



Procedimento Administrativo nº 09/2018

Assunto: Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/10)

PARECER

I. OBJETIVO

Trata-se de análise crítica da Lei nº 12.318/2010, no tocante à definição de condutas que caracterizam a alienação parental, as sanções legalmente previstas e o tratamento jurídico dado à matéria, com ênfase na atribuição de ato caracterizador de alienação parental a mães que, após denunciarem maus tratos ou abusos sexuais cometidos pelo genitor contra seus filhos, sofreram as sanções de alteração ou inversão de guarda.

O presente parecer, portanto, busca examinar a lei nº 12.318/2010 sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente, mas também à luz das relações de gênero e dos princípios da Constituição Federal, da Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária.

Desde já consigna-se que não se buscará enfrentar parte das questões polêmicas que envolvem a própria concepção da alienação parental enquanto “síndrome”, como sustentado por parte da Doutrina, por fugir do escopo jurídico do presente parecer. Basta, para o fim aqui proposto, registrar que há sérias e amplas controvérsias nos campos da psiquiatria e a psicologia sobre as consequências das interferências realizadas por quem detém autoridade parental sobre os filhos no sentido de provocar afastamentos e rupturas na convivência familiar entre aquele que não detém a guarda e a criança/adolescente, daí não decorrente, necessariamente, a validade do diagnóstico de uma *síndrome de alienação parental*.

Em suma, portanto, propomo-nos a responder três questões:

(i) Qual o panorama normativo de proteção da criança e do adolescente vítimas de violência (física, psicológica e sexual)?

(ii) O panorama normativo posto admite que denúncias de abuso sexual formuladas, de boa-fé e fundadas em indícios, por genitoras que detém a guarda de seus/suas filhos/as possam implicar a reversão da guarda das crianças ou mesmo a suspensão do poder familiar, caso não comprovadas em juízo?

(iii) na hipótese de caracterização de alguma(s) das condutas exemplificadas no rol do art. 2º da Lei nº 12.318/10, qual(is) devem ser as medidas preferencialmente aplicadas à luz



dos princípios informativos da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente que embasam a Doutrina da Proteção Integral?

II. A REPRESENTAÇÃO FEITA PELO COLETIVO “MÃES EM LUTA”

O presente Procedimento Administrativo foi instaurado a partir de comunicação feita pela Defensoria Pública-Geral ao Núcleo Especializado da Infância e Juventude acerca de pedido protocolado junto ao Conselho Superior da Defensoria Pública, em 19 de janeiro de 2018, subscrito pela Coordenadora de São Paulo do Coletivo “Mães em Luta”.

Conforme relatado na referida representação, diversas mães de todo o Brasil, ao denunciarem maus tratos ou abusos sexuais cometidos pelo genitor contra seus/suas filhos e/ou filhas, estão sendo judicialmente consideradas alienadoras parentais, pois, neste contexto, recorrentemente o pai solicita a inversão da guarda da criança sob o argumento de que a acusação consiste em falsa denúncia feita pela genitora, hipótese que, nos termos da Lei nº 12.318/10, caracteriza(ria) a alienação parental (art. 2º, inciso VI).

Em muitos casos, essas mães estão perdendo a guarda das crianças, que passam, por sua vez, a conviver com o pai acusado das agressões.

Diante desse cenário, foi criado o coletivo “Mães na Luta”, formado por genitoras separadas de seus filhos, que requer: 1) a promoção de medidas de apuração de violência sexual contra as crianças; 2) a desvinculação da realização de denúncias de abusos sexuais realizadas pelas mães contra o genitor à caracterização de alienação parental; 3) o estabelecimento de limites para a aplicação da Lei 12.318/10; e 4) o reconhecimento do seu direito de exercício da maternidade, com participação no crescimento e na educação de seus filhos.

III. A LEI N. 12.318/10: HIPÓTESES LEGAIS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A análise do cenário exposto exige um exame da Lei de Alienação Parental e dos seus fundamentos.

Nos termos do caput do art. 2º da lei, consiste em alienação parental “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.



Já o art. 3º da lei dispõe que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”.

Em uma primeira leitura dos dispositivos, pode-se inferir que a lei pretende impedir que, em razão de condutas praticadas por quem exerça autoridade sobre as crianças, estas acabem por repudiar um dos genitores (ou de outros familiares) e ver enfraquecida sua relação com ele/a(s).

O rol exemplificativo de condutas típicas de alienação parental está exposto nos incisos do parágrafo único do art. 2º da lei:

Art. 2º

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Sobre a lei, colaciona-se alguns posicionamentos da doutrina. Maria Berenice Dias ensina que:

A síndrome da alienação parental é o conjunto de sinais e sintomas apresentados pela criança ou adolescente programado para repudiar de alguma forma um dos genitores ou outros membros da família. Instala-se quando o filho adere aos desejos do alienador. Alia-se e passa a colaborar com ele, sob o temor físico ou mental de perder sua convivência e o derradeiro contato com algo que se assemelhe ao núcleo familiar. Somente anos depois, ao tomar consciência da extensão do prejuízo causado ao alienado e a si próprio, ingressa em um processo irreversível de arrependimento e remorso (...) No dizer de Jones Figuerêdo, cuida-se de grave fenômeno de ‘disfuncionalidade’ nas relações de família, constitui ilicitude civil como abuso de direito do poder parental (art. 187), por importar abuso



emocional do alienador e, na sua consequência mais imediata, a destruição de vínculos afetivos existentes entre a criança e o pai alienado¹

Rolf Madaleno acrescenta que:

A síndrome de alienação parental é geralmente alimentada pelo ascendente guardião que projeta na criança ou adolescente os seus sentimentos negativos, de indignação e de rancores do ex-parceiro. Não se compara com a lavam cerebral, porque nesta se supõe que alguém trabalhe conscientemente e para alcançar um resultado de distúrbio na comunicação, o que não ocorre necessariamente na síndrome de alienação parental. Com o uso de chantagens de extrema violência mental, sem nenhuma chance de defesa da criança que acredita piamente que o visitante não lhe faz bem, e o menor expressa isto de forma exagerada e injustificada para rejeitar o contato².

Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, analisando sistematicamente a Lei nº 12.318/10, tecem a seguinte reflexão:

Em nível processual, é digno de nota que, para o fim de aplicar as sanções legais ao alienador, contentou-se, o legislador, não com uma prova suficiente da ocorrência do ilícito, mas, sim, com meros indícios do ato de alienação parental. Em uma primeira análise poder-se-ia até argumentar que tal previsão meramente indiciária afrontaria o sistema constitucional de ampla defesa, mas, em verdade, tal raciocínio não procede, pois o que se tem em mira é, em primeiro plano, a perspectiva de defesa da própria criança ou adolescente, vítima indefesa dessa grave forma de programação mental, em um contexto familiar que, em geral, dificulta sobremaneira a reconstrução fática da prova em juízo³.

Em síntese, portanto, o posicionamento de autores civilistas em relação à Lei n. 12.318/10 é de entusiasmo, por entendê-la protetiva em relação às crianças ou adolescentes que são privadas/os injustamente do contato com membros da família de origem ou extensa que não detêm a guarda, não por obstrução física, mas por suposta campanha negativa dirigida por quem efetivamente detém a guarda.

Sucedee, no entanto, como se demonstrará ao longo deste parecer, que tais análises são feitas sobre a lei de alienação parental de **forma isolada do restante do ordenamento vigente** e, principalmente, de modo alheio ao microsistema de proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Ao se buscar a interpretação sistemática e constitucionalmente adequada da Lei n. 12.318/10, entretanto, surgem uma série de novas alternativas, mais atentas aos paradigmas da infância e juventude, sobretudo da Doutrina da Proteção Integral.

¹ DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto: questões jurídicas. São Paulo: RT, 2016, p. 234/235

² MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 464

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional, 3ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 613



IV. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

De todas as condutas caracterizadas pela lei como fomentadoras da alienação parental, a hipótese descrita no inciso VI do art. 2º da Lei nº 12.318/10, sem dúvida, é a que mais provoca controvérsias. Consoante representação formulada pelo Coletivo “Mães na Luta”, diversas mulheres estão perdendo a guarda de seus filhos após denunciarem o genitor por abusos sexuais cometidos contra aqueles.

Desse modo, salutar tecer breve análise sobre as situações de violência doméstica, sobretudo as de natureza sexual, contra crianças e adolescentes, já que, ao que parece, em muitas das situações concretas apresentadas o que está em jogo é justamente a dicotomia: proteção da criança possivelmente vítima de violência *versus* direito à convivência familiar entre pai, mãe (ou família extensa) e filho/a.

De acordo com dados do Ministério da Saúde, violência e acidentes constituem o primeiro fator mais importante de mortalidade no Brasil, na faixa etária de 5 a 19 anos (59%). As agressões ocupam o primeiro lugar nas estatísticas, sendo responsáveis por 40% do total de óbitos. A maioria dos estudos aponta que grande parte dos casos de violência ocorre dentro do ambiente doméstico, tendo como principais agressores o pai ou a mãe⁴.

A literatura especializada ensina que, no contexto de violência sexual doméstica contra crianças e adolescentes, o agressor se vale da relação afetiva que previamente estabeleceu com a vítima e esta, confiando no adulto em relação ao qual nutre sentimentos de grande afeição ou dependendo física e financeiramente dele, é convencida à submissão da prática do abuso sexual (embora tal subjugação também possa ser precedida ou determinada pelo emprego de força física)⁵

De todas as modalidades de violência praticadas contra crianças e adolescentes, é diante da violência sexual que ocorrem com maior intensidade os chamados “pactos de silêncio”, pelos quais se institui um segredo na família em que o abuso ocorre. Mas não é só. **Ainda quando a criança ou o adolescente conseguem expor a violência a que estão sendo submetidos, muitas vezes são desacreditados**⁶. Conforme bem explica Marco Antônio de Oliveira Branco:

⁴ Dados retirados do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>

⁵ BRANCO, Marco Antônio de Oliveira. **Prevenção e Enfrentamento da violência doméstica contra crianças e adolescentes: Representações Sociais dos Atores do Sistema de Garantia de Direitos**. São Paulo: EDEPE, 2013, p. 34

⁶ *Ibidem*



Outros adultos próximos que poderiam protegê-la não acreditam que o abuso esteja ocorrendo e podem até imputar à vítima a responsabilidade pelo ocorrido. Muitas vezes há a afirmação de que a criança ‘provocou’, seduzindo sexualmente o adulto agressor. Esta culpa é frequentemente assumida psicologicamente pela própria criança, gerando medo e vergonha⁷

Os danos físicos e psicológicos⁸ da violência sexual, por outro lado, embora não sejam pontos sobre os quais nos debruçaremos de modo aprofundado, são inequívocos. Além destes há também a grande chance de a violência sexual gerar a contração de doenças sexualmente transmissíveis e de provocar a gravidez precoce indesejada de adolescentes. Em pesquisa realizada por Nelson Vitiello constatou-se que, entre as vítimas de abuso sexual que resultou em gravidez e que eram menores de 15 anos de idade, 92,8% tem seus próprios pais como agressores⁹.

Já no que diz respeito às possibilidades de enfrentamento da violência sexual doméstica contra crianças e adolescentes, abre-se o leque de uma série de alternativas aglutinadas em dois principais eixos: a reparação dos danos sofridos pela criança (materiais, físicos e psicológicos), bem como a responsabilização do agente agressor.

Em relação à responsabilização do agressor, uma das maiores dificuldades – sobretudo no âmbito da Justiça Criminal – é a necessidade da existência de provas sobre a autoria e materialidade do crime. Contudo, se considerarmos que muitos casos de violência sexual não deixam vestígios, além de haver uma série de obstáculos para a comprovação da autoria (como o mencionado “pacto de silêncio” entre agressor e vítima¹⁰), nota-se que qualquer responsabilização dos agentes torna-se bastante prejudicada.

Ainda sobre a comprovação da autoria do fato, colaciona-se importante reflexão de Marco Antônio de Oliveira Branco:

Outra especificidade a ser considerada é que a criança vitimizada nutre sentimentos ambivalentes pelo agressor, ou seja, para ela é bastante delicada a situação de gostar de um adulto que também a faz sofrer. Nesta situação, por ameaça do próprio agressor ou grupo familiar e o temor da ‘punição’ que possa acontecer a quem ela ama, sem desconsiderar que muitas vezes ela própria se sente responsável pela situação ocorrida, a criança pode desmentir um relato fornecido anteriormente no momento da denúncia, investigação e/ou atendimento psicossocial¹⁰

⁷ *Ibidem*

⁸ A literatura aponta como possíveis consequências psicológicas o sentimento de desvalorização, o sentimento de culpa, o medo irracional e intenso de relações sexuais e, por vezes, até o desenvolvimento de quadros de depressão. Por outro lado, o modelo de estabelecer uma ligação afetiva caracterizada por confiança, atenção e respeito recíprocos podem também gerar a recusa no estabelecimento de relações afetivo-sexuais.

⁹ VITIELLO, Nelson *apud* BRANCO, Marco Antônio de Oliveira. *Op. Cit*, p. 36

¹⁰ BRANCO, Antônio de Oliveira Branco. *Op. Cit*, p. 103



Ora, justamente por estas razões que **a atenção e a participação das mães se torna fundamental para a verificação de quaisquer alterações psíquicas ou comportamentais em seus/suas filhos/as, que, por poderem refletir indícios de abusos, devem ser levadas em consideração.**

É claro que muitas das denúncias levadas à cabo pelas genitoras podem não gerar uma condenação criminal do agente apontado como agressor, não apenas em razão de toda a fragilidade do contexto probatório, mas também por força da garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Isso não significa, porém, que foi realizada denúncia falsa. Essa falsidade **depende necessariamente da má-fé da genitora, concretizada pela atribuição a outrem de conduta que se sabe não foi por ele praticada,** o que difere da denúncia realizada de boa-fé, a partir de indícios que sinalizam a probabilidade da ocorrência do fato¹¹.

Não há, portanto, que se presumir a má-fé de quem denuncia, principalmente considerando-se o poder-dever de proteção dos/as filhos/as, bem como as peculiaridades que circundam o contexto de violência sexual doméstica contra crianças e adolescentes e que acabam por dificultar sua averiguação.

De se concluir, destarte, que a denúncia apresentada com motivação e com o objetivo de resguardar a integridade física e psicológica, além da dignidade sexual de criança ou adolescente, sempre pautada em indícios, muito difere de condutas voltadas intencionalmente à indução de imagem de repúdio do genitor na formação psicológica da criança ou do adolescente (fato subjacente gerador da chamada “alienação parental”).

Por consequência, entendemos que a conduta descrita no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 12.318/2010, associada às consequências possíveis por eventual reconhecimento da alienação parental (art. 6º) vem, na prática, adicionar **mais uma barreira à busca por proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual** (mas também de violência física e/ou psicológica) e à deflagração de mecanismos de responsabilização do agente agressor, ao permitir a perda da guarda ou mesmo a suspensão da autoridade parental exercida por mães que cumprem com seu poder-dever de proteção dos/as filhos/as.

Tal constatação é extremamente importante para as conclusões que encerrarão o presente parecer.

¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família**, Julgar, nº13, Coimbra Editora, 2011, p. 90-93



V. A PROTEÇÃO JURÍDICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

Como visto, a questão central apresentada pelo coletivo de “Mães em Luta” diz respeito à forma como as denúncias de violência (física, psicológica e sexual) apresentadas pelas mulheres contra seus/suas filhos/as são compreendidas pelo Sistema de Justiça, mais especificamente pelas Varas de Família e Sucessões, nas disputas de guarda geradas pela alegação de prática de alienação parental.

Desse modo, antes de seguirmos com a análise da Lei 12.318/10, mister recordar o que o microsistema de proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, consubstanciado na interação entre a Constituição Federal, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras legislações infraconstitucionais específicas, já garante para a proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência, sem querer, por óbvio, esgotar o tema.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a proteção da infância ao *status* de direito fundamental social, incluindo-a, ao lado da proteção da maternidade, no rol do art. 6º. Por outro lado, explorando o âmbito de proteção da tutela constitucional da infância à luz do paradigma da Proteção Integral, consagrou em seu art. 227 que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Previsão semelhante é reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 3º e 4º, que reforçam a concepção de crianças e adolescentes como **sujeitos de direitos**, na condição peculiar de **pessoas em desenvolvimento** e destinatárias de **prioridade absoluta** na satisfação de suas necessidades e interesses. Já o art. 5º do ECA é categórico ao preconizar que “*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*”, garantindo, concomitantemente, a inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente (arts. 17 e 18).



Nesse sentido, vale recordar que em passado recente foi promulgada a Lei nº 13.010/2014 – a conhecida lei “Menino Bernardo” ou “Lei da Palmada” – que acrescentou os arts. 18-A e 18-B ao ECA, passando a prever que:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou*
- b) lesão;*

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou*
- b) ameace gravemente; ou*
- c) ridicularize*

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;*
- II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;*
- III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;*
- IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;*
- V - advertência*

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

Dando, ainda, execução ao compromisso de proteção integral da criança e do adolescente na medida da intangibilidade de seus direitos fundamentais, o ECA prevê uma série de medidas de proteção aplicáveis à criança ou ao adolescente em situação de ameaça ou violação de direitos (art. 101), assim como aos seus pais (arts. 19-B e 129), a serem cumpridas pelos diversos programas, serviços e equipamentos da saúde, assistência social, educação, habitação, cultura, trabalho e emprego, dentre outros, que compõem o chamado Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (art. 86 e seguintes do ECA e Resoluções nº 113 e 117 do CONANDA)



Tais medidas são prioritariamente aplicadas pelos Conselhos Tutelares (art. 136, I, ECA) ou, subsidiariamente, pela autoridade judiciária, com exceção das medidas de acolhimento familiar/institucional, colocação em família substituta e de afastamento do agressor da moradia comum na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, as quais, nos termos dos arts. 101, §2º, e 130 do ECA, competem exclusivamente a esta.

Ainda no que tange à proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência, destaca-se, em nível internacional, a obrigatoriedade de que os Estados signatários da Convenção do ONU sobre Direitos da Criança, dentre os quais o Brasil¹², adotem todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para **proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual**, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela (art. 19). Por outro lado, nos termos do art. 39 da Convenção:

Artigo 39

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

Acrescente-se que também o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil foi ratificado pelo Brasil, ingressando no sistema normativo interno por meio do Decreto nº 5.007/04. Este Protocolo amplia a proteção conferida à dignidade sexual de crianças e adolescentes, protegendo-os de toda forma de exploração.

Neste ponto, vale salientar que a proposta ora apresentada não pretende avançar na análise de toda a legislação, inclusive penal, que tutela a dignidade sexual ou a integridade física e psicológica das crianças e adolescentes, pois o foco não é a criminalização do possível agente da violência, mas sim as diferentes e possíveis formas de proteção da criança ou do adolescente por mecanismos alternativos àqueles previstos na Lei de Alienação Parental, sobretudo no que tange à inversão da guarda e a suspensão do poder familiar da pessoa acusada de alienadora (art. 6º, incisos V, VI e VII, Lei nº 12.318/10).

¹² O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada por meio do Decreto Executivo nº 99.710/90



Sigamos.

Ainda em âmbito internacional, colaciona-se a Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que estabelece diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes. O documento estabelece que **os processos judiciais que versem sobre possíveis situações de violência contra crianças e adolescentes**, assim como os diversos serviços de proteção destinados a esse público e a suas famílias devem ser sensíveis à idade, aos desejos, à compreensão, ao gênero, à orientação sexual, ao contexto étnico, cultural, religioso, linguístico e origem social, à casta, à situação socioeconômica, condição e imigração ou status de refugiado, bem como às necessidades especiais da criança, incluindo saúde, habilidades e capacidades (art. 15).

Em cumprimento aos compromissos assumidos no tocante à proteção destinada a crianças e adolescentes vítimas de violência, foi também promulgada a Lei nº 13.431/17, que cria o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente vítima ou testemunha de violência. Interessante destacar que a lei prevê, dentre outras, as seguintes garantias mínimas às crianças e adolescentes vítimas de violência (art. 5º): ser protegido contra qualquer tipo de discriminação sua, de seus pais ou de seus representantes legais; receber **informações adequadas sobre seus direitos, representação jurídica e medidas de proteção/reparação, além do direito de ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como de permanecer em silêncio; direito a apoio e planejamento de sua participação e limitação das intervenções; e de conviver em família.**

Vale também frisar que a lei impõe ampla responsabilização a toda a Rede de Proteção na tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, nos termos do art. 4º, §2º, como já o fazia o próprio Estatuto (arts. 13, 55, I, 70-B e 94-A, ECA), inclusive ao capitular a omissão como infração administrativa (art. 245). Afinal de contas, conforme mandamento constitucional, o dever de proteção daqueles direitos recai simultaneamente à família, à sociedade e ao Estado (art. 227).

Por fim, fechando os eixos principais do microsistema de proteção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência, mas sem a pretensão de esgotar toda a sua abrangência, destacamos a vigência tanto do Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças¹³ e Adolescentes como do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes¹⁴.

¹³ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/PoliticaPlanoDecenal_ConsultaPublica.pdf

¹⁴ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2013/pdfs/plano-nacional-de-enfrentamento-da-violencia-sexual-contra-crianca-e-adolescentes>



Especificamente em relação à violência sexual contra crianças e adolescentes, o Plano Decenal prevê algumas importantes metas, que deverão ser levadas em consideração ao final do presente parecer, na elaboração da resposta à terceira questão que nos propusemos a responder¹⁵. Dentre elas, destacam-se:

Objetivo estratégico 17: Formular parâmetros e estruturar uma rede integrada de atendimento de crianças e adolescentes em situação de violência, em suas diversas formas.

Objetivo Estratégico 18: Fortalecer as ações previstas no Plano Nacional de Enfrentamento da Violência sexual contra crianças e adolescentes.

Meta 53 - Até 2020, reduzida em 40% o abuso sexual com base no sistema nacional de informação em saúde.

Meta 54 – Até 2020, implementadas ações especializadas de atendimento a crianças e adolescentes em exploração sexual nas redes de proteção das 27 capitais, municípios metropolitanos e dos Território de Cidadania.

Objetivo estratégico 22 - Fortalecer e aprimorar os mecanismos de denúncia e notificação de violações dos direitos de crianças e adolescentes.

Já, no que tange ao plano nacional de enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes em sua interface com o objeto do presente parecer, podemos destacar, dentre outras, as seguintes ações:

Universalização do acesso às políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes em situação de abuso e/ou exploração sexual e suas famílias, de forma integral e intersetorializada, com a qualificação de programas e profissionais, especialmente, das áreas de saúde, educação e assistência social, esporte e lazer, respeitando as diversidades

Garantia de atendimento psicossocial a crianças e adolescentes em situação de abuso e/ou exploração sexual e suas famílias, assegurando, quando necessário, acompanhamento na saúde mental, observada a pertinência da medida protetiva, respeitando as diversidades.

Implementação de programas e serviços destinados ao fortalecimento e acompanhamento de famílias de crianças e adolescentes em situação de abuso e/ou exploração sexual, respeitando as diversidades

Implantação e fortalecimento de programas intersetoriais e serviços destinados ao atendimento e acompanhamento da pessoa que comete violência sexual contra crianças

¹⁵ "(iii) na hipótese de caracterização de alguma(s) das condutas exemplificadas no rol do art. 2º da Lei nº 12.318/10, qual(is) devem ser as medidas preferencialmente aplicadas à luz dos princípios informativos da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente que embasam a Doutrina da Proteção Integral?"



e adolescentes, com definição de parâmetros, considerando os aspectos culturais, sociais e de saúde.

Mobilização de crianças e adolescentes para enfrentamento do abuso e/ou exploração sexual, valorizando os espaços e grupos em que estes se organizam entre pares.

Da mera leitura das metas denota-se que o mesmo sistema que fomenta o fortalecimento dos mecanismos de denúncia e notificação de violações de direitos de crianças e adolescentes; que determina a redução em 40% dos casos de abuso sexual com base no sistema de informação em saúde; que determina a implementação de serviços de acompanhamento às vítimas de violência sexual e suas famílias e, ao mesmo tempo, de serviços que façam o acompanhamento do abusador; e que estimula a mobilização de crianças e adolescentes para o enfrentamento do abuso sexual **não pode, de forma alguma, punir o responsável legal pelo sujeito em desenvolvimento que toma a iniciativa de levar a cabo denúncias diante de fundadas suspeitas da prática de violência**. Admitir conclusão diversa redundaria em verdadeiro contrassenso do sistema de proteção.

VI. AS SANÇÕES PREVISTAS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL (ART. 6º DA LEI Nº 12.318/10) E OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Os princípios de regência das medidas de proteção previstos no art. 100, parágrafo único, do ECA

O art. 6º da Lei nº 12.318/2010 estipula as sanções que podem advir de condutas que configuram a alienação parental. Vejamos:

Art. 6o Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de



levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho defendem, com o que concordamos, que existe uma “gradação sancionatória” contida no rol do art. 6º, que parte de uma medida mais branda – a advertência – podendo culminar com uma imposição muito mais grave – a suspensão do poder familiar –, garantindo-se, em qualquer circunstância, o contraditório e a ampla defesa¹⁶.

Como visto no tópico acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 13.431/17, paralelamente ao art. 6º da Lei nº 12.318/10, também trazem medidas de proteção a serem aplicadas às crianças/adolescentes ou aos seus genitores em situações de ameaça ou violação de direitos. Todas estas medidas, contudo, devem observar os limites e fundamentos de todo o microsistema de proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, notadamente a proteção integral destes, a prioridade absoluta na satisfação de seus interesses e sua peculiar condição de sujeitos de direitos em desenvolvimento.

Mais especificamente, devemos recordar que o Estatuto consagra verdadeiros princípios informativos que **orientam a aplicação de toda e qualquer medida de proteção**, não apenas aquelas nele prevista, mas também as medidas normatizadas em outras legislações. Nos termos da Lei nº 8069/90:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional, 3ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 614



consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

O art. 100, *caput*, do ECA, portanto, estabelece como norte na aplicação das medidas de proteção as necessidades pedagógicas da criança ou do adolescente, bem como a **preferência por àquelas destinadas ao fortalecimento de seus vínculos familiares e comunitários.** Diz também o dispositivo legal que todas as medidas de proteção devem levar em consideração a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos (inciso I), inclusive dando-lhes ampla possibilidade de informação e participação (incisos XI e XII). Tais medidas, ainda, devem sempre restringir, na menor medida possível, direitos fundamentais dos membros da família, sempre à luz dos critérios de proporcionalidade e atualidade (incisos VII e VIII), privilegiando-se a responsabilidade parental e a manutenção da criança em sua família de origem, natural ou extensa, sempre que possível (incisos IX e X).

Deste modo, há que se analisar em que medida as sanções previstas no art. 6º da Lei de Alienação Parental – *que nada mais são que medidas de proteção em defesa do direito à*



convivência familiar e comunitária de titularidade da criança ou do adolescente – se coadunam com as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e de todo o microsistema protetivo, **na medida em que, sob o pretexto de promoverem o direito à convivência familiar do genitor alienado, também restringem o direito à convivência familiar do genitor alienante e da própria criança/adolescente.**

Inicialmente, convém pontuar que o objetivo central da Lei, ao que parece, é reduzir e evitar a criação de obstáculos ao exercício do poder familiar pelo genitor que não detém a guarda do/a filho/a (nas hipóteses do art. 2º) e, ainda, prevenir abusos no exercício deste poder-dever¹⁷ pelo genitor que a detém (nas hipóteses do art. 6º).

Considerando-se o teor da representação que originou o presente Procedimento Administrativo e que, pela análise da jurisprudência, as medidas mais recorrentemente aplicadas dizem respeito à alteração do regime de convivência familiar (incluindo a modificação da guarda), deteremos nossa análise a essas medidas, mormente **no contexto da hipótese prevista no art. 2º, inciso VI, da Lei, isto é, nos casos em que um genitor é considerando “alienante” por apresentar denúncia consubstanciada na prática de violência pelo outro genitor (ou membros da família extensa) contra o/a filho/a).**

2. O critério da proporcionalidade e a regra interpretativa do superior interesse da criança

Pois bem. Diz o ECA que qualquer medida de proteção aplicável aos sujeitos em desenvolvimento ou aos seus genitores devem observar, dentre outros, os princípios da **intervenção mínima, da proporcionalidade e da atualidade**. Além disso, as medidas de proteção devem ser orientadas, na maior medida possível, ao fortalecimento do direito à convivência familiar **com todos da família**, sempre em atenção ao **superior interesse da criança ou do adolescente**.

Ora, uma vez que as medidas previstas no art. 6º da Lei de Alienação Parental restringem o direito fundamental à convivência familiar do genitor considerando “alienante”, bem como da criança/adolescente em relação a este, necessária uma primeira análise dos limites desta restrição à luz do **critério da proporcionalidade**.

¹⁷ Para os fins desse Parecer, o abuso do poder familiar será compreendido como o exercício deste poder-dever de tal maneira que, ao exercê-lo, seu titular exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, qual seja, a promoção e defesa dos direitos da criança ou do adolescente a ele submetidos, notadamente o direito à convivência familiar com o genitor que não detém a sua guarda ou mesmo com membros da família extensa.



Tanto a doutrina¹⁸ quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁹ vêm se posicionando no sentido de que qualquer restrição infraconstitucional a direitos constitucionalmente assegurados (como o é o direito à convivência familiar e comunitária, nos termos dos art. 226 e 227, CF) deve passar pelo teste da proporcionalidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade seria, então, o instrumento apto a impor limites à atividade restritiva infraconstitucional²⁰

A aplicação do exame de proporcionalidade, como se sabe, ocorre por meio de três elementos essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser avaliados subsidiariamente e na ordem apresentada. Assim, a análise da necessidade só é exigível se a medida examinada se mostrar adequada; do mesmo modo, a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é realizada se a medida se mostrar, além de adequada, necessária.²¹

A adequação sugere que a medida analisada é apta a alcançar o resultado pretendido. Quanto ao critério da necessidade, há que se pontuar que uma medida é necessária somente se não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por outra medida que represente menor interferência. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é verificada por meio de um sopesamento de princípios que colidem no caso concreto.

Partindo-se da premissa de que a medida de inversão da guarda e a medida de suspensão do poder familiar tenham como objetivo impedir que o genitor considerado alienante continue a interferir no estabelecimento ou na manutenção de vínculos da criança com genitor considerado alienado, *sem descurar da necessidade de proteção da criança/adolescente sobre os quais recaia a suspeita de violência*, **a aplicação das medidas previstas no art. 6º, incisos V, VI, e VII, sequer podem ser considerada adequadas, pois a modificação da guarda ou mesmo a suspensão do poder familiar, embora, teoricamente, potencializam o fortalecimento da relação do genitor alienado com seu/sua filho/a, podem colocar em risco a integridade da criança e do adolescente,**

¹⁸ Dentre outros, Humberto Ávila, Suzana de Toledo Barros, Willis Santiago Guerra Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Virgílio Afonso da Silva.

¹⁹ A título exemplificativo Cf. AC MC 509/AP, AC MC QO 189/SP, ADI 1040/DF, ADI 1351/DF, ADI 1721/DF, HC 84270/SP, RHC 81057/SP.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e Bebidas Não Alcoólicas voltadas ao Público Infantil**. Parecer resultado da Consulta formulada pelo Instituto Alana. Publicado em julho de 2012

²¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.



considerando-se todas as peculiaridades que envolvem a revelação do ato violento já tratadas no capítulo III do presente parecer.

Apenas como reforço argumentativo, cabe ponderar que a inversão da guarda e a suspensão do poder familiar devem ser vistas com ainda maior cautela sob o crivo da necessidade. Conforme já exposto, uma medida só é necessária se não existir outra que cumpra seu objetivo na mesma intensidade com menor intervenção. Ora, na hipótese em que a alienação parental é caracterizada pela elaboração de denúncia pela suposta prática de violência do genitor considerado “alienado” contra a criança/adolescente, **é evidente que o microsistema ora tratado dispõe de uma série de outras medidas menos restritivas aos direitos envolvidos e que também têm o condão de potencializar a realização destes mesmos direitos.**

É o caso, por exemplo, da medida de advertência (art. 6º, I, Lei nº 12.318/10 e art. 129, VII, ECA), do encaminhamento dos genitores e da criança para acompanhamento psicossocial ou outros serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente (arts. 6, IV, Lei nº 12.318/10; 101, IV e 129, I, ECA e 21, IV, Lei nº 13.431/17), orientação, apoio e acompanhamento temporários pela Rede de Proteção (art. 101, II, ECA), requisição para tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, V e 129, III, ECA), inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento pessoas com uso problemático de álcool e outras drogas (art. 101, VI e 129, II, ECA), obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado (art. 129, VI, ECA), dentre outras.

Veja-se que no cenário ora proposto, **além do direito à convivência familiar do genitor alienado com seu/sua filho/a e do direito à convivência familiar da criança com seu pai e sua mãe, há outro importantíssimo direito fundamental em jogo: a proteção da integridade física e psicológica da criança, além da inviolabilidade de sua dignidade sexual.** Nesse contexto, nasce uma segunda análise dos critérios adequação e necessidade: a denúncia formulada contra o genitor considerando “alienado” em razão de mera suspeita da prática de atos de violência contra a criança/adolescente é adequada à proteção da integridade física, psicológica e sexual destes? E mais. Tal medida se mostra necessária?

Neste caso, a resposta deve ser positiva.

A solução para a colisão de todos os direitos fundamentais apresentados nos parece ser encontrada, em suma, na compreensão da **absoluta excepcionalidade das medidas de inversão da guarda e de suspensão do poder familiar,** a partir não apenas da aplicação prioritária das demais medidas menos restritivas previstas no art. 6º da Lei de Alienação Parental, mas da



aplicação prioritária de **todas as medidas de proteção previstas no microsistema de proteção**, ou seja, das medidas **menos restritivas** previstas simultaneamente na Lei de Alienação Parental, do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 101, 129 e 130) e da Lei nº 13.431/17 (art. 21), inclusive com o suporte de toda a Rede de Proteção, na forma preconizada pela Resolução nº 169 do CONANDA²².

No que tange ao acolhimento de crianças e adolescentes em situação de violência, aliás, a Resolução nº 169 do CONANDA dispõe que:

Art. 4º Em situações de violência envolvendo criança ou adolescente deverão ser incluídos na análise dos casos a **escuta dos supostos autores da violência**, dos familiares ou dos responsáveis pela criança ou adolescente.

Parágrafo único. Aos autores da violência contra criança ou adolescente, quando couber, deverá ser **garantido tratamento especializado que os ajudem a romper com o ciclo da violência**.

Mas não é só. Deve-se observar que, conforme diretrizes estabelecidas pelo CONANDA e pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)

tratar do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos é falar das políticas de atenção às suas famílias. Para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária é fundamental fortalecer o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, por meio do apoio técnico e/ou financeiro dos órgãos do Poder Executivo e Judiciário e da implantação e implementação, em todos os municípios brasileiros, dos Conselhos de Direitos e Tutelares²³

Portanto, para que possa ser cogitada a aplicação das medidas de inversão da guarda e de suspensão do poder familiar deve-se demonstrar que todas as demais medidas de proteção se mostraram insuficientes para a realização, na maior medida do possível, do direito à convivência familiar (de todas as pessoas envolvidas), bem como da efetiva proteção da criança e do adolescente diante da suspeita de eventuais atos de violência contra eles perpetrados.

É evidente que, em determinadas situações, quando forem **veementes os indícios de que a criança ou o adolescente foram efetivamente vítimas de violência**, outras medidas mais restritivas podem ser aplicadas, mas sempre tutelando-se **os direitos fundamentais da criança**, tais como a proibição de contato direto da criança com o suposto autor da violência, o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, a inclusão da criança ou do adolescente

²² Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-169.pdf>

²³ Cf. Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>



nos programas de proteção a vítimas ameaçadas dentre outras (art. 21, incisos I, II e V, da Lei nº 13.431/17).

Nestes casos, **a restrição do direito à convivência familiar do genitor ator da violência será mais que fundamentada e, portanto, proporcional, jamais havendo que se cogitar na prática de alienação parental pelo genitor denunciante.**

Qualquer outra solução não atenderá à regra interpretativa do superior interesse da criança, a qual, nos termos do próprio Estatuto, preconiza qualquer intervenção *“deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”*.

Conforme já mencionado, existem inúmeras medidas de proteção que estimulam a aproximação responsável da criança com o genitor tido como alienado, inclusive com o suporte de toda a Rede de Proteção, sem que, para isso, a relação mantida com o outro genitor, fique prejudicada.

Na verdade, tendo em vista que a Lei de Alienação Parental é teoricamente fundamentada na importância da manutenção dos vínculos entre pais, mães e filhos/as, medidas que acabam por afastar a criança de um dos genitores em prol do outro contrariam o objetivo de manutenção dos laços familiares e se mostram tão somente punitivas, o que não sinaliza qualquer tratamento da questão e não prioriza os interesses dos sujeitos em desenvolvimento.

Portanto, a segunda conclusão parcial pode ser resumida na seguinte assertiva: à luz dos princípios informativos do microsistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente, as medidas de proteção previstas no art. 6º, incisos V, VI e VII, no contexto da prática de alienação parental tipificada no art. 2º, inciso VI, todos da Lei nº 12.318/10, apenas podem ser cogitadas caso se demonstre, pormenorizadamente, que as demais medidas de proteção menos restritivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei nº 13.431/17 e na própria Lei nº 12.318/10 não são adequadas nem suficiente para a satisfação, na maior medida do possível, tanto do direito à convivência familiar e comunitária – da criança/adolescente, dos genitores e da família extensa –, como também da integridade física e psíquica dos sujeitos em desenvolvimento, além de sua dignidade sexual.



VII.O PROTAGONISMO JUVENIL E A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO SOBRE SUA VIDA

Vimos até aqui que a Lei de Alienação Parental, sobretudo quando presente a denúncia de um genitor pela suposta prática de violência contra a criança/adolescente pelo outro genitor, não pode ser interpretada de modo isolado ao restante do microsistema de proteção e promoção dos direitos da criança e do adolescente, sobretudo quando requeridas medidas de proteção tão restritivas quanto à inversão da guarda ou a suspensão do poder familiar, uma vez que o mesmo sistema contempla uma série de outras medidas de proteção menos restritivas e igualmente eficazes para a realização, na maior medida possível, dos direitos fundamentais em rota de colisão.

Sucedem que há outro ponto de inequívoca importância também a ser considerado nesta análise: o protagonismo infantil, consubstanciado no direito à informação e no direito de participação, previstos no art. 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança²⁴ e no art. 100, parágrafo único, inciso XII²⁵, do ECA.

No que tange ao processamento do pedido declaratório de alienação parental, a Lei nº 12.318/10 prevê que, formulado o requerimento inicial, em ação autônoma ou incidentalmente, poderá o juiz:

- a) Diante da existência de indícios de alienação parental, a requerimento ou de ofício, decretar medidas de urgência necessárias à preservação da integridade psicológica da criança, inclusive para assegurar a convivência com o genitor alienado ou viabilizar a reaproximação entre ambos, ouvindo apenas o Ministério Público (art. 4º)
- b) Determinar, se entender necessária, a realização de estudos psicossociais (art. 5º) a partir de entrevistas com as partes, exame de documentos,

²⁴ 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

²⁵ “A criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei”



histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra o genitor

Da análise dos dispositivos, verifica-se que a Lei em nenhum momento se preocupou com a participação ativa da criança – a maior interessada e titular de proteção integral e prioridade absoluta na satisfação de seus interesses – no processo de aplicação de eventuais medidas previstas no art. 6º da Lei ou mesmo de outras previstas no microsistema de proteção.

Sucedem que tal garantia de participação é cogente e deve sempre ser observada, sob pena de negar-se a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Nesse sentido, cumpre transcrever os arts. 2º e 6º da Resolução nº 169 do CONANDA que dispõe sobre a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em atendimento por órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos, plenamente aplicável também aos processos judiciais:

Art. 2º O atendimento deverá proporcionar à criança e ao adolescente a escolha e a oportunidade de expressar livremente suas opiniões e demandas sobre os assuntos a eles relacionados, levando-se em consideração os fatores idade, maturidade e interesse.

§1º Será garantida à criança e ao adolescente o tempo e o lugar condizentes com sua condição de pessoa em fase especial de desenvolvimento para a realização do atendimento, garantindo-lhes a privacidade necessária.

§2º O atendimento deverá ser uma prática ética e profissional, de acordo com a regulamentação dos respectivos órgãos profissionais, não podendo agravar o sofrimento psíquico de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, devendo-se respeitar o tempo e o silêncio de quem é ouvido, prevalecendo-se as medidas emergenciais de proteção.

§3º Recomenda-se que sejam asseguradas à criança e ao adolescente todas as informações acerca dos casos em que estejam envolvidos para que possam melhor opinar.

Art. 6º Quando manifestarem o desejo de serem ouvidos em procedimento judicial, recomenda-se que a criança e o adolescente sejam previamente e adequadamente informados de seus direitos por equipe interprofissional ou multidisciplinar.

§1º A criança e o adolescente têm o direito de receber assistência jurídica integral em todas as fases do procedimento judicial. §2º Recomenda-se que a criança e o adolescente não sejam submetidos a situações de constrangimento e sofrimento emocional no âmbito do procedimento judicial.

Já o art. 3º da Resolução prevê que:

Art. 3º Recomenda-se que o atendimento contemple os meios técnicos e metodológicos necessários à preservação da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, respeitando suas vulnerabilidades e o desenvolvimento progressivo de suas capacidades.

§1º O atendimento deverá ser realizado, sempre que possível, por equipe técnica interprofissional, respeitando-se a autonomia técnica no manejo das intervenções.



§2º O atendimento deverá proporcionar o devido acolhimento à criança e ao adolescente, promovendo a atenção e o suporte às suas necessidades e peculiaridades.

§3º O compartilhamento de informações entre os diversos órgãos deverá ser feito nos limites da lei, resguardado o direito à privacidade e ao sigilo.

§4º Recomenda-se que, no atendimento de criança e adolescente que falem outros idiomas, seja providenciada a participação de profissional especializado para o atendimento desta demanda.

No mesmo sentido, também não podemos esquecer que o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, em julho de 2009, editou a Observação Geral nº 12, assinalando que o direito de ser ouvido enfatiza não somente uma garantia em si, mas, juntamente com os demais princípios gerais estabelecidos pelo órgão (direito de não-discriminação, direito à vida e ao desenvolvimento, consideração aos interesses primordiais da criança), constitui critério que deve ser levado em conta para interpretar e respeitar todos os outros direitos. E mais. Recomenda aos Estados que não partam da premissa de que a criança é incapaz de expressar suas opiniões, mas, ao contrário, devem partir da suposição de que a criança tem condições de expressá-las e, assim, garantir seu direito de fazê-lo, não exigindo que lhe caiba, primeiro, provar que reúne capacidade para tanto.

Portanto, em qualquer caso em que se discuta a possível prática de atos de alienação parental deve ser garantida a **participação ativa da criança e do adolescente, não apenas por ocasião dos estudos psicossociais, mas inclusive com representação processual própria, dando-lhes a oportunidade de formular e contestar pedidos, apresentar sua versão sobre os fatos e, inclusive, propor a própria ação autônoma ou incidental declaratória de alienação parental ou de aplicação de medidas de proteção em seu benefício.**

Note-se que, não raro, não-realização das visitas pelo filho ou pela filha ao genitor que não detém a guarda da criança/adolescente não decorre efetivamente de companhia negativa levada a cabo pelo genitor que a detenha, mas simplesmente por **recusa da própria criança/adolescente**, que também tem o direito e a autonomia de não querer visitar o pai ou a mãe – ou, ainda, de visitá-los de acordo com o seu tempo e a sua oportunidade.

Daí porque a participação da criança ou do adolescente é de fundamental importância para a concretização de sua condição de sujeito de direitos e, nos casos de suspeita da prática de atos de violência, para a mais efetiva tutela de seus direitos fundamentais.

Por fim, registre-se que o protagonismo juvenil (direito de informação e de participação ativa) não se encerra no momento em que eventual tutela jurisdicional é prestada, declarando-se ou não a prática de alienação parental e aplicando-se eventuais medidas de proteção, mas também deve ser observado por ocasião do **cumprimento das ordens judiciais**, ou seja, também



durante a fase de execução das medidas de proteção impostas, sobretudo aquelas mais drásticas e de aplicação restrita aos casos mais graves, como a alteração do regime de convivência familiar ou mesmo a inversão da guarda.

Ora, pode configurar, em nosso entendimento, inequívoca prática de violência institucional o cumprimento, por exemplo, da medida de inversão de guarda pelos tradicionais mecanismos processuais de execução das ordens judiciais, como o cumprimento de mandado de busca e apreensão de criança e adolescente por oficial de justiça. Pior ainda se acompanhado de reforço policial.

Nesses casos, eventual cumprimento da ordem judicial deve ser precedido de **audiência preparatória**, em que se organize o planejamento da forma como a inversão da guarda se dará, outorgando a toda a família estrutura, suporte e tempo para o cumprimento da ordem judicial da forma menos invasiva possível, sempre em atenção aos princípios previstos no art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

VIII. A ALIENAÇÃO PARENTAL SOB A PERSPECTIVA DAS QUESTÕES DE GÊNERO: O PARECER DO NÚCLEO DE PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER (NUDEM)

Por fim, importante consignar que também o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública se debruçou sobre a representação feita pelo Coletivo “Mães em Luta” em relação à aplicação da Lei de Alienação Parental em desfavor das mulheres, tendo elaborado parecer sobre o tema no bojo do Procedimento Administrativo nº 238/2015. Neste parecer, foram destacados quatro aspectos fundamentais:

- i. Não há protagonismo na prática de atos de alienação parental em relação ao gênero. É preciso desconstruir a figura da ‘mulher alienadora’. Tal debate precisa ocorrer a fim de que não haja generalização;
- ii. A alienação parental deve ser considerada, pelos julgadores, com extremo cuidado e atenção a todas as peculiaridades do caso concreto, de modo que deve ser considerada como apenas um, dentre os demais inúmeros outros fatores para a definição do julgamento de determinado caso concreto;
- iii. A alienação parental não pode ser fator determinante para a inversão da guarda ou suspensão do poder familiar. Em qualquer caso, devem ser considerados, especialmente, o interesse e bem-estar da criança ou do adolescente;



iv. A alegação de maus-tratos ou abuso sexual e o litígio familiar não poder ser, abstratamente, considerados como atos de alienação parental, ou seja, a mãe ou pai, ao tomarem conhecimento de alguma anormalidade ou se desconfiarem da violação de direitos perpetrada por outro genitor, cumprem o dever de zelar pelos interesses dos filhos ao denunciar os indícios às autoridades competentes.

Como já exposto, a Lei 12.318/2010, em seu art. 2º, determina que qualquer dos genitores pode praticar ou sofrer consequências de atos que configuram a alienação parental. Ocorre que, tendo em vista a prática jurídica, realmente faz-se necessário avaliar o contexto fático sob a perspectiva das questões de gênero.

Nesse sentido, apesar do tratamento supostamente neutro e genérico dado pela lei aos gêneros das partes envolvidas no conflito da alienação parental, cumpre observar que as produções relativas ao assunto pontuam que a maioria das alienadoras assim declaradas judicialmente são mulheres.

Na pesquisa *“Alienação Parental e o Sistema de Justiça Brasileiro: uma abordagem empírica”*, que analisou o papel do Judiciário em questões que envolvem a alienação parental, com base na coleta de dados por meio da jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais, entre 2009 e 2014, verificou-se que em 66% dos casos o suposto alienador é do gênero feminino, sendo que, do total dos casos examinados, em 72% a guarda das crianças era exercida pela mãe.²⁶

Tratando-se da alienação parental, questão essencialmente ligada à configuração das famílias, urge destacar que o fenômeno atinge de formas distintas os homens e as mulheres. Primeiramente, saliente-se que o modelo de família heteropatriarcal ainda é base para o tratamento legislativo referente à matéria. Segundo este modelo, as mulheres são socialmente encarregadas de funções domésticas e da criação dos filhos, e são supostamente vocacionadas para emoções, enquanto os homens são tidos como provedores.

Em decorrência das funções atribuídas às mulheres, os cuidados para com as crianças ficam majoritariamente a cargo delas. Por esse motivo, lhes é exigida atenção constante para com as demandas dos seus filhos, o que inclui alerta para verificações comportamentais e atuação proativa diante de indicativos de quaisquer alterações preocupantes.

²⁶ ANDRADE, Mariana Cunha de. NOJIRI, Sergio. *“Alienação Parental e o Sistema de Justiça Brasileiro: uma abordagem empírica”*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 2, jul 2016, p. 183-201.



Socialmente, é cobrada maior participação das mulheres na criação e nos cuidados das crianças. Ao mesmo tempo, na maior parte das vezes, elas são consideradas autoras de condutas que afastam os menores do genitor.

A ausência de reflexão sobre essa variável na aplicação da Lei nº 12.318/2010 invisibiliza a questão de gênero. Trata-se, nos termos utilizados por Alda Facio ao discutir metodologias para estudo de gênero no Direito, de “insensibilidade ao gênero”, processo no qual os papéis sociais são desconsiderados, o que dificulta a identificação de assimetrias no modo pelo qual as mulheres, que ocupam posição culturalmente desprivilegiada em relação aos homens, são afetadas pela prática jurídica.²⁷

A influência dos estereótipos de gênero no tratamento da matéria pela doutrina foi verificada no trabalho *“Estereótipos de gênero no direito das famílias: um estudo da doutrina jurídica sobre alienação parental”*, que integrou o Grupo de Estudos (GT. 12), relativo às reflexões iniciadas no IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito, com ênfase em Direito de Família e fronteiras entre legal e ilegal.

No trabalho supracitado, foram analisados textos da doutrina brasileira com o fim de identificar a descrição das partes envolvidas na alienação parental e a reprodução dos estereótipos de gênero pela cultura jurídica. Verificou-se que, na maioria dos casos, a mãe é a alienadora, retratada como manipuladora, desequilibrada, perversa, inflexível, com baixa autoestima, dominadora e impositiva. Dos textos analisados, esses estereótipos apareceram misturados e permitiram a construção de três perfis: (1) a mãe egoísta e controladora, (2) a ex-cônjuge ciumenta e vingativa e (3) a alienadora mentirosa e paranoica.²⁸

Das descrições recorrentes, depreende-se que os atos típicos da alienação parental são associados a características socialmente atribuídas à figura feminina, tais quais: a extrema fragilidade, o desequilíbrio emocional, o desejo de vingança e a manipulação.

A correlação entre as condutas que caracterizam a alienação parental e os modelos estereotipados de gênero acabam por levar à conclusão de que há a tendência de que as mulheres sejam mais facilmente consideradas alienadoras.

²⁷ FACIO, Alda. *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Em: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 207.

²⁸ ENADIR, 2017, Curitiba. Hümmelgen, Isabela. Cangussú, Kauan Juliano - *Estereótipos de gênero no direito das famílias: um estudo da doutrina jurídica sobre alienação parental*. Universidade Federal do Paraná, 2017.



Diante desse cenário, as mulheres se encontram bastante desprotegidas pelos ditames da Lei nº 12.318/2010 e pelo posicionamento jurídico referente à alienação parental, o que exige alterações no tratamento dos casos relacionados à matéria.

A reprodução dos padrões sociais de gênero é ainda mais delicada quando a caracterização da alienação parental se deve à conduta elencada no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 12.318/2010. **A atribuição de falsidade e má-fé à versão das mulheres é carregada de pré-conceitos enraizados no âmbito social que acabam por representar uma violência simbólica de gênero e, ainda por cima, fazem com que mães que pretendam a investigação de abusos e maus tratos sejam consideradas alienadoras.**

Quão dramática é a situação da mãe que toma conhecimento de indícios de violência sexual perpetrada pelo pai contra seu/sua filho/a: se adotar alguma providência no sentido de buscar a proteção deste/a e a responsabilização do agressor, corre o risco de ser privada do convívio com a criança; se não tomar providência alguma, pode ser responsabilizada por convivência e manutenção de um “pacto de silêncio”, além de também ser privada de contato com o filho em razão de eventual determinação pelo acolhimento institucional da criança (e até mesmo a suspensão ou destituição do poder familiar, como na prática não raro se vê).

Por estas razões, este parecer acolhe integralmente as ponderações e conclusões tecidas pelo Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública no tocante à lei em estudo.

IX. CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

À vista de todo o exposto, revisitamos as perguntas inicialmente propostas para apresentar as seguintes conclusões:

(i) A caracterização do ato de alienação parental tipificado no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 12.318/10 depende, necessariamente, da **comprovação do dolo** do/a detentor/a da guarda da criança no tocante à falsidade da denúncia formulada. Em outras palavras, para que haja eventual declaração judicial de prática de alienação parental, deve estar exaustivamente comprovada a atribuição a outrem de conduta que se sabe não ter sido por ele/a praticada, o que difere da denúncia realizada de boa-fé, a partir de indícios que sinalizam a probabilidade da ocorrência do fato. Declarar-se a prática de alienação parental olvidando-se dessa premissa redundaria em reforço aos estereótipos e à violência institucional de gênero, além de se negar vigência à Proteção Integral da criança e do adolescente e a prioridade absoluta na satisfação de seus direitos fundamentais.



(ii) O mesmo sistema que fomenta o fortalecimento dos mecanismos de denúncia e notificação de violações de direitos de crianças e adolescentes; que determina a redução em 40% dos casos de abuso sexual com base no sistema de informação em saúde; que determina a implementação de serviços de acompanhamento às vítimas de violência sexual e suas famílias e, ao mesmo tempo, de serviços que façam o acompanhamento do abusador; e que estimula a mobilização de crianças e adolescentes para o enfrentamento do abuso sexual não pode, de forma alguma, punir o responsável legal pelo sujeito em desenvolvimento que toma a iniciativa de levar a cabo denúncias diante de fundadas suspeitas da prática de violência. Admitir conclusão diversa redundaria em verdadeiro contrassenso do sistema de proteção;

(iii) Diante da suspeita da prática de atos de violência contra os filhos/as pelo genitor que não detém a guarda **devem ser preferidas as medidas voltadas à proteção da integridade física e psíquica da criança/adolescente, além de medidas aplicadas ao possível agressor para que também ele possa sair do ciclo de violência em que se encontra inserido**, sem prejuízo de outras medidas que fortaleçam os vínculos com toda a família, de maneira responsável e protegida, sempre à luz dos princípios informativos previstos no art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente;

(iv) As medidas de proteção previstas no art. 6º, incisos V, VI e VII, principalmente no contexto da prática de alienação parental tipificada no art. 2º, inciso VI, todos da Lei nº 12.318/10, **apenas podem ser cogitadas caso se demonstre, pormenorizadamente, que as demais medidas de proteção menos restritivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei nº 13.431/17 e na própria Lei nº 12.318/10 não são adequadas nem suficientes** para a satisfação, na maior medida do possível, tanto do direito à convivência familiar e comunitária – da criança/adolescente, dos genitores e da família extensa – , como também da integridade física e psíquica dos sujeitos em desenvolvimento, além de sua dignidade sexual;

(v) Em qualquer caso em que se discuta a possível prática de atos de alienação parental deve ser garantida a **participação ativa da criança e do adolescente**, não apenas por ocasião dos estudos psicossociais, mas inclusive com representação processual própria, que pode inclusive ser assumida pela Defensoria Pública, dando-lhes a oportunidade de formular e contestar pedidos, apresentar sua versão sobre os fatos e, inclusive, propor a própria ação autônoma ou incidental declaratória de alienação parental ou de aplicação de medidas de proteção em seu benefício.

(vi) O protagonismo juvenil (direito de informação e de participação ativa), aliás, não deve se encerrar no momento da definição da situação de possível violação de direitos, com a declaração ou não da prática de alienação parental e aplicação de eventuais medidas de proteção,



mas também deve ser observado por ocasião do **cumprimento das ordens judiciais**, ou seja, também durante a fase de execução das medidas de proteção impostas, sobretudo aquelas mais drásticas e de aplicação restrita aos casos mais graves, como a alteração do regime de convivência familiar ou mesmo a inversão da guarda.

Por derradeiro, considerando-se a **necessidade de maior aprofundamento dos estudos sobre o tema** – aqui feitos preponderantemente sob o olhar do Direito – **encaminhe-se o presente Procedimento Administrativo ao CAM.**

É o parecer.

São Paulo, 17 de abril de 2018

PETER GABRIEL MOLINARI SCHWEIKERT

Defensor Público do Estado

Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado da Infância e Juventude