



Estácio



**ANAIIS DA MOSTRA
CIENTÍFICA
DA FACULDADE ESTÁCIO DE VITÓRIA**

XI Mostra Científica FESV – Marco de 2021

ISSN: 2358-9515



XI MOSTRA CIENTÍFICA FESV

Faculdade Estácio de Sá de Vitória

A produção científica no espaço acadêmico e sua transversalidade

Março de 2021

EDIÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

Adriana Sartorio Ricco

GERÊNCIA ACADÊMICA

Marisa Rocha Lopes

COORDENAÇÃO DE CURSOS E COMISSÃO CIENTÍFICA

Adriana Bortolon Carvalho Cardoso

Alice Medeiros Kulnig

Fábio Augusto Filipe Vago

Fábio Luiz Alves de Amorim

Geórgia Vital dos Santos Rocha

José Carlos Corrêa

Natália Ribeiro de Assunção

Nuno Manuel Frade de Souza

Raphael Pereira

Sátina Priscila M. Pimenta Mello

ÍNDICE

Volume 1 - CIÊNCIAS JURÍDICAS

Benefício de prestação continuada: análise sobre as divergências legais e jurisprudenciais para sua concessão.....	5
O impedimento da progressão pra o regime semiaberto por prisão preventiva decretada em outro processo.....	21
Os direitos estabelecidos e previstos por lei ao Transtorno do espectro Autista (TEA).....	38
Os efeitos jurídicos da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro.....	51
O controle de constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente.....	76

Volume 1 – CIÊNCIAS JURÍDICAS

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: ANÁLISE SOBRE AS DIVERGÊNCIAS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS PARA SUA CONCESSÃO

BENEFIT OF CONTINUED PROVISION: ANALYSIS OF LEGAL AND JURISPRUDENTIAL DIVERGENCES FOR ITS CONCESSION

Beatriz Capella de Souza

Prof^a Márcia dos Santos Pimentel Nunes

Resumo

O presente artigo científico tem por objetivo expor os requisitos adotados para se fazer jus ao direito do Benefício de Prestação Continuada (BPC). O problema principal foi o de analisar os critérios utilizados pelos tribunais pátrios para a concessão do BPC. A pesquisa examina a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) em consonância com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e verifica as discussões legislativas e jurisprudenciais a respeito das divergências dos quesitos idade, deficiência e miserabilidade para concessão do Benefício de Prestação Continuada. Para a produção do estudo, foram analisadas doutrinas de autores distintos, assim como a legislação e entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Lei Orgânica da Assistência Social; benefício de prestação continuada; divergência; miserabilidade; jurisprudência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC). A pesquisa examina os critérios adotados pelos tribunais pátrios para a concessão do BPC, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) em consonância com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), bem como os requisitos utilizados para definição de miserabilidade.

Com a Constituição Federal Brasileira de 1988, um novo norte no tocante a Seguridade Social surgiu. Foi através dela que novas políticas nasceram para garantir mesmo que minimamente a dignidade dos cidadãos, principalmente nas esferas da saúde, previdência e assistência social.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em seu corpo de lei, estabelece que a assistência social é um direito do cidadão e deverá ser responsabilidade do Estado. A redação do artigo 203 da Constituição Federal de 1988 assegura que a assistência social será atribuída a quem dela precisar, não se fazendo necessária a contribuição junto a Seguridade social. Nesta perspectiva, no ano de 1996, o Benefício de Prestação Continuada foi criado, visando oferecer assistência de um salário mínimo aos idosos e deficientes que comprovarem não deter de meios para manter a própria subsistência.

O referente artigo demonstra os conflitos existentes entre a Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) e a LOAS. Outro fator a ser questionado se encontra no requisito deficiência, pois, ao longo dos anos, fora associado à incapacidade. Por fim, explana as discussões que tange o critério miserabilidade, onde serão demonstrados entendimentos do STJ, STF e interpretações da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região.

O estudo se justificava devido às várias vertentes de entendimentos e posicionamentos para a concessão do benefício, sendo que muitas vezes, perante situações semelhantes. Com isso indaga à eficiência da legislação vigente, assim como possíveis flexibilidades jurisprudenciais.

Diante das problemáticas expostas, o estudo apresentado, tem por objetivo geral analisar os critérios adotados pelos tribunais pátrios, bem como a legislação que rege o Benefício de Prestação Continuada. Dentro dos objetivos específicos, serão averiguados os conflitos jurídicos e jurisprudenciais surgidos em decorrência do requisito idade, deficiência e renda para a concessão do benefício.

A metodologia aplicada quanto à abordagem se fez através do método dedutivo. Serão utilizados métodos monográficos e comparativos em procedimento. A pesquisa quanto ao seu objetivo consistirá do tipo exploratório e de abordagem qualitativa.

DESENVOLVIMENTO

HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco importante no tange a Seguridade Social, pois políticas de proteção sociais surgiram, garantindo assim, direitos básicos na esfera da saúde, assistência social e previdência social.¹

Antes da Constituição Federal de 1988, o benefício oferecido era chamado de Renda Mensal Vitalícia, popularmente conhecido como RMV. Tal benefício era de origem previdenciária, isso significa que para obter sua concessão, se fazia necessária contribuição junto à previdência. A Lei nº 8.742/93 foi promulgada em 07 de dezembro de 1993, acarretando várias mudanças na área da Assistência Social. O Benefício de Prestação Continuada englobou pessoas com 70 anos ou mais, deficientes, garantiu direito a salário mínimo e retirou a obrigatoriedade de pagamento previdenciário.²

Desta forma, a constituição de 88 visa proteger todos os cidadãos, garantindo aos que contribuíram benefícios previdenciários e aos que não são contribuintes, benefícios assistenciais.³

Os benefícios assistenciais têm como missão assegurar uma vida mais íntegra e garantir o acesso as necessidades básicas da população. O Estado desenvolve um papel fundamental para proteção do bem-estar social, pois, como prevê a Constituição Federal de 1988, a assistência social será fornecida a quem dela necessitar, inobstante de colaboração à seguridade social. Isto significa que é de responsabilidade do Estado zelar e proteger pela dignidade da pessoa humana.⁴

A Previdência Social e a Assistência Social, enquadradas no sistema de Seguridade Social, são institutos juridicamente distintos. A Previdência Social visa assegurar os meios de renda na ocasião em que o segurado está impossibilitado ou

¹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

²NOBRE, César Augusto Di Natale. **A história do BPC (“loas”): O DESENVOLVIMENTO NORMATIVO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**. *InterSciencePlace*, v. 14, n. 4, 2019.

³SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

incapacitado para exercer suas funções temporariamente, seja por motivo de doença, maternidade ou acidente, ou continuamente, através do elemento morte, velhice e invalidez. A manutenção da previdência social se faz através de contribuição realizada por trabalhadores ou por repasse do imposto feito por empregadores no pagamento do salário.⁵

Desta forma, entende-se que:

Não há regime previdenciário na ordem jurídica brasileira que admita a percepção de benefícios sem a contribuição específica para o regime, salvo quando a responsabilidade pelo recolhimento de tal contribuição tenha sido transmitida, por força da legislação, a outrem que não o próprio segurado.⁶

Em contrapartida, a assistência social tem por finalidade amparar as pessoas que dela precisar, garantindo uma vida digna e protegendo os cidadãos. Com isso, visa à diminuição da pobreza e a redução da desigualdade social, sem ter a necessidade de contribuição juntamente à previdência social para a concessão dos benefícios. Desta forma, entende Marisa Ferreira dos Santos:

A Assistência Social, a nosso ver, é o instituto que melhor atende o preceito de redução das desigualdades sociais e regionais, porque se destina a combater a pobreza, a criar as condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.⁷

VISÃO GERAL SOBRE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada, criado em 1996, é um benefício socioassistencial regido pela Lei nº 8742/1993, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), e exposto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 88. Tem por objetivo prestar assistência de um salário mínimo para grupo de idosos com 65 anos ou mais que está impossibilitado de exercer funções laborais e aos deficientes, que muitas vezes não obtiveram sequer a chance de ingressar no mercado de trabalho, desde que, seja comprovada que tais pessoas e seus familiares não possuam meios de prover seu próprio sustento.⁸

⁵Supra.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito**. 21. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁷SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p?

⁸ SOUZA, Cristiane Castro Carvalho de. **A (im)possibilidade de concessão do benefício assistencial de prestação continuada/LOAS para estrangeiros**. 2014.

São amparados pelo BPC/LOAS, brasileiros natos ou naturalizados, portugueses que provem domicílio fixo no Brasil, renda igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ salário mínimo por pessoa do grupo familiar, os idosos com 65 anos ou mais e os deficientes que, independente da idade, estão impossibilitados fisicamente, mentalmente, intelectualmente e sensorialmente por no mínimo dois anos de exercerem de forma igualitária suas funções na sociedade. Por se tratar de um benefício assistencial, em regra, não assegura seus beneficiários com 13º salário, adicional de 25% para assistência permanente de terceiros, cumulação de outros benefícios na esfera da Seguridade Social e não deixa pensão por mortes.⁹

Nos moldes do artigo 20, § 1º da Lei nº 8742/1993, o legislador define como família “o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”. Já no § 2º da referida lei, conceitua como deficiente aquele “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.¹⁰

Um dos critérios para a concessão do BPC/LOAS está previsto no artigo 20, § 3º da Lei nº 8742/1993, e classifica como incapaz de prover o próprio sustento, famílias com renda mensal per capita igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Vale frisar que, de acordo com entendimentos do TRF4, a referida norma pode ser flexibilizada se houver comprovação por outros meios do fator miserabilidade (TRF4, AC 0012820-58.2012.404.9999, 6ª Turma, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, de 16.7.2013).

⁹BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.

¹⁰BRASIL. **Lei n. 8.742, de 08 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social. Diário Oficial da União, 1993. Brasil, 1993.

POLÊMICAS SOBRE O REQUISITO IDADE

O Estatuto do Idoso, disposto pela Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003, regulamenta os direitos e garantias destinados a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.¹¹ Em contrapartida, o artigo 20 da Lei nº 8742/1993, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), destaca uma idade mínima de 65 anos para a concessão do Benefício de Prestação continuada. Várias são as polêmicas decorrentes a este fato, visto que o próprio Estatuto do Idoso, em seu artigo 34, estabelece uma idade para a concessão do BPC/LOAS de 5 anos acima do que a classificada em seu artigo 1º.¹²

A partir do momento que idosos com idade entre 60 a 64 são excluídos do direito ao o BPC, gera-se uma violação ao princípio da igualdade, observando que não há um tratamento igualitário entre todas as faixas etárias consideradas idosas pelo Estatuto do Idoso.¹³ A divergência gerada entre o artigo 1º e o artigo 34 do próprio estatuto, mostra que a lei produz dois requisitos distintos para a classificação da pessoa idosa. Com isso, subdivide idosos de 60 anos para fins de direito e acima de 65 anos para fins de proteção social.

A Lei nº 10741/2003 (Estatuto do Idoso), ao expor claramente que são consideradas idosas pessoas com idade de 60 anos, acarretou uma enorme incongruência em relação à Lei nº 8742/1993 (LOAS). Embora os dispositivos legais que versam sobre o BPC determinem idade mínima de 65 anos para que o benefício seja instituído, vale observar que, a todo tempo, o corpo de sua redação faz o uso do termo “idoso”, expressão essa empregada no Estatuto do Idoso para caracterizar pessoas com 60 anos ou mais.

O artigo 203, inciso V da Constituição Federal, é nítido ao declarar que se faz jus ao recebimento de um salário mínimo o idoso que não conseguir prover com seu próprio

¹¹BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de out de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2003).

¹²BRASIL. **Lei n. 8.742, de 08 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social. Diário Oficial da União, 1993. Brasil, 1993.

¹³NERIS, Vivaldo. O Limbo Jurídico do Idoso com menos de 65 anos: **Excluído do mercado de Trabalho e do Amparo da Lei Orgânica da Assistência Social.** 2017.

sustento, ou seja, não há manifestação expressa para determinar idade, apenas utiliza-se o termo idoso.

Há entendimento que a criação do Estatuto do Idoso em 2003, em consonância com o critério idade adotado pela LOAS, constata a existência de conflito normativo e com isso, torna-se inconstitucional os artigos 34 da Lei nº 10741/2003 e o 20 da Lei nº 8742/1993. O confronto referente à idade para a concessão do BPC/LOAS prescrito nos artigos 1º e 34 da Lei nº 10741/2003 e artigo 20 da Lei nº 8742/1993, ferem a dignidade da pessoa humana, que é uma garantia fundamental.

Nessa perspectiva, a juíza Adriana Regina Barni Ritter, da 2ª Vara do Juizado Especial Federal de Criciúma, conferiu direito ao BPC a uma pessoa de 62 anos:

Aliás, estou convicta de que, para fazer valer tal dispositivo no presente caso, ou seja, para se atender efetivamente aos fins sociais a que se destinam as Leis ns. 10.741/2003 e 8.742/93 no tocante ao idoso, é forçoso reconhecer que a autora, sob o aspecto da idade, faz jus ao benefício vindicado. Para o que deve ser declarada a inconstitucionalidade do art. 34 da Lei n. 10.741/2003 e do art. 20, caput, da Lei n. 8.742/93 quanto à idade mínima de 65 anos para fins de benefício assistencial.¹⁴

Ao longo do tempo, a LOAS enfrentou inúmeras modificações referentes ao requisito idade. Inicialmente, fazia jus ao benefício, idosos carentes com 70 anos ou superior. Posteriormente, o artigo 38 da Lei nº 9.720/98, alterou a redação para a idade mínima de 67 anos. Em 2003, a Lei nº 10.741/03, intitulada como Estatuto do Idoso, reduziu para 65 anos a idade mínima para a concessão do amparo.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019, que diz respeito à reforma da Previdência, gerou muitas críticas e polêmicas. Seu texto de lei propunha uma alteração na faixa etária e os valores concedidos pelo BPC seriam reduzidos. Pessoas com idade de 60 anos garantiriam uma quantia de R\$ 400,00, porém, para fazer jus integralmente ao benefício de um salário mínimo, a PEC 6/2019 impunha uma idade de 70 anos. Isto posto, dois níveis de benefícios seriam formados.¹⁵

¹⁴BRASIL. 2ª Vara do Juizado Especial Federal. **Sentença nº 50036756720114047204**. Relator: juíza Adriana Regina Barni Ritter. Criciúma, SC, 27 de abril de 2012.

¹⁵ BAPTISTA, Rodrigo. **BPC é um dos pontos polêmicos da reforma da Previdência**. Agência Senado. 2019.

A citada Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019, concernente ao Benefício de Prestação Continuada ao idoso não obteve aprovação no senado, sendo assim, as normas não sofreram alteração.¹⁶

REQUISITO DEFICIÊNCIA

Para fazer jus ao benefício, o requisito deficiência é definido por pessoas que estão impedidas de longo prazo de natureza física, mental, intelectual, sensorial ou que possuam barreiras para exercer sua participação de forma igualitária na sociedade.¹⁷

A citada definição, prescrita pela LEI N. 13.146/2015, alterou a redação original do artigo § 2º do art. 20 da LOAS, pois estes, fazia um paralelo entre deficiência e incapacidade para vida profissional e pessoal.¹⁸

A incapacidade não é o destino final de uma pessoa com deficiência, por isso, a associação desses termos precisa ser eliminada, pois induz e estimula a não capacitação desses cidadãos para uma vida na sociedade.¹⁹

O termo “impedimento de longo prazo”, causa inúmeras críticas, visto que há um amplo entendimento a respeito desse critério. O artigo 20, § 10, da Lei nº 13.146/2015, estabelece como longo prazo aqueles que estão impedidos por um período não inferior a dois anos, porém, não há nitidez quanto à contagem do referido tempo, pois restam dúvidas se análise é calculada de forma futura ou passada.²⁰

A Turma Nacional de Uniformização, em 25/04/2019, consolidou acordo através da súmula 48, firmando que o longo prazo deve-se dar por uma análise futura e passada, contado a data de início da deficiência até o dia da revisão do benefício.

A concessão do BPC/LOAS para deficientes está subordinada a avaliação dos médicos peritos e assistentes sociais do INSS. Se o benefício for impetrado

¹⁶Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos. **PEC6/2019**: como ficou a Previdência depois da aprovação da reforma no Senado Federal. 2019.

¹⁷ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

¹⁸SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p?

¹⁹ Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2004, p. 189-190.

²⁰ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

judicialmente, as perícias médica e avaliações sociais ficaram a cargo de um perito e de um assistente social nomeados pelo juiz. Tal perícia deverá constar o grau e a data inicial do impedimento.²¹

REQUISITO MISERABILIDADE

Como anteriormente exposto, por se tratar de um benefício socioassistencial, o Benefício de Prestação Continuada não exige contribuição juntamente a seguridade social para a sua obtenção. Para alcançar tal direito, se faz necessário a junção do elemento necessidade econômica somado ao componente idade ou deficiência.²²

Em regra, o amparo será auferido a pessoas que comprovarem que não possuem condições monetárias superiores a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente a sua manutenção somado com seu grupo familiar, que será composto pelo requerente, cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Art. 20, §1º, da LOAS)

O artigo 34 da Lei nº 10.741 de 01 de Outubro de 2003, em parágrafo primeiro, esclarece que o benefício já conquistado por uma pessoa pertencente ao mesmo grupo familiar não será contabilizado para fins de cálculo de renda. O artigo 20, § 9º, da referida lei, também explana que não entrará para a soma de renda per capita familiar, o deficiente que estiver em condições de aprendiz ou de estágio supervisionado.²³

A aplicabilidade do quesito renda é debatida constantemente, visto que há vários entendimentos discordantes sobre a definição de mínimo existencial. Deste modo, se faz necessário analisar cada caso isoladamente, observando juntamente a legislação alguns conceitos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana expressa na Constituição e os aspectos individuais.²⁴

²¹SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p?

²² AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário** – Coleção Resumos para Concursos – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 26

²³ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

²⁴ RISSI, Rosmar. **Hegemonia e direitos sociais**: Como garantir o mínimo existencial e o bem comum. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, Salvador, v. 4, n. 1, p. 34-35, jan./jun. 2018.

O mínimo existencial manifesta-se sobre as necessidades básicas que um cidadão precisa para sua sobrevivência, protegendo mesmo que minimamente, uma vida com condições mais digna.²⁵

Exigir uma renda familiar de apenas $\frac{1}{4}$ do salário mínimo contradiz com o que estabelece o artigo 7º, IV da CF, visto que esta redação já define de forma categórica o rendimento básico para manter a dignidade de um ser humano. Com isso, o fracionamento do rendimento familiar não poderá ser admitido para fins de aprovação do benefício, pois, subentende que há probabilidade que o beneficiário sobreviva com menos do mínimo essencial garantido por lei.²⁶

O critério miserabilidade a ser definido para a concessão de benefício é alvo de muitos debates e entendimentos distintos. O STJ, um dos primeiros a se manifestar sobre o tema, entende que valor da renda familiar não se faz necessariamente como o principal pilar para comprovação de pobreza.

[...] 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.²⁷

Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal também se posicionou sobre o assunto e questionou pontos importantes a respeito do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, declarando assim, parcialmente inconstitucional, sem pronuncia de nulidade o valor de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por cada pessoa do grupo familiar. Segundo entendimento, deverá ser verificada a verdadeira situação social das famílias dos beneficiários. Embora tenha sido contestado o fator financeiro da LOAS, o STF não fez alterações na lei.²⁸

Presentemente, a concessão do BPC/LOAS se faz por um amplo estudo e análise das reais condições sociais e financeiras de cada requerente, não sendo mais a renda

²⁵LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Centro Universitário "Eurípides" de Marília, Marília, 2012.

²⁶CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, Jose Corrêa; LINS, Carlos Otávio Bandeira. **Renda mínima**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 15.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. REsp: 1112557/MG, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28/10/2009.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. RE 580963/PR, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013.

de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo um critério rigoroso e imutável.²⁹ Contudo, a falta de um critério concreto para a transmissão do benefício acarreta um número incessante de interpretações opostas para causas similares.³⁰

Outro ponto bastante questionável se faz em relação ao cálculo de renda do grupo familiar. A Lei nº 12.435/2011 ocasionou a modificação do artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.742/1993. Com isso, passa ser incluso a madrasta ou o padrasto, irmãos solteiros e os filhos, independente da faixa etária, desde que compartilhem a mesma residência.³¹

O citado objeto merece uma análise peculiar. A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, em um julgado de 2016, excluiu a tia do requerente para fins de soma de renda, pois, entendeu-se que tal grau de parentesco não se enquadra no critério estabelecido como grupo familiar, mesmo que esteja sob o mesmo teto.³²

Ementa: Incidente regional de uniformização de jurisprudência. Benefício assistencial. Noção de grupo familiar. Interpretação restritiva. Entendimento reafirmado por esta turma regional. Questão de Ordem 038 da TNU. Incidente provido. 1. Reafirmação do entendimento desta Turma Regional de Uniformização de que o conceito de grupo familiar deve ser obtido mediante interpretação restrita das disposições contidas no § 1º do art. 20 da Lei 8.742/1993 e no art. 16 da Lei 8.213/1991. 2. Aplicação da Questão de Ordem 038 da TNU. Procedência da ação. ³³

É comum verificar que muitas famílias, especialmente as que detêm um menor poder aquisitivo, acomodam em seus lares parentes que estejam desempregados ou até mesmo compartilham domicílio para que os custos sejam divididos. Desta maneira, a verdadeira renda per capita se faz incerta.³⁴

Há entendimentos jurisprudenciais que defendem que o valor de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo vigente seria no mínimo o mais aceitável para critérios de renda. Desta forma, a TRU da 4ª Região, afirmou:

²⁹ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

³⁰SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p?

³¹ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

³²ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p?

³³BRASIL. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. **Restabelecimento da Sentença nº 5005906-64.2011.4.04.7108**. Relator: Daniel Machado da Rocha. Juntado aos autos em 23.11.2016.

³⁴SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p?

O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, restou modificado para um $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.698/2003, que institui o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.³⁵

Vale ressaltar que a citada súmula foi alvo de constantes Reclamações junto ao STF, com isso se fez cancelada em 07/07/2006, mas até hoje há discussões sobre este fato.³⁶

A pandemia da Covid-19 fez com que algumas medidas de proteção social entrassem em vigor no ano de 2020 para assegurar a renda familiar. A Lei nº 13.892/20, publicada em 02 de abril de 2020, produziu mudanças importantes no que se refere ao quesito renda para a concessão do Benefício de Prestação Continuada. Devido ao estado de calamidade pública, o artigo 20A da nova lei expôs explicitamente entendimento que já era usado em tribunais superiores e com isso a renda per capita familiar poderá ser estendida a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo.³⁷

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada para a conclusão do presente artigo referente ao Benefício de Prestação Continuada, é inegável a afirmação de que a Constituição Federal Brasileira de 1988 promoveu um avanço importante no que concerne a garantia da proteção social aos cidadãos.

³⁵ BRASIL. Turma Regional de Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRU): **Súmula 6**: O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA. (Cancelada em: 07/07/2006).

³⁶SILVA, Flávio Matioli Verissimo. O NOVO PANORAMA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: UMA ANÁLISE DO REQUISITO ECONÔMICO DA LOAS NA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista da AGU**, Brasília, p. 27-48, 20 mar. 2015.

³⁷BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. [S. l.], 1 out. 2020.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), surgido em 1996, assegura aos idosos com 65 anos ou mais e aos deficientes que não possuem de meios para prover seus sustentos ou tê-los mantidos por sua família, a garantia de um salário mínimo mensal. O artigo em tela resulta sobre as diversas sobreposições a respeito do tema, principalmente no tocante idade, deficiência e miserabilidade.

No que tange ao requisito idade, o BPC carrega pontos polêmicos e muitas vezes injustos ao não considerar para fins de benefício, o texto da Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003, onde são classificadas como idosas pessoas com 60 anos ou mais. A privação do direito ao grupo com idade inferior a 65 anos, além de ferir o princípio da igualdade, para uma parcela dos magistrados, se faz inconstitucional. Desta forma, em alguns casos, há entendimentos que concedem a assistência para pessoas que não estão asseguradas diante do critério adotado pelo Benefício de Prestação Continuada.

Aos deficientes, ressalta que por muito tempo fora interligados a incapacidade para o labor e para uma vida independente. Felizmente, a redação atual não reproduz mais em seu texto tal nomenclatura. O termo impedimento físico, sensorial, mental ou intelectual, propôs uma condição mais humanitária a estes indivíduos. Porém, existem lacunas sobre expressão “impedimento a longo prazo”, o que gera debate a respeito da contagem referente ao tempo de dois anos.

Embora a lei estruture que o BPC será devido aos idosos e deficientes com renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, várias correntes e posicionamentos contrários se faz presente. De acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não deve ser admitida a renda como comprovação exclusiva de pobreza. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, defende que cada caso deverá ser analisado de forma isolada, nesse sentido, não cabe traçar um julgamento levando em consideração apenas o art. 20, §3º da LOAS, sendo este proferido parcialmente inconstitucional. A Turma Regional de Uniformização dos juizados especiais da 4ª Região por algum tempo defendeu que o critério mais razoável seria a elevação do cálculo para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo, contudo a súmula obteve várias críticas, com isso, em 07/07/2006 ocorreu seu cancelamento.

Em decorrência ao atual cenário provocado pela covid-19, a Lei 13.892/20, publicada em 02 de abril de 2020, assegura até dezembro do mesmo ano a concessão do benefício para grupo familiar com renda per capita de até $\frac{1}{2}$ do salário mínimo. Desta

forma, o velho debate referente ao tema miserabilidade vem à tona, dado que, como já mencionado, há vários entendimentos concordantes com esse montante.

Conclui-se que é notória a importância do Benefício de Prestação Continuada diante da necessidade eminente de seus beneficiários, no entanto, o lapso existente em sua normativa pode vir a restringir a concessão de tal benefício a sujeitos que verdadeiramente carecem dessa assistência. Verifica-se que os critérios adotados para a concessão do citado benefício se faz amplo, com isso, mesmo perante as várias alterações ao longo dos anos, uma instabilidade jurídica ainda permeia este ambiente, causando impactos e incertezas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a Reforma Previdenciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário** – Coleção Resumos para Concursos. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BAPTISTA, Rodrigo. **BPC é um dos pontos polêmicos da reforma da Previdência**. Agência Senado. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/09/bpc-e-um-dos-pontos-polemicos-da-reforma-da-previdencia>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. 2ª Vara do Juizado Especial Federal. **Sentença nº 50036756720114047204**. Relator: juíza Adriana Regina Barni Ritter. Criciúma, SC, 27 de abril de 2012. Disponível em: <<https://jf-sc.jusbrasil.com.br/noticias/3109503/criciuma-pessoa-de-62-anos-tera-beneficio-assistencial-de-idoso?ref=feed>>. Acesso em: 11/09/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.

_____. **Lei n. 8.742, de 08 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social. Diário Oficial da União, 1993. Brasil, 1993.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de out de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2003).

_____. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. [S. I.], 1 out. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm>. Acesso em: 1 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência.** RE 580963/PR, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência.** REsp: 1112557/MG, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28/10/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5688784/recurso-especial-resp-1112557-mg-2009-0040999-9/inteiro-teor-11847081>>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. **Restabelecimento da Sentença nº 5005906-64.2011.4.04.7108.** Relator: Daniel Machado da Rocha. Juntado aos autos em 23.11.2016 Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/408546847/incidente-de-uniformizacao-jef-50059066420114047108-rs-5005906-6420114047108/inteiro-teor-408546884?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Turma Regional de Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRU): **Súmula 6:** O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA. (Cancelada em: 07/07/2006). Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 23 out. 2020.
CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito**. 21. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, Jose Corrêa; LINS, Carlos Otávio Bandeira. Renda mínima. São Paulo: Ltr, 2003.
DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS. **PEC6/2019:** como ficou a Previdência depois da aprovação da reforma no Senado Federal. 2019. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec214ReformaPrevidenciaAprovada.pdf>>. Acesso: 11 set. 2020.

DIREITOS das pessoas com deficiência: **garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2004, p. 189-190.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário “Eurípides” de Marília, Marília, 2012.

NERIS, Vivaldo. O Limbo Jurídico do Idoso com menos de 65 anos: **Excluído do mercado de Trabalho e do Amparo da Lei Orgânica da Assistência Social**. 2017. Disponível em: <<https://vivaldoadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/483112626/o-limbo-juridico-do-idoso-com-menos-de-65-anos-excluido-do-mercado-de-trabalho-e-do-amparo-da-lei-organica-da-assistenciasocial#:~:text=%C3%89%20que%2C%20no%20caso%20das,traz%2C%20j%C3%A1%20em%20seu%20art..>> Acesso em: 08 set. 2020.

NOBRE, César Augusto Di Natale. **A HISTÓRIA DO BPC (“LOAS”)**: O desenvolvimento normativo do benefício de prestação continuada (BPC) como instrumento de inclusão social das pessoas com deficiência. **InterSciencePlace**, v. 14, n. 4, 2019.

RISSI, Rosmar. Hegemonia e direitos sociais: Como garantir o mínimo existencial e o bem comum. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 34-35, jan./jun. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Flávio Matioli Verissimo. O novo panorama do benefício assistencial: uma análise do requisito econômico da loas na nova jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista da AGU**, Brasília, p. 27-48, 20 mar. 2015. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/601/545>. Acesso em: 14 set. 2020.

SOUZA, Cristiane Castro Carvalho de. **A (im)possibilidade de concessão do benefício assistencial de prestação continuada/LOAS para estrangeiros**. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42647/a-im-possibilidade-de-concessao-do-beneficio-assistencial-de-prestacao-continuada-loas-para-estrangeiros>>. Acesso em: 06 set. 2020.

O IMPEDIMENTO DA PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO POR PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM OUTRO PROCESSO

THE IMPEDIMENT TO PROGRESS TO THE SEMI-OPEN REGIME BY PREVENTIVE IMPRISONMENT DECREED IN ANOTHER PROCESS

Iury Henric Barreto da Silva

Profº Ulisses Pessoa dos Santos

Resumo

O sistema progressivo de regime adotado no Brasil confere ao apenado o direito de cumprir sua pena em um regime menos gravoso condicionado a alguns requisitos. A presente controvérsia cinge-se em analisar a possibilidade de garantir ao apenado a progressão para regime carcerário mais benéfico ainda que exista em seu desfavor prisão preventiva decretada em outra ação penal. Em análise do sistema progressivo, é possível perceber que o apenado, ainda que num regime menos gravoso, continua sob a custódia do Estado. Somado isso com a existência do princípio constitucional da Presunção de Inocência, enfrenta-se a problemática da prisão preventiva decretada em outro processo, a qual se constata tecnicamente a má aplicação dos seus efeitos uma vez utilizada inadequadamente para impedir a progressão do apenado para regime mais brando.

Palavras-chave: Progressão de Regime; Prisão Preventiva; Princípio da Presunção de Inocência; Pena.

INTRODUÇÃO

O sistema progressivo de regime adotado no Brasil confere ao apenado o direito de cumprir sua pena em um regime menos gravoso, condicionando a sua concessão ao cumprimento de determinados requisitos estabelecidos por lei.

A presente controvérsia cinge-se em analisar a possibilidade de garantir ao apenado a progressão para regime carcerário mais benéfico ainda que exista em seu desfavor prisão preventiva decretada em outra ação penal.

Considerando o sistema penal garantista adotado pelo Brasil, bem como sopesando os princípios constitucionais da Duração Razoável do Processo, Dignidade da Pessoa Humana e Presunção de Inocência, serão abordadas neste trabalho questões acerca da compatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva.

De igual maneira, tendo em vista a realidade das penitenciárias brasileiras merecedoras do status de coisa inconstitucional, na ADPF 347, é necessária a análise

da imprescindibilidade do cumprimento dos deveres do Estado para com o cidadão em cumprimento de sentença penal condenatória e a importância da ressocialização dos internados, objetivando garantir a dignidade da pessoa humana.

Foi utilizada neste trabalho a metodologia de pesquisa bibliográfica, como livros, artigos e jurisprudências relacionadas à progressão de regime de pena e sua importância ao apenado no processo de concretização da ressocialização pretendida.

A primeira seção do trabalho está voltada para a elucidação do sistema progressivo de pena e seus desdobramentos e como se configura no ordenamento jurídico pátrio, pontuando em específico a exigência do requisito subjetivo, pormenorizado adiante no trabalho.

Posteriormente, aborda-se o instituto da prisão preventiva, explicando sua natureza cautelar e seus impactos diretos no sistema penitenciário e de segurança nacional, elucidando a deturpação deste instituto ao ser utilizado diversas vezes como forma de justiça social.

Por fim, enfrenta-se a problemática da progressão de regime quando se tem uma prisão preventiva decretada em outro processo, valendo-se do princípio constitucional da Presunção de Inocência como um dos fundamentos base para ser respeitado o direito adquirido pelo apenado.

É possível concluir através desse trabalho que a prisão preventiva decretada em outra ação penal é compatível com a progressão para o regime semiaberto, com as ressalvas dos benefícios que permitam o acesso deste indivíduo ao mundo exterior.

SISTEMA PROGRESSIVO DA PENA

Para que haja efetiva compreensão acerca do objeto de estudo, imprescindível analisar detidamente os aspectos da execução penal no Brasil, cujo direito de punir, exercido através do Estado, visa não somente a repreensão e a punição, mas também objetiva a reintegração do condenado na sociedade.

Inicialmente, necessário mencionar que prisão é uma maneira de o Estado punir indivíduos por atos ilícitos praticados e reeduca-lo para que, quando regressar ao convívio social, não retorne ao cometimento de novas infrações.

A prisão, materializada através da conhecida popularmente como cadeia, destino do réu que é considerado culpado por transgressão de norma penal e inscrito no rol de condenados, para que cumpra a sanção imposta pelo Estado.

Nas palavras de Tourinho Filho (2013, p.431), “prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir”.

A Lei 7.210/84, que institui a Lei de Execução Penal (LEP), disciplina em seu artigo 1º, que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições harmônicas para a integração social do condenado, demonstrando claramente o objetivo do legislador em garantir aos condenados o direito de reintegração social.

De igual maneira, o artigo 3º, do referido diploma, garante ao apenado todos os seus direitos não atingidos pela sentença e pela lei. Nota-se, portanto, que é dever do Estado zelar pelos direitos do preso e fazer cumprir as diretrizes da execução da pena, suprimindo somente a liberdade corpórea, sem minar os demais direitos do homem.

Conforme assemelha René Ariel Dotti (1980, p. 162-163), a Lei de Execução Penal representa “um marco divisório entre a marginalização absoluta do condenado e a oportunidade para que ele exerça os seus direitos” e, conseqüentemente, retorne para sociedade com condições de torna-se novamente cidadão e com possibilidades para o convívio coletivo.

Adentrando mais especificamente ao problema apresentado, destaca-se que o Brasil adotou o sistema progressivo de regime, visando à readaptação do indivíduo através de sua estada em regimes mais benéficos alcançado de forma progressiva em razão do merecimento.

De acordo com o que leciona Schecaira e Corrêa Junior (2002, p. 46):

O art. 32 do CP, depois da reforma, elencou as penas cominando a privação da liberdade, a restrição de direitos e a pena pecuniária. Na tentativa de mitigar os efeitos negativos da prisão, que ainda predominam no sistema, criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do sentenciado no cumprimento da pena. O livramento condicional e o *sursis* visam ao mesmo fim.

Também, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 243):

a reforma penal adotou, como se constata, um sistema progressivo de cumprimento da pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento da pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e necessariamente a pena aplicada. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Código a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

No mesmo sentido, o texto disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, afirma que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o próprio mérito do apenado, expondo notoriamente o caráter progressivo do sistema penal.

Ainda, do mesmo modo, o art. 112, da LEP, afirma que a pena será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, por determinação do juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e possuir bom comportamento carcerário.

Assim, vislumbra-se que as condições exigidas pelo Estado para a concessão do direito do preso em ir galgando sua liberdade através da progressão de regime, de certa forma, estimulando até mesmo o senso de comprometimento, responsabilidade e adequação aos regramentos, essenciais para a reinserção social.

Nota-se, portanto, que o Estado garante ao preso a progressão do regime carcerário, entretanto, condiciona a sua concessão ao cumprimento do requisito objetivo temporal de cumprimento de no mínimo 1/6 da pena no regime anterior.

Bem como podemos observar que ele ainda condiciona a progressão ao cumprimento do requisito subjetivo de bom comportamento carcerário, observado através da conduta do interno durante o cumprimento de sua pena.

REQUISITO SUBJETIVO – MÉRITO DO CONDENADO

O atestado de bom comportamento carcerário, fornecido pelo Diretor do Estabelecimento Prisional, tem por finalidade apontar se a conduta do interno, durante o interstício de aprisionamento deu-se de forma ordenada, ajustada às diretrizes de disciplina e em cumprimento dos deveres do preso.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o mérito do condenado

É a capacidade, a aptidão, é a comprovação da existência de condições que façam presumir que ele, condenado, está preparado para ir conquistando progressivamente a sua liberdade, adaptando-se a um regime mais liberal, sem prejuízo para fins da execução da pena (BITENCOURT, 2009, p. 496).

Portanto, nota-se que o indivíduo aprisionado está em constante observação e avaliação durante o encarceramento, servindo este período para atestar sua capacidade de submissão à ordem e disciplina, almejando o retorno à vida social.

Impende salientar também, que o cidadão apenado espera por parte do Estado o legítimo cumprimento de suas garantias enquanto pessoa de direito, sejam elas a garantia de progressão de regime, a garantia da duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana.

Ainda, para Capez

Bom comportamento carcerário significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como a autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar em conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária (CAPEZ, 2011, p. 392).

Destarte, infere-se que o Estado estimula o sentenciado ao cumprimento de uma série de regras de disciplina e ordem através da recompensa de ter o seu direito de progredir para um regime carcerário menos gravoso e hostil, que possibilite, ainda, o cumprimento da pena restante.

Necessário destacar desde já a extrema importância desse sistema progressivo, visto que promove a readaptação do apenado à sociedade através de benefícios que um regime menos gravoso possui, seja ele demonstrado através tanto no espaço físico mais harmônico, quanto no regramento próprio menos rigoroso.

Nas palavras do doutrinador Odete M. Oliveira:

os caminhos estão abertos. Pois, não pode a pena de prisão, apenas excluir o condenado da sociedade, mas, sobretudo, buscar em sua exclusão caminhos para ressocializá-lo, através do trabalho e da educação, por exemplo (OLIVEIRA, 2003, p. 226).

Importa mencionar, ainda, que apesar da progressão de regime garantir uma melhoria no cumprimento da pena para o interno, ele ainda está submetido à tutela do Estado, sob as regras próprias de cada regime, e, frisa-se, permanece o indivíduo no cumprimento da sanção imposta.

REGIME FECHADO X REGIME SEMIABERTO E ABERTO

As unidades prisionais destinadas à execução da pena no regime fechado, de segurança média e máxima, são os locais de maior severidade para o cumprimento das penas, destinados para presos com penas superiores a oito anos, conta um sistema repressivo e perturbador, no qual conta com poucas horas de luz solar e limitadas oportunidades de trabalho dentro da unidade.

Nas palavras de Nucci (2012, p. 266):

Penitenciária é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, quando se tratar de reclusão. Busca-se a segurança máxima, com muralhas ou grades de proteção, bem como a atuação de policiais ou agentes penitenciários em constante vigilância [...].

Deixando os internos que se encontram nesses estabelecimentos com grande tempo ocioso pela falta de postos de trabalho e, ainda, em segregação de direitos básicos como amplamente sabido dos estabelecimentos prisionais brasileiros, mercedores do status de coisa inconstitucional pelo STF.

Assim, a pessoa tem privada a sua liberdade, estando obrigada a permanecer todos os dias em uma unidade prisional repressiva e desumana, com limitações até mesmo de quantidade de horas solar disponíveis.

O mesmo não ocorre no regime semiaberto, no qual conta com mais acesso do preso às áreas abertas, que proporcionam o desenvolvimento de trabalhos nos próprios estabelecimentos destinados a este fim, como a jardinagem, cultivo de hortas, criação de animais, etc.

Isso porque, no regime semiaberto, o cumprimento da pena deve ocorrer em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, que faz com que o apenado sai de um ambiente de masmorra e passe para um ambiente mais harmônico que possibilite reflexão e trabalho, conforme artigos 91 e 92 da LEP:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei. Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena (BRASIL, 1984, online).

No mesmo sentido, expõe Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 243):

No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado.

Detalhes que fazem toda a diferença no ambiente psicológico do apenado, dando-lhe função social, ocupação mental, contato com o ar livre, ainda que este contato seja mínimo e supervisionado pelas autoridades prisionais.

Importante também ser demonstrado que nas unidades destinadas para regimes semiabertos existe todo ambiente de segurança, como agentes penitenciários, celas e grades, de um típico estabelecimento prisional, apenas distinguindo-se no cenário de fundo, mas em nenhum momento deixa de ser uma unidade de segurança, com normas e regramentos internos.

Conforme já apontado, o condenado, ainda, que em cumprimento no semiaberto está sob a tutela do Estado, residente em estabelecimento prisional, portanto, ainda permanece no alcance da justiça para todos os fins, inclusive de regressão de regime, em razão de cometimento de falta grave no curso da execução.

De igual maneira, outra característica do regime semiaberto é de permitir ao apenado poder trabalhar e realizar cursos estudantis fora da unidade prisional durante o dia, regressando à noite, entretanto, tal direito deve ser concedido pelo magistrado responsável pela execução, quando cumpridos todos os requisitos exigidos.

Entretanto, esse direito de contato com mundo exterior, através das saídas temporárias e trabalhos e estudos externos, deve ter o seu requerimento avaliado individualmente pelo Poder Judiciário, que analisará as condições pessoais de cada indivíduo e proferirá decisão motivada.

Assim, podemos afirmar que, salvo as benesses de contato com o mundo exterior supramencionada, o interno submetido ao regime semiaberto permanece com sua liberdade cerceada, sob a custódia do Estado, em cumprimento da sua condenação criminal.

Resta claro, portanto, que existe uma enorme distinção entre as duas modalidades de regime carcerário, sendo certa que, o regime semiaberto apresenta maior capacidade para a efetiva ressocialização dos condenados, tendo em vista as condições físicas dos

estabelecimentos carcerários e as características próprias do regimento das unidades de regime semiaberto.

PRISÃO PREVENTIVA

De certo, a prisão preventiva se trata de modalidade de prisão cautelar que consistente em medida restritiva de liberdade, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a ser decretada pelo juiz competente.

Nas palavras do doutrinador Mirabete (1999, p. 409):

A prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. E considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por essa razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. E praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão Preventiva o art. 50, LVII. da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência.

Vale dizer também, que a prisão preventiva só poderá ser decretada quando houver prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria e para garantir a ordem pública, ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Neste sentido, é possível concluir que a prisão preventiva visa principalmente o cerceamento de um cidadão investigado ou processado criminalmente, objetivando que a sua conduta em liberdade não interfira na apuração dos fatos ou na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado.

Atualmente no Brasil as unidades carcerárias somam 758.676, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, sendo certo que a maioria dos aprisionados se encontra no regime fechado, que juntos totalizam quase a metade do total de aprisionados no Brasil, 348.37 (45,92%).

Por outro lado, os presos provisórios, que ainda não foram condenados, constituem o segundo maior contingente, com 253.963, representando 33,47% do total. Os presos no semiaberto, 16,63%, somam 126.146, e os no regime aberto são 27.069, representando 3,57% do total. Já os que estão em medida de segurança ou em tratamento ambulatorial somam 3.127 pessoas.

Diante dos dados apresentados, constata-se que os presos provisórios, que em sua maioria são originários de ordem de prisão preventiva, compreendem grande parte da população carcerária brasileira, demonstrando a mora da Justiça em julgar ações penais.

Destarte, é garantida aos cidadãos a duração razoável do processo, princípio no qual impõe ao Estado a obrigação de fornecer a tutela jurisdicional de forma célere e eficiente aos que aguardam julgamento da pretensão punitiva estatal, tendo em vista, principalmente, os que esperam julgamento com a sua liberdade cerceada.

Com o advento do Pacote Anticrime, positivado a partir da Lei 13.964/2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, ficou estabelecido que a autoridade judicial devem proferir decisão fundamentada no prazo de 90 dias para manutenção das prisões preventivas, visando diminuir a incidência de indivíduos inocentes presos, sem uma efetiva resolução de suas demandas judiciais.

Esta medida criada pelo legislador tem por finalidade corrigir mazelas que assolam o sistema, como, por exemplo, a utilização de prisões preventivas sem prazo determinado para forçar investigados da operação lava a jato a fazerem delações premiadas, bem como os casos como encarceramento generalizado baseado no fundamento de garantia da ordem pública.

Muito se discute acerca do conceito de garantia da ordem pública por se tratar de um conceito bastante aberto, impreciso e indeterminado, ficando a crivo do julgador inserir qualquer motivo embasado na garantia da ordem pública. Não há uma definição objetiva, taxativa, que limite a utilização genérica da prisão preventiva.

Nota-se que esta argumentação é completamente dissociada da finalidade da prisão preventiva, por ser, ela, uma medida cautelar. As medidas cautelares não se dispõem para “fazer justiça” de forma rápida, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do processo penal.

Neste mesmo sentido, critica o doutrinador Lopes Jr. (2006, p. 213):

As medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim [...]. E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.

Logo, conclui-se que se tratam de instrumentos a disposição do processo, quando demonstrado efetivamente o risco de não alcançar determinado sujeito com os meios convencionais da justiça penal.

Observa-se também que a prisão preventiva, em razão da função cautelar, deve somente ser utilizada para garantir a eficácia do processo penal, jamais como forma de antecipar a pena ou demonstrar punição para a sociedade, considerando os remotos tempos das tragédias televisionadas para as massas populares julgadoras.

Assim também pontua o doutrinador Paulo Rangel (2004, p. 644):

Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de Exceção.

Pontualmente criticada pelo Professor Aury Lopes Junior (JUNIOR, 2019), a garantia da ordem pública não presta para a que veio. Hodiernamente é utilizada para trazer credibilidade ao Judiciário, para trazer uma resposta à sociedade, que faz um clamor público, midiático, na maioria das vezes, pedindo a responsabilização de determinado indivíduo.

Desta feita, imprescindível ressaltar que o poder de julgar e punir é exclusivo do Estado e nele deve-se esperar que seja manifestado de forma técnica e isenta, obstando quaisquer influências externas na operação da justiça, garantindo os direitos do sujeito e, conseqüentemente, dos anseios constitucionais.

Buscando efetivar as garantias individuais, far-se-á necessário alcançar alternativas, até mesmo tecnológicas, para garantir o bom funcionamento do processo penal, sem que haja a supressão do direito de liberdade até a superveniência de sentença condenatória.

Alternativas como integração do sistema prisional brasileiro, visando a interligação de informações entre as comarcas de todo o território nacional, para unificação do sistema penitenciário brasileiro.

PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO E PRISÃO PREVENTIVA EM OUTRO PROCESSO

A problemática apresentada surge quando um indivíduo condenado por um crime, no curso do cumprimento da pena imposta no regime fechado, atinge os requisitos objetivo (temporal) e subjetivo (conduta carcerária), contudo, ao pleitear a progressão para regime menos gravoso (semiaberto) não obtém a concessão da progressão pretendida por existir prisão preventiva decretada em outro processo, para apuração de fatos anteriores à execução.

Resta, portanto, um sujeito apenado, apontado por investigações como responsável pelo cometimento de outro fato definido como crime, mas até advento de sentença penal condenatória, este mesmo indivíduo deve ter garantido em seu favor o princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de violação de seus direitos fundamentais.

Diversos são os julgados dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça, no qual entendem que existe incompatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto, sustentando que a prisão preventiva exige o cerceamento total do investigado, conforme exemplo a seguir:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO QUE INDEFERIU A PROGRESSÃO DO APENADO AO REGIME SEMIABERTO. NÃO ACOLHIMENTO. EXISTÊNCIA DE PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM PROCESSO DIVERSO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O BENEFÍCIO REQUERIDO E A CUSTÓDIA CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 716 DO STF. SITUAÇÃO DIVERSA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I – O entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que a custódia cautelar, ainda que decretada em feito diverso, é absolutamente incompatível com o deferimento da progressão no bojo da execução penal. II - Não incide no presente caso a Súmula 716 do STF, porquanto presente decreto cautelar proveniente de outro feito envolvendo o ora agravante, situação que corresponde a uma circunstância não considerada na elaboração do aludido enunciado. (TJ-PR - PET: 00104737520208160017 PR 0010473-75.2020.8.16.0017 (Acórdão), Relator: Desembargador Celso Jair Mainardi, Data de Julgamento: 03/08/2020, 4º Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2020).

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus para revogar prisão preventiva de um indivíduo condenado no regime semiaberto, e sustentando que a prisão preventiva em regime semiaberto, além de não ter amparo

legal, desvirtua o instituto da prisão preventiva, que pressupõe cerceamento pleno do direito de locomoção (HABEAS CORPUS 180.131 MATO GROSSO DO SUL RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES).

Neste sentido, adequando ao tema do presente trabalho, nota-se que inexistente previsão legal para a prisão preventiva no regime semiaberto, sendo este argumento também recorrentemente utilizado nas decisões como fundamentação para indeferir a progressão de regime de presos com prisão preventiva decretada em outro processo.

Entretanto, conforme já abordado, a prisão preventiva não se destina a reclusão e encarceramento, mas, tão somente, como um instrumento do processo penal, visando garantir a sua aplicabilidade e acesso aos investigados para fins de apuração dos fatos e produção de provas.

De certo, ela pressupõe o cerceamento do sujeito provisoriamente para evitar quaisquer danos à investigação ou a aplicação da lei, entretanto, ela não exige o seu cumprimento em estabelecimentos de segurança máxima e média, destinados ao cumprimento de regime fechado.

Do contrário, no Brasil existem estabelecimentos prisionais próprios para presos provisórios, no qual conta com regramento específico, em tese, menos rigoroso, que garante um tratamento mais humanizado ao indivíduo que aguarda julgamento da pretensão punitiva estatal.

Assim, deve ser garantida à sociedade a reclusão da pessoa para o interesse coletivo da apuração e julgamento das condutas praticadas, de modo que o estabelecimento prisional semiaberto comporta a reclusão pretendida, quando suprimidas as regalias próprias do regime semiaberto, uma vez que o indivíduo investigado, está recluso e sob custódia do Estado.

Desta forma, não se vislumbra incompatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto, haja vista que, na hipótese de deferimento da progressão para o regime menos gravoso, o investigado/condenado ainda está ao alcance da justiça, uma vez que continua residente de estabelecimento prisional.

Assim, o indivíduo não é capaz de oferecer risco para a ordem pública, instrução processual e demais bens jurídicos protegidos pela medida cautelar restritiva, uma vez

que se encontra encarcerado, seja em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ainda sob a custódia do Estado.

De certo, o presente trabalho visa apresentar uma solução visando garantir a instrução processual, bem como respeitar o sistema penal progressivo e a presunção de inocência do investigado.

Destarte, o preso que cumpre pena no regime semiaberto poderá gozar de determinados benefícios legais, que visam a ressocialização, tais como a possibilidade de trabalho externo, estudo fora da unidade e, ainda, saída temporária.

Notoriamente, a concessão dos referidos benefícios para pessoas com prisão preventiva, que presume a sua restrição com a sociedade, se mostra incompatível diante da possibilidade de evasão, ou, até mesmo de oferecer risco para o processo em curso.

Não obstante a impossibilidade do condenado com prisão preventiva gozar do benefícios supramencionados, a concessão da progressão para o regime semiaberto representa muito mais do que a possibilidade de contato o com mundo exterior, através da concessão das benesses supracitadas.

Representa a oportunidade de ver o Estado cumprir com os direitos pactuados, atenuando gradativamente as condições para enfrentar o encarceramento, através de transferência para unidades menos repressivas e rigorosas, depois de cumpridas as exigências legais.

Além disso, surte como efeito direto na execução do indivíduo, haja vista que o próprio sistema progressivo impede que o preso salte do regime fechado para o regime aberto, devendo passar de forma gradativa por todos os regimes para alcançar a sua liberdade.

Desta forma, no caso de impedimento da concessão da progressão pleiteada, o condenado sofrerá graves danos no cômputo do cumprimento de sua pena, no que tange o alcance do regime aberto, uma vez que a data base, para fins de cumprimento do tempo mínimo exigido no regime anterior (1/6), fica condicionada a data de entrada no regime.

Isto implica dizer que, impedir a progressão do regime fechado para o semiaberto amplia o cumprimento de pena necessário para alcançar o regime aberto, caracterizando uma situação prejudicial ao condenado.

Vale destacar que o prejuízo sofrido por impedimento de alcançar a progressão se mostra de difícil reparação, sendo certo que, em caso de absolvição no processo que decretou a restrição cautelar, o preso teria permanecido encarcerado no regime fechado por mais tempo do devido.

Notavelmente, o indeferimento da progressão do regime fechado para o semiaberto do preso com prisão preventiva agrava a situação do apenado, caracterizando cumprimento antecipado da pena, uma vez que os efeitos do processo em curso atingem diretamente a execução da pessoa condenado.

Assim, vale dizer ainda, que a prisão preventiva não pode ser utilizada para prejudicar a situação do condenado no curso de sua execução, salvo nos casos em que existe a progressão para o regime aberto, ou, o fim do cumprimento da execução penal imposta, visto a exposição direta com o mundo exterior.

Nesta disposição de ideias, podemos afirmar que o indivíduo com medida cautelar restritiva (prisão preventiva), de fato, deve ser privado de contato com mundo exterior para impedir qualquer tipo influência na apuração dos fatos, na ordem pública, financeira, tributária, bem como impedir o cometimento de novos crimes no curso do processo.

Entretanto, deve-se pontuar que uma medida cautelar, de caráter provisório e preliminar, não pode influir na execução penal de uma pessoa principalmente quando agrava a situação carcerária, sob pena de supressão dos princípios constitucionais da presunção de inocência e individualização das penas.

De certo, em que pese os fundamentos utilizados para decretar a prisão preventiva, como os indícios do crime e da autoria, não se podem considerar apenas os indícios como provas concretas da culpabilidade do investigado.

Nas palavras de Fuller, Junqueira e Machado (2011, p. 22):

Obviamente não significa como alguns argumentam que a inocência é presumida e não cabe prova em contrário, ou seja, que a presunção é absoluta. A ideia é que o sujeito tem o direito de ser considerado inocente até que se prove o contrário, e a conclusão da existência de tal prova vem em sentença condenatória com trânsito em julgado.

Assim, devemos sopesar que o condenado, na qualidade de investigado por fatos diversos do que originaram sua condenação atual, deve ter garantido o seu direito de presunção de inocência, devendo ser preservado de quaisquer efeitos negativos decorrentes dos fatos pendentes de julgamento, sob risco de ofender até mesmo a própria dignidade do ser humano.

Isso porque, submeter uma pessoa em estabelecimento prisional de regime fechado por mais tempo do que o necessário, aguardando o transcurso das investigações e posterior julgamento pelo Poder Judiciário, configura notório constrangimento ilegal, uma vez que impede o cumprimento do sistema progressivo da pena.

Considerando que, apesar do princípio da duração razoável do processo, o Brasil possui um sistema judiciário lento e volumoso, que compromete o eficaz cumprimento deste princípio constitucional, gerando prejuízos, principalmente, para quem se encontra preso aguardando análise de seu caso.

De acordo com os dados do relatório “Justiça em Números”, ano 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir de dados referentes ao ano de 2015, o Poder Judiciário terminou o ano com quase 74 milhões de processos em tramitação pendentes de análise.

Desta forma, considerando a morosidade do sistema julgador, cria-se a possibilidade de um condenado cumprir toda a sua pena exclusivamente no regime fechado, enquanto aguarda a apuração e julgamento penal, uma vez que ficando impedido de progredir enquanto persistirem ações penais pendentes de julgamento com decretação de prisão preventiva.

Suprimindo, assim, o direito do preso ao sistema progressivo da pena, em desconformidade com as normas penais e constitucionais, que regem o sistema prisional brasileiro.

CONCLUSÃO

Após a análise de todo o exposto anteriormente, é possível constatar que, ainda que em um regime menos gravoso, o indivíduo aprisionado está em constante

observação e avaliação durante o encarceramento, permanecendo sob a custódia do Estado.

Desta feita, dada a extrema importância do sistema progressivo de pena adotado pelo Brasil, visto que através dele o apenado tem a oportunidade de exercer seus direitos e se adequar, novamente, de forma gradativa, nos moldes da sociedade, se readaptando ao convívio coletivo, não se deve manter o entendimento de que a prisão preventiva não é compatível com a progressão de regime.

É possível concluir com este trabalho que a finalidade da prisão preventiva, que pelo senso comum vem sendo entendida como forma de justiça social através do processo de conhecimento, ou seja, uma justiça rápida., na realidade é uma medida cautelar, prevista com o objetivo de garantir o normal funcionamento da justiça através do processo penal.

Por se tratar de medida instrumental de caráter provisório, não pode ser utilizada para fins de punição ou forma de agravar, de qualquer forma, a situação do indivíduo já em cumprimento de outra sanção penal.

Destarte, se a prisão preventiva não visa punir, os estabelecimentos prisionais de segurança média e máxima, voltados ao cumprimento no regime fechado, não são os lugares adequados para se manter um condenado que já alcançou o direito de cumprir sua pena em regime semiaberto.

Sobretudo, em razão de uma medida instrumental voltada a garantir a custódia de uma pessoa investigada e que de igual maneira já se encontra sob a custódia estatal em cumprimento de condenação criminal.

Por fim, o que se mostra adequado cinge-se em garantir o interesse público e a boa aplicação da lei penal processual, oportunizando a progressão para o regime semiaberto aos internos com prisão preventiva decretada em outra ação penal, contudo, restringindo a concessão das regalias que permitam o acesso deste indivíduo ao mundo exterior.

REFERÊNCIAS

AURY JÚNIOR, Lopes, **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <https://sejus.es.gov.br/>.

BRASIL. TJ-PR - **PET: 00104737520208160017 PR 0010473-75.2020.8.16.0017 (Acórdão)**, Relator: Desembargador Celso Jair Mainardi, Data de Julgamento: 03/08/2020, 4º Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2020.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. Curitiba, 1980, pp. 162-163.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Ângela Cristina Cangiano. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2011.

LOPES JR, Aur. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4 ed. Lúmen: 2006.

MIRABETE. Julio Fahhrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Odete M. **Prisão: um paradoxo social**. 3. Ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, 5º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OS DIREITOS ESTABELECIDOS E PREVISTOS POR LEI AO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA)

THE RIGHTS ESTABLISHED AND PROVIDED BY LAW TO AUTISTIC SPECTRUM DISORDER (TEA)

Jair Bremenkamp Soares

Prof^a Ana Lectícia Erthal Soares Silva

Resumo

O Transtorno do Espectro Autista afeta um a cada 54 crianças das quais tem o desenvolvimento de aprendizagem, comunicação e interação social afetados. Para suprir seus déficits é necessário uma série de tratamentos e remédios jurídicos para garantia dos seus direitos e inclusão. Dito isto, o problema deste estudo é a possível falta de acesso à informação dos familiares, responsáveis de pessoas com TEA acerca dos direitos e deveres que eles têm e tem como característica metodológica ser uma pesquisa qualitativa, de natureza básica, com objetivo exploratório do tipo documental a partir de análises as leis. E tem como objetivo geral demonstrar o direito dos autistas brasileiros e suas famílias. Ao final, pode-se extrair que é de extrema importância que seus direitos sejam garantidos. Para isso, é necessário que a legislação brasileira, fiscalize, do contrário, atingirá a dignidade da pessoa, por ter ferido um direito indispensável que é o acompanhamento e atendimento de suas necessidades à luz do art. 3 inciso III, da Lei nº 12.764/12.

Palavras-chave: Transtorno do Espectro Autista, Constituição, Direito Civil, Direito Vivo, Capacidade Civil, Inclusão.

INTRODUÇÃO

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é uma condição que atinge grande parte da população, fazendo com que o sujeito com TEA tenha necessidades que exigem maior atenção tanto dos profissionais da saúde, educação, quanto do direito para contribuir com a garantia dos direitos deste. Dado este fato, é de extrema importância que haja garantia dos direitos fundamentais destes indivíduos e que haja leis que assegurem tais benefícios. Dessa forma, o problema deste estudo é a possível falta de acesso à informação dos familiares, responsáveis de pessoas com TEA acerca dos direitos e deveres que eles têm. Para tal, espera-se, ao final deste, responder às seguintes questões: Quais são os direitos dos autistas e sua família? Quais leis existentes? Quais procedimentos foram adotados pela Poder Jurídico?

Este estudo consiste em uma pesquisa qualitativa, de natureza básica, por não propor intervenção e nem aplicação prática, com objetivo exploratório do tipo documental a qual elabora seus resultados a partir de material que não recebeu tratamento ou nenhum tipo de análise. Será analisada leis e decretos que compõem o dia-a-dia do autista, constantes em nosso diploma legal. E tem como objetivo geral demonstrar o direito dos autistas brasileiros e suas famílias e seus objetivos específicos são levantar as leis existentes; analisar se estas são suficientes para sanar as lacunas; expor seus artigos e benefícios elencados nas leis.

A justificativa deste estudo se baseia em sua relevância social ao propor informar a comunidade do TEA, especialmente familiares e profissionais, sobre seus direitos e trazer de forma clara o que diz a lei, contribuindo para a garantia e a reivindicação dos direitos desses indivíduos. Outro fator é que a reflexão sobre as legislações vigentes para garantia de direitos das pessoas com o TEA e a constatação de que elas estejam ou não sendo efetivas na prática, conforme previsto na Lei nº 12.764 (Brasil, 2012), é urgente e de extrema importância. E por último, este estudo pode trazer contribuições aos profissionais, norteados sua prática, além de relevância científica motivando mais pesquisas acerca do tema no âmbito jurídico.

DESENVOLVIMENTO

O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA)

O TEA com base no Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais (DSM-5; APA, 2014), é um transtorno que afeta o desenvolvimento global de aprendizagem, comunicação e socialização, é tipificado por déficits e excessos de respostas motoras, cognitivas e afetivas. O sujeito, que pode ter seu diagnóstico em seus primeiros 08 meses de vida, apresenta limitações e dificuldades no convívio com pessoas, objetos, atos repetitivos e estereotipados, bem como desordens no desenvolvimento da linguagem. Estas adversidades podem ser “corrigidas” a partir de tratamento especializado.

O TEA pode se apresentar em três graus de intensidade: leve, moderado e severo, os quais, de acordo com o *Autism Speaks*, se diferenciam pelo nível de comprometimento e dependência que o sujeito tem para executar suas atividades e

rotinas. Os indivíduos com TEA, ao receber o diagnóstico, devem iniciar o tratamento para estimular seu desenvolvimento de modo a minimizar seus déficits.

O autismo tem sido tema de importantes debates, tanto em âmbito nacional quanto global. Diversos atores - alguns pais e familiares, profissionais, acadêmicos, gestores, os próprios autistas e outros ativistas - têm promovido ampla discussão, a partir de diferentes posições, sobre os possíveis fatores etiológicos, a descrição nosográfica do transtorno e as metodologias supostamente eficazes de tratamento, assim como a organização de políticas de cuidado e o arcabouço legal de garantia de direitos (OLIVEIRA et al, 2017, p. 708).

De acordo com o CDC (2020), a prevalência do TEA nos EUA é de 01 a cada 54 crianças de 08 anos de idade, e a cada 5 crianças 4 são meninos. Estima-se que 70 milhões de pessoas no mundo são autistas e 02 milhões residem no Brasil. Ainda não há informações de prevalência no Brasil.

No Brasil, por diferentes motivos, as iniciativas governamentais propriamente direcionadas ao acolhimento das pessoas com diagnóstico de autismo desenvolveram-se de maneira tardia. Até o surgimento de uma política pública para saúde mental de crianças e adolescentes, no início do século XXI, esta população encontrava atendimento apenas em instituições filantrópicas, como a Associação Pestalozzi e a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), ou em instituições não governamentais (OLIVEIRA et al, 2017, p. 708)

De acordo com Santos (2014, p. 22) “a criança autista antes da legislação não tinha proteção específica às particularidades da síndrome”. Enfatizando ainda mais a importância da constante evolução e perspectiva da sociedade e leis atuais.

CAPACIDADE CIVIL

Ao passar dos anos, o Direito tem sua premissa “Direito Vivo”, criado por Eugen Ehrlich, que de acordo com:

Jurista austríaco da Bukowina, considerado um dos fundadores da Sociologia do Direito, desenvolveu um modo próprio de compreender o fenômeno jurídico, o qual poderia ser resumido na ideia de que o direito não se encontra preso na legislação, mas está na dinâmica da vida, nas práticas sociais (COSECHEN E MALISKA, 2016, p.238).

Consoante o dogma criado por Ehrlich, o direito se adapta ao nosso cotidiano e, portanto, tivemos que passar por diversas alterações em nosso diploma legal para se adequar ao nosso cotidiano e, com a capacidade civil, não foi diferente, conforme podemos vislumbrar:

No Código Civil de 1916, por exemplo, estas pessoas eram denominadas de loucos de todo o gênero e consideradas absolutamente incapazes. O Código Civil de 2002, por seu turno, ao tratar da capacidade civil das pessoas naturais, classificava aquelas com deficiência mental em absolutamente ou relativamente incapazes, conforme seu grau de discernimento para a prática de atos da vida civil (RODRIGUES e CRISPINO, 2015, p.69).

Conforme dispõe o Código Civil brasileiro, temos três tipos de capacidade civil, sendo estas, os plenamente capazes, os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes, conforme discorre os artigos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
I - (Revogado);
II - (Revogado);
III - (Revogado);
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Os indivíduos enquadrados com TEA têm sua capacidade civil relativizada pelo grau de seu transtorno. Para efeitos legais, de acordo com a Lei Berenice Piana (LEI Nº 12.764, 27/12/12), a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, diante disto é passível a pessoa com TEA possuir tutela e posteriormente, ser interdito.

A imposição da incapacidade a determinadas pessoas era entendida como uma maneira de o Estado promover a proteção daqueles considerados vulneráveis dentro do ordenamento, consistindo, então, em um dever social estatal. Nesse sentido, as pessoas com deficiência mental foram por muito tempo consideradas incapazes em virtude da força da lei bem como do senso comum, contido no Direito Civil, de que estas não possuíam habilidades mentais capazes de lhes proporcionar segurança para a realização de seus atos civis (RODRIGUES e CRISPINO, 2015, p.69).

De acordo com seu grau clínico, o indivíduo TEA é passivo de obter as três capacidades civil, pois nos casos onde este indivíduo possua discernimento e condições físicas de exercer plenamente sua vontade, este se torna plenamente capaz. Todavia, em razão da pessoa não receber os estímulos, sessões e tratamentos terapêuticos devidos como abarcado pela OMS, o grau do TEA pode evoluir o caso clínico, tornando o indivíduo, temporariamente, dependente de um assistente, o que, conforme o Código

Civil brasileiro, em seu artigo 4º, inciso III, define a capacidade civil do cidadão como relativamente incapaz, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Em tempo, o TEA pode encontrar-se em um grau severo de autismo não verbal, ou ainda que o indivíduo não consiga exprimir sua vontade desde o início de sua vida, este indivíduo então é absolutamente incapaz. Necessitando de assistentes, como seus pais ou seu tutor, até completar 18 anos de idade e, após, curador. Vale ressaltar que a tutela, curatela ou assistência não abrangem o direito ao corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho, voto e emissão de documentos oficiais do TEA.

LEI BENÉFICA AO TEA

Aos olhos da Constituição da República, em seu artigo 5º, nos apresenta a máxima de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e por isso nos são garantidos o direito “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança”. Não obstante, as pessoas com TEA necessitam de alguns benefícios à mais para garantia de bem estar e direitos fundamentais. Para tanto, temos em nosso diploma legislativo leis que abarcam o tema. A mais famosa destas leis é a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana) que institui a “Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista”.

Já em seu art. 1º a lei especifica que “é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II” os quais condizem com o especificado no DSM V.

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

Com base no que diz a lei, o indivíduo com TEA apresenta um desenvolvimento e comportamento atípico que afetam seu desempenho social, comunicativo e de aprendizado. Como já abarcado, devido ao artigo 1º, §2º da supramencionada Lei, as pessoas com TEA são consideradas deficientes para fins legais e, portanto, são atribuídos direitos aos indivíduos deste grupo, entre estes, a vida digna, segurança, lazer, proteção contra qualquer forma de abuso e exploração. Em tempo, temos primordialmente para estes indivíduos, o acesso à educação, com acompanhante especializado, ao ensino profissionalizante, a moradia, inclusive à residência protegida, ao mercado de trabalho e à previdência e assistência social.

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

I - a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista;

II - a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação;

III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes;

IV - (VETADO);

V - o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações;

VII - o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis;

VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.

Parágrafo único. Para cumprimento das diretrizes de que trata este artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado.

Para garantir a inclusão e conscientização social a respeito das necessidades da pessoa com TEA, o art. 3º dispõe que:

Os estabelecimentos públicos e privados referidos na Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, poderão valer-se da fita quebra-cabeça, símbolo mundial da conscientização do transtorno do espectro autista, para identificar a prioridade devida às pessoas com transtorno do espectro autista.

No entanto, nota-se que esta não é disseminada, visto que são poucos os estabelecimentos que fazem uso deste símbolo para demonstrar a prioridade de atendimento. Dessa forma, faz-se necessário uma vistoria para garantir que este símbolo esteja presente em todos os estabelecimentos e assim, possibilitar inclusão e o devido atendimento a este público.

De acordo com a matéria da Isto É, publicada em 10 de janeiro de 2020, pessoas com autismo enfrentam problemas e desafios para obter atendimento prioritário. A entrevistada Amanda Ribeiro, mãe de uma criança com TEA, afirma que a falta da presença dos símbolos nos estabelecimentos afeta o devido cumprimento das normas legais e não contribuem com a conscientização da população.

Em virtude do atraso do desenvolvimento, a pessoa com TEA necessita de grande apoio, tratamentos extensos com uma equipe multidisciplinar, bem como às necessidades básicas condizentes na Constituição federal de direitos humanos.

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;

b) o atendimento multiprofissional;

c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;

d) os medicamentos;

e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

IV - o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

b) à moradia, inclusive à residência protegida;

c) ao mercado de trabalho;

d) à previdência social e à assistência social.

Sobre o acesso ao atendimento, bem como ao tratamento com equipe multidisciplinar, ressalto que o Sistema Único de Saúde não é suficiente para atender a necessidade desta população, visto que grande parte das pessoas com TEA recebem os atendimentos em instituições comunitárias sem vínculo com o Estado, como bem cita (Oliveira et al. 2017, p. 708) ao apontar que há carência de recursos nas instituições públicas, problema este que motivou pais e familiares de pessoas com TEA à criar empreendimentos de iniciativas próprias. E sob esse mesmo ponto, é possível notar que o direito à dignidade está sendo ferido, visto que ao não proporcionar um atendimento qualificado, com profissionais especializados, as necessidades da pessoa com TEA estão sendo negligenciadas.

A garantia do direito à criança autista é uma questão complexa, que envolve aspectos que vão além da aplicação da legislação e ponderação de princípios. É um direito complexo, que reclama de todos os setores públicos, da família e da sociedade um esforço além do método inclusivo, o que, no entanto, se faz necessário por constituir o mínimo existencial que pode ser dado a essa criança, já que a educação colabora para seu desenvolvimento (SANTOS, 2014, p. 26)

Sob o ponto de visto do direito à Educação, em seu parágrafo único, a lei cita que “Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º. terá direito a acompanhante especializado”.

Historicamente, há relatos de segregação de pessoas que necessitavam diferentes tipos de auxílio, já que estas recebiam esse apoio em ambientes específicos, como manicômios. Foi nesse contexto que a prática de acompanhamento iniciou-se. (...) Com o a consolidação do processo de desinstitucionalização, tornava-se necessária à mediação por parte do AT entre o sujeito e o seu meio, de forma que fosse viável sua reinserção social plena. A partir dessas funções, entende-se que o AT desempenhava um papel decisivo como facilitador da socialização, contribuindo para apropriação do espaço público pelo sujeito acompanhado e buscando através do suporte oferecido sua inclusão na sociedade e seu lugar como cidadão (BERTAZZO, 2014, p. 4).

Entretanto nesse ponto, entre em conflito com as leis municipais, como exemplo, no município de Vitória, Espírito Santo, somente no dia 20 de Outubro de 2020, foi promulgada a lei nº 9692/2020 que garante o direito ao acompanhamento especializado de uma equipe multidisciplinar nas escolas públicas e privadas do município para pessoas com TEA. É contraditório pelo fato da lei nacional estar vigente desde 2012 e somente 8 anos depois, a lei municipal é estabelecida.

Gomes e Mendes (2010) realizaram uma pesquisa sobre a inclusão de alunos com autismo em Belo Horizonte, onde identificaram três tipos principais de apoio na escolarização desses sujeitos. Foi utilizada aqui a nomenclatura de “Auxiliar de Vida” definido como a pessoa que acompanhava o aluno dentro da escola durante o período escolar. Nos casos pesquisados pelas autoras do estudo, todos os profissionais denominados dessa forma eram estudantes de ensino médio ou do ensino superior, atuando como estagiários nas escolas. Sobre este aspecto é destacada a necessidade de maior capacitação e formação continuada constantes de forma que a atuação destes auxiliares não seja comprometida pelo seu baixo nível de instrução, especialmente por que boa parte deles corresponde a alunos de ensino médio. Essa preocupação é percebida na Lei nº 12.764/2012, que manifesta a importância do investimento na formação dos professores que atendem alunos com TEA (BERTAZZO, 2014, p. 9 -10).

Deve ser ressaltado que o auxílio à previdência, criado pela Lei 8742/1993, a pessoa com TEA declarar não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, não somente pelo preenchimento de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per*

capita. Não obstante, temos a jurisprudência produzida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4):

Ementa: previdenciário. Benefício assistencial de prestação continuada. Artigo 20, da lei nº 8.742/93 (loas). Condição de deficiente comprovada. Renda per capita superior a 1/4 do salário-mínimo. Situação de risco social não configurada. Requisito econômico não preenchido.

1. O direito ao benefício assistencial pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: condição de deficiente (incapacidade para o trabalho e para a vida independente, consoante a redação original do art. 20, da LOAS, ou impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, consoante a redação atual do referido dispositivo) ou idoso (assim considerado aquele com 65 anos ou mais, a partir de 1º de janeiro de 2004, data da entrada em vigor da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso) e situação de risco social (ausência de meios para a parte autora, dignamente, prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família).
2. A condição de deficiente deve ser associada à prova da situação de risco social ou miserabilidade, a qual deve ser analisada pelo julgador sempre que a renda per capita do grupo familiar ultrapassar o limite de 1/4 do salário-mínimo. Precedentes.
3. Mantida a sentença, majorando-se, de ofício, o percentual dos honorários advocatícios em favor do INSS, a teor do disposto no artigo 85, §11, do CPC. (TRF4, AC 5047992-98.2016.4.04.7100, QUINTA TURMA, Relator OSNI CARDOSO FILHO, juntado aos autos em 10/08/2018).

Para fortalecer os direitos do autista, também pela Lei nº 12.764, de 27/12/12, foi criada a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (CIPTEA), cuja função “garantir atenção integral, pronto atendimento e prioridade no atendimento e no acesso aos serviços públicos e privados, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social” (Art. 3º-A). De acordo com publicação do jornal Agencia Brasil em 2020, a CIPTEA

Criada por lei no início de janeiro, a Carteira Nacional do Autista vai garantir prioridade de atendimento em serviços públicos e privados, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social. O serviço, no entanto, ainda está em processo de aplicação no país. (...) “Essa carteirinha é um grande avanço para as pessoas com autismo. Antes, muitas famílias precisavam andar carregando uma pasta com vários documentos e laudos para comprovar que seu filho tinha direito a algum benefício ou prioridade”, disse a secretária de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejusc), do governo do Amazonas. (AGÊNCIA BRASII, 2020)

Outrossim, perdura uma série de contrapontos acerca da segregação do ensino em escola regular, das pessoas com TEA. Recentemente fora proferido o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, criando turmas e escolas especializadas, para o atendimento de apenas estudantes com deficiência, o que é visto por alguns como fator de exclusão. Tal Decreto é conflituoso com a ideia de inclusão trazida pela Oxford “relação entre duas classes tal que os elementos constitutivos de uma se encontram

entre aqueles da outra”, ou seja, estará segregando os indivíduos com TEA dos neurotípicos.

Para haver inclusão é necessário que haja aprendizagem, e isso traz a necessidade de rever os nossos conceitos sobre currículo e programas educacionais. Este não pode se resumir às experiências acadêmicas, mas se ampliar para todas as experiências que favoreçam o desenvolvimento dos alunos autistas. Sendo assim, as atividades de vida diária podem se constituir em currículo e em alguns casos, talvez sejam “os conteúdos” que serão ensinados. Em outras situações, poderemos esperar muito mais dos alunos com autismo. É preciso ter claro que para a conquista do processo de inclusão de qualidade, algumas reformulações no sistema educacional se fazem necessárias e muitas vezes essas alterações começam pelas alterações arquitetônicas e terminam nas comportamentais (SERRA, 2010, p. 173).

Ainda, se mostra controverso o Decreto pois, a criação de escolas especiais para autistas e deficientes em geral, infringe na multa estipulada pela Lei Berenice Piana, onde estipula que não pode ser rejeitado o autista em escola comum. “O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos” (Art. 7º).

A garantia do direito à educação da criança autista ultrapassa o ambiente escolar, abrangendo, aspectos que circundam a garantia desse direito. Não é questão apenas de incluir em uma escola, mas também deve ser dado condições para que a criança autista exerça seu direito à educação. Caso a família não tenha condições de suportar com o transporte da criança autista até a escola em que foi matriculada, ainda que a escola estivesse garantida, seria inócua. Para efetividade do direito à educação, também deveria ser garantido o transporte especializado à criança. Por isso outros aspectos que estão relacionados à educação devem ser observados para consecução da garantia desse direito da criança autista (SANTOS, 2014, p. 19).

CONCLUSÃO

Embora as pessoas com TEA possuem déficits em seu desenvolvimento de aprendizagem, na interação social e comunicação, ao receber um atendimento e tratamento qualificados, são capazes de exercer toda e qualquer tarefa, bem como estarem aptos à inserção no mercado de trabalho. Desta forma, é de extrema importância que seus direitos sejam garantidos. Para isso, é necessário que a legislação brasileira, fiscalize, do contrário, atingirá a dignidade da pessoa, por ter ferido um direito indispensável que é o acompanhamento e atendimento de suas necessidades à luz do art. 3 inciso III, da Lei nº 12.764/12.

Podemos observar a influência do ordenamento jurídico brasileiro para corrigir e modificar as normas legais em prol da qualidade de vida dos autistas e seus familiares, conforme analisado neste artigo. Outrossim, ainda vislumbramos vestígios de uma norma recém criada e adaptação civil a ela, tendo em vista as dificuldades de acesso e conscientização ainda vivenciadas no nosso cotidiano. Estes acontecimentos causam prejuízos imensuráveis aos autistas a cada letreiro ou placa que sem o símbolo do autismo, profissional especializado para seu tratamento, escolas não adaptadas ao TEA entre outros.

Este estudo concluiu seus objetivos, entretanto ainda há muito o que se fazer e pesquisar sobre o TEA, seus direitos e deveres em nosso diploma penal. O direito vivo nos traz mudanças necessárias e que a cada dia vão se assemelhando e adaptando cada vez mais às necessidades apontadas acima, por ser de interesse de todos, incluindo o Estado, este processo se dá de forma ininterrupta para o efetivo cumprimento de todas as diretrizes inclusivas de nossa Constituição Pátria.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Carteira Nacional do Autista é lei, mas sua implantação é lenta**. Brasília, DF: 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-01/carteira-nacional-do-autista-e-lei-mas-sua-implantacao-e-lenta>

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. 5.ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ATENDIMENTO prioritário para pessoas com autismo é lei, mas enfrenta desafios. Estadão Conteúdo. **Isto É**. 10 jan. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/atendimento-prioritario-para-pessoas-com-autismo-e-lei-mas-enfrenta-desafios/>

BERTAZZO, J. B. **Acompanhamento escolar e transtornos do espectro do autismo**. X ANPED SUL, Florianópolis, outubro de 2014.

BRASIL. **Decreto Nº 10.502, De 30 De Setembro De 2020**. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (2012)**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e

altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (2015)**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

BRASIL. **Lei Nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. (Lei Orgânica Da Assistência Social). Brasília, DF. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8742-7-dezembro-1993-363163-publicacaooriginal-1-pl.html>

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

COSECHEN, D. M.; MALISKA, M. A. O Direito Vivo das Famílias Contemporâneas na Perspectiva de Eugen Ehrlich. **Revista da Faculdade de Direito**, Porto Alegre, RS, n. 35, dez. 2016. ISSN 2595-6884. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70080/40501>. Acesso em: 30 out. 2020. doi:<https://doi.org/10.22456/0104-6594.70080>.

CRITÉRIOS de diagnóstico DSM-5 . Autism Speaks. Disponível em <https://www.autismspeaks.org/what-autism/diagnosis/dsm-5-diagnostic-criteria>

KLIN, A. Autismo e síndrome de Asperger: uma visão geral. **Rev. Bras. Psiquiatr.**, São Paulo , v. 28, supl. 1, p. s3-s11, maio 2006 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000500002&lng=pt&nrm=iso. acessos em 01 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-44462006000500002>.

MAENNER M.J; SHAW K.A; BAILO J. et al. Prevalence of Autism Spectrum Disorder Among Children Aged 8 Years - Autism and Developmental Disabilities Monitoring Network, 11 Sites, United States, 2016. **MMWR Surveill Summ** 2020;69(No.SS-4):1–12.DOI: [http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.ss6904a1external icon](http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.ss6904a1external%20icon).

OLIVEIRA, B. D. C. et al. Políticas para o autismo no Brasil: entre a atenção psicossocial e a reabilitação1. **Physis: Revista de Saúde Coletiva** [online]. 2017, v. 27, n. 03 [Acessado 28 Outubro 2020] , pp. 707-726. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312017000300017>. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312017000300017>.

RODRIGUES, C. B.; CRISPINO, N. E. B. A capacidade civil e a curatela para a pessoa com deficiência mental após a Lei nº 13.146/2015. **Rejur - Revista Jurídica da UFERSA**. Mossoró, v. 3, n. 5, jan./jun. 2019, p. 68-88

SANTOS, B. G. **A garantia do direito à educação da criança autista**. Rio Grande do Sul: 2014.

SERRA, D. Sobre A Inclusão De Alunos Com Autismo Na Escola Regular. Quando o campo é quem escolhe a teoria. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, V. 1 N. 2, p. 163-176, Jul./Dez. 2010.

VITÓRIA. **Lei Nº 9.692, de 19 de outubro de 2020**. Visa garantir o direito ao acompanhamento especializado por equipe multidisciplinar nas escolas públicas e privadas de Vitória para a pessoa com Transtorno do Espectro Autista - TEA, e dá outras providências. Vitória, ES. <https://leismunicipais.com.br/a1/es/v/vitoria/lei-ordinaria/2020/970/9692/lei-ordinaria-n-9692-2020-visa-garantir-o-direito-ao-acompanhamento-especializado-por-equipe-multidisciplinar-nas-escolas-publicas-e-privadas-de-vitoria-para-a-pessoa-com-transtorno-do-espectro-autista-tea-e-da-outras-providencias>

OS EFEITOS JURÍDICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE LEGAL EFFECTS OF PARENTAL ALIENATION ON THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Leonardo Pereira Ferreira

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Resumo

O presente estudo objetiva discutir a guarda compartilhada (GC) como forma de conter a alienação parental (AP). Para a abordagem do tema foi empregada a pesquisa do tipo bibliográfica, com abordagem qualitativa do problema. Foi visto que a criança vítima de alienação sofre violação aos direitos fundamentais, e que quando esta violação é derivada do exercício irregular de um direito se torna mais grave, por entender-se ser o poder familiar considerado um dever atribuído aos pais e por esta razão entendeu-se guarda assegura maior convívio de ambos os consortes com seus filhos, definindo estes como iguais detentores da autoridade parental, o que lhes permite exercerem seus papéis parentais e tomem decisões afetas à vida dos filhos. Nesse sentido, a guarda compartilhada mostra-se como a melhor espécie de guarda, pois permite aos genitores a divisão e gestão conjunta das melhores decisões acerca da vida do menor. Ao final do estudo concluiu-se que o compartilhamento da guarda serve uma forma de conter a alienação parental, já que neste modelo pais e mães não disputam a guarda do menor, mas sim em ajuda mútua visando o bem-estar dos filhos pelos quais são responsáveis.

Palavras-chave: Alienação parental. Síndrome da Alienação Parental. Guarda- Compartilhada.

INTRODUÇÃO

A ampliação dos temas contemplados pelo Direito de Família reflete o crescimento de situações conflituosas que demandam maior atenção do Estado para manter a ordem social e sua principal célula, a família.

Mesmo depois que o divórcio se tornou pauta jurídica cercada de legalidade no País, a questão que envolve os filhos, quando o rompimento do casal não ocorre em meio a pacificidade, permaneceu como alvo de cuidados, uma vez que, majoritariamente, a criança resta prejudicada por uma disputa acirrada dos pais pela sua guarda ou reconhecimento de sua razão.

Delimitou-se para “A Guarda Compartilhada como forma de conter a alienação parental” porque as relações parentais, muitas vezes se mostram conflituosas e tais

conflitos repercutem em seus membros fazendo com que a convivência fique difícil. A AP se apresenta inicialmente como um ato praticado pelo detentor da guarda, que aliena o consorte não guardião, maculando sua imagem. Nesse sentido, entende-se que a GC auxilia na prevenção da AP.

Assim, o problema que se indaga é: o instituto da GC, regulamentado pela Lei 13.058/2014, é uma ferramenta eficaz no combate à AP mesmo quando os genitores não mantêm um relacionamento harmonioso?

Feitas estas considerações iniciais, o presente estudo tem como objetivo geral discutir a GC como forma de conter a AP.

Elegeram-se como objetivos específicos: compreender a AP na relação paterno/materno filial; identificar os critérios jurídicos sancionatórios da AP à luz da Constituição de 1988 e da legislação civil; e discutir a GC como forma de inibir a AP pelo genitor guardião e assegurar a dignidade da pessoa humana.

O estudo desenvolvido é importante porque os fatos que ocorrem na sociedade podem ter consequências no panorama jurídico. Assim, o ato de alienar parentalmente uma pessoa gerou reflexos jurídicos para as famílias envolvidas neste processo.

Em caso da desagregação familiar, pode ocorrer a redefinição do papel afetivo, dos objetivos e das perspectivas de cada pessoa que integra aquela entidade familiar. Nesses casos, pode ocorrer de a família deixar de ser um ponto de referência seguro da pessoa e por este motivo compreende-se que o compartilhamento da guarda permite que os filhos não se desvinculem de seu referencial de “família” e também que o casal separado aprenda a viver em harmonia visando garantir o bem do filho.

A base metodológica da pesquisa foi composta por doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências que se debruçam sobre o tema em análise. Trata-se, pois, de pesquisa do tipo bibliográfica, com abordagem qualitativa do problema.

DESENVOLVIMENTO

A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E O DEVER DE CUIDADO

O conceito de família é norteador por constante evolução. Situação necessária que se faz presente e tem o intuito de proteger a dignidade da pessoa humana e seu entorno social. Não há uma concepção tradicional e estagnada à qual se possa ater. No

entanto tem o brilhantismo de alcançar o desafio a definição abrangente e pautada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana de Gagliano e Pamplona Filho³⁸ segundo a qual “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Singly³⁹ afirma que é difícil definir a família atual, porque a própria definição carrega a fluidez como atributo. Entretanto, de uma forma geral, ele a concebe como “[...] um quadro de vida onde cada um possa desenvolver-se ao mesmo tempo em que participa de uma obra comum”, marcado por um arranjo que inclui uma solicitude pessoal, apoio e cuidado uns com os outros. É uma definição que enfatiza as noções de limites individuais e de relações familiares, afirmando a existência de um desenvolvimento ou regulação pessoal que é fruto da aceitação do discurso de que o ser encontra-se na categoria de indivíduo psicológico e de que é relativa a sujeição do indivíduo aos agentes exteriores.

A noção de regulação pessoal sustenta uma imagem de indivíduo que é um conjunto de possibilidades a serem descobertas e contrapõe-se àquela que afirma que os indivíduos precisam ser moldados, conduzidos, fabricados pelos agentes externos. Segundo Singly⁴⁰, essa representação modificou a função da família. A ênfase na regulação pessoal e nas relações familiares desenhou a ideia de que se torna dever da família contemporânea favorecer esse desenvolvimento aos seus membros, evitando atos de educação impositiva. Assim, não é o indivíduo que existe, para que haja a permanência da família, mas a existência da família que se justifica pela necessidade individual de ter suporte no processo de desenvolvimento pessoal.

Nesta perspectiva, o desenvolvimento dos indivíduos é marcado não por um conjunto de referenciais a serem atingidos ao final da vida, mas, por ser um caminho de descobertas, pauta-se em um conjunto de princípios que, estando na base da formação, orientam a regulação pessoal, mas sem moldá-la. As famílias estariam buscando menos imitações e mais revelações.

³⁸ GAGLIANO, P.S; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v.6. p. 44.

³⁹ SINGLY, F. *Sociologia da família contemporânea*. Lisboa: Texto e Grafia, 2010. p. 9.

⁴⁰ Ibidem. p. 10.

Pela legislação, a família existe para que as garantias legais consideradas fundamentais aconteçam, tais como direito à vida, educação, saúde, lazer, entre outras. Quando se trata dos filhos inseridos em famílias diferentes da nuclear (divorciadas, recompostas, mononucleares, homoparentais etc.), parece existir também uma ênfase na dimensão psicológica, sendo construídos discursos sobre os perigos de perturbação do bem-estar psíquico. Em se tratando dos deveres parentais no pós-divórcio, existe uma série de preocupações com o filho que se baseiam nessa ideia do crescimento pessoal dele e do risco de que haja infortúnios produzidos pela separação conjugal capazes de desviar ou bloquear esse crescimento.

Em nome da regulação pessoal do filho, são elaboradas sugestões de convivência parental e repetidos os discursos marcados por estereótipos de gênero. Exemplos dessa afirmação podem ser encontrados no texto de Bannura⁴¹, em que o autor propõe uma série de sugestões sobre a convivência familiar entre criança e pai socioafetivo, após o divórcio, e afirma que, de forma geral, até os três anos de idade, os vínculos maternos prevalecem e, portanto, mesmo considerando todas as habilidades paternas que possam existir, o pai não se estabelece como, nas palavras do autor, “substituto pleno”.

Tamanha ênfase no desenvolvimento pessoal ampliou o alcance popular e institucional das teorias psicológicas. Singly⁴² considera que as normas psicológicas ou relacionais têm assumido, na família, o lugar antes ocupado pelas normas morais. Para ele, a psicanálise, por exemplo, contribuiu com o discurso de que a família frustra desejos e, ao mesmo tempo, viabiliza a satisfação desses, em uma espécie de jogo de equilíbrio inerente aos grupos familiares que seria fundamental para o desenvolvimento infantil. A própria ideia de desenvolvimento pessoal perpassado por um conjunto de relações que possibilitem esse “florescimento” foi profundamente difundida pela psicologia. Uma das grandes abordagens teóricas da Psicologia, a Psicologia Humanista, tem esse mote no cerne de suas discussões.

Rogers⁴³ escreveu sobre crianças e adultos, e sobre como a relação interpessoal pode ser terapêutica a ponto de despertar as potencialidades do outro. Considero uma

⁴¹ BANNURA, J.A. O direito de visitas nas relações socioafetivas contemporâneas. In: SOUZA, I.M.C.C. (Coord.). *Parentalidade: análise jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 95.

⁴² SINGLY, F. *Sociologia da família contemporânea*. Lisboa: Texto e Gráfia, 2010. p. 11.

⁴³ ROGERS, C.R. *Tornar-se pessoa*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 33.

significativa participação da psicologia no processo de modificação da conceituação e função da família.

Segundo Peter Berger, a formação do caráter e o seu reflexo na sociedade inicia-se no âmbito familiar, na estruturação da sua primeira relação social: a relação com os entes familiares. Estes além de desempenharem a função constitucionalmente prevista, qual seja a de responsabilidade legal, figuram como exemplo/espelho por aquele ser em construção. Os princípios orientadores do indivíduo sejam eles religiosos ou morais, e os costumes, surgem, em regra, com a vivência na denominada primeira sociedade do indivíduo: a família.

No entanto, segundo Freitas⁴⁴, o reflexo, a formação do indivíduo para o convívio em sociedade, conseqüentemente, estará ligada à formação que este recebeu de seus tutores/responsáveis legais. Posto isto, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu e incumbiu a família, juntamente com a Sociedade e o Estado o dever do cuidado. Dever este que também constitui norma constitucional e direito fundamental.

Apesar de esse dever corresponder diretamente a direitos protegidos como normas fundamentais e elencados até mesmo por normas de proteção internacional, o avanço nos tribunais pátrios para a aplicação da devida responsabilização para aqueles que, diante de seus deveres de pais, ausentaram-se do cuidado, seja ele material, afetivo ou até mesmo de um cuidado em sentido estrito, ainda é pequeno.

Consagram-se na legislação brasileira tentativas em assegurar os princípios da primazia da criança e do adolescente e da dignidade humana, com a instituição de mecanismos mais eficazes para sua efetividade, tais como, a criação de meios para compelir o responsável legal pela prestação de alimentos ao necessitado e culminando até mesmo nas normas para coibir a alienação parental, entre outros. No entanto, a ineficácia de normas como a da garantia do reconhecimento paterno (Lei 8.560/1992) e ainda a recente responsabilização civil pelo abandono afetivo dos filhos demonstram que a legislação brasileira e os tribunais lentamente têm avançado para a sanção daqueles que são responsáveis pelo desenvolvimento do ser humano.

Posto isto, é que tem se admitido a responsabilização na formação de seus filhos como meio eficaz para garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

⁴⁴ FREITAS, D.P. *Alienação parental: comentários à lei nº 12.318/2010*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 75.

Os pais têm não só a responsabilidade legal, como pontuado, mas também, uma responsabilidade moral e social. As consequências de uma formação humana deficiente são imensuráveis e a família tem papel fundamental no crescimento e desenvolvimento de um ser humano honroso.

A ambiência familiar pós ruptura conjugal

Atualmente, o número de casais com filhos que se divorciam é cada vez maior. No entanto, mesmo sendo o divórcio, a causa predominante da ruptura familiar, é conveniente falar-se de ruptura de uma maneira geral, visto que, uma separação de fato, por exemplo, tem o mesmo sentido de ruptura familiar.

Célia Félix⁴⁵ afirma que existem estudos que demonstram que o tempo de recuperação de um divórcio leva cerca de dois anos e é um momento de crise que o casal vive. As pessoas vivem um luto pela perda do outro, passando por momentos de angústia, tristeza, dúvidas e humor sempre mudando, podendo sofrer até mesmo uma depressão.

Com relação às crianças, também existem conseqüências, pois, estas crianças veem seus pais separados e sua família se transformar. Félix⁴⁶ diz que tudo depende do grau de desenvolvimento de cada criança e da idade delas. Ao sair um dos pais de casa, aquelas de 3 a 5 anos podem apresentar uma certa regressão em seu desenvolvimento, podendo voltar a urinar na cama, ter alterações na qualidade do sono, desenvolver medos e poderá ter comportamentos agressivos. As de 5 a 8 anos podem demonstrar uma tristeza profunda, tendo o seu rendimento escolar, algumas vezes, afetado. Normalmente, as crianças de 8 a 12 anos mostram um comportamento revoltado com um dos pais ou com ambos. Sentem-se humilhadas por não terem feito com que eles permanecessem juntos, ficam solitárias e bem ansiosas, tendo consequências ruins em seus relacionamentos com amigos e também abalando o seu rendimento escolar. Já os adolescentes, estes sofrem bastante também, podendo encadear uma depressão, um sentimento de raiva e rebeldia e demonstrar uma desorganização. Um divórcio abala as estruturas da família inteira. Os filhos, conforme

⁴⁵ FÉLIX, Célia. *O Divórcio e seus aspectos psicossociais*. 2017. Disponível em: <http://www.psicologia4u.com/o-divorcio-e-os-seus-aspetos-psicossociais/>. Acesso em: 2 set. 2020.

⁴⁶ Ibidem.

visto acima, são os mais afetados, desencadeando consequências ruins para cada um deles. Alguns com mais, outros com menos intensidade.

O divórcio nem sempre é o pior caminho na vida de um casal. Apesar do sofrimento que na maioria das vezes se instala na vida dos envolvidos, para uns ele vem com um grau maior do que para outros, que muitas vezes sentem um alívio por ter dado basta em um sofrimento.

A mediação, sendo um método alternativo de resolução de conflitos parece ser de grande representatividade em caso de ruptura familiar, pois, principalmente quando há filhos, as partes seguem ligadas por este importante vínculo.

O ECA prevê em seu art. 3^o⁴⁷, os direitos assegurados ao menor. Ademais, o art. 4^o do ECA, juntamente com o art. 227 da CF/1988 institui como obrigação da família, Estado e sociedade garantir a efetividade do direito a vida, saúde e educação, bem como, alimentação, moradia, dentre outros de igual relevância, assegurando adicionalmente, um tratamento respeitoso, livre de violência, discriminação e de qualquer tipo de crueldade à criança e ao adolescente.

Assim, os agentes parentais que vulneram, comissiva ou omissivamente, os deveres jurídicos de criação, educação e guarda da prole – de cuidado, enfim –, deixando de prestar às crianças e adolescentes que estão sob sua proteção, em virtude do poder familiar, a assistência material e imaterial necessária ao seu integral desenvolvimento, incorrem num ato ilícito. A assertiva – aparentemente singela e desprovida de maiores desafios – traz consigo um conteúdo latente que merece exame apropriado, de modo a evitar desvios calcados na subjetivização ou edulcoração da matéria versada.

Portanto, é possível concluir que mesmo que o conflito exista e a ruptura de relacionamento se concretize, o vínculo entre pais e filhos deve continuar de maneira saudável para que os interesses dos menores sejam priorizados no contexto social e jurídico.

⁴⁷ Art. 3^o - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Definir em que efetivamente consiste o ilícito jurídico (e não simplesmente moral) no campo do vínculo paterno-materno/filial repercute inevitavelmente na abordagem de um aspecto crucial: de que modo o direito pode regular e intervir nas vivências intrafamiliares, particularmente no que concerne à parentalidade, ou seja, quais parcelas da realidade vincular podem receber a ingerência do Direito⁴⁸.

Há de se ponderar que, ao lado de elementos intangíveis que pontuam as relações familiares, tais como amor e afeto, mágoa e ressentimento, repulsa e rancor, existem outros, de lastro objetivo. Esses elementos objetivos têm fundamento no vínculo biológico, sociológico ou civil estabelecido entre pai, mãe e filho, imputando àqueles (pai e mãe) em face deste (filho) um conjunto mínimo de deveres a ser observados para o desenvolvimento integral da personalidade da prole e sua emancipação⁴⁹.

Explicado o poder familiar bem como a continuidade dos deveres parentais após a ruptura dos laços conjugais, passa-se à análise do instituto da GC, pontuando suas possíveis vantagens sobre a guarda unilateral.

GUARDA COMPARTILHADA E SUAS VANTAGENS SOBRE A GUARDA UNILATERAL

A legalização do divórcio realocou a família monoparental no mapa de valores e formalizou a existência da família recomposta. Embora elas tenham permanecido hierarquicamente inferiores à família nuclear, a legitimação legal provocou o Estado a responder por demandas que anteriormente não existiam formalmente. Essas provocações surgiram, dentre outros, em caráter de reivindicação que, segundo Barbosa⁵⁰, partiram tanto de pessoas diretamente afetadas pelos novos arranjos como também de estudos sobre eles.

⁴⁸ Apenas para que se observe a pertinência dessa questão na seara jurisprudencial, vale a pena aludir ao posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial 757.411/MG, no sentido de que, “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DF, 29.11.2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em: 2 set. 2020).

⁴⁹ PRADO, C.A. *Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 45.

⁵⁰ BARBOSA, A.A. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 61.

Dentre as reivindicações, a inserção da modalidade de compartilhamento no regime de guarda pode ser considerada fator diretamente responsável pela consolidação da noção de distinção das esferas conjugal e parental. Ao que parece, a possibilidade de existência de dois lares de exercício parental demandou novas teorias sobre o desenvolvimento infanto-juvenil, novas *performances* dos pais, entre outros, propiciando mudanças. Somou-se a isso, o surgimento de novos entendimentos a respeito da definição e da função da família, o que proporcionou contexto favorável à utilização da estratégia de distinção das arenas da conjugalidade e da parentalidade no acionamento do dispositivo da parentalidade.

Neste ponto, recorre-se ao que foi defendido por Zelizer⁵¹. Ela explana o argumento da hostilidade entre as esferas, quando apresenta a negociação entre as relações íntimas e as transações financeiras. Segundo a lógica do argumento, qualquer uma dessas duas esferas pode contaminar a outra, o que exige cuidados redobrados. Subjaz a compreensão de que a contaminação entre elas produz desarranjo e que, portanto, o encontro entre elas gerará um caos inevitavelmente danoso a ambas, sendo preferível evitar. A conclusão que essas duas afirmações permite é que as esferas são hostis entre si.

As esferas apontadas por Zelizer⁵², quando contaminadas, trazem impurezas morais à família, ameaçando sua sacralidade. Esse é um ponto de interesse a ser trazido para a discussão da tese, vistas as semelhanças dos desfechos. Fazendo uma analogia, na fusão entre as esferas conjugal e parental parece haver o mesmo risco de contaminação moral, pois aqueles que confundem deveres e direitos parentais com os conjugais mostram uma perversidade moral. Contudo, em paralelo à construção do discurso do caos proveniente do contato íntimo entre as esferas, existe o discurso do estado de bom funcionamento, quando há a separação total delas. Cada esfera, como em um microssistema, teria capacidade de funcionar bem, se não estivesse contaminada. Esse enunciado resgata a ideia de autorregulação. As esferas conjugal e parental coexistem em harmonia quando não infectadas uma pela outra e atualizam suas capacidades de se autorregular.

⁵¹ ZELIZER, V. *A negociação da intimidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p. 53.

⁵² *Ibidem*.

Assim, a permanência da família após o divórcio pode ser entendida como a transformação da relação entre os pais, que precisam ser convencidos a serem algo diferente de cônjuges. Como mencionei na introdução deste trabalho, considero que, nesse processo, no âmbito do Poder Judiciário, têm início as tentativas de construí-los como parceiros. Logo, são os parceiros parentais que tornam possível o *slogan* da transformação/permanência da família. Eles devem sustentar no mundo real essa família transformada.

Neste trilhar, segundo Côté⁵³, a aceitação da guarda compartilhada como regra legal pode ser explicada porque ela responde a demandas permanentes que chegam ao Poder Judiciário, como a crise dos filhos de pais divorciados, a inadimplência da pensão alimentícia e a maternidade solo associada à pobreza. Desta feita, a guarda emerge como um instrumento de gerenciamento da tensão entre esses pais, capaz de instituir o bom relacionamento pós-sentença judicial.

A modificação dos arts. 1º e 2º do CC/2002, substituindo a redação dos arts 1.583 e 1.584 (antes trazidas pela Lei 11.698/2008) estabelece a capacidade dos pais para exercerem a guarda como uma premissa indiscutível, em iguais condições. Assim, substituiu o termo “sempre que possível”, que impedia os juízes de concederem a guarda compartilhada frente à constatação de situações adversas, como litígio entre os pais e o distanciamento físico entre a residência materna e a paterna.

Ela se aplica a filhos menores de 18 anos completos e que não são emancipados, ou que sejam maiores, porém incapazes de exercer atos da vida civil pelo período que perdurar a incapacidade⁵⁴.

Trata-se do tipo de guarda cujos efeitos sobre o desenvolvimento da criança são os mais saudáveis pois permite que ambos os genitores exerçam seus papéis de pais e participem da vida da criança.

A guarda compartilhada serve também como um instrumento para mitigar a ocorrência de alienação parental. Sobre a AP e seus efeitos, a próxima seção irá se dedicar.

⁵³ CÔTÉ, D. Guarda compartilhada e simetria dos papéis de gênero: novos desafios para a igualdade de gênero. *Revista Observatório*, Palmas, TO, v. 2, n. 3, p. 182-198, 2016.

⁵⁴ SILVA, D.M.P. *Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família* - Prefácio de Julieta Arsênio. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p.128.

ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Nas síndromes relacionadas ao exercício parental, as mães aparecem como as principais figuras adoecidas ou as que mais provocam adoecimento nos filhos. O que se vê é um movimento de “descoberta” ou catalogação de síndromes relacionadas ao exercício parental. Dos quadros relacionados ao puerpério, Disforia puerperal, Psicose pós-parto e Depressão Pós-Parto⁵⁵ são os mais conhecidos. Daqueles relacionados à estreita relação materno-filial, Amendola⁵⁶ destaca a Síndrome da Alienação Parental, a Síndrome da Mãe Maliciosa e a Síndrome de Munchausen por Procuração. Os transtornos relacionados. Nesta seção será explicada a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

A alienação parental (AP) é um fenômeno que foi a princípio relatado pela psiquiatria, quando em conflitos familiares em razão da separação passou-se a observar a dificuldade de distinguir o exercício da conjugalidade do exercício da parentalidade. Foi Richard Gardner, psiquiatra norte-americano, quem nos anos 1980 descobriu este fenômeno patológico ao observar conflitos parentais que motivava um dos consortes a promover verdadeira campanha alienatória contra o genitor que não se encontra na guarda.

Velly define essa prática como: “a tentativa de denegrir a imagem do genitor alienado é um sintoma que costuma manifestar-se aparentemente dissociado de qualquer influência externa, ou seja, a criança passa a impressão de ser um pensador independente [...]”⁵⁷.

Assim, AP é um termo geral empregado para identificar situações em que o menor está sofrendo de abuso psíquico na seara familiar. Este abuso poderá ser desencadeado pelos pais ou parentes próximos.

O Alienador é o sujeito ativo da AP. Na maioria das vezes, o Alienador é o próprio genitor que possui a guarda do menor, e abusando deste poder busca afastá-lo do outro

⁵⁵ CANTILINO, A. et al. Transtornos psiquiátricos no pós-parto. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 37, n. 6, p. 278-284, 2010.

⁵⁶ AMENDOLA, M.F. *Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual*. Curitiba: Juruá, 2009. p.101.

⁵⁷ VELLY, A.M.F. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. *Revista Síntese Direito de Família*. v. 1, n. 62, p. 23-39, out./nov., 2010. p. 36.

genitor, criando inúmeras formas de atrapalhar a convivência de ambos. Por diversas vezes o alienador busca distanciar o filho do alienado por atos simples, que podem até passar despercebidos, como por exemplo, convidar outras crianças para irem à casa do filho justamente nos dias em que este deve estar junto com o genitor não detentor da guarda, ou, ainda, perguntar frequentemente à criança se ela quer mesmo ver o outro genitor no dia estipulado⁵⁸.

O comportamento do alienador tende a ser bastante criativo, sendo impossível criar uma lista fechada de suas condutas. O que pode se afirmar com certeza é que o alienador não respeita as normas e não raro desobedece as ordens judiciais⁵⁹.

Segundo Dantas⁶⁰, o alienador pensa e trata o filho como se fosse uma propriedade sua, não levando em consideração que para um desenvolvimento psicológico saudável, a criança precisa na mesma proporção de ambos os genitores, esquece-se o alienador que somente o seu carinho e cuidado não contribui de forma satisfatória para que a criança se sinta plenamente feliz.

Um meio bastante utilizado para levar a cabo a AP é por meio da implantação de falsas memórias.

As falsas memórias são entendidas como “lembranças” de momentos e/ou elementos que na verdade nunca aconteceram, ou que não aconteceram naquela situação que está sob análise, ou seja, é possível que os fatos tenham sido verificados, mas que tenham ocorrido em outra situação, envolvendo outras pessoas, ou até mesmo em filmes, mas que começaram a ser utilizados pela criança para preencher os vazios existentes em sua memória. São fatos e/ou elementos que são incorporados à uma situação vivida pelo interlocutor. Porém, nem sempre aquilo que é narrado aconteceu, ou as informações podem até ser verídicas, mas vivenciadas em outra ocasião. Pode ocorrer, ainda, de serem informações falsas assimiladas por outros meios, levando ao surgimento de duas modalidades de falsas memórias: as espontâneas e as sugeridas⁶¹.

⁵⁸ SILVA, V.O; OLIVEIRA, J.A. *Alienação Parental: um desafio ao assistente social na vara da infância e juventude*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/SeminarioIntegrado/article/view/Article/2760>. Acesso em: 2 set. 2020.

⁵⁹ DANTAS, S.OL. *Síndrome da Alineação Parental*. 2011. Disponível em http://sites.google.com/site/alienacaoparentaVtextos-sobre-sap/StephaneMonografia-Sindromedaalienacaoparental-VERSOLIMPA_2_.pdf. Acesso em: 2 set. 2020.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ MARGRAF, P.O; MARGRAF, A.F. *Prova Oral*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 85.

A questão das falsas memórias tem gerado debates também no contexto científico. O interesse pelas memórias falsas começou quando surgiu o interesse em analisar o quão precisas eram as memórias de pessoas que testemunharam acidentes de viação ou crimes. Os trabalhos precursores de Elizabeth Loftus⁶² salientaram a possibilidade de criação de memórias falsas apenas com a sugestão de informações erradas. Como lembram Habigzang et al.⁶³ os estudos de Loftus tiveram sérias repercussões no fenômeno das memórias reprimidas de abuso sexual, muito visível na década de 1990. Neste período, surgiram várias queixas de abuso sexual, por parte de vítimas que somente quando adultas, conseguiram se lembrar de abusos sofridos quando crianças. Na maioria dos casos, as vítimas foram submetidas a intervenções terapêuticas, algumas delas altamente sugestivas.

Em caso de alegações de abuso sexual, a presença de falsas memórias, segundo Habigzang et al.⁶⁴ apresenta consideráveis desafios, especialmente a demanda por critérios de validade externa que comprovem que um determinado acontecimento de fato não ocorreu e, desta forma, determinar que a informação fornecida é produto de uma falsa memória. As pesquisas neste campo ainda não foram capazes de fornecer dados consistentes que tornem possível reconhecer um padrão neurofisiológico distinto entre memórias verdadeiras ou falsas, ou outra metodologia que as permitisse distinguir.

Os estudos laboratoriais apresentam dados importantes para a prática profissional, mas, ao avaliar, por exemplo, casos de abuso sexual infantil, que na maioria das vezes somente a criança pode fornecer informações válidas sobre o que aconteceu, uma comparação com uma memória verdadeira torna-se praticamente impossível. Segundo Laney e Loftus⁶⁵, as diferenças entre memórias verdadeiras e memórias falsas ainda estão sendo testadas e até o momento não há dados concretos sobre o assunto.

Um exemplo cuja ocorrência é bastante comum no Brasil ocorre quando os pais estão se separando e começam a usar a criança para atingir o outro genitor. É o que se denomina de alienação parental, ou, dito de outra forma, a prática da indução de uma falsa memória por um dos consortes, que passa a trabalhar para que a criança acredite

⁶² LOFTUS, E.F. Make-believe memories. *The American Psychologist*, v.58, n.11, p. 867-873, 2003.

⁶³ HABIGZANG, L.F; GOMIDE, P.I.C; ROCHA, G.M. *Psicologia Forense*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 77.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ LANEY, C; LOFTUS, E. Recent advances in false memory research. *South African Journal of Psychology*, v.43, n.2, p.137-146, 2013.

em falsas informações, sendo corriqueira as seguintes expressões: “ele nunca gostou de você”, “ele nunca lhe ajudou”, “ele não quer ver você”, e “ele te abandonou”.

Infelizmente, situações como as narradas ocorrem com relativa frequência. Já no que diz respeito aos processos criminais, segundo Goetz⁶⁶, foram observados casos em que foi iniciada a ação criminal em razão de uma criança ter afirmado que foi abusada sexualmente pelo seu genitor, mas que após várias conversas com os psicólogos restou comprovado que estas práticas abusivas, na verdade, nunca haviam acontecido, e que eram fruto de falsas memórias, sugestionadas por membros da família que desejavam afastar o genitor injustamente acusado.

O desejo de vingar do outro genitor é o motivo mais comum para que as falsas memórias sejam sugeridas, pois intenta-se denegrir a imagem do outro com o objetivo de criar a AP. Assim, fazendo uso de uma elevada carga de sugestionamentos negativos introduzidos em crianças pequenas, esta passa a crescer sentindo repulsa pelo outro genitor. Porém, é importante ressaltar que esta prática não é observada somente entre os genitores, podendo ser criadas também com relação a outros membros da família, em razão de desavenças, ódio, ou repulsa.

Consoante explica Goetz⁶⁷, quando os genitores começam a usar criança e/ou do adolescente para se vingar ou prejudicar seu outro consorte, na verdade também prejudicam a criança sugestionada, posto que está em fase de desenvolvimento e, portanto, tudo que lhe acontecer neste período, irá contribuir para moldar sua personalidade. Crianças que sofrem de alienação parental ou que são sugestionadas com falsas memórias têm mais chances de serem depressivas, por se sentirem vítimas e, conseqüentemente, rejeitadas pelas pessoas das quais deveriam receber carinho e atenção. A implantação das falsas memórias, principalmente as que se relacionam às supostas ocorrências de abusos sexuais, prejudica a saúde emocional do infante, causando transtornos psicológicos que perduram na idade adulta.

Os processos instaurados para discutir a alienação parental, principalmente quando é alegada a prática do sugestionamento por parte da genitora demandam perícias minuciosas e maior cautela para evitar a condenação injusta de um inocente.

⁶⁶ GOETZ, E.R. *Psicologia Jurídica e Direito de Família*. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 95.

⁶⁷ GOETZ, E.R. *Psicologia Jurídica e Direito de Família*. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 96.

Por esse motivo são indispensáveis os laudos psicológicos e psiquiátricos nos processos que analisam essas ilicitudes.

Ainda na atualidade é comum que a guarda do filho menor fique com a mãe e por essa razão as mulheres são as maiores causadoras da AP, entretanto esta atitude não pode ficar restrita a elas já que também existem pais guardiões, avós e tios.

Já as vítimas da AP, ou seja, o sujeito passivo é o filho menor e o cônjuge que não possui a guarda, podendo também estender-se a outros membros da família e terceiros.

Aquele que não possui a guarda do filho em primeiro lugar enfrenta as dificuldades e tristezas de não ter o filho consigo na mesma proporção que outro genitor, restando-o apenas vê-lo nos dias de visitas estipulados, encontrando assim dificuldades em manter com o filho vínculo forte e verdadeiro que possuía antes do divórcio.

O genitor alienado às vezes acaba contribuindo de forma inconsciente com a AP, sempre que ao se sentir afastado ou impedido de participar ativamente da vida do filho acaba se afastando, diminuindo o número de visitas e ligações, afastando-se pouco a pouco do filho.

Este afastamento acaba por reforçar a ideia de que o guardião/alienador é o único capaz de atender a todas as necessidades do filho, ficando o outro genitor/alienado rotulado como incapaz, irresponsável, e sem amor, o que conseqüentemente traz ao filho a sensação de abandono.

Desta feita a maior vítima da AP é o filho que em meio ao conflito é procurado para opinar de quem mais gosta. A criança ou adolescente vítima de AP tem o vínculo com o alienado prejudicado, ou até mesmo rompido, o que por si só pode lhe acarretar sérios problemas emocionais, já que alimentada e embasada pelos discursos do alienado passa a ter uma péssima imagem do outro genitor, chegando até a odiá-lo⁶⁸.

Tendo em vista a gravidade do assunto em tela se faz necessário conhecer os requisitos configuradores da AP.

⁶⁸ SILVA, V.O; OLIVEIRA, J.A. *Alienação Parental: um desafio ao assistente social na vara da infância e juventude.* Disponível em: [http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Seminario Integrado/article/view Article/2760](http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Seminario_Integrado/article/view/Article/2760). Acesso em: 2 set. 2020.

Os requisitos configuradores da Alienação Parental

Em linhas gerais, a AP sob o enfoque jurídico tem sido encarada como uma prática que tem como objetivo a desconstituição dos vínculos entre pai e filho por meio da destruição do apeço que a criança abrigue com relação ao pai com o qual não conviva ininterruptamente.

Os relatos que atualmente alcançam o Judiciário revelam as empreitadas dos alienantes que se utilizam de mecanismos hábeis a impingir no filho o medo, decepção, ódio ou desprezo pelo outro genitor, normalmente o pai. É o que se observa, por exemplo, na conduta da mãe que de forma maliciosa inventa para a criança que o pai disse ou fez coisas capazes de gerar repulsa, colocando-se na condição de vítima e impondo ao outro o atributo de algoz.

Muito embora a regra seja a alienação praticada pelo genitor responsável pela guarda unilateral, praticável é também a alienação por parte do consorte que tenha o direito de visitas, ocasiões em que passa a fazer uso do tempo que tem junto à criança para manipulá-la.

De outro lado encontra-se o alienado, o genitor vítima das investidas que sofre com o afastamento, ainda que potencial, do filho, em grande desvantagem tendo em vista o contato constante do alienador com a criança/adolescente. Muito embora este seja, reiteradamente, o primeiro a perceber a prática de atos de alienação, nada impede que o Juízo ou mesmo o Ministério Público, tome a iniciativa quanto a procedimentos que visem à averiguação da ocorrência da AP⁶⁹.

A AP é um mal que acontece em todo o mundo sendo razão constante de enfrentamento de genitores na Justiça, não sendo diferente nos Juízos e Tribunais brasileiros, carecendo o Judiciário de maior rigidez na aplicação dos mecanismos que conferem proteção e preservam os contatos de filiação, consoante prevê a Lei nº 12.318/2010, cujo texto é bem articulado.

A Lei foi criada como promessa e esperança de um instrumento processual de combate à AP é capaz de mitigar a morosidade processual, por conter disposições aptas para conferir a tutela de urgência almejada, sem contrariar o devido processo legal e

⁶⁹ CARVALHO, F.D.R. **A** (*síndrome de*) *alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais*: Algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.67.

garantindo o contraditório. Oferece, ainda, instrumentos necessários e eficientes para evitar que os filhos sigam afastados dos seus pais não guardiães, como vítimas silenciosas da prática reiterada e crescente, de impune obstrução e impedimento do contato com os pais que não têm a guarda desses filhos indefesos, crianças e adolescentes inocentes, incapazes de perceber que estão sendo manipulados por um de seus genitores que na verdade deveria protegê-los.

Estes dispositivos tornam possível uma resposta pronta para a transformação de um direito fundamental, ameaçado pela maldade e pelo egoísmo de algumas pessoas sem escrúpulos e desprovidas de sentimentos de amor e solidariedade.

Lamentavelmente, a vítima da AP não vem sendo resguardada pela necessária eficácia judicial, no tempo desejável, e com o mínimo dispêndio de energia, sendo merecedor de reflexão o alerta de Bedaque⁷⁰ quando afirma que as alterações legislativas não são suficientes se aquele que aplicar regras processuais permanecer preso ao formalismo extremo e inútil.

Genitores alienados têm se sentido frustrados quando denunciam a prática abusiva do exercício do poder familiar com a imposição dos efeitos da AP, mesmo havendo uma lei moderna e aparentemente eficiente (Lei nº 12.318/2010).

Na maioria das vezes, não é observada uma resposta adequada, não apenas aos seus anseios, mas também aos da criança e do adolescente, cruelmente alienados por pessoas que deveriam lhes dar proteção e assistência, durante o período de formação de sua personalidade e do seu caráter.

Normalmente, o alienador é beneficiado e até mesmo incentivado pelos resultados frustrantes observados pelo genitor alienado, que busca proteção processual contra esses atos de AP que na maioria das vezes ficam impunes, fazendo com que ele se arrependa de ter ingressado em Juízo, por não encontrar nenhuma saída para o drama.

Vivencia um verdadeiro dilema, como vítima direta dos atos de AP, justamente quando deveria contar com a efetiva proteção da Lei nº 12.318/2010. Sobre o tema,

⁷⁰ BEDAQUE, J.R.S. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.103.

Dias⁷¹ destaca que a criança ama o seu genitor, que a ama também. Com a AP, os sentimentos contraditórios do filho e o conseqüente distanciamento do genitor alienado, levam à deterioração do relacionamento, na medida em que o filho, então, passa a associar-se ao alienador, aceitando suas manipulações.

É importante salientar, de acordo com Correia, que “toda a campanha em desfavor do genitor alienado é injustificada. Caso haja justificativa para o repúdio da criança, como o abandono afetivo”⁷², então não será o caso de AP.

Hironaka e Mônaco explicam que “a criança rejeita o genitor alienado, *a priori*, sem demonstrar que esteja sob a influência do alienador”⁷³. Mas, ao ser questionada sobre seus sentimentos e motivos da rejeição, não consegue qualquer fundamento plausível.

Neste trilhar, Fonseca esclarece que “o processo de alienação parental resultará na total e irreversível repulsa da criança em relação ao genitor alienado”⁷⁴.

Serão também afastadas e até repudiadas, outras pessoas que façam parte do convívio social do genitor excluído. Além do afastamento total do genitor alienado, de seus familiares e de seus amigos, a criança fatalmente ficará submissa ao guardião que perpetrar a alienação, cooperando ativamente com a política de exclusão e tornando-se solidário a este, uma vez que se estabelece um vínculo de dependência entre eles⁷⁵.

Os filhos enquanto menores têm o direito à convivência dos pais. Se assim não fosse, estar-se-ia violando o princípio da afetividade, dado que a natureza humana requer não só a presença, mas a real participação dos genitores na formação da prole.

⁷¹ DIAS, M.B. *Síndrome da alienação parental: O que é isso?* Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2008, p.67.

⁷² CORREIA, E.C. *Análise dos meios punitivos da nova lei de alienação parental*. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9272. Acesso em: 2 set. 2020.

⁷³ HIRONAKA, G.M.F.N; MONACO, G.F.C. *Síndrome da alienação parental*. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>. Acesso em: 2 set. 2020.

⁷⁴ FONSECA, P.M.P.C. Síndrome da alienação parental. *Revista Pediatria*, São Paulo, v.28, n.3, p. 162-168, 2006. p.164.

⁷⁵ FRANÇA, G.S.V. *A síndrome da alienação parental: Importância do valor e da conscientização da mediação familiar*. 2015. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/alienacion%20parental.htm#_ftn7. Acesso em: 2 set. 2020.

Exemplificativamente, a participação materna inclina-se mais para os cuidados primários, ao aconchego e ao acompanhamento do dia a dia dos filhos. Já a participação paterna – sem que ocorra prejuízo dos cuidados antes referidos – revela-se nos aspectos de segurança e firmeza da personalidade. Desta forma, não há como dispensar ou hierarquizar um em relação ao outro, visando uma formação completa dos filhos, sem carências, traumas ou inseguranças.

Assim, impedir a efetivação desse direito é negar a necessidade basilar de um ser em formação que, com toda certeza, terá graves prejuízos e frustrações na realização de sua afetividade, com efeitos negativos irreparáveis que se perpetuarão ao longo de sua vida. Devida, portanto, a reparação que esses malefícios venham a causar.

A privação de uma criança do convívio de um dos seus genitores deve ser repudiada pela sociedade, por ofender os princípios mais comezinhos, da humanidade.

A guarda compartilhada e seus efeitos positivos na contenção da alienação parental

A GC requer uma co-responsabilização dos genitores sobre todas as decisões e eventos relacionados aos filhos: os pais discutem, tomam decisões e participam em iguais condições tal como faziam quando viviam conjugalmente, de maneira que a nenhum deles será delegado um papel secundário, ou servirá apenas como provedor material ou terá seu acesso ao filho limitado aos fins de semana. A título de exemplificação, não ocorre omissão de informações sobre a vida escolar ou saúde da criança, nem sobre as festinhas ou viagens das quais ela participará. Sabendo-se que ambos os consortes já faziam isso enquanto viviam juntos, a GC apenas preserva esse princípio, e por isso não há motivos para que a situação seja diferente agora que estão separados.

É óbvio que, por ser a variante de guarda mais evoluída, demanda um alto nível de responsabilidade dos pais para colocarem de lado suas mágoas pessoais, e primarem pelo interesse dos filhos – não existe espaço para egoísmo, nem para brigas e provocações frequentes, mesmo que de pequena monta, pois estes só dificultam o entendimento e exacerbam a discórdia. Mesmo que existam divergências – o que é comum –, essas devem ser relegadas a um segundo plano o assunto for os interesses dos filhos menores.

Os vínculos parentais são seriamente ameaçados pela SAP e por esta razão é necessário preveni-la para que cada vez menos crianças sejam “órfãos de pais vivos”: crianças que passam a vida odiando um dos seus pais por motivos alheios a si próprias, e que, ao perceberem que foram manipulados e ludibriados pelo alienador, passam a odiá-lo⁷⁶.

Desta feita, a GC se mostra o sistema parental mais recomendado, que melhor acolhe às necessidades da criança em caso de separação dos pais em razão da qualidade dos vínculos parentais e da possibilidade de convívio saudável com ambos. Quando a GC é aplicada não existem perdas de referências, nem obstáculos de relacionamentos, todas as questões relevantes são solucionadas com a maturidade e essa maturidade demonstrada pelos pais, servem como exemplos para os filhos.

É importante que a alienação parental seja prevenida, pois, além dos prejuízos que a criança suporta, há também sérias conseqüências para o alienado.

Para a criança, os efeitos da alienação são ainda piores, pois ela sofre forte interferência psicológica do alienador, e, sem capacidade de discernir o que é real do que foi inventado, a criança cede à manipulação de seu genitor e tem sua estrutura psicológica abalada. Todo esse processo se agrava pelo fato dela estar passando por vários momentos conflituosos, a separação dos pais, um novo cotidiano, a ausência do pai não guardião, o seu desenvolvimento, a entrada na adolescência, sua falta de maturidade⁷⁷.

As crianças e adolescentes que são envolvidas em casos de Alienação Parental manifestam vários comportamentos e sentimentos que prejudicam o salutar desenvolvimento de sua personalidade, especialmente baixa estima, insegurança, sentimento de culpa, depressão, isolamento, pânico, medo, sentimentos estes que podem causar transtornos de personalidade graves na idade adulta. Podem, também, em casos de falso abuso, manifestar reações estranhas na área da sexualidade, recusando-se a expor seu corpo, tomar banho junto com colegas ou não aceitando passarem por exames médicos⁷⁸.

⁷⁶ SILVA, D.M.P. *Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: O que é isso?* Campinas: Autores Associados, 2010. p. 59.

⁷⁷ CAMPOS, A.H. *Vulnerabilidades & Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2019. p. 201.

⁷⁸ BUOSI, C.C.F. *Alienação Parental*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 77.

Velly⁷⁹ afirma que uma das consequências da SAP pode ser o que se conhece por “efeito bumerangue”, que acontece quando a criança chega à adolescência ou idade adulta e passa a ter uma percepção mais apurada dos fatos que ocorreram no passado, tomando ciência das injustiças que cometeu para com o genitor alienado, o que deu causa a um relacionamento bastante prejudicado. Desta forma, passa a culpar e a desenvolver um sentimento de raiva contra o genitor que detinha a guarda à época da alienação, em razão do estímulo dado por este para a construção da falsa situação de abuso.

Segundo Velly⁸⁰, o sentimento de remorso experimentado pelo indivíduo ao perceber que agrediu de forma injusta o genitor alienado é acompanhado por muito sofrimento, que faz com que a vítima até mesmo comprove o nexos causal entre o comportamento daquele que deu causa à alienação e os danos psíquicos nela causados, podendo motivar ações judiciais em busca de indenizações por dano moral.

O genitor alienado sofre com a ausência do filho em sua vida, seus laços vão diminuindo cada vez mais, ele se torna um estranho para o seu filho e, na maioria das vezes é visto com desdenho por ele, sem compreender o porquê.

Segundo Campos⁸¹, quanto maior é o tempo afastado de sua criança, maiores são os prejuízos. Sua relação se torna fria, perde-se a intimidade de pai e filho, em muitos casos essa relação é perdida para sempre. O alienado sofre uma perda irreparável, o tempo longe daquele que ama não voltará e sua intimidade com seu filho não será mais a mesma.

O fato de ser injustamente acusado faz com que o acusado se sinta inseguro e desestruturado emocional e também profissionalmente, demonstrando falta de concentração e, conseqüentemente, baixo rendimento pela perda do direito de visitar o filho, tendo-o, portanto, afastado de sua convivência⁸².

Outro comportamento observado entre os genitores alienados citado por Buosi⁸³ é diante das tentativas frustradas de tentar ver o filho, acabar desistindo ou reduzindo

⁷⁹ VELLY, A.M.F. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. *Revista Síntese Direito de Família*, v. 1, n. 62, p. 23-39, out./nov., 2010.

⁸⁰ VELLY, A.M.F. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. *Revista Síntese Direito de Família*, v. 1, n. 62, p. 23-39, out./nov., 2010.

⁸¹ CAMPOS, A.H. *Vulnerabilidades & Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2019. p. 203.

⁸² BUOSI, C.C.F. *Alienação Parental*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 79.

⁸³ *Ibidem*, p. 80.

estas visitas, tendo em vista que estas, quando ocorrem, são desconfortáveis e aversivas.

As conseqüências na esfera penal são ainda mais graves, pois, o acusado pode ser condenado por estupro de vulnerável (crime que pode ser punido com 8 a 15 anos de reclusão).

CONCLUSÃO

A dissolução de um vínculo amoroso pode desencadear sentimentos diversos, colocando os envolvidos em situações desafiadoras, que exigem tomadas de decisões relevantes para tentar reestruturar a vida pós-divórcio. Essa temática é abordada por diversos ramos da ciência, que tratam de transformar esse processo em um evento menos traumático.

O antigo pátrio poder, o qual se direcionava somente ao pai, foi redimensionado e surgiu a possibilidade de ambos os consortes exercerem igualmente. Vale lembrar que, o exercício deste poder-dever precisa ter como objeto, o filho e seu melhor interesse.

Vislumbrou-se que, indubitavelmente, os conflitos familiares existem e contribuem para que a personalidade das pessoas se desenvolva. Entretanto, alguns conflitos extrapolam a seara existencial, podendo ocasionar danos às pessoas envolvidas. Neste contexto, foi observada a incidência da AP.

Foram também analisados os métodos utilizados pelo genitor alienante para deferir a atitude denegatória contra o genitor alienado. E conclui-se que, os filhos são as maiores vítimas neste processo.

O exercício do poder familiar contaminado foi observado, tomando como base princípios constitucionais basilares, a exemplo do princípio do melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Explanou-se que, a criança vítima de alienação sofre violação aos direitos fundamentais, e que quando esta violação é derivada do exercício irregular de um direito se torna mais grave, por entender-se ser o poder familiar considerado um dever atribuído aos pais.

O compartilhamento da guarda assegura maior convívio dos pais com sua prole, passando ambos a deterem a autoridade parental, para que exerçam seus papéis parentais e tomem decisões sobre a vida dos filhos.

Do exposto concluiu-se que GC serve como uma forma de conter a AP, já que neste modelo pais e mães não estão em disputa pela guarda do filho, mas sim em ajuda mútua visando o bem-estar das crianças e dos adolescentes pelos quais são responsáveis.

REFERÊNCIAS

AMENDOLA, M.F. **Crianças no labirinto das acusações**: falsas alegações de abuso sexual. Curitiba: Juruá, 2009.

BANNURA, J.A. O direito de visitas nas relações socioafetivas contemporâneas. In: SOUZA, I.M.C.C. (Coord.). **Parentalidade**: análise jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 91-104.

BARBOSA, A.A. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BEDAQUE, J.R.S. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

BUOSI, C.C.F. **Alienação Parental**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CAMPOS, A.H. **Vulnerabilidades & Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

CANTILINO, A. et al. Transtornos psiquiátricos no pós-parto. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 37, n. 6, p. 278-284, 2010.

CARVALHO, F.D.R. **A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais**: Algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CORREIA, E.C. **Análise dos meios punitivos da nova lei de alienação parental**. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9272. Acesso em: 2 set. 2020.

CÔTÉ, D. Guarda compartilhada e simetria dos papéis de gênero: novos desafios para a igualdade de gênero. **Revista Observatório**, Palmas, TO, v. 2, n. 3, p. 182-198, 2016.

- DANTAS, S.OL. **Síndrome da Alineação Parental**. 2011. Disponível em http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/StephaneMonografia-Sindromedaalienacaoparental-VERSOLIMPA_2_.pdf. Acesso em: 2 set. 2020.
- DIAS, M.B. **Síndrome da alienação parental: O que é isso?** Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2008.
- DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.
- FÉLIX, C. **O Divórcio e seus aspectos psicossociais**. 2017. Disponível em: <http://www.psicologia4u.com/o-divorcio-e-os-seus-aspetos-psicossociais/>. Acesso em: 2 set. 2020.
- FONSECA, P.M.P.C. Síndrome da alienação parental. São Paulo: **Revista Pediatria**, v.28, n.3, p. 162-168, 2006.
- FRANÇA, G.S.V. **A síndrome da alienação parental: Importância do valor e da conscientização da mediação familiar**. 2015. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/alienacion%20parental.htm#_ftn7. Acesso em: 2 set. 2020.
- FREITAS, D.P. **Alienação parental: comentários à lei nº 12.318/2010**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.
- GAGLIANO, P.S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v.6.
- GOETZ, E.R. **Psicologia Jurídica e Direito de Família**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- HABIGZANG, L.F; GOMIDE, P.I.C; ROCHA, G.M. **Psicologia Forense**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- HIRONAKA, G.M.F.N; MONACO, G.F.C. **Síndrome da alienação parental**. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>. Acesso em: 2 set. 2020.
- LANEY, C; LOFTUS, E. Recent advances in false memory research. **South African Journal of Psychology**, v.43, n.2, p.137-146, 2013.
- LOFTUS, E.F. Make-believe memories. **The American Psychologist**, v.58, n.11, p.867-73, 2003.
- MARGRAF, P.O; MARGRAF, A.F. **Prova Oral**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- PRADO, C.A. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ROGERS, C.R. **Tornar-se pessoa**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SILVA, D.M.P. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: O que é isso?** Campinas: Autores Associados, 2010.

SILVA, D.M.P. **Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família** - Prefácio de Julieta Arsênio. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SILVA, V.O; OLIVEIRA, J.A. **Alienação Parental: um desafio ao assistente social na vara da infância e juventude.** Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/SeminarioIntegrado/article/view/Article/2760>. Acesso em: 2 set. 2020.

SINGLY, F. **Sociologia da família contemporânea.** Lisboa: Texto e Grafia, 2010.

VELLY, A.M.F. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. **Revista Síntese Direito de Família.** v. 1, n. 62, p. 23-39, out./nov., 2010.

ZELIZER, V. **A negociação da intimidade.** Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

THE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE INTERMITTENT EMPLOYMENT CONTRACT

Wemerson Santos de Oliveira
Profª Carla Sendon Ameijeiras Veloso

Resumo

Com o advento da Lei 13.467/2017 conhecida como Reforma Trabalhista, a qual flexibilizou no que concerne a relação trabalhista, possibilitando ao empregado e empregador pactuarem o contrato de trabalho intermitente, tendo como relevante característica a realização de prestação de serviço de forma descontínua. Por conseguinte, essa nova modalidade contratual tem sofrido críticas por violar os direitos dos trabalhadores e os princípios constitucionais. Em vista disso, a pesquisa tem como finalidade, por meio da pesquisa bibliográfica, analisar se o contrato de trabalho intermitente possa ser considerado inconstitucional, por violar os princípios constitucionais e os direitos sociais, sendo empregado o método de abordagem qualitativo. Nesse contexto, o trabalho em apreço expõe as noções do direito do trabalho, a importância dos princípios para o direito, os conceitos dos princípios constitucionais da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da irredutibilidade salarial e dos direitos sociais assegurados aos empregados pela Carta Magna, ao final, analisar a constitucionalidade da celebração do contrato de trabalho intermitente, por fim, conclui-se que o contrato de trabalho intermitente está de acordo com a Constituição Federal, haja vista não gerar diminuição da proteção ao empregado, e não trata-se de retrocesso aos direitos trabalhistas, posto isto que a jornada de trabalho intermitente pode oferecer benefício tanto para empregado quanto para empregador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Constitucional. Contrato de trabalho intermitente.

INTRODUÇÃO

Com surgimento da Lei 13467/2017 conhecida popularmente como reforma trabalhista, estabeleceu a possibilidade de ser pactuado o contrato de trabalho intermitente entre empregado e empregador, contudo, essa nova modalidade de contrato de trabalho é duramente criticada pelos operadores do direito, pois entendem que as normas da Constituição não são observadas quando esse contrato é estabelecido.

Por conseguinte, a Consolidação das Leis Trabalhistas prevê que o vínculo dessa nova modalidade contratual, ocorre com subordinação, e não continuidade, sendo essa a principal característica do contrato de trabalho intermitente, pois o empregado terá

alternância em períodos que estará prestando atividade, e períodos de inatividade, ou seja, dependerão da necessidade de seu empregador.

Outrossim, salienta-se que esse novo modelo de prestação de serviço de forma descontínua serviu-se de pilar para que fossem propostas várias ações diretas de inconstitucionalidades, objetivando a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca de possíveis violações a Constituição Federal.

Nesse contexto, a origem do trabalho em apreço foi motivada por algumas críticas e algumas ADIs acerca da constitucionalidade da contratação de trabalhador em caráter intermitente, haja vista que existe uma corrente que firma entendimento que o contrato de trabalho intermitente é um verdadeiro retrocesso aos direitos conquistados pelos trabalhadores, por outro lado, há entendimento que a nova modalidade contratual de trabalho é uma espécie de modernização nas relações de emprego, sendo assim, pairando várias dúvidas acerca dos efeitos do contrato de trabalho intermitente perante as pessoas.

Por conseguinte, trata-se de um assunto novo no mundo jurídico, e esta pesquisa possui grande relevância para sociedade, pois busca analisar se há um retrocesso nos direitos sociais trabalhistas já adquiridos, tendo por finalidade contribuir com a justiça e a cidadania.

Salienta-se que a pesquisa foi elaborada utilizando a metodologia de abordagem qualitativa. Por conseguinte, utilizando-se o início da pesquisa para ressaltar sobre a origem do direito do trabalho e seus aspectos gerais e específicos, bem como os princípios que são basilares que sustentam o direito do trabalho, além de expor a relevância dos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente. No final da pesquisa é reservado para analisar se o contrato de trabalho intermitente respeita os direitos que a constituição assegura aos empregados. Por derradeiro, o método de procedimento utilizado nesta pesquisa é o artigo científico.

Neste contexto, para a realização dessa pesquisa em apreço foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, baseada na lei, artigos, jurisprudências e doutrinadores.

Nessa senda, tendo como objetivo repontar a problemática desse trabalho que é analisar se o contrato de trabalho intermitente possa ser declarado ou considerado,

violador dos princípios basilares que sustentam os direitos trabalhistas previstos na Constituição.

Outrossim, é reservado o segundo capítulo para expor o contexto da história, o nascimento do Direito do Trabalho como sistema de proteção ao trabalhador, além de verificar quais são as relações trabalhistas resguardadas por esse ramo do direito, além do mais, apresenta as principais características do contrato de trabalho intermitente e seus aspectos específicos.

Conforme será demonstrado no terceiro capítulo, a importância dos princípios para o direito, além de conceituá-los, é ressaltado que eles não foram respeitados pelo poder legislativo ao possibilitar a realização de contrato de trabalhador em caráter intermitente, quais sejam: princípio protetor, princípio da continuidade, princípio da irredutibilidade salarial e princípio da irrenunciabilidade.

No entanto, o quarto capítulo irá expor quais são os direitos sociais que a Constituição Federal assegura aos empregados, com a finalidade de analisar a constitucionalidade no momento que é pactuado o contrato de trabalho intermitente face aos direitos sociais e aos princípios constitucionais do direito do trabalho.

Por conseguinte, ficou reservado para o último capítulo desse artigo científico responder o problema desse trabalho, além de ser exposto o posicionamento do pesquisador e expandir debates sobre essa nova modalidade contratual de trabalho.

CONHECIMENTOS INICIAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Este capítulo demonstrará a partir de sua historicidade, a origem de um conjunto protetivo nas relações trabalhista, ensejando-se a criação do Direito do Trabalho, e ressalta quais são os tipos de relações trabalhistas tuteladas por esse ramo jurídico, além de apresentar as características gerais de um contrato de trabalho, e as especificidades do contrato de trabalho intermitente.

Entende Martins (2017) que o vocábulo trabalho deriva do latim *tripalium*, sendo assim, esse mecanismo era aplicado para tortura, feito por três paus aguçados, ou cangas que atravessava o animal. Os produtores rurais faziam o manuseio do *tripalium* para processar o trigo, linho e o milho.

Segundo Romar (2018) o trabalho nasce no momento que o homem passa a visualizar a capacidade de usufruir da mão de obra humana, para produzirem fortunas. Por corolário do aumento do trabalho, este está vinculado às áreas socioeconômicas de cada época da história.

Salienta-se Martins (2017) que na época da escravidão, os escravos não tinham valores, eles eram tratados como se fossem um objeto, sem qualquer direito, vistos apenas como propriedade, e nesse contexto, a escravidão foi configurada como umas das primeiras formas de trabalho. No passado, o trabalho escravo era realizado de forma ininterrupta, contínua, ou seja, enquanto havia força e vida, eles eram submissos a realizar as tarefas que os homens livres não faziam.

Doutrinariamente, Martins (2019) demonstra as diferenças dos trabalhos realizados pelos escravos e os exercidos pelos nobres: As atividades mais penosas, árduas e duras, eram praticadas pelos escravos, enquanto os nobres cidadãos tinham o direito de serem livres. Não existia aquela ideia de que o trabalho era significado de uma realização pessoal. Os escravos desempenhavam as atividades de características servis, ficando o trabalho mais superior como a política para as outras pessoas.

Martins apresenta um conceito contemporâneo de Direito do Trabalho, sendo um:

Conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado à situações análogas, visando assegurar melhores condições sociais e de trabalho ao empregado, conforme as medidas de proteção que lhe são destinadas (MARTINS, 2017, p.65).

CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

Conforme entende Delgado (2017, p. 226) que, o contrato de trabalho é um acordo tácito ou expresso, servindo de instrumento para que as partes buscam ajustar direitos e deveres mútuos. Nesse sentido, com base nesse conceito genérico desse instrumento jurídico, será exposto especificidades interligadas ao contrato de trabalho.

Nota-se, o conceito legal, de contrato de trabalho, previsto no artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas CLT (1943), como sendo “acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego.”

Suscita Romar (2018) que a definição de contrato de trabalho é um acordo de vontade de ambas as partes, estabelecido de forma expressa, seja pela via verbal ou

por escrito, ou tacitamente, configurado quando uma pessoa física (empregado) pactua com outra pessoa física (empregador), pessoa jurídica, ou até mesmo um ente sem personalidade jurídica para prestar, pessoalmente, de forma subordinada e pecuniariamente, atividades contínuas.

Entretanto, segundo Delgado tomando por base os pressupostos para o reconhecimento da relação de emprego, definiu o contrato de trabalho:

Como acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca à disposição de outrem seus serviços, a serem prestados com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação ao tomador de serviço (DELGADO, 2017, p. 226).

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Com o advento da Lei nº13.467 (2017) conhecida como Reforma Trabalhista, foi acrescido ao *caput* do artigo 443 da CLT, uma nova modalidade de contrato de trabalho, oportunizando as partes de celebrar prestações de serviços intermitentes.

Para Martinez (2019) essa nova modalidade de contratação de emprego, veio com o propósito de formalizar os conhecidos bicos.

Por conseguinte, Calvo define como:

Um novo contrato de trabalho *sui generis*, com a alternância de períodos de prestações de serviços e períodos de inatividade, estipulado em horas, dias ou meses, não importa a atividade do empregado e do empregador. (CALVO, 2019, p.93)

Corroborar-se o entendimento de Martinez (2019) que o contrato de trabalho intermitente foi um dos pontos mais criticados da reforma trabalhista, pois, oferece uma lacuna normativa, permitindo que o empregador remunere o empregado apenas quando houver demanda de trabalho, e que esse trabalho venha ser executado. Ou seja, não existe determinação fixa de jornada ou carga semanal mínima que o empregado deva cumprir.

Em vista disso, Leite (2018) destaca que, o contrato de trabalho intermitente retira um posto de emprego efetivo, substituindo-o por um informal. Além do mais, corrobora a ideia dessa nova modalidade de trabalho ser inconstitucional, pois, nota-se que é evidente que o trabalho intermitente camufla a superexploração do trabalho humano,

porque nenhuma garantia de estabilidade é oferecida ao empregado, pois, utiliza-se a sua mão de obra e logo descarta, confrontando os fundamentos da CF/88, de promover a cidadania, valores sociais do trabalho e de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Martinez (2019), no trabalho intermitente, para os efeitos trabalhistas, não será considerado tempo à disposição, se o empregado estiver em inatividade, dessa forma, conecta a ideia do zero *hour contract* (contratos sem horas pré-estabelecidas) na Inglaterra.

Segundo Calvo (2017), o Trabalho Intermitente está previsto no artigo 443, *caput* e §3º, da CLT, e o artigo 452- A estipula suas especificidades, e suas formalidades para realização.

Características do contrato de trabalho intermitente

Vislumbra-se que o conceito legal do contrato de trabalho intermitente, está estipulado no artigo 443, §3º, da CLT Brasil *in verbis*:

§3º considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, 1943).

Nos ditames doutrinários de Calvo (2019) a nova modalidade de contrato trabalhista é uma diversidade da relação de emprego, haja vista, que o empregado fica subordinado as atividades repassadas pelo empregador, se não há atividades a serem exercidas, não há remuneração para o empregado, em vista disso, rompe com o princípio da continuidade de emprego. Nesse sentido, converte-se para um contrato de trabalho mais flexível, favorecendo ao empregador no quesito de poder equilibrar a mão de obra com à demanda.

O caminho para a elaboração do contrato de trabalho está estipulado no artigo 452A, *caput*, da CLT, dispõe:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais

empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Outrossim, nos dizeres de Martinez (2019) ressalta-se que o trabalho intermitente deve ser pactuado por escrito necessário registrar na Carteira de Trabalho e Previdência Social, além da obrigatoriedade de descrever o valor detalhado da hora de trabalho.

Nesse contexto, é importante destacar como funcionam os meios de comunicações para convocação ou resposta do empregado e empregador, sendo assim, a CLT Brasil (1943) prevê que o empregador pode se utilizar de qualquer meio de comunicação para dar ciência ao empregado, com antecedência de 3 dias corridos do começo da atividade laborativa, e deverá ser especificado qual jornada o empregado exercerá.

Segundo Martinez (2019, p. 363) “tratando-se dos meios de comunicações, este poderá ser feito por qualquer meio que tenha eficácia (mensagem eletrônica, WhatsApp, cartas, telegramas, etc.)”.

Portanto, a CLT Brasil (1943) assim como estabelece prazo de 3 dias corridos para que o empregador notifique o empregado do início das atividades, há também prazo de 1 dia, para que trabalhador, após a sua notificação, dê ciência ao empregador, se aceita ou se recusa a proposta. Não havendo resposta, e governar o silêncio, presume-se que o chamado foi recusado. Havendo a aceitação, tão logo a celebração do tipo contratual em análise, é importante destacar que, a parte que descumprir suas obrigações estipuladas no pacto, sem justo motivo, deverá saldar multa de 50% da remuneração que a outra parte teria direito, com prazo de 30 dias para efetuar o pagamento, sendo possível compensar em igual prazo.

A doutrina de Martinez (2019), enfatiza que não será considerado tempo à disposição do empregador para efeitos de direitos trabalhistas, o momento que o empregado não esteja laborando (inatividade), na ocasião, o empregado em inatividade poderá também laborar para outros empregadores.

Salário no contrato de trabalho intermitente

Com o intuito de proteger o empregado intermitente, a CLT Brasil (1943) estabeleceu no artigo 452-A, *caput* que o salário hora do trabalhador intermitente não poderá ser inferior ao valor da hora do salário mínimo, ou para empregados que tem funções idênticas.

No artigo art. 452-A, §6º (BRASIL, 1943), do mesmo diploma legal, prevê que o trabalhador intermitente, findo o período da prestação de serviço, deverá perceber as parcelas referentes a remuneração, pagamento proporcional das férias com o acréscimo de 1/3 constitucional, décimo terceiro proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais, por exemplo adicional noturno na hipótese do trabalho ser realizado entre as 22h e 5h da manhã ou do adicional de horas extras. Martinez (2019) ressalta que apesar de haver dispositivo da CLT informando que a remuneração deverá ser realizada no final de cada atividade laborativa, prioriza que, havendo período de atividades superior a 30 dias, a remuneração deverá ser feita nesse prazo, não podendo ultrapassar.

Destarte, Martinez (2019) sob a ótica das férias, direito do trabalhador intermitente, relata que a cada doze meses, é garantido ao empregado intermitente, o direito de um mês de férias, nos doze meses subsequentes, sendo restrito ao empregador de convocá-lo, podendo esta ser fracionada em até três vezes, (art. 134, § 1º da CLT).

Nesse contexto, conforme já apresentado, Brasil (1943), que a remuneração ocorre no final da prestação de serviço, sendo assim nada terá de receber o empregado intermitente, quando for usufruir das férias, posto que, já foi efetuado o pagamento antecipadamente, consoante o art.452 - A, §6º, II da CLT.

Contudo, além do direito do empregado receber o pagamento referente a prestação de serviços, será dever do empregador de recolher a contribuição da previdência social e depositar parcelas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, tomando por base a remuneração paga mensalmente, com fulcro no artigo 452-A, 8º da CLT.

O trabalho intermitente é inovação da legislação trabalhista, ou seja, para alguns essa modalidade contratual tem o objetivo de aprimorar a lei do trabalho, porém, em contraponto, para outros doutrinadores, o trabalho intermitente é um retrocesso social, um modelo de trabalho que viola princípios constitucionais e trabalhistas.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O contrato intermitente sofre diversas críticas quando é confrontado com os princípios basilares do direito do trabalho, pois para alguns da seara jurídica, essa nova modalidade de trabalho viola os princípios constitucionais que protegem o empregado. Martinez (2019) enaltece o significado da expressão princípio, que deriva do *latim principium*, corrobora a ideia de começo de vida, ponto de partida, a origem e a base, ou seja, o momento que algo se inicia.

Todavia, para Martins (2017), é possível analisar os princípios somente interligados com a ética, sem estarem relacionados com o ordenamento jurídico. Em vista disso, baseados em regras morais, onde mostraria um caminho por onde as pessoas deveriam seguir. Posto isto, nota-se que os princípios jurídicos, servem para nortear o legislador e operadores do direito. Haja vista, o nascimento dos princípios esteja na ética e na política, por consequência acabam se introduzindo e sendo aplicado no ramo do direito.

Nos saberes de Martins (2017) há correntes que inserem os princípios no plano jus natural. Pois, de acordo com esse entendimento, os direitos naturais seriam a base do direito, sendo colocado acima da lei positivada. Nesse raciocínio, os valores estabelecidos nos princípios não podem ser feridos por nenhuma lei, portanto, caso haja afronta de lei à princípio constitucional, este deveria a prevalecer sobre aquele.

Para Martins (2017, p.125) "princípios são alicerces que fundamentam as ciências. No entanto, os princípios são as bases, as estruturas, os fundamentos, dar inspiração para a criação de normas jurídicas".

No entanto, Martins (2017) corrobora com a importância dos princípios para criação de normas jurídicas, além de adaptações que são determinadas no decorrer da evolução da sociedade: os princípios orientam, guiam, inspiram e fundamentam a construção do ordenamento jurídico. Podendo sofrer limitação a legislação que não seguir os preceitos principiológicos. Ressalta que, os princípios não são axiomas absolutos e imutáveis, pois com a evolução da sociedade, muda-se a visão fático, e consequentemente a necessidade da alteração da legislação.

Nesse contexto, Delgado (2016) aduz que a validade dos princípios é resguardada apenas quando são observados os limites conceituais e históricos específicos. Nessa toada, nota-se que os princípios surgem a partir de fatos históricos, e são baseados por legislações, no entanto, com o passar dos tempos, os princípios mais antigos são ofuscados pelos mais modernos. Nesse sentido, é possível que os princípios coexistam entre si. Assim como ocorre a interpretação sistemática da lei, deverá também ocorrer interpretação com os princípios. Portanto, havendo conflito entre princípios, é necessário analisar os valores posto em cada princípio conflitante, haja vista um princípio ser mais abrangente que o outro. Posto isto, o princípio mais recente prevalece sobre o mais antigo, assim como o de maior grau hierárquico prevalece sobre o de menor grau.

Segundo Martinez (2019), ao tratar acerca da solução do conflito entre princípios, menciona que deve ser realizada através da técnica da ponderação de valores e interesses. Contudo, o doutrinador esclarece que a ponderação não prevê superioridade entre princípios, mas, ressalta que um princípio pode prevalecer sobre outro por um determinado período.

Entretanto, demonstrado os conceitos, os aspectos gerais e particularidades dos princípios, será apresentado adiante os conceitos dos princípios supostamente não observados e violados pelo legislador ao criar o trabalho intermitente.

PRINCÍPIO PROTETOR

De início, Martins (2017) em face da situação de vulnerabilidade econômica do empregado em relação ao empregador, existe o princípio da proteção, com o objetivo propor igualdade entre as partes em uma relação jurídica, além do mais, busca-se preencher a lacuna de vulnerabilidade econômica do empregado, além de equilibrar a relação de emprego entre empregado e empregador.

O doutrinador Martins (2017) suscita que o princípio da proteção, é subdividido em três espécies: princípio da lei mais favorável, da aplicação da condição mais benéfica e o *in dubio pro operário*.

Conforme Martins (2017) diante de uma regra trabalhista deve ser aplicado a regra que mais favorece o empregado (*in dubio pro operário*).

Segundo a doutrinadora Romar (2018) o *in dubio pro operário* trata-se de interpretações de normas jurídicas, ou seja, quando se tem diversas formas de interpretação para uma determinada regra, o juiz ou intérprete deve aplicar a norma mais favorável ao empregado.

Para Barros (2016) o *in dubio pro operário* projeta-se no instante que pairar incerteza de aplicação de norma, porém, não deve ser sustentado na falta de prova, beneficiando quem tinha o ônus de provar e não fez.

Segundo o doutrinador Martins (2017) para ter melhor compressão da aplicação da norma mais favorável, é necessário dividir em três formas:

(1) criação de leis mais benéficas aos empregados, posto isso, é preciso que na criação de leis, seja elaborado regra que beneficiam a condição social do empregado; (2) hierarquia de normas jurídicas: ou seja, havendo possibilidade de aplicação de várias normas hierarquicamente compatíveis, deve se atentar para a norma que mais beneficia o trabalhador; (3) hermenêutica da norma mais favorável: quando existir várias norma a serem observadas, aplica-se ao empregado a mais benéfica (MARTINS, 2017, p.135).

Nesse contexto, esclarece Delgado (2017) o quão faz necessário a aplicação do princípio da proteção, pois deve prevalecer a aplicação da norma que mais favoreça ao empregado, além de fornecer uma justa relação de emprego, além do mais, fica vedado a diminuição de direitos adquiridos.

PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

O doutrinador Martinez (2019) corrobora com o entendimento que o princípio da irrenunciabilidade, proíbe o empregado de dispor de seus direitos trabalhistas. Nesse sentido, afirma que, serão nulos os atos jurídicos que contrariarem esse princípio. O princípio em análise protege o empregado de uma falsa ilusão de benefício ao renunciar seus direitos trabalhistas.

Romar (2017) em suas palavras, destaca a importância do objetivo do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas já adquiridos: sua principal função é limitar a autonomia das partes, pois não pode o empregado dispor de alguns direitos trabalhistas por causa de um temor de perder a vaga de emprego.

Entretanto, segundo Martins (2017) existe uma exceção que possibilita o empregado de dispor de direitos, portanto, essa renúncia deve ser realizada perante um

Juiz do Trabalho, de tal forma que não seria mais possível fundamentar que o empregado estava sendo coagido a renunciar direitos adquiridos.

Além do mais, Romar (2017) com a recente reformar trabalhista, mostrou-se mais uma possibilidade do empregado hiperssuficiente, previsto no artigo 444, parágrafo único, da CLT, de renunciar seus direitos, portanto relativizando o princípio da irrenunciabilidade. Entende-se que esse tipo de empregado poderá transacionar direitos garantidos no artigo 611- A da CLT, podendo inclusive renuncia-los.

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Segundo Romar (2018) o princípio da continuidade tem por objetivo ampliar o máximo possível a duração do contrato de trabalho.

Na mesma linha de pensamento Delgado (2017, p. 226) “destaca que o princípio em análise traz em seu arcabouço, a regra geral que o contrato de trabalho seja por tempo indeterminado, preservando dessa maneira a relação de emprego”.

Nos ensinamentos de Leite (2018, p. 108) “pode ser aplicado o princípio em tela, quando pairar dúvida acerca da duração do contrato de trabalho.”

A autora Romar (2018, p. 60) “ressalta que quanto maior for a durabilidade da relação contratual, mais seguro estará o empregado de prover seu próprio sustento e de sua família”.

Com amplo conhecimento, Martinez (2019) destaca que o princípio em questão, assegura que o empregado não tenha a intenção de extinguir o contrato de emprego. Nesse sentido, vislumbra-se que contrato trabalhista venha ser extinto pelo empregador e sem justa causa.

Entrementes, é entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho no verbete 212, ressaltando que compete ao empregador o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviços e o despedimento, pois o princípio da continuidade da relação de emprego é mais favorável ao trabalhador (BRASIL, 2003, Enunciado 212).

PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Para Romar (2018) o princípio da irredutibilidade salarial está previsto no artigo 7º, VI, da Constituição Federal de 1988, essa previsão constitucional tem a finalidade de proteger o salário do empregado de eventuais reduções. Nesse sentido, é vedado ao empregador reduzir o salário do empregado. Serão nulos os atos unilaterais que reduzirem os vencimentos. Salienta-se que o princípio em questão não tem sua aplicabilidade de forma absoluta, pois, a própria legislação constitucional relativiza-o, autorizando a redução do salário do empregado por meio de celebração de acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho.

Nessa perspectiva, Martinez (2019) ressalta que não basta que redução do salário do empregado seja realizado por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva, tem que haver um motivo de fato ou de direito, que tenha o objetivo de beneficiar as condições do empregado.

Mormente, a CLT Brasil (1943) especificamente em seu artigo 462, *caput*, ressalta a proibição do empregador de efetuar quaisquer descontos no salário do empregado, exceto quando o desconto for de adiantamentos, de dispositivo de lei ou de negociação coletiva.

Contudo, o doutrinador Martinez (2019) há jurisprudência pacífica sobre o tema apresentado anteriormente, consolidando o entendimento que poderá o empregador com anuência expressa do empregado efetuar outros descontos no seu salário. Resta claro a concretização desse ato no exemplo do empregador efetuar descontos pela adesão do empregado a plano de saúde.

Delgado (2017) ressalta que com base no princípio da irredutibilidade salarial, assegura-se ao empregado o crescimento e a afirmação de ser humano, tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana, nesse sentido, quando o direito do trabalho assegura salário para o empregado, estaria assim oferecendo condições mais dignas aos prestadores de serviços para que possam conviver no meio social. Em vista disso, apresentou-se como são relevantes os princípios que norteiam o direito do trabalho, os quais promovem condições mais benéficas aos empregados em relação ao empregadores, sendo assim, faz necessário uma análise no contrato intermitente, para averiguar se essa inovação contratual respeita esse panorama principiológico.

A CONSTITUCIONALIDADE DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO INTERMITENTE

Será apresentado posteriormente os aspectos do contrato intermitente frente aos direitos trabalhistas e princípios do direito do trabalho assegurados na CF/88. Sendo assim, serão apresentados os direitos sociais do empregado garantidos na Constituição, e se esses direitos estão sendo obedecidos na prestação do trabalho intermitente.

Por conseguinte, com essa nova modalidade contratual, que sofreu críticas por grande parte dos operadores do direito, pautando que o trabalho intermitente viola direitos sociais do trabalho garantidos na Carta Magna.

Com mesmo entendimento, Streck (2017) compartilha a corrente de que o trabalho intermitente é afronta a Constituição. Suscita que é cristalina a inconstitucionalidade no âmago do contrato de trabalho intermitente.

Nesse contexto, segundo Nascimento (2019) a nova modalidade de contrato de trabalho acrescentada pela Reforma Trabalhista, é reputada sob uma perspectiva de precarização da relação de trabalho. Sendo assim, tal observação tem como escopo a insegurança jurídica do empregado no que concerne ao recebimento do salário no final de cada mês, haja vista que, o trabalhador intermitente somente perceberá salário se houver demanda de atividade à ser exercida, ou seja, o empregado fica refém da demanda, em vista disso, é incerto que o trabalhador intermitente receba salário todo mês.

Outrossim, Ferreira (2019) esclarece que é relevante ressaltar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram apresentadas junto ao Supremo Tribunal Federal (ADIs 5806, 5826, 5829 e 5950) com o objetivo de entender ser inconstitucional o trabalho intermitente.

No entanto, embora muitas discussões acerca da inconstitucionalidade do contrato intermitente, em resposta, o Ministério Público Federal, Brasil (2018) enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal defendendo ser constitucional o trabalho intermitente, pois, a nova modalidade de trabalho, inserida pela Reforma, não apresenta um declínio na relação de emprego, tão menos diminui a proteção do empregado intermitente.

Nessa toada, para se tratar de (in) constitucionalidade, são necessários saber quais são os direitos sociais trabalhistas assegurados na Carta Magna.

DIREITOS SOCIAIS DO EMPREGADO ASSEGURADOS NA CARTA MAGNA

Segundo a Carta Magna, Brasil (1988) no artigo 6º mostra que o trabalhador tem um rol de direitos sociais a serem respeitados e garantidos à sociedade, em conjunto com a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Nesse sentido, importa-se destacar qual é o conceito de direitos sociais, ressaltando-se sua relevância para o meio social.

Nos ensinamentos de Lenza (2018) os direitos de segunda dimensão (direitos sociais) estabelecido no art.1º, IV da CF/88, insere-se como atos positivos a serem elaborados pelo Estado (Social de Direito) com objetivo de ser realizada a isonomia substancial e social, pretendendo sempre trazer benefícios e melhores condições de vida social.

Nesse mesmo entendimento, Vasconcelos (2019) ressalta que a finalidade do direito social é diminuir a desigualdade na sociedade, aperfeiçoando o modo de vida do ser humano, implementando sistemas que atendam os menos favorecidos. Nesse contexto, Vasconcelos (2019) menciona a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso aos direitos sociais, entendo que, não poderá a lei retroceder naquilo que já evoluiu. Entretanto, deverão ser reprimidos os atos estatais com cunho de revogar direitos já garantidos, desse modo, não permitia-se o aumento da desigualdade social. Para Motta (2019) os direitos sociais se caracterizam pela implementação das pessoas no meio social, e possibilitando o alcance das coisas que suprem suas necessidades. Os direitos sociais tem como escopo o bem estar do homem. Tem um olhar mais atencioso para os seres humanos mais carentes, ou seja, aquela parte da sociedade que, por algum motivo não conseguem obter esses melhoramentos de formas independentes, como é o caso do desemprego, velhice, doença, infância, deficiência física ou mental.

Esclarece Vasconcelos (2019) que os direitos sociais previsto no art.7º da CF/88, não são taxativo, ou seja, poderá ser acrescido na legislação outros direitos sociais com finalidades de propor benefícios sociais para o seres humanos.

Nessa toada, Mendes e Branco (2017) ressaltam que vários são os direitos sociais do trabalho elencados na Constituição, outrossim, esses preceitos servem de base para qualquer relação empregatícia.

Por conseguinte, será exposto nesse capítulo se há (in) constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente em consonância aos princípios sociais do trabalho previsto no art.7º, da CF/88, com ênfase nos incisos:

- I – continuidade da relação de emprego;
- [...]
- IV – salário mínimo;
- V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI – irredutibilidade salarial. (BRASIL, 1988, art. 7º)

Ruptura da continuidade face à continuidade da relação de emprego

Segundo a Constituição Federal, Brasil (1988) prevê no artigo 7º, inciso I, o princípio da continuidade da relação de emprego, com o intuito de vedar a dispensa arbitrária e sem justa causa.

Nesse sentido, Romar (2018) esclarece que a continuidade da relação de emprego é uns dos princípios basilares que sustentam do direitos do trabalho, e tem como finalidade ampliar o máximo possível de tempo da relação trabalhista, assegurando juridicamente ao empregado a remuneração de forma contínua, garantindo maior desenvolvimento pessoal do empregado e de sua família, sem se preocupar com a instabilidade do desemprego.

Em contraponto, segundo a nova redação da CLT, Brasil, (1943) o art.443, § 3º, que versa sobre o contrato intermitente, não se faz presente entre o empregador e empregado a continuidade da relação de emprego, haja vista que, o trabalho intermitente se dar em momentos de prestação de atividade e períodos de inatividade do prestador.

Corroborando com esse entendimento Calvo (2019) ressalta que há incertezas sobre a constitucionalidade do contrato intermitente, pois, essa nova modalidade de trabalho colide com diversos princípios do Direito do Trabalho, principalmente, ao estabelecer a realização de relação empregatícia de forma não contínua.

Nesse contexto, Calvo (2019) expõe que umas das ilações da continuidade não fazer presente no contrato intermitente, é o fato de abrir brecha para que o empregador

contrate mão de obra de acordo com as demandas de produção e serviços do mercado, para, portanto, evitar prejuízos quando não houver demanda.

Partindo da mesma ideia Martins (2017) suscita que a celebração de contrato sob o regime de trabalho intermitente, é proveitosa para o empregador, pois, ele consegue equilibrar a mão de obra com à demanda de serviços. Porém, em virtude do Direito do Trabalho ter como escopo a proteção do empregado sob a ótica de inferioridade na relação de emprego, essa modalidade contratual não poderá ser prejudicial ao trabalhador.

Prevê a CLT Brasil (1943) em seu art.452, §5º, uma vantagem para o empregado, ao estabelecer que em períodos de inatividade ele possa prestar atividades empregatícias para outros empregadores, ou seja, o empregado tem a possibilidade de prestar serviços a outras empresas, não ficando submisso a demanda de apenas um empregador para garantir sua remuneração.

Na ocasião, Brasil (2017) o MPF firma posicionamento em parecer expedido para a ADI 5826, defendendo a constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, pois, argumenta-se que a prestação descontínua do trabalho não pode ser interpretada de modo a presumir a fragilização da relação de trabalho ou a falta da proteção para os trabalhadores.

Nesse prisma, Brasil (2017) o parecer criado pela Procuradora-Geral da República, defende que o trabalho intermitente traz vantagens tanto para o empregado quanto para o empregador: pois, no contrato intermitente, o prestador estará laborando (tão logo receberá remuneração), ou estará inativo (livre) para prestar serviços à outros empregadores, realizando novos trabalhos e novos projetos. Outrossim, a nova modalidade de trabalho, atende os empregados que buscam flexibilidade na jornada para exercer outros interesses. Nesse sentido, afirma o parecer que, tanto na ótica do empregador quanto a do empregado, podem existir benefícios que faz o contrato intermitente ser o melhor caminho a ser tomado que a formalização de uma relação de emprego padrão.

O pagamento por hora trabalhada face à garantia de salário mínimo

Segundo o doutrinador Martins (2019) salário é uma contraprestação que o empregado, prestada a atividade laboral, terá direito de perceber do empregador. Com base constitucional, no artigo 7º, inciso IV, CF/88 Brasil (1988) terá direito o trabalhador a perceber salário, sendo este direito unificado nacionalmente, por conseguinte, esse salário terá que considerar as necessidades básicas de vivência do empregado no meio social, e de sua família, sendo como necessidade básicas nesse contexto, a moradia, lazer, transporte, higiene, saúde, educação, vestuário, alimentação e a Previdência Social, e ainda estabelece a garantia de que o salário sofra reajuste periodicamente.

A CLT Brasil (1943) em seu artigo 452- A, determinou que o contrato de trabalho intermitente deve conter o valor da hora salário, dando ênfase que, o valor da hora salário, não pode ser inferior do valor da hora do salário mínimo, ou inferior do salário do empregado da mesma função.

Importante destacar os ensinamentos de Martinez (2019) que, apesar da CLT prevê, em seu artigo 452-A, §6º, que o momento do pagamento do salário será ao final do período da atividade, e esse tempo for superior a 30 dias, o pagamento deverá ser realizado no final de cada mês, sendo assim, preservando o provimento do empregado. Sendo esse um dos aspectos do contrato de trabalho intermitente criticados pelos operadores do direito, sendo inclusive objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5826), que tramita na suprema corte, entretanto, autor fundamenta que o trabalho intermitente não supre a subsistência do empregado, pois, o pagamento do salário está em patamar menor do mínimo previsto na constituição. Entretanto, Brasil (2017) em parecer expedido pela PGR, consolidando pela constitucionalidade do contrato do trabalho intermitente, sustentando que não há violação a preceito constitucional, afirmando que a lei estabelece paridade entre o valor do salário mínimo legal e o valor da hora salário do contrato de trabalho intermitente.

Outrossim, o parecer em análise, defende que existe para o contrato de trabalho intermitente, a garantia do trabalhador de perceber remuneração mínima.

Nesses termos: Brasil (2017) de modo semelhante aos empregados da contratação típica, aos trabalhadores em regime de intermitência é garantida remuneração mínima à proporção dos serviços prestados. É dizer: uma vez assegurado o salário mínimo pelo tempo efetivamente trabalhado (por valor horário, diário ou

mensal) proporcional ao que deveria ser pago na contratação regular, não há se falar em ofensa ao texto constitucional.

Nesse sentido, consoante a lei trabalhista e o parecer do Ministério Público Federal relativo a sua constitucionalidade, faz necessário apresentar que a nova modalidade de prestação de serviço, não viola a Constituição Federal no quesito de remuneração do empregado intermitente, posto que, o trabalhador receberá proporcional ao serviço prestado, tendo como base para o cálculo da remuneração da hora, dia ou mês ajustado o salário mínimo estabelecido na legislação.

Remuneração por hora da prestação de serviços face à garantia do piso salarial

A Constituição Federal, Brasil (1988) estabelece no art. 7º, V, que o empregado deverá receber proporcional à extensão e à complexidade dos serviços prestados, não podendo a perceber inferior ao piso salarial.

Martinez (2019) ressalta que existe diferença entre o piso salarial mínimo unificado nacionalmente, e o piso salarial estabelecido na Lei Complementar n. 103/2000 (proporcional à extensão e complexidade). Ademais, esclarece que, a complexidade está voltada para àquelas tarefas mais árduas, difíceis, e a extensão está abarcada na ideia um trabalho cansativo, laborioso. Sendo assim, não se confundem padrão salarial mínimo geral, nacionalmente unificado, com aquele previsto na Lei Complementar n. 103/2000 em termos “os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho”. Sendo assim, há uma análise crítica feita pelo doutrinador em apreço, no que conduz a referida lei complementar 103/2000, ao exposto que o piso salarial deve ser previsto para os trabalhadores de atividades específicas, em virtude de cada particularidade de cada uma delas. Nota-se que à extensão e à complexidade das atividades são pressupostos previsto na Constituição Federal, para fundamentar uma justificação de piso salarial diferente daquele piso unificado nacionalmente. Nessa senda, conforme apresentado, a CLT Brasil (1943) prevê que, as prestações das atividades laborativas que estiverem sob a égide do contrato de trabalho intermitente, serão remuneradas de acordo com o valor

da hora do salário mínimo ou valor da hora devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

Por conseguinte, nota-se que é assegurado ao trabalho intermitente o valor proporcional à extensão e complexidade do trabalho realizado, uma vez que a legislação trabalhista garante que o valor da hora no contrato de trabalho intermitente deve ser proporcional ao valor da hora do salário mínimo ou do valor devido aos demais empregados na mesma função, ou seja, caso exista a fixação de piso salarial por algum Estado ou pelo Distrito Federal, o valor da hora no contrato intermitente deve estabelecido proporcionalmente ao valor da hora do piso salarial.

A remuneração por hora trabalhada face à irredutibilidade salarial

Inicialmente, Brasil (1988) mostra-se necessário dispor que o artigo 7º, VI, da Constituição Federal, prevê que o salário do empregado é irredutível, salvo se a redução for estabelecida por convenção coletiva ou acordo coletivo, sendo assim, trata-se de direito relativo, inerente ao empregado. Portanto, nota-se que apesar da CF/88 assegurar ao empregado o direito da irredutibilidade salarial, este direito poderá ser relativizado, com a redução do salário do trabalhador por meio de convenção ou acordo coletivo.

Outrossim, os ensinamentos de Romar (2018) esclarece que, a regra posta anteriormente, tem como finalidade de proteger o salário do empregado contra possíveis reduções realizadas de formas unilaterais, não sendo negociada através de convenção e acordo coletivo, acarretando, portanto a nulidade desse ato.

Entretanto, Martinez (2019) esclarece que, a exceção à regra da irredutibilidade salarial do empregado, apesar ocorrer por meio de convenção ou acordo coletivo, deva também ser ofertado alguma melhoria para o empregado, sendo, portanto, vedada a redução sem que haja algum benéfico para o trabalhador.

Nesse contexto, Delgado (2017) resta cristalino que a irredutibilidade salarial está interligada com princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que protege o empregado de não receber salário inferior ao patamar ajustado entre as partes. Conforme apresenta a CLT Brasil (1943) o contrato de trabalho intermitente possui uma característica específica, a alternância, pois há momentos em que o empregado estará

prestando atividade laboral e também períodos de inatividade. Por conseguinte, o empregador deverá acionar o empregado, por qualquer meio de comunicação, com antecedência de 3 dias do período de iniciação da atividade.

Segundo Martinez (2019), existe uma enorme crítica por parte dos operadores do direito no que tange a essa característica primordial dessa nova modalidade contratual, uma vez que essa alternância permite ao empregador de acionar a prestação de serviço do empregado somente quando sua empresa tenha demanda. Restando claro, dessa forma, não ser possível compatibilizar uma jornada fixa ou carga semanal fixa a ser prestada pelo trabalhador.

Nessa senda, destaca-se novamente que a CLT Brasil (1943) assegura que o valor do salário do empregado sob o regime de contrato de trabalho intermitente, não poderá ser inferior ao valor da hora do salário mínimo legal unificado nacionalmente ou em patamar inferior aos empregados que exercem a mesma função e na mesma empresa.

Sendo assim, a CLT Brasil (1943) prevê que o empregado terá direito ao recebimento do valor estabelecido no início do vínculo empregatício, respeitando o valor do mínimo legal.

Nesse contexto, segundo parecer, Brasil (2017) expedido pelo Ministério Público Federal na ação direta de inconstitucionalidade 5826 fundamenta em sua tese defensiva que não há qualquer impedimento para que as partes venham a celebrar o contrato de trabalho intermitente, haja vista, que esta nova modalidade contratual a remuneração será para o empregado o valor proporcional ao período trabalhado. Ato contínuo, ressalta-se que a jornada de trabalho intermitente não viola a Constituição Federal, pois é respeitada a proporcionalidade da remuneração do empregado sobre o regime intermitente com o valor pago aos empregados com vínculo empregatício tradicional.

Diante disso, resta cristalino que não há qualquer violação ao princípio da irredutibilidade salarial, pois as partes antes de iniciarem as atividades eles pactuam qual será o valor a ser pago como remuneração, ou seja, há antecipadamente uma negociação. Por conseguinte essa nova modalidade empregatícia intermitente pode causar oscilações na remuneração recebida pelo empregado ao finalizar cada período de atividade, haja vista que esses não têm a obrigatoriedade de serem iguais, ou seja, será pago ao trabalhador intermitente o valor proporcional ao período da atividade

prestada, no entanto, esse empregado não sofrerá redução no salário, visto que esse será proporcional ao valor acordado entre o prestador e o tomador de serviço.

A celebração do contrato intermitente face aos direitos sociais previstos na constituição federal de 1988

A lei 13.467 (BRASIL, 2017) conhecida como reforma trabalhista, alterou o caput do artigo 443 da CLT, esse dispositivo prever sobre as formas de celebração de contrato de trabalho individual. Com a Reforma possibilitou para que os trabalhadores e empregadores pudessem celebrar o contrato intermitente.

Segundo Martinez (2019), essa nova modalidade de contrato de trabalho estabelece que o trabalhador realizará as atividades empregatícias de forma intercalada, ou seja, haverá momento que o empregado estará prestando atividade e período que estará inativo, tendo por concepção a ideia do *Just in time*, haja vista que o empregador negociará o período de atividades com o empregado conforme a demanda de serviços.

Nesse contexto, essa nova modalidade contratual trazida pela reforma trabalhista foi criticada pelos operadores do direito, em relação a observância das normas constitucionais.

O doutrinador Leite (2018, p. 457) ressalta que o trabalhador sob o regime intermitente estará sobre uma forma de superexploração de seu trabalho haja vista colocar em xeque toda a estrutura constitucional de cidadania, de direitos trabalhistas e de uma sociedade digna ao tornar a mão de obra do empregado descartável, de acordo com a demanda de serviço do empregador.

Outrossim, a Constituição Federal (1988) mostra-se novamente necessário ressaltar que o trabalho está constitucionalmente tipificado no rol do artigo 6º como direitos sociais assegurados à população.

Entrementes, Motta (2019) nota que a relevância dos direitos sociais está interligada com a sua finalidade de propor melhoramentos nas vidas das pessoas, especialmente daquelas mais necessitadas, garantindo a eles o acesso aos bens que supram suas necessidades básicas. Diante disso busca-se diminuir a desigualdade social ensejando vida digna para todos. Nesse contexto, (MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL, 2019) em vista da finalidade dos direitos sociais constitucionalmente estabelecido e as críticas apresentadas ao contrato de trabalho intermitente, o Supremo Tribunal Federal foi por meio da protocolização da ADI, instado a se manifestar sobre o teor da observância constitucional pela nova modalidade de prestação de serviço intermitente.

Nessa senda, Brasil (2017) o MPF compôs parecer defendendo que o contrato de trabalho intermitente não fragiliza as relações de empregos nem tão menos viola a Constituição Federal, haja vista ser garantido ao empregado intermitente o recebimento de salário proporcional ao valor do salário mínimo constitucional, em relação ao tempo efetivamente trabalhado, além de, garantir ao trabalhador o pagamento de todas as verbas asseguradas constitucionalmente na relação de emprego como por exemplo, férias com acréscimo de 1/3 constitucional, 13º salário, todas pagas na proporção da tarefa prestada pelo trabalhador intermitente. Segundo o Ministério Público Federal, Brasil (2017) a prestação de serviços intermitentes darão vantagens para ambas as partes em uma relação trabalhista: embora o contrato de emprego típico possa criar uma maior sensação de segurança ao empregado, principalmente em razão da ótica cultural estabelecida por décadas de vigência da CLT sem alterações tão substanciais como as implementadas pela lei 13467/2017, importa se dizer que a nova modalidade contratual expõe novas oportunidades para os envolvidos na relação trabalhista, sejam empregado ou empregadores. Pois, na relação trabalhista intermitente, ou o trabalhador estará exercendo os serviços e estará recebendo proporcional a eles, ou o empregado estará livre em busca de novas oportunidades com diferentes empregadores.

Por conseguinte, a Procuradoria Geral da República declarou que caso haja eventual utilização do contrato de trabalho intermitente em desacordo com a lei, nesse sentido, deverá ser analisado no caso concreto, mas não enseja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Diante desse Capítulo, é notório que o contrato de trabalho intermitente não deve ser considerado como um retrocesso aos direitos sociais do trabalho, porém, sim como inovação instrumental com capacidade de adaptar as necessidades de empregados e empregadores, trazendo vantagem para ambas as partes. Ainda que a continuidade não se faça presente no vínculo de trabalho intermitente, não presume-se um prejuízo para o empregado, pois é no período que o empregado está inativo que surge novas oportunidades para que ele possa prestar serviços a outros empregadores ou realizar

novos projetos capazes de gerar renda, sendo assim, provendo o sustento próprio e de sua família.

Nesse sentido, as demais críticas analisadas: a garantia de salário mínimo; piso proporcional à extensão e complexidade do trabalho; observam estabelecido na Constituição Federal, uma vez que o trabalhador receberá seu pagamento proporcional ao tempo efetivamente trabalhado.

CONCLUSÃO

Inicialmente, este artigo científico teve por problematização a verificação se o contrato de trabalho intermitente possa ser declarado inconstitucional face aos direitos sociais do trabalho e aos princípios assegurados constitucionalmente.

Por derradeiro, é exposto no segundo capítulo o conceito contemporâneo de Direito do Trabalho, com o objetivo de demonstrar a definição e as características do contrato de trabalho e contrato de trabalho intermitente.

O terceiro capítulo ficou reservado para ressaltar sobre os princípios trabalhistas previsto na Constituição Federal, ou seja, nesse referido capítulo é ressaltado o conceito da palavra princípio e sua importância para o mundo jurídico, haja vista consistir em sustentação para o direito, são os pilares de todo o arcabouço jurídico.

Nessa senda, a pesquisa buscou expor a conceituação dos princípios previsto constitucionalmente que não são observados na pactuação do contrato de trabalho intermitente, quais sejam: princípio da irrenunciabilidade, princípio da continuidade, princípio da irredutibilidade salarial e princípio protetor.

Ao quarto capítulo ficou a responsabilidade de demonstrar a resposta da pergunta problema, que é o foco desse trabalho, que consiste em verificar a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente por ir de confronto aos direitos sociais e os princípios trabalhistas previsto na Carta Magna. Em vista disso, foram apresentados os referidos direitos sociais trabalhistas previsto na Constituição Federal, especificamente os previstos no artigo 7º inciso I (continuidade da relação de emprego), IV (salário mínimo), V (piso proporcional à extensão e à complexidade do trabalho) e VI (irredutibilidade salarial). Nesse sentido, restou demonstrado que o contrato de trabalho intermitente é uma inovação no direito do trabalho, consistente em um novo vínculo de emprego que tem como característica

predominante períodos de atividade e outros de inatividade proposto ao empregado de acordo com a necessidade do empregador de utilizar de sua mão de obra.

Por fim, o contrato de trabalho intermitente assegura o respeito e a observação da integralidade dos Direitos Trabalhistas, uma vez que a remuneração do empregado é realizada proporcional ao tempo efetivamente laborado, além de assegurar que o valor da hora na jornada intermitente seja equivalente ao valor da hora mínima do salário mínimo ou ao valor da hora acertada aos demais funcionários do estabelecimento.

Outrossim, restou evidenciado que a continuidade não se faz presente no trabalho intermitente, entretanto não pode presumir que o empregado terá prejuízo por não ser instituído a continuidade na relação de emprego, pois a jornada de trabalho intermitente possibilita ao empregado realizar novos trabalhos, projetos nos períodos em que estiver em inatividade.

Posto isto, salienta-se que o contrato de trabalho intermitente não viola, não ofende e não é contrário aos direitos sociais e aos princípios basilares do direito do trabalho previsto na Carta Magna, pois não acarreta rebaixamento da proteção ao empregado em relação ao empregador, e não há retrocesso no que concerne aos direitos trabalhistas, haja vista que em sua pactuação pode trazer benefícios na relação de emprego tanto para o empregado, quanto para o empregador.

Embora o modelo de contrato de trabalho tradicional consistir em maior segurança aos empregados, este pesquisador detectou no contrato de trabalho intermitente uma forma de tornar mais flexível a relação de emprego, haja vista que oferta e demanda regulam a economia de mercado, no entanto, empregado e empregador tenham a possibilidade de se ajustarem as variações que ocorrem ao longo do tempo na demanda de produção. Nesse sentido, o contrato de trabalho intermitente pode ser considerado como uma modernização na legislação trabalhista que busca se adequar as possibilidades de prestações de serviços com a realidade social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:.

Anais da XI Mostra Científica da Faculdade Estácio de Vitória – FESV

N.11, v.1, março de 2021 – ISSN: 2358-9515

www.estacio.br

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em:
Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **Decreto lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm> Acesso em:
03 de ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5826, Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPOSPETRO.** Relator: Min. Edson Fachin. 23 de nov. de 2017. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>. Acesso em 05 de set. de 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 212.** Brasília, 2003. Disponível em:
<[#SUM-212](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.htm)> Acesso em: 05 out. 2020.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

FERREIRA, Vinícius Sousa. **As possibilidades de trabalho intermitente após a reforma trabalhista.** Consultor Jurídico. São Paulo, 2 mar. 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/vinicius-ferreira-trabalho-intermitente-reforma-trabalhista>. Acesso em: 01 de set. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadro Pessoa. **Direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Em manifestação enviada ao STF, Raquel Dodge defende constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente**. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-manifestacao-enviada-aostf-raquel-dodge-defende-constitucionalidade-do-contrato-de-trabalho-intermitente>> Acesso em: 20 de set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Por que a nova modalidade de regime de trabalho é tão criticada? **Exame**. São Paulo, p. 1-2. 7 jun. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/por-que-a-nova-modalidade-de-regime-de-trabalho-e-tao-criticada>> Acesso em: 20 de set. 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

STRECK, Lenio Luiz. Reforma trabalhista: contrato intermitente é inconstitucional. Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 04 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>. Acesso em: 10 de set. 2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

