,** 2016. Disponível em:. Acesso em: 19 maio 2022.

A SOCIEDADE INVISÍVEL: O ESTADO COMO GARANTIDOR DO DIREITO À SAÚDE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Júlio César Severo Ribeiro¹⁷

RESUMO

A presente pesquisa busca confrontar a atuação do Estado democrático brasileiro como garantidor de direitos basilares para as pessoas em situação de rua, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura direitos e garantias fundamentais para todo cidadão, desta forma, buscando sustentar o mínimo de dignidade humana. Assim, tais direitos basilares da sociedade brasileira hodierna devem atingir as pessoas em situação de rua. À vista disso, o trabalho tem como propósito analisar se de fato o acesso universal à saúde tem ocorrido para a população em situação de rua, bem como as políticas públicas que foram desenvolvidas para este grupo social, evidenciando a vulnerabilidade e a estigmatização que a população em situação de rua sofre, muitas vezes pelo próprio Estado. Portanto, faz mister analisar o processo de estimação e segregação social que levam milhares de pessoas à situação de rua. Com efeito, o trabalho em questão consiste em pesquisa descritiva, bibliográfica e estatística, realizada precipuamente na área do Direito Constitucional.

Palavra-chave: População em situação de rua; Políticas Públicas; Direito à saúde.

SUMMARY

This research seeks to confront the performance of the Brazilian democratic state as a guarantor of basic rights for homeless people, since the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil guarantees fundamental rights and guarantees for every citizen, thus seeking to sustain the minimum of human dignity. Thus, these basic rights of today's Brazilian society must reach homeless people. In this view, the work's purpose is to analyze whether in fact universal access to health has occurred for the homeless population, as well as the public policies that were developed for this social group, highlighting the vulnerability and stigmatization that the population in a street situation suffers, often by the State itself. Therefore,

¹⁷ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Petrolina – FACAPE. 9º período. E-mail: juliocsr799@gmail.com.

it is essential to analyze the process of estimation and social segregation that leads thousands of people to the homeless situation. Indeed, the work in question consists of descriptive, bibliographic and statistical research, carried out primarily in the Constitutional Law's area.

Keyword: Homeless population; Public Policies; Right to Health.

1 INTRODUÇÃO

O advento da globalização, fenômeno de incidência no século XX, gerou significativa mudança na estrutura das sociedades, causando expansões econômicas, políticas, culturais e educacionais, aproximando as sociedades e diminuindo as barreiras entre os países, facilitando o processo de comunicação.

No entanto, este mesmo acontecimento fortificou ainda mais o capitalismo no mundo contemporâneo e conseqüentemente a precarização do trabalho humano, com a redução dos salários, aumento de horas trabalhadas e a insignificância da mão de obra humana, visto que esta seria facilmente substituída. Sendo assim, as desigualdades sociais foram aumentando desenfreadamente, levando muitos cidadãos às metrópoles em busca de emprego, muitos deles não conseguiam emprego ou moradia, precisando ficar em situação de rua.

Dessa maneira, o movimento da globalização neoliberal recoloca a pobreza em patamares críticos no cenário da geopolítica mundial (Santos, 1999 *apud* Oliveira 2018). Portanto, Oliveira (2018), afirma que nesse processo há populações em que foram excluídas da geração de riquezas e produtos, ficando a margem da sociedade, sobrevivendo do acesso precário aos mecanismos públicos de inclusão social.

Quanto a População em situação de rua e a moradia precária, Oliveira dispõe:

A precariedade de moradia e de trabalho assumem lugar de destaque nessa trama de exclusão, no qual **as ruas surgem como opção e cenário**

recorrente para todo o desenrolar de vidas humanas, “transformam o espaço público em seu universo de vida e de sobrevivência privado” (BURSZTYN, 2003, p. 20 apud OLIVEIRA, 2018, p. 38-39, grifo nosso).

Portanto, a População em Situação de Rua (PSR) surge da marginalização de um grupo que não conseguiu espaço no novo modelo social e sem oportunidade faz das ruas o seu espaço de sobrevivência.

Entretanto, faz-se imperioso destacar que o êxodo rural não é o único motivo para a existência da população em situação de rua, pois segundo Sicari e Zanella (2018), tal prática se intensificou até meados do século XX, impulsionado pelo crescimento industrial, porém, no cenário atual a maioria das pessoas em situação de rua são do próprio meio urbano e não se limita mais as metrópoles.

Entre agosto de 2007 e março de 2008, ocorreu um levantamento de dados quanto a população em situação de rua através da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), executada pelo instituto Meta, constatando 31.922 pessoas em situação de rua em 71 cidades que foram realizadas o levantamento.

Há poucos dados atualizados a respeito da população em situação de rua, demonstrando ainda mais o quão excluído são da sociedade. Os últimos dados mais recentes foram uma projeção divulgada em março de 2020, pela qual o Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada – IPEA, em que 221.869 de brasileiros viviam em situação de rua.

Segundo Abreu e Salvatori (2017), valendo-se dos dados fornecidos pela Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua, as causas que levam as pessoas à esta situação decorrem de rompimento de vínculos familiares, processo de desfiliação social pela ausência de trabalho assalariado e das proteções que um trabalho digno proporciona. No mais, as drogas e o alcoolismo também fazem parte das causas que levam as pessoas a situação de rua.

Após apresentação dos fatos que levam as pessoas a situação de rua, cumpre destacar que o presente trabalho tem como problemática central a análise do Estado com garantidor de direitos, desenvolver políticas públicas para o acesso a saúde das pessoas que vivem na rua, afinal, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito e acesso à saúde a todos indistintamente.

Através de estudos e dados, ficará nítida a violação do texto constitucional com a marginalização da população em situação de rua que careceriam de moradia segura e assistência governamental, bem como da ausência de tratamentos de saúde, principalmente após a pandemia do covid-19, pois evidencia a necessidade de debater o tema em sociedade.

Desta maneira, ao negar o acesso à saúde, direito constitucionalmente previsto em seu art. 6º da CRFB/88, reafirma o afastamento social desse grupo, de maneira agrava a necessidade e acentua a limitação que é imposta. Da qual, mesmo que a Carta Magna e outras leis tragam no papel o direito material, na realidade, o direito não se faz suficiente para garantir o mínimo e lhe tornarem cidadão, o que acaba acentuando a naturalização e a cristalização do abandono social.

Considerando o cenário atual, é mister estudar o processo de estimativa e segregação social que levam milhares de pessoas à situação de rua. Desse modo, busca-se compreender o estado de miserabilidade, suas causas e consequências, uma vez que, a miséria não produz documentos, não há prova melhor da condição da extrema pobreza do que a impossibilidade de comprová-la exaustivamente por meios formais.

Apesar das poucas iniciativas e políticas públicas que fornecem ajuda para esse grupo, é indispensável analisar como as garantir que atitudes temporárias podem ajudar a repensar como atuar para proporcionar oportunidades e não reforçar o estigma moral e social.

Deve-se ponderar sobre a atuação do sistema de assistência social em tempos pandêmicos, além de visualizar a forma que o Estado e a sociedade recebem a população em situação de rua como pessoas de direito, e quais obstáculos enfrentados por esse grupo para acessar a bens públicos. Pois, alguns serviços se recusam a oferecer atendimento pela ausência de documentação ou de domicílio cadastrado.

A Carta Magna foi construída para dar base ao Estado Democrático de Direito, de forma que assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, não podendo fazer distinção entre pessoas, seja pela sua cor, raça, etnia ou situação financeira, fato pelo qual justifica a presente pesquisa, que carece de cercear a violação dos Direitos Constitucionais da PSR.

Ademais, vale salientar que a estrutura do presente artigo se subdivide em três subtemas, sendo eles: “O Estado Democrático como Garantidor de Direitos”, demonstrando todos os direitos fundamentais que os indivíduos dispõem, sendo um destes o direito à saúde; “O descaso e a estigmatização da População em Situação de Rua: Decreto nº 7.053”, evidenciando a marginalização e estigmatização que as pessoas em situação de rua sofrem; e “Os obstáculos enfrentados pela População em Situação de Rua para acessar serviços públicos de saúde” apresentando as políticas públicas e demais ações do governo para assisti-los.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO COM GARANTIDOR DE DIREITOS

A Constituição Federal de 1988 tem como alicerce o Estado Democrático de Direito, fundamentado na: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. Tal concepção está disposta em seu art. 1º, no qual o parágrafo único reafirma que

vivemos em uma democracia ao enfatizar que todo poder emana do povo, sendo este exercido pelos seus representantes políticos eleitos direta ou indiretamente.

Neste diapasão, Luís Roberto Barroso (2020) ressalta que a integração entre o estado democrático e a Constituição, existem dois papéis principais, o primeiro deles, ficaria a cargo da Constituição de definir o que seria mínimo ou essência para manutenção da dignidade da pessoa, bem como, garantir o funcionamento do regime democrático.

Em um segundo momento, cabe ao diploma constitucional assegurar mecanismos que possam desenvolver a estrutura democrática, assim como, preservar o pluralismo político. Outrossim, assegurar políticas e uma legislação que permita a representação e participação popular, reforçando a concepção do Estado Democrático de Direito.

Assim, nota-se que cada indivíduo tem seu local e papel indispensável em uma sociedade, além de ser convocado para guardar e defender a lei, dentro de sua realidade, para que se impere a democracia.

Rudolf Von Ihering, disciplina acerca da matéria, orientando que “a lei deixa a cada um que tem um direito legal a escolha de afirmar esse direito ou de abandoná-lo” (p. 75. 2016), pois, cabe aos indivíduos lutarem para que seus direitos sejam implementados em sociedade, contudo, apenas quando cada membro da sociedade cooperar, haverá alteração de direitos, sejam eles individuais ou coletivos.

Ainda explorando a temática da democracia, justiça social e dos direitos fundamentais, o doutrinador Luís Roberto Barroso (2020) disciplina que são elementos que se moldam no período da modernidade, movidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em uma tentativa de assegurar o pluralismo e a

diversidade, para promover a possibilidade de oportunidade para todo coletivo igualmente.

Contudo, para Léon Duguit (DUGUIT, 2009), quando se contempla a sociedade, bem como a criação do Estado, nota-se que antes deste, o indivíduo já está inserido em uma coletividade, da qual, estão sujeitos a todos os direitos e obrigações que subentende no desenvolvimento e manutenção da vida coletiva:

Os homens, muito longe de serem iguais, são essencialmente diferentes entre si, e essas diferenças, por sua vez, acentuam-se conforme o grau de civilização da sociedade. Os homens devem ser tratados de modo diversos, porque são diferentes; o seu estado jurídico, representante da sua situação enquanto referencial na relação com seus semelhantes, deve alternar-se para cada um em particular, uma vez que cada um, em relação a todos, manifesta-se de forma essencialmente diferente (DUGUIT, p. 30. 2009).

Conforme transcrição supramencionada, Duguit defende que o Estado deve tratar seus cidadãos diferentes, visto que eles portam diferenças significativas, remetendo ao entendimento de igualdade constitucional, pois esta busca tratar os iguais igualmente e os desiguais nas exatas medidas de suas desigualdades, gerando justiça em sociedade.

A população em situação de rua, por exemplo, não vive a mesma realidade dos indivíduos que possuem residências, sejam elas fixas ou não, necessitando de assistência ainda mais específica por parte do Estado, fato que será exposto ao decorrer da presente pesquisa. Além disso, a sociedade deve lutar pelos direitos constitucionalmente previstos, ainda que não os atinjam diretamente, como é o caso do crescimento do número de pessoas em condições de rua.

Diante do exposto, percebe-se que a carta magna hodierna é a manifestação do Estado democrático de Direito, não só declarando direitos fundamentais individuais, como também traçando diretrizes para garanti-los, pelos quais devem ser realizados pelo Poder Público e cobrados diariamente pelos cidadãos.

À vista disso, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) defendem que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, mesmo aqueles de expressão coletiva, são de titularidade individual, visto que é o indivíduo que tem assegurado o direito ao voto, à saúde, assistência social, aposentadoria etc.

Assim, verifica-se que tais direitos fundamentais são garantidos pelo Estado aos indivíduos, contudo, quando tais direitos estão sendo violados ou o Estado sendo omissivo à sua implementação, cabe aos cidadãos coletivamente lutarem por estes para que vivam com dignidade.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é basilar para a garantia dos direitos individuais, principalmente para a população em situação de rua, que vivem uma realidade que confronta tal entendimento diariamente. Segundo Barroso (2020), a dignidade humana é um valor fundamental, seja político ou moral, ingressando no mundo do Direito geralmente na forma de princípios, sendo, portanto, a dignidade um princípio jurídico de status constitucional, funcionando não só com justificação moral como também fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Por isto, faz-se imperioso o estudo a respeito desse princípio e como eles se desenvolveram no ordenamento jurídico. Neste sentido, informa Lincoln Frias e Nairo Lopes (2015), veja-se:

[...] A ideia de dignidade não surgiu no século XX e nem sempre esteve associada aos direitos humanos ou fundamentais. No período romano ela se referia à qualidade de quem possuía certas ocupações e posições públicas. Foi apenas durante a modernidade que ela passou a se referir a um valor possuído por todas as pessoas. [...]

O sentido pré-moderno, ou a visão hierárquica da dignidade, estabelecido desde a Roma antiga até o surgimento do Estado liberal, identifica a dignidade com o status pessoal dos indivíduos, sua posição social e sua integridade moral. A dignidade qualificava certas instituições, como o soberano, a coroa e o Estado, servindo para classificar os indivíduos entre superiores e inferiores. Um exemplo do emprego da palavra nesse sentido é a Constituição brasileira de 1824, a

qual mencionava apenas a dignidade da nação, do imperador e de sua esposa (SARLET, 2013, p. 123).

Em função do status das pessoas e das instituições, os súditos deveriam respeitá-las caso não quisessem sujeitar-se a sanções. Havia uma quantificação da dignidade, estabelecendo pessoas mais ou menos dignas. Portanto, nem todos os indivíduos eram “dignos”, apenas aqueles que ocupavam certos cargos ou que possuíam certas qualidades. (p. 653-654).

Desse modo, com a modernidade, a dignidade deixa de ser um cargo de prestígio para seletas pessoas, desenvolvendo-se após a segunda guerra mundial como norteador da vivência humana, trazendo valores para todos os indivíduos indistintamente.

Segundo o entendimento minimalista, a dignidade da pessoa humana se subdivide em: a) valor intrínseco a todos indivíduos; b) sua autonomia; e c) algumas limitações para que se prevaleça valores sociais e interesses estatais. (BARROSO, 2020). Tal valor intrínseco representa a dignidade que há na vida de cada ser, pelo qual no âmbito jurídico abarca outros princípios, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um sobreprincípio.

Ainda valendo-se dos entendimentos de Barroso (2020) para corroborar com a presente tese, este orienta que o princípio da dignidade da pessoa humana dá origem a uma série de outros direitos fundamentais, quais sejam: direito à vida, à igualdade, à saúde, integridade física, moral e psíquica.

O direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, é aquele que busca proteger a vivência de todos os seres humanos, tanto a sua existência biológica quanto fisiológica, guardando relação direta com a dignidade da pessoa humana, já que toda vida humana é digna de ser vivida (SARLET, MARINONI e MITIDEIRO, 2017). O direito à vida e a dignidade da pessoa humana, embora distintos, possuem relação direta para a harmonia dos direitos fundamentais.

Outro princípio que está diretamente ligado à vida digna é o direito à saúde, bem como a integridade moral e psíquica. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitideiro, a

relação entre a vida e a integridade é evidente, pois a violação do direito à vida terá como consequência a afetação da integridade física e corporal, ao passo que uma intervenção no corpo humano, muitas vezes pode colocar em risco a vida do ser e consequentemente sua saúde.

Dessa forma, pode-se constatar que embora os direitos fundamentais aqui expostos sejam distintos, estes possuem vínculos para maior proteção da vivência humana, na tentativa de superar as barbáries vividas nos séculos passados e no combate de preconceitos.

E, conforme já narrado, a atual Constituição brasileira, bem como o ordenamento jurídico brasileiro de modo geral, não só declara direitos como discorre sobre maneiras de garanti-los. Uma forma de proteger o direito à vida, segundo Barroso, é a criminalização da prática de homicídio, assim como para garantir a integridade física dos cidadãos o diploma legal brasileiro proíbe o trabalho escravo, tráfico de pessoas e tortura e o direito à saúde através de distribuição de medicamentos.

O presente trabalho destaca o direito à saúde como de suma importância para a garantia do direito à vida com dignidade, principalmente daqueles que vivem em situação de rua. Pois o acesso à saúde é um direito social, previsto no arts. 6, caput, e 196 e seguintes da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Fica nítido, portanto, que a saúde é direito de todos de modo igualitário e caberá ao Estado garanti-lo, através de políticas públicas de ações e serviços a serem regulamentados por lei e devidamente fiscalizados.

O Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela CRFB/88, em seu art. 198, § 1º, garante o acesso universal dos brasileiros à saúde, principalmente daqueles cidadãos que não possuem condições financeiras para cuidar da saúde e arcar com tratamentos médicos. Embora muito criticado, este sistema é primordial para saúde e segurança dos brasileiros, bem como serve de inspiração no cenário internacional.

Ademais, para compreensão dos demais capítulos desta pesquisa, é imperioso destacar o direito à propriedade e moradia como direitos sociais e fundamentais também são previstos na Constituição, a fim de proporcionar uma vida digna para os indivíduos, nos termos do arts. 5 e 6 da CRFB/88.

Ante todos os fatos e fundamentos expostos, fica evidente que o Brasil é um Estado Democrático, pelo qual sua Constituição cidadã prevê inúmeros direitos fundamentais aos indivíduos, que devem ser aplicados a todos igualmente, observando as particularidades de cada cidadão para que se impere a justiça social.

3 O DESCASO E A ESTIGMATIZAÇÃO DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: DECRETO ° 7.053

De início, cumpre destacar que apenas a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais não asseguram a sua execução, deixando à deriva a população em situação de rua, sem prestar o devido auxílio, dado que estes são marginalizados e estigmatizados pela sociedade, sendo até mesmo temido por parte dos cidadãos.

Entretanto, o Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009, confere as diretrizes que estabelecem princípios, diretrizes e objetivos para a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PSR). Faz mister que o conceito

não está vinculado à falta de habitação, como é verificado no parágrafo único, do art.º 1. da lei em comento:

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009).

Portanto, a União por meio do Poder Executivo poderá consolidar convênios com institutos públicos e privados, sem fins lucrativos, de maneira que fomenta o desenvolvimento e a cumprimento de programas para beneficiar a população em situação de rua, na qual, cumpra com os objetivos, diretrizes e princípios que fornecem base para decreto em comento (BRASIL, 2009). Outrossim, quando o Estado considera a população em situação de rua como indivíduos, lhe garante direitos e garantias, ressaltando como cidadão.

Apesar disso, a ausência de documentos que possam averiguar a miserabilidade pela falta de dados oficiais sobre a população em situação de rua. Desse modo, compreender o estado de miserabilidade, suas causas e consequências, uma vez que, a miséria não produz documentos, não há prova melhor da condição da extrema pobreza do que a impossibilidade de comprová-la exaustivamente por meios formais.

Segundo o instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, uma vez que a ausência é confirmada pela complexidade para elaboração de uma pesquisa de campo, visto a falta de endereço fixo. Em vista disso, prejudica a implementação de políticas públicas direcionadas para este grupo, e ocasionalmente, reproduz a invisibilidade social no âmbito das políticas sociais (IPEA, 2016).

Apesar da seguridade da letra da lei, não configura como suficiente para fornecer acessibilidade social, pois pelo déficit na execução do poder público em

fornecer instruções para implementação de políticas públicas. Ressaltando, o art. 6. do Decreto nº 7.053, é responsabilidade do poder público pela atuação e articulação das políticas públicas na sociedade (BRASIL, 2009).

Apesar do acesso aos bens públicos, o estigma decorre o acesso de alguns serviços que rejeitam a proporcionar atendimento pela ausência de domicílio cadastrado ou documentação. Por sua vez, o estigma é uma construção social que decorre de uma marca no indivíduo, transmitindo à pessoa um status desvalorizado acerca de relação aos demais componentes da sociedade (TEIXEIRA; BELMONTE; ENGSTORM; LACERDA, 2019).

Deste modo, a população em situação de rua é marginalizada pela incapacidade de ter voz, separado da sociedade que não consegue integrá-lo, posto em um processo de segregação social.

Logo, ser marginalizado constitui em estar colocado de lado ao resto da sociedade, retratado de maneira que não ocupem o centro das coisas, da qual, não são consideradas parte da sociedade sendo colocados para ocupar as margens e as beiradas da sociedade (TEIXEIRA; BELMONTE; ENGSTORM; LACERDA, 2019).

Portanto, ao compreender a vulnerabilidade e negligência enquanto a situação de rua nas grandes cidades brasileiras, retrata o modelo de desenvolvimento capitalista que reforça a concentração de riquezas. De forma que a fundação do Brasil, ou sejam seu modelo de colonização, que tem origem na matriz de exclusão da imensa quantidade de pessoas desapropriadas de suas terras da qual foram retirados dos próprios povos originários e traficados para um modo de vida precário e de extrema pobreza (OLIVEIRA, 2018).

O estigma para acessar direitos basilares, reforça não só termos pejorativos que são designados à população em situação de rua, seja por seu aspecto físico, uma vez que são vinculados a sua aparência. Ao ser considerado como

marginalizado, é colocado como resto da sociedade, obrigado a ocupar as beiras ou as margens, não sendo consideradas partes da sociedade, retratados por atributos profundamente depreciativos (TEIXEIRA; BELMONTE; ENGSTORM; LACERDA, 2019).

Pois, “o invisível não existe, pois não possui valor expositivo algum, não chama a atenção” (HAN, p.34, 2017). Desta forma, embora visibilize esse grupo, não fornece possibilidade para incluídos nos espaços sociais. Portanto, mesmo que com aumento da visibilidade deste grupo social, o Estado ainda impera para marginalização.

Portanto, ao mesmo tempo que o Estado reafirma socialmente a viabilidade da população em situação de rua, também, não desenvolve meios para vulnerabilidade deste grupo. Desta maneira, a ausência de copresença é fundamental para dar seguimento nesse sistema de (in) visibilidade, pois, quando este outro é colocado como inexistente, por não ser um igual dentro da sociedade, e colocado como fora do padrão socialmente aceito, é então excluído e marginalizado (OLIVEIRA, 2018).

Constatamos a falta de inclusão do Estado para com a população em situação de rua, pela ausência de dados de pesquisa de campo ou de fontes completas, para determinar uma delimitação e estimativa populacional (IPEA, 2016). Desta forma, pela falta de qualidade em pesquisas que sirvam de base para implementação de políticas sociais.

A ausência de parâmetros de modelo que estime a real população em situação de rua, bem como a ausência de rigor de metodologia nas pesquisas, confronta a ausência de articulação da gestão municipal, da qual, acaba influenciando para a estigmatização (IPEA, 2016).

Desta forma, a necessidade da atuação municipal para contribuir para implementação de políticas públicas, são formas de fornecer oportunidade para população em situação de rua e proporcionar uma restauração na identificação social deste grupo, que é constantemente degradada pelo Estado, pela sociedade, e pela mídia.

4 OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA PARA ACESSAR SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Conforme já narrado, é possível compreender que a População em Situação de Rua (PSR) enfrenta diversos obstáculos para se manterem vivos, seja pela violência das ruas, pela escassez de alimento, uso de drogas, alcoolismo, frio ou demais condições de saúde.

Neste sentido, um pressuposto de dignidade para esse grupo, seria conseguir acessar aos serviços e ações de saúde essenciais, visto que a miserabilidade e vulnerabilidade social em que vivem e são expostos, dificultam o acesso a este direito (VALLE; FARAH, 2020). Um exemplo disso é a forma que a sociedade trata a PSR, sempre com muito repúdio, os visualizando como inferiores e irrelevantes, por isto, muitas vezes quando buscam auxílio médico são ignorados.

Na mesma perspectiva compreende Silva, Silva e Andrade, veja-se:

O acesso aos serviços de saúde se apresenta, de modo geral, com obstáculos significativos para sua efetiva garantia, em especial na atenção primária. Logo o processo saúde-doença das PSR vem sendo atendido **somente em situações emergenciais quando o corpo já não consegue resistir aos sintomas e está impedido de lutar pela sobrevivência**, muita das vezes, por profissionais sem preparo para perceber suas carências de saúde, e por esse motivo sofrem preconceitos e não se tem a escuta qualificada para o acolhimento das demandas e necessidades de saúde dessa população (2019, p. 283, grifo nosso).

Portanto, percebe-se que os próprios profissionais da saúde muitas vezes não se mostram abertos ao diálogo com as PSR, sem tanta preocupação em ouvi-

los e tentar compreender suas demandas, vindo a ter o seu direito social à saúde atendido já em casos extremos, muitas vezes irreversíveis.

Já para Dantas (2021), há uma ausência estatal para que junto com a mídia impeça marginalizar este grupo, fomentando no imaginário social a situação de vulnerabilidade que a PSR vive, justamente pela falta de acesso a bens basilares. Contudo, a mídia apenas reforça a perspectiva negativa das pessoas nesta condição.

A mídia poderia ter um importante papel de quebrar obstáculos criados pela sociedade a PSR, pois uma vez compreendido o estado de miserabilidade que as pessoas em situação de rua se encontram, e os conflitos que assolam este grupo, seriam entendidos melhor e maior seria a sua participação em sociedade.

Outrossim, o cuidado com saúde deste grupo, que se encontram em posições socialmente marginalizadas, não é o único problema, pois existem contradições que ultrapassam o setor saúde e atingem a conjuntura político, econômico e social, desde os motivos que levaram essas pessoas às ruas até o que as mantém nela (OLIVEIRA, 2018).

Embora a ausência de dados atuais que comprovem o aumento da população de rua, a ausência de políticas públicas para suplantando o aumento das desigualdades sociais, se faz necessário repensar na proteção social, tal como, repensar na forma de acesso aos diversos serviços públicos que são garantidos e universalizados pela Carta Magna.

Neste viés, resta demonstrado que a PSR é reduzida a estigmatização, não sendo objeto de atenção pelo Estado, na qual está à deriva quanto a políticas públicas que auxiliem no direito universal de acesso à saúde. Consequentemente, além de enfrentar doenças, este grupo precisa lidar com incertezas, estresse, medo

da morte, e além disso, sem poder contar com um apoio afetivo que lhe auxilie (VALLE; FARAH, 2020).

Diante do exposto, é preciso propor uma possibilidade de um contato mais próximo e humanizado entre os profissionais da saúde e a população de rua, com forma de promoção da dignidade mínima a estes, de forma que não se resulte apenas no contexto de drogas, mas pela ausência na prestação ao acesso a direitos basilares aos grupos vulneráveis com outras demandas médicas (TEIXEIRA; BELMONTE; ENGSTORM; LACERDA, 2019).

Portanto um pressuposto para dignidade da população em situação de rua, é fundamental o acesso ao SUS, bem como a sua manutenção para inclusão e na assistência social. Para além do acesso a um direito fundamental, já que isto possibilitará uma transformação da realidade social.

Com o advento da pandemia SARS-CoV-2 ou Covid-19, o tema do acesso à saúde pela População em Situação de Rua retornou aos debates sociais, pois ficou visível a necessidade de transformações sociais que atingiram diretamente esse grupo, ressaltando o abismo entre as demandas das pessoas em situação de rua e a efetividade das normas jurídicas, acentuando o descaso do Estado e a naturalização da vulnerabilidade social.

Este segmento pode ser analisado através da jurisprudência pátria a respeito da concessão de um espaço de moradia para essa população durante o período de alto contágio do vírus da Covid-19. *In verbis*:

AGRAVO INTERNO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COVID-19 – MORADORES EM SITUAÇÃO DE RUA – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA – DETERMINAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE ESPAÇO PARA MORADIA DESTAS PESSOAS E ABSTENÇÃO DE ENCAMINHÁ-LAS PARA OUTRO LOCAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – NÃO CONCESSÃO – AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos

do artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Inteligência do artigo 995, parágrafo único, da legislação processual civil. Não satisfeitos os pressupostos previstos na lei, não há falar em sobrestamento da decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau. Ausentes fundamentos ou elementos novos, a infirmarem a decisão agravada, esta deve permanecer incólume.

Nesta perspectiva, nota-se a importância do Poder Judiciário para efetivar direitos que não estão sendo cumpridos pelo Poder Público, que deve ser constantemente cobrado pelos cidadãos e demais autoridades, a fim de garantir direitos a todos igualitariamente e reduzir as desigualdades sociais.

Inclusive, no período pandêmico deve-se reconhecer que as desigualdades das classes sociais são pontos determinantes para observar os seus impactos, visto o contraste daqueles que podem ficar em casa, resguardando a medida sanitária, com aqueles que sem moradia que dependiam do Estado ou das instituições para conseguir abrigo (MARQUES et al, 2021). Sendo necessário refletir como este grupo enfrenta a conjectura de opressão que atua na marginalização e estigmatização, como Covid-19 ressaltou ainda mais a obrigação de formular políticas públicas de saúde e sociais.

Outro obstáculo que pode ser pontuado quanto ao acesso dos serviços de saúde pela População em Situação de Rua, é a comprovação domiciliar para cadastrar nos sistemas para distribuição de medicamentos, exames e tratamentos, pois estes não portam de tais comprovações.

Buscando solucionar este impasse, foi editada a Lei nº 13.714/2018, que modificou a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), possibilitando o atendimento no SUS de famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social, ainda que sem comprovante de residência ou qualquer outro documento de identificação, dispondo não poderá haver a recusa

de atendimento pelo SUS (MOREIRA DA SILVA; NAYLLA DA SILVA; ANDRADE, 2019).

Entretanto, ainda assim, muitas pessoas em situação de rua deixam de ir aos postos de saúde e demais unidades de serviços por desconhecerem este direito, por não portarem comprovante de residência e documentos pessoais deixam de buscar assistência médica. No mais, muitos dos funcionários desses centros de saúde não conhecem a legislação vigente, impedindo o atendimento de indivíduos nessas condições.

Um exemplo real dos fatos aqui abordados pode ser visualizado no caso do morador em situação que faleceu dias depois de deixar o hospital. No dia 26/11/2020, segundo o jornal Extra, morreu em uma padaria da cidade do Rio de Janeiro/RJ o cidadão em situação de rua Carlos Eduardo Pires de Magalhães, de apenas 40 (quarenta) anos de idade, que foi pedir por ajuda porque acordou vomitando sangue.

Ele foi hospitalizado, mas retornou para as ruas um dia antes de morrer, demonstrando, assim, a omissão do Estatal em assegurar à vida deste cidadão, pois ainda que tenha recebido alta seu estado de saúde era delicado, devendo ser encaminhado para um abrigo e não deixá-lo desamparado nas ruas do Rio de Janeiro.

Ainda relatando o falecimento de Carlos Eduardo, o Jornal Extra informa que este foi ignorado até depois de morrer, seu corpo ficou dentro da padaria, coberto por sacos plásticos de lixo, por cerca de 2 (duas) horas, enquanto as pessoas seguiam suas vidas normalmente, tomando café da manhã na padaria. Veja-se o depoimento do jornalista que presenciou o ocorrido:

— Eu cheguei aqui exatamente na hora em que ele caiu, morto, dentro da padaria. Ele estava com a camisa ensanguentada, de tanto tossir e cuspir sangue. Mas, como sempre acontece, **as pessoas não ouvem os moradores de rua e só oferecem o desprezo.** Ele não conseguiu ajuda, é

muito triste — lamenta o jornalista Tarcísio Filho, de 22 anos, dono de uma banca na Praça Nossa Senhora da Paz, em Ipanema (EXTRA, 2020).

Portanto, percebe-se que as pessoas em situação de rua são invisíveis perante a sociedade, encontrando obstáculos diários para sobreviver e muitas vezes perdem essa luta para a omissão do Estado e estigmatização social, fazendo-se urgente que essas pessoas sejam vistas como sujeitos de direitos igual aos demais cidadãos e vivam com dignidade.

Segundo Han, “o problemático não é o aumento das imagens em si, mas a coação icônica para tornar-se imagem. **Tudo deve torna-se visível**” (p.35, 2017, grifo nosso), neste diapasão, apenas visibilizar a PSR sem reformular a atuação do sistema de assistência social, sem ponderar na maneira que são proporcionados a sociedade, somente reforça o estigma social e a situação de vulnerabilidade que este grupo enfrenta, devendo ser pensada políticas públicas eficientes para participação social da PSR.

Por fim, além das poucas políticas públicas que proporcionam ajuda para esse grupo, é crucial assegurar garantias, mesmo que de forma temporárias, para assegurar os seus direitos de moradia, dignidade, alimentação e assistência médica, pois colaboram para evitar a vulnerabilidade da População em Situação de Rua - PSR e na mesma medida proporcionar oportunidades para se estabilizarem na sociedade, fazendo parte dela.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos e fundamentos jurídicos elencados, a presente pesquisa demonstra inúmeros direitos fundamentais que os indivíduos dispõem, sendo um destes o direito à saúde e o seu acesso universal. Contudo, por todo o exposto, torna-se evidente a marginalização e estigmatização que as pessoas em situação de

rua sofrem, muitas vezes deixando de gozar dos seus direitos sociais por não serem vistos como parte da sociedade.

Sendo assim, é nítida a dificuldade deste grupo em acessar medicamentos, vacinação, exames, tratamentos periódicos etc. Esta dificuldade fica evidente desde a falta de mais abrigos que protejam a integridade física destes indivíduos até a ausência de uma alimentação segura que consequentemente atinge suas vidas.

Logo, ao recusar o acesso à saúde à população em situação de rua, mesmo sendo um direito garantido a todos, indistintamente (art. 6, CRFB/88), acentua o afastamento social desse grupo, de maneira que o desloca para margem da sociedade reforçando o ideal de invisibilidade. Afinal, tanto para o Poder Público quanto para os cidadãos, é mais simples fingir que este grupo não existe do que lutar pela implementação de seus direitos.

Partindo deste princípio, é necessário reconhecer a população em situação de rua como pessoas de direitos, desenvolvendo políticas públicas inteligentes e efetivas, para que os direitos sociais desse grupo não sejam mais violados, fomentando o processo de inclusão e democratização desta população estigmatizada e em constante situação de vulnerabilidade social.

Sendo assim, faz-se imperioso compreender não só os motivos que levaram as pessoas às ruas, mas também as formas de retirá-los de tal condição, sem que retornem para esta situação de miserabilidade, superando a manutenção de uma sociedade invisível.

Neste diapasão, faz mister salientar que apenas a materialidade do direito (a letra da lei), por si só, não se mostra suficiente para assegurar ao cidadão o acesso a direitos basilares para sua subsistência, é necessária sua aplicação na prática, através de garantias do poder público, bem como assistência dos demais cidadãos.

Portanto, resta evidente que o fenômeno da população em situação de rua não é aleatório, mas fruto de um contexto histórico que deve ser estudado para fomentar um processo de inclusão e democratização das pessoas em situação de rua, que portam múltiplas vulnerabilidades. Assim, propondo transformações na atuação do Estado, com políticas públicas eficientes através de estudos que compreendam como poderiam garantir a saúde desses cidadãos, bem como frear a crescente deste grupo.

Ademais, a sociedade como um todo deve ingressar neste processo, viabilizando maior participação das pessoas em situação de rua, um exemplo disso, seria mais oferta de emprego destinada às pessoas nesta condição. Desta forma, com o passar dos anos essa “sociedade de pessoas invisíveis” não existiria mais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Deivid de; SALVADORI, Lizandra Vaz. Pessoas em situação de rua, exclusão social e rualização: reflexões para o serviço social. **Seminário Nacional de Serviço Social, trabalho e política social**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/180819>. Acesso em 12 de mai. de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. BRASILIA: 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em 15 de abr. de 2022

BRASIL. **Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS)**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. BRASILIA: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso 23 de mai. de 2022.

BRASIL. **Rua aprendendo a contar: Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf. Acesso em 10 de mai. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de abr. de 2022.

DANTAS, Lucas Eduardo Lima. População de rua e cidade: uma análise da ressignificação dos espaços urbanos. **Cad. Metrop**, São Paulo, v. 23, n. 51, p. 651-675, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cm/a/Tw6zvXBkryyVN3k3qqzyYNt/>. Acesso em 12 de mai. de 2022.

DELGADO, Malu. **Brasil tem "boom" de população de rua, que segue invisível**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-boom-de-popula%C3%A7%C3%A3o-de-rua-que-segue-invis%C3%ADvel-para-o-poder-p%C3%ABlico/a-61135058#:~:text=O%20%C3%BAnico%20dado%20oficial%20mais,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20pa%C3%ADs>. Acesso em 15 de mai. de 2022.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

EXTRA. **Morador de rua que morreu em padaria, em Ipanema, queria ajuda para chamar o Samu**. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/morador-de-rua-que-morreu-em-padaria-em-ipanema-queria-ajuda-para-chamar-samu-24773665.html/>. Acesso em 17 de mai de 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis: Vozes, 2017.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Hunterbooks, 2016.

IPEA. **Td 2246 - Estimativa da população em situação de rua no brasil**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28819. Acesso em: 14 de mai de 2022.

JUSBASIL. **Tribunal de justiça do mato grosso TJ-MT: 1022610- 4.2020.8.11.0000 MT.**

Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1284963919/10226106420208110000-mt>. Acesso em 15 de mai. de 2022.

LOPES, Nairo; Farias, Lincoln. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV**. São Paulo. p. 649-670. jul/dez. 2015. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/m85KdMFjcyJW8zSKssNkZRB/abstract/?lang=pt>. Acesso em 11 de mai. de 2022.

MARQUES, Ana Lucia Marinho et al. O impacto da Covid-19 em grupos marginalizados:

Contribuições da interseccionalidade como perspectiva teórico-política. **Interface (Botucatu)**.

25(Supl. 1). jul. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/WJD7d5jCKC3GtsJtbpRnNjy/>. Acesso em 10 de mai. 2022.

OLIVEIRA, Roberta Gondim. Práticas de saúde em contextos de vulnerabilização e negligência de doenças, sujeitos e territórios: potencialidades e contradições na atenção à saúde de pessoas em situação de rua. **Saúde Soc.** São Paulo, v.27, n.1, p.37-50, 2018. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/Jk43cn6rHKzGFNzYSnTHsKL/abstract/?lang=pt>. Acesso em 10 de mai. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SICARI, Aline Amaral; ZANELLA, Andrea Vieira. Pessoas em situação de rua no Brasil: Revisão sistemática. **Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 38 nº4, p. 662-679. Out/Dez. 2018. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/pcp/a/zZmF6jcYxpRqGS4b5QMX9sQ/?lang=pt>. Acesso em 20 de abr. de 2022.

MOREIRA DA SILVA, Bruno; NAYLLA DA SILVA, Vivian; ANDRADE, Erci Gaspar da Silva.

Dificuldades encontradas pelos moradores de rua no acesso à saúde pública. **REICEN - Revista de iniciação científica e extensão**. v. 2 n. Esp.2. p. 280 - 286. out. 2019. Disponível em:

<https://revistasfasesa.senaaires.com.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/276>. Acesso em 11 de mai. de 2022.

TEXEIRA, Mirna Barros; BELMONTE, Pilar; ENGSTROM, Elyne Montenegro; LACERDA, Alda.

Os invisibilizados da cidade: o estigma da população em situação de rua no rio de janeiro. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 7, p. 92-101, dez. 2019. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/HvKgfxk3zpkctcHBKFMn6tz/?lang=pt>. Acesso em 14 de mai. de 2022.

VALLE, Fabiana Aparecida Almeida Lawall; FARAH, Beatriz Francisco. A saúde de quem está em situação de rua: (in)visibilidades no acesso ao Sistema Único de Saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 30(2), e300226, 2020. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/physis/a/W5xmkgkcjN7PNBLJTMFMMfP/abstract/?lang=pt>. Acesso em 14 de mai. de 2022.



ladvasf@fcape.br



@ladvasf

LADVASF