

**AMICUS
CURIÆ
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DOS
ADVOGADOS
2021**



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO DIAS TOFFOLI,
PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

ADI 6273

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS, com sede à Rua Jerivá, nº 04, Aguas Claras, CEP 71.928-360, Brasília/DF, ora denominado “ABA”, neste ato representado por seu Presidente Nacional Esdras Dantas de Souza, Diretora Estadual Ana Lúcia Ricarte, e membros advogados, Stela Cunha Velter, Adriana Cardoso Sales de Oliveira e Livia do Nascimento Moraes Quintieri, vem, com fundamento no artigo 169 e seguintes, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, c/c §2º do artigo 7º, da Lei 9.868/1999, requerer seu ingresso como

AMICUS CURIAE

nos autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM MEDIDA CAUTELAR**, em epígrafe, ajuizada pela **Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG)**, com vistas a fomentar a pluralização da jurisdição constitucional, em estrita consonância com o postulado democrático, pelas razões a seguir aduzidas.

1- DA LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE A ASSOSSIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS COMO AMICUS CURIAE

A figura do *amicus curiae* presta apoio à corte nas decisões, pois fornece fundamentos técnicos e fáticos para a decisão dos julgadores. Assim, tal figura tem como característica o conhecimento técnico profundo sobre a matéria *sub judice*. Nesse sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes:

“A Lei nº. 9.868/99 passou a permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Essa inovação passou a consagrar, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a figura do amicus curiae, ou “amigo da Corte”, cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada.”¹

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ªed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 673.

Portanto, o Tribunal deve ser sensível à atuação daqueles que possuem a capacidade de auxiliar, tecnicamente, o deslinde do caso, ou seja o *amicus curiae*. Nesse sentido decidiram

O E. Ministro Celso de Mello e a E. Ministra Rosa Weber assim já se manifestaram:

“EMENTA: [...] PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do amicus curiae, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do amicus curiae, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do amicus curiae no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos

possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. [...]”²

“A intervenção de amicus curiae no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional, o que se mostra salutar diante da causa de pedir aberta das ações diretas. (...)

Como dito, a intervenção dos amici curiae objetiva enriquecer o debate jurídico-constitucional, mediante o aporte de novos argumentos, pontos de vista, possibilidades interpretativas e informações fáticas e técnicas, o que acentua o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercida por esta Corte.”³

Deve existir pertinência temática do caso em discussão com os estudos ou atuação promovidos por aquele que pretende ingressar como

² Supremo Tribunal Federal. ADI 2.321. Relator Ministro Celso de Mello, dje 10.06.2005.

³ Supremo Tribunal Federal. ADI 4.832. Relatora Ministra Rosa Weber, dje 03.12.2013.

amicus curiae no processo. No presente feito, a atuação desenvolvida pela ABA justifica sua inclusão na presente demanda como *amicus curiae*.

Acerca da pertinência temática tratou o ministro Luiz Fux:

“O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a presença do amicus curiae no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável.

A pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais do requerente legítima a sua atuação.”⁴

A norma impugnada na presente ADI viola o princípio da igualdade de gênero, na medida em que impõe um ônus muito maior às mulheres, perpetuando a violência de gênero, além de desconsiderar o melhor interesse da criança e do/a adolescente.

É inadmissível que mesmo após tantas conquistas dos movimentos das mulheres ainda persista a norma impugnada no ordenamento jurídico pátrio. Por isso a importância da interferência da ABA na presente ADI.

⁴ Supremo Tribunal Federal. ARE 6664.335. Relator Ministro Luiz Fux, dje 06.06.2014.

A ABA tem por finalidade “Além de combater a violência contra a mulher, promover o aperfeiçoamento do intelecto de seus associados, outrossim realiza projetos sociais para a comunidade com temas debatidos atuamente, além do mais não faz distinções de genero, orientação sexual, cor, etnia, entre outros”⁵.

Por sua vez, o Estatuto Social da ABA Nacional, determina, dentre outras, a atribuição de Defender as Constituições Federal, Estadual e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros; Pugar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça; Defender os direitos humanos, dos idosos, da infância e dos adolescentes, das pessoas com necessidades especiais, dos trabalhadores e dos cidadãos em geral; E combater a violencia contra a mulher.

Ou seja, a ABA possui legítimo interesse e representatividade para atuar como amigo da corte, relacionada com sua identidade funcional. As atribuições conferidas a esse órgão guardam pertinência temática á ação em debate e por isso deve ser admitido como *amicus curiae*.

⁵ Estatuto da ABA Nacional Disponível em

< <https://aba.adv.br/estatuto-social-da-aba/> visualizado em 01.07.2021

Como se pode depreender do seguinte despacho proferido e feito em andamento nessa corte, as Defensorias Públicas dos Estados e órgãos representativos das Defensorias já foram admitidas como *amici curiae*:

“DESPACHO: Tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida na presente ação direta de inconstitucionalidade e a representatividade das entidades postulantes, defiro os pedidos formulados pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Petições 69.528/2011 e 30.800/2012), pela Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Petição 72.070/2011), pela Defensoria do Estado do Rio de Janeiro (Petição 74.111/2011), pela Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Petição 80.576/2011), pela Associação dos Advogados de São Paulo (Petição 82.408/2011) e pela Associação dos Defensores Públicos da Bahia (Petição 30.865/2012), para que possam intervir no feito da condição de amici curiae. À Secretaria para a inclusão dos interessados e de seus patronos. Publique-se.”⁷ (Grifos nossos.)

⁷ Supremo Tribunal Federal. ADI 4.636 – DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, dje 6.11.12.

A participação da ABA como *amicus curiae* na presente ADI n. 6273 mostra-se importante, uma vez que esse Núcleo assume o propósito de colaborar com a busca da implementação e respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente buscando a igualdade de gênero. Lembrando que a Conferência sobre Direitos Humanos ocorrida em Viena em 1993 assentou o entendimento de **Direitos Humanos das mulheres também são Direitos Humanos** e os Estado devem buscar a concretização da igualdade de gênero para que o respeito aos direitos humanos seja plenamente efetivado.

A recepção do *amicus curiae*, portanto, reforça a legitimidade do processo decisório do tribunal, conforme afirmou o ministro Celso de Mello em decisão monocrática referente à ADI-MC 3268/RJ:

“Impõe-se registrar, neste ponto, que a razão de ser que primordialmente justifica a intervenção do “amicus curiae” apóia-se na necessidade de pluralizar o debate em torno da constitucionalidade, ou não, de determinado ato estatal, em ordem a conferir maior coeficiente de legitimidade democrática ao julgamento a ser proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata (...).”⁸

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3268/RJ, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, despacho 20.10.2004, divulgado no DJ 27.10.2004.

Vê-se, dessa maneira, que a ABA possui representatividade suficiente a justificar a sua participação no presente debate como “amigo da corte”. As razões acima expostas tornam desejável e útil a atuação processual pleiteada, uma vez que poderão ser agregados importantes elementos à adequada solução do litígio. Pluraliza-se, assim, a discussão travada nos autos, tanto em relação aos sujeitos envolvidos, quanto aos argumentos que contribuirão para a solução judicial.

Posto isso, entende o requerente estar legitimado a pleitear o ingresso nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6273 na qualidade de *amicus curiae*.

2- DO MÉRITO

2.1. DO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO

A presente ação, proposta pela Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG), tem por escopo a declaração de inconstitucionalidade da totalidade da Lei 12.318/2010, sob o argumento de que a referida lei afronta os arts. 3, IV, 5º, 226, § 8º e 227 da Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade.

Há anos A ABA debruça-se sobre o estudo da alienação parental e da Lei 12.318/2010, pelo que vem apresentar as informações e alternativas interpretativas acerca da questão jurídica controvertida.

As razões que seguem tem por fim ampliar o caráter democrático da decisão referente a essa ação, que possuirá grande impacto social, como ocorre em boa parte dos julgamentos dessa natureza proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2. DO CONTEXTO DE SURGIMENTO DA SINDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi uma criação do psiquiatra norte-americano Richard Gardner, na década de 80, definida por ele como uma enfermidade mental da criança, desenvolvida, preponderantemente, durante o processo de litígio conjugal do genitor e da genitora e caracterizada pela rejeição a um dos genitores, como consequência da manipulação exercida pelo/a outro/a genitor/a, o/a “alienador/a”. Este último, motivado/a pelo desejo de vingança, rancor e mágoa ou em decorrência de características psicológicas individuais, desqualificaria o/a outro/a genitor/a e o/a restringiria/impediria de manter contato com a criança. As pessoas que foram supostamente alienadas – criança e genitora/não guardião/ã – seriam vítimas da conduta do/a alienador/a, sem que houvesse justificativa para isso.

Segundo Gardner, portanto, a Síndrome de Alienação Parental se caracterizaria como uma espécie de campanha de difamação injustificada, que a criança realiza de um dos genitores. O/a genitor/a- alienador/a agiria

como se fosse um programador/a da criança com intuito de fazer com que a criança passasse a desprezar o/a outro/a genitor/a⁹.

Ainda, segundo Gardner, esta espécie de síndrome se manifestaria, especialmente, em situações de litígio judicial. De um modo geral, a Síndrome seria identificada através de sintomas como: *“campanha de difamação constante, racionalizações pouco consistentes, falta de coerência, falta de pensamento independente, suporte ao genitor alienador no litígio, ausência de culpa ou crueldade sobre o genitor alienado, animosidade em relação a um dos genitores e membros da família”*¹⁰.

A pesquisadora e psicóloga, ANALICIA MARTINS DE SOUSA, após análise acurada de bibliografia disponível acerca do tema, e compilada em seu livro, destaca que as conclusões de Gardner se apoiam, basicamente, em suas observações clínicas e, ao que consta, os resultados apresentados não foram submetidos a nenhuma verificação científica entre seus pares.

Nesse sentido, apesar de definida por Gardner e seus seguidores como síndrome, o fato é que “Alienação Parental” nunca foi reconhecida de forma alguma pela comunidade científica efetivamente,

⁹ Nesse sentido ANALICIA MARTINS DE SOUSA, em seu livro *Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família*, ed. Cortez, pag. 99, define a SAP como: “ um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja uma justificativa. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte- americano, resulta da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada a colaboração da própria criança”.

¹⁰ Idem, pag. 104/105.

sobretudo em razão da ausência de pesquisas e periódicos científicos sobre o tema. Não por outro motivo, a Síndrome de Alienação Parental nunca foi catalogada no Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (DSM-IV) da Associação Americana de Psiquiatria, em que pese os enormes esforços de Gardner e seguidores, e talvez constará na lista do próximo Código Internacional de Doenças-CID 11, da Organização Mundial de Saúde, que entrará em vigor em 2022, graças a uma força tarefa internacional criada especialmente com esse objetivo¹¹. Ainda assim não constará como doença, mas apenas como um termo de busca encontrado no índice de pesquisa deste Código, relacionado a problemas associados com interações interpessoais na infância, sendo um dos fatores que podem afetar a saúde, assim como pobreza, desnutrição, contato com o sistema de justiça, separação brusca de figuras de afeto etc. ¹².

No Brasil, o conceito da Síndrome de Alienação Parental foi importado das teorias de Gardner e repercutido, principalmente, pela Associação de Pais Separados- APASE. A Organização Não Governamental mencionada, por meio de campanhas, elaboração de folders, cartilhas, vídeos e livros passou a difundir o conceito. Não bastasse isso, aos conceitos de Gardner foram acrescentadas outras noções associadas à suposta enfermidade mental, a despeito da ausência de estudos científicos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, a exemplo do que ocorre com a associação da SAP às “falsas

¹¹Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6717/OMS+reconhece+a+exist%C3%Aancia+do+termo+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+e+o+registra+no+CID-11>, acesso em 22/08/2019.

¹² Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/547677013>, acesso em 20/08/2019.

memórias” ou “falsas acusações” de abuso sexual, afirmações também bastante polêmicas.

Há enorme contradição entre o pretense discurso científico no qual a existência dessa síndrome se baseia e a realidade, já que o suposto caráter de cientificidade da Alienação Parental é bastante questionado e criticado em todo o mundo.

Mesmo sem nenhum reconhecimento da Medicina, da Psicologia ou do Direito, alguns grupos de interesse no Brasil importaram o conceito de “Alienação Parental”, passando a falsa ideia de que seria termo científico.

A justificativa do projeto que deu origem à Lei Federal nº 12.318/2010 revela a superficialidade com que o tema foi tratado e evidencia a baixa densidade democrática, já que a aprovação da lei não foi precedida por debates/ audiências públicas ou mesmo consultas a cientistas.

Assim, embora a justificativa do Projeto de Lei afirme a existência da Síndrome de Alienação Parental e enumere os efeitos à saúde mental de crianças, não há menção a qualquer estudo ou dado em relação ao tema, de forma que a proposição legislativa teve como fundamento somente publicações constantes no sítio eletrônico da APASE.

A justificativa destaca, ainda, que o problema ganhou maior dimensão na década de 80, com a escalada de conflitos decorrentes da separação conjugal, sem, contudo, mencionar dados ou estudos que evidenciem esta conclusão, a saber: os índices, proporção de crianças que tenham sofrido ou sofram com supostos agravos decorrentes de uma Síndrome da Alienação Parental. Curiosamente, o termo Síndrome, que está presente na justificativa do Projeto de Lei, não aparece no texto da lei, provavelmente para não ter sua validade questionada.

Por fim, fundamental destacar que vários países já apontaram e reconheceram a ausência de cientificidade do conceito da Síndrome da Alienação Parental, a exemplo da Espanha¹³, Portugal¹⁴ e do México.

O caso do México merece especial destaque, na medida em que houve, por parte do Parlamento, revisão da legislação relativa à alienação parental. Isso porque verificou-se que era uma estratégia de defesa para agressores a alegação de alienação parental. Assim, o México reconheceu que a SAP se tratava de lei desproporcional para o fim a que se prestava- de proteção a crianças/ adolescentes- na medida em que não há evidências científicas acerca da existência da SAP e os indicadores de comportamentos associados aos atos de alienação parental são compatíveis com comportamentos decorrentes de casos de abuso sexual e de violência

¹³ PFDC. Disponível em < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-4-2020-pfdc-mpf> acesso em 26/05/2020.

¹⁴ Idem.

física e emocional, o que resulta na impossibilidade de distinção entre o se considera “alienação parental” e abuso contra crianças/ adolescentes resultando em menor proteção de crianças/ adolescentes, tanto pela desconsideração de seus relatos, quanto pela possibilidade de colocação da criança/adolescente sob os cuidados do agressor.

Trazendo para o cenário brasileiro, em pesquisa realizada a partir da coleta da jurisprudência de três Tribunais de Justiça – BAHIA, MINAS GERAIS E SÃO PAULO- foram analisados 404 processos entre agosto de 2010 e dezembro de 2016. Dentre os resultados apontados, a pesquisa destaca que em 89% dos casos a comprovação de alienação parental não ocorre, de forma que as alegações são usadas “para desacreditar um dos genitores, construindo imagem de egoísta, cruel, vingativo e desequilibrado que lança mão de estratégias para obstruir a relação dos filhos com outro genitor¹⁵.”

O cenário, portanto, aponta a necessidade de revisão da mencionada legislação para adequação às finalidades da Constituição Federal e de Tratados Internacionais.

2.3. A LEI FEDERAL 12.3218/2010 E O IMPACTO DIFERENCIADO PARA MULHERES

¹⁵ SOUSA, Analicia Martins. ALEGAÇÕES DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA REVISÃO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. TRT: BOURZUK, Cristiane Souza(Org.); MARTINS, Rita de Cássia Andrade. PSICOLOGIA E PROCESSOS PSICOSSOCIAIS: TEORIA, PESQUISA E EXTENSÃO. Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2019.

O Brasil é signatário da Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e, como tal, obrigou-se, nos termos do art. 2º da mencionada Convenção, a adotar uma política destinada a eliminar a discriminação contra as mulheres, inclusive, por meio da adoção de medidas adequadas, de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra as mulheres.

O art. 1º da mencionada Convenção preceitua que discriminação contra a mulher é *“significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”¹⁶*.

Já o art. 5º estabelece a obrigação para Estado -parte de adotar medidas para reduzir a discriminação contra mulheres, inclusive garantindo que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.:

¹⁶ ONU. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf> acesso em 26/05/2020.

Por fim, o art. 16 consagra a necessidade de tratamento isonômico entre homens e mulheres no âmbito do direito das famílias, assegurando *os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução, os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos e os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial.*

Ao interpretar o mencionado dispositivo o Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres lançou a Recomendação Geral nº 33 sobre acesso as mulheres à justiça e reconheceu que muitos Estados- parte possuem dispositivos constitucionais, leis, regulamentos, procedimentos e práticas baseados em normas e estereótipos de gênero tradicionais e que são, portanto, discriminatórios. Destacou, ainda, que as mulheres enfrentam dificuldades de acesso à justiça em igualdade de condições com homens e que, dentre as dificuldades, está a presença de legislações discriminatórias, direta ou indiretamente, além da falta de capacidade e de consciência das instituições judiciais e quase judiciais para tratar adequadamente as violações de direitos humanos das mulheres.

Já o artigo 15 da Convenção abarca as obrigações dos Estados partes de assegurar que as mulheres desfrutem de igualdade substantiva com os homens em todas as áreas do direito, de forma, que o enfrentamento a desigualdade pressupõe a revisão de legislações que possuem impacto diferenciado sobre as mulheres. Nesta última hipótese, embora, a legislação

seja aparentemente neutra e incida sobre os grupos distintos- homens e mulheres, por exemplo-, no plano fático a legislação pode ter impacto muito diferenciado para um ou outro grupo.

O reconhecimento da discriminação indireta e do impacto desproporcional de legislações, em relação a determinados grupos é reconhecido também nacionalmente. O Supremo Tribunal Federal – STF- já reconheceu a possibilidade de determinadas legislações, a despeito de se apresentarem como genéricas acabam por produzir impactos diferenciados em relação a determinados grupos. Assim a teoria já foi aplicada pelo STF na ADI 1946/DF, em que o E. Ministro Nelson Jobim assim se manifestou:

“A regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador. As práticas de mercado passarão a responder com discriminação, quanto ao emprego da mulher. Não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias. A doutrina chama de efeitos ou impactos desproporcionais (“disparate impact”). O Tribunal tem que examinar as conseqüências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição. A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real. No caso, a regra induz à discriminação proibida, como demonstrei. Ter-se-ia um resultado contrário à regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, de sexo, origem, raça ou profissão. Por essas razões, acompanho o Relator e dou interpretação conforme a Constituição. À licença-maternidade não se aplica a limitação estabelecida no artigo 14 da EC. 20.”

No mesmo sentido, ao analisa a ADPF 291/DF, que tinha como objetivo analisar a adequação do art. 235 do Código Penal Militar, que tipificava a conduta de prática de ato de libidinagem em local sujeito a administração militar, denominando o tipo penal como “pederastia ou outro ato libidinoso” e contendo na descrição do tipo a expressão “homossexual”. O E. Ministro concluiu que, ainda que se retirasse as expressões “pederastia” ou “homossexual” do tipo penal, a norma, aparentemente neutra, poderia produzir discriminação de determinada opção sexual, de modo a violar a isonomia, “em razão do histórico e das características das Forças Armadas, um impacto desproporcional sobre homossexuais, o que é incompatível com o princípio da igualdade.”¹⁷. Nesse sentido, a Corte Suprema reconheceu que o alvo preferencial dessa norma seriam homens homossexuais e concluiu que a norma possuía um potencial caráter discriminatório.

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso que se analisa. Retornando à justificativa do Projeto de Lei, que serviu de ponto de partida para elaboração da Lei Federal 12.318/2010, ela traz em seu bojo um texto de autoria de Maria Berenice Dias, intitulado *“Síndrome de Alienação Parental, que é isso?”* O trecho reproduzido na justificativa do Projeto de Lei e em diversos outros artigos que tratam sobre o tema traz a seguinte passagem, sugerindo que a SAP é precipuamente praticada por mulheres e associando a imagem de mães à alienadoras:

A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas

¹⁷ STF: Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309459157&ext=.pdf> > acesso em 26/05/2020.

domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas. **No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa.** Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Não bastasse isso, o texto reproduzido na justificativa da Lei ainda iguala a dita “alienação parental” à implantação de falsas memórias e, de forma genérica, cria uma vinculação entre estas e as falsas denúncias de violência sexual contra crianças, dando a entender, novamente, que os pais são afastados do convívio familiar e falsamente acusados de violência sexual devido a sentimentos incontroláveis de vingança e retaliação de mulheres, que possuem dificuldade em separar a relação conjugal e parental, conforme se verifica pelo seguinte trecho:

Enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.

Da mesma forma, o denominado “Movimento Pais por Justiça”, criado no ano de 2007, associa à Alienação Parental as falsas denúncias de maus tratos ou abuso sexual relatadas especificamente pelas genitoras de seus/suas filhos/as. Interessante observar que o *folder* produzido pela instituição utiliza o mesmo vocabulário constante no texto acima e define o movimento da seguinte forma:

“ O movimento de PAIS POR JUSTIÇA foi criado em 2007 por um grupo de pais que não consegue conviver com seus filhos por intervenção da mãe destes, seja por desobediência de acordo judicial ou por outros artifícios

indecorosos como a manipulação psicológica (SAP) e as falsas denúncias de maus tratos e abuso sexual. A desigualdade com que a figura paterna é tratada pelo Poder Judiciário, tendendo a beneficiar a mãe de forma quase sistemática, só fomenta nessas mulheres seus desejos insanos de afastar pai de filho e aniquilar a paternidade.”

A justificativa para a existência de atos de “alienação parental” é tratada de forma superficial e simplista estando associada, comumente, a não superação do fim da relação conjugal, fato que impediria o saudável exercício da parentalidade.

A adoção da visão acima acaba desconsiderando os diversos fatores que podem estar inseridos no contexto de uma separação conjugal, reduz as/os genitoras/es, notadamente a mãe, a condição de seres irracionais, guiados exclusivamente por instintos e motivados por sentimento de vingança/ raiva, além de contribuir para a formação de perfis de alienadores/as. Ao se debruçar sobre este aspecto a pesquisadora ANALICIA MARTINS DE SOUSA assim se manifesta¹⁸:

“Ao longo do tempo a constituição de perfis por parte do saber psicológico tornara-se segundo Castel (1987), uma forma de gestão de pessoas. Para esse autor, as intervenções médico – psicológicas seriam, assim, antes

¹⁸ SOUSA, Analícia Martins. Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família. Ed. Cortez. São Paulo, 2017, pag. 110.

de tudo, um meio de calibrar diferentemente categorias de indivíduos para assinalá-los a lugares precisos. A partir do perfil traçado por Gardner, e ampliado por seus seguidores, seria então oportuno indagar: qual o lugar de destino para o genitor alienador, a prisão ou manicômio judicial? Diante do que expõem aqueles autores, alguns poderiam questionar sobre a capacidade de autodeterminação do genitor alienador já que seus atos, da forma como são descritos, parecem independender de sua vontade.”

Não se pode deixar de considerar que a redução dos comportamentos humanos a patologias psicológicas e individuais tem como consequência a desconsideração de aspectos da realidade social, na qual estas pessoas estão inseridas.

Assim, por exemplo, deixa-se de considerar que o gênero é uma construção social e que o patriarcado é um sistema que opera ao longo dos últimos milênios e estabelece uma hierarquia entre os gêneros, privilegiando o masculino e anulando subjetividades, ao estabelecer quais funções/papéis devem ser exercidos por homens e mulheres em determinados períodos históricos.

Nessa toada, a divisão sexual do trabalho impôs às mulheres os deveres associados ao cuidado e a reprodução, razão pela qual se tem a expectativa que as mulheres exerçam, ao longo da vida, a maternidade e cuidados com a prole, de forma preponderante.

Não por acaso, segundo dados do IBGE, de 2017, o Brasil registra 229.843 filhos/as de genitores separados e destes em 68,75% dos casos as mães são as principais responsáveis pelos/as filhos/as. Deve-se considerar ainda que o Brasil registra aproximadamente 5.5 milhões de crianças sem pai registral, segundo dados do CNJ¹⁹.

A situação de litígio conjugal nas varas de família não ilide a realidade acima descrita: de que a responsabilidade parental é desigual e recai quase exclusivamente sobre as mulheres. A Lei de Alienação Parental parece conter a expectativa de que a ausência de equidade na divisão da responsabilidade parental- **que existe ainda durante a união estável ou casamento e existe em decorrência de uma imposição do patriarcado**- seja reduzida a uma “picuinha materna” ou sentimentos mesquinhos de vingança no contexto do pós- divórcio.

Quer dizer, as genitoras, via de regra, servem como referência afetiva para filhos/as e são identificadas como principais cuidadoras como decorrência de uma imposição social e isso ocorre, inclusive, durante a união conjugal e, portanto, não surge a partir da separação conjugal, como uma consequência dela.

Na pesquisa denominada “Alegações de Alienação Parental: uma revisão sobre a jurisprudência brasileira”, realizada a partir da análise de julgados dos Tribunais de Justiça da Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, entre os anos de 2010 e 2016 verificou-se que 63% das

¹⁹ Disponível em: <https://www.cnj.ius.br/noticias/cnj/86827-averbacao-de-paternidade-e-gratuita-para-todos-diz-cnj>, acesso em 31/07/2019

alegações de “alienação parental” são provenientes do genitor não residente. A genitora não residente fez a alegação em 19% dos casos. Observa-se que há uma tendência em associar supostos ato de “alienação parental” à genitora, e que esta alegação é feita, majoritariamente por homens²⁰.

E note-se, que a explicação para este fato, não é porque as mulheres separadas, em sua maioria, permanecem com a guarda dos/das filhos/as, que pode ser compartilhada. Os dados trazidos pela pesquisa, acima citada, fazem referência ao genitor não residente, que faz alegação de alienação parental.

A construção do estereótipo de mulher-alienadora e a consequente repetição/reprodução desta estigmatização no cotidiano forense/ sistema de justiça, sem dúvida, compromete, e muito, a imparcialidade de órgãos jurisdicionais e por consequência impede o acesso à justiça das mulheres. Não por outro motivo, a Recomendação 33 CEDAW que trata do acesso à justiça, assim determina²¹:

As mulheres devem poder contar com um sistema de justiça livre de mitos e estereótipos, e com um judiciário cuja imparcialidade não seja comprometida por pressupostos tendenciosos. Eliminar estereótipos no

²⁰ SOUSA, Analicia Martins. Alegações de alienação parental: uma revisão sobre a jurisprudência brasileira. In: BORZUK, Cristiane Souza e MARTINS, Rita de Cassia Andrade(Org.). Psicologia e Processos psicossociais. Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2019.

²¹ Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>

sistema de justiça é um passo crucial na garantia de igualdade e justiça para vítimas e sobreviventes.

Outro ponto de fundamental relevância e que não se pode ignorar é que a existência de acusação de “alienação parental” tem sido usada por genitores em processos nos quais são acusados de Violência Doméstica contra companheiras/ consortes, como matéria de defesa. Nestes casos, é comum que se considere, sobretudo em juízos de família, que se as agressões físicas não são dirigidas às crianças, a rejeição das crianças aos genitores agressores seria injustificada, desconsiderando-se os agravos psicológicos ou danos emocionais a que a criança pode estar submetida ao ter vivenciado situações de violência contra uma figura de afeto, proteção e amor.

Atenta a essa questão, a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher²², publicado pela Universidade Federal do Ceará (UFC), em parceria com o Instituto Maria da Penha, se propôs a investigar a experiência de violência doméstica durante a infância. Em todas as capitais, aproximadamente **55,2% das mães que sofreram agressões físicas reportaram que os/as filhos/as testemunharam o episódio ao menos uma vez**. Em outras palavras, mais da metade dos casos de violência contra as mulheres é presenciada pelos/as filhos/as em pelo menos uma oportunidade. Na capital João Pessoa, essa proporção chega a 64%, e 44,1% em São Luís do Maranhão.

²² Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/relatorio_1.pdf>. Acesso em 24/05/2020.

O mesmo estudo aponta que 20,1% das mulheres adultas souberam de agressões sofridas pelas respectivas mães durante a infância, ou seja, aproximadamente **1 em cada cinco mulheres em idade fértil** já havia sido exposta à violência doméstica sofrida por suas respectivas mães ainda durante a infância. Desse grupo, 88,7% presenciou efetivamente a violência. Além disso, 12,3% das mulheres reportaram que o parceiro ou ex-parceiro sabia que a própria mãe foi agredida.

A pesquisa recomenda priorizar ações que busquem minimizar o impacto desse problema nas futuras gerações e

*“considerar a **família** e suas complexas interrelações econômicas e sociais como o locus fundamental onde se criam e perpetuam as relações de poder que determinam o uso de violência doméstica como estratégia ‘instrumental’ do patriarcalismo”. (grifos nossos)*

Porém, todo esse contexto social que leva o Brasil a ser um dos países com maiores índices de violência doméstica e familiar contra as mulheres – taxa de feminicídio é a 5ª maior do mundo²³ - ainda é desconsiderado nos debates acerca da relações familiares, já que é comum que nos momentos de rompimento da situação de Violência Doméstica que muitas mulheres, antes consideradas apenas como mães bastante dedicadas e protetoras, passam a ser acusadas, quando há interesse em agredi-la ou

²³ <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-busca-solucao/>

destruir sua imagem, associando-as a imagem de “alienadoras” e exageradas, possibilitando a continuidade da violência a que são expostas.

Ainda, no que se refere aos aspectos punitivos associados à Lei de Alienação Parental, não obstante o veto presidencial do artigo 10 (que criminalizava a conduta de apresentar falso relato à autoridade cujo teor possa ensejar restrição à convivência do/a filho/a com o genitor), já houve projeto de lei para criminalizar ditos atos de “alienação parental” e finalmente aplicar a pena de prisão à/ao alienador/a (projeto nº 4488/16, de Arnaldo Faria de Sá, do PTB, atualmente arquivado pela mudança de legislatura). O projeto pretendia criminalizar o/a alienante que faz a denúncia se esta não é comprovada (raramente é comprovada por falha do Estado na investigação criminal), com pena de três meses a três anos de detenção. Ocorre que umas das formas de agravamento da pena era o caso do crime for praticado por uso irregular da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), portanto, nesta hipótese aplicável somente à mulher, o que reforça a ideia de que a genitora é que é alienadora, além de contribuir para a realidade de revitimização de mulheres em processos judiciais..

Pelo exposto, percebe-se que a Lei de Alienação Parental possui impacto diferenciado para mulheres. Assim, ainda que seja uma lei genérica tenha como destinatários todas as pessoas, na medida em que afeta de modo diferenciado um grupo específico deve ser considerada inconstitucional.

2.4 DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE

O artigo 2º da Lei de Alienação Parental considera atos de Alienação Parental *“a interferência na formação psicológica da criança e 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”*²⁴. Em seguida, o parágrafo único do mesmo dispositivo elenca, em rol exemplificativo, hipóteses de Alienação Parental e estabelece a possibilidade do/a juiz/a declarar ou reconhecer a alienação parental de modo discricionário, podendo ou não, nestes casos, fazer usos de perícia.

A exemplo do que ocorre em muitas situações da vida, a Lei de Alienação Parental acabou por trazer a expectativa de resolução de questões sociais complexas por meio da judicialização.

Tem-se a ideia de que os conflitos familiares, mais especificamente os decorrentes do fim da relação conjugal, possam ser resolvidos com o advento da Lei de Alienação Parental e por consequência com a aplicação dos mecanismos sancionatórios previstos

²⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm, acesso em 21/08/2019.

na legislação. Trata-se de mais uma hipótese de crença exacerbada no fetichismo na lei como resposta a qualquer questão social posta²⁵.

A expectativa de resolução do conflito acima citada existe não só na lei, mas também é depositada no juiz/a e a despeito dos/as apoiadores/as da lei reconhecerem que a Alienação Parental é uma síndrome, com caráter epidêmico e que requer conhecimento de várias áreas do saber para seu diagnóstico (Psiquiatria, Psicologia e Serviço Social), a lei admite que o juiz/a, sozinho/a, declare a existência da alienação, independente de perícia e fora das hipóteses legais.

Outro ponto fundamental na Lei de Alienação Parental são as medidas judiciais que podem ser aplicadas pelo/a magistrado/a havendo indícios ou atos ditos como sendo de “alienação parental”. Nesse esteio, o art. 6º da Lei de Alienação Parental dispõe o seguinte:

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

²⁵ Em relação à existência de uma legislação específica para tratar da Alienação Parental Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigues assim se manifestam: “ Ainda vivemos num país de cultura positivista, razão pela qual subsiste uma sensação de que a existência de uma lei tratando sobre esse fenômeno traria maior segurança jurídica ao aplicador e à sociedade, na medida em que, diante da existência de regras expressas tipificando tais condutas como comportamentos ilícitos, e, conseqüentemente, prevendo sanções correspondentes, passa-se a experimentar uma suposta certeza na identificação e punição de tais atos, inclusive, coibindo sua prática reincidente, como uma espécie de função pedagógica ou psicológica da lei.” Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>, acesso em 07/08/2019.

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.

Em primeiro lugar e para a exata compreensão da questão é necessário que se compreenda o conceito de poder familiar, bem como o conceito do abuso de direito.

O poder familiar deve ser entendido ou encarado como o conjunto de deveres e obrigações dos pais em relação aos/as filhos/as. Nos termos do art. 187 do Código Civil, o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes comete ato ilícito. Firmadas estas premissas, é possível concluir que os atos de abuso do poder familiar podem ser identificados como atos ilícitos, na medida em que contrariam o ordenamento jurídico. Nesse sentido, estes atos podem estar sujeitos a

sanções de natureza patrimoniais, previstas na legislação. No que se refere as sanções de natureza patrimonial, o art. 927 do Código Civil preceitua que aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Portanto, qualquer ato caracterizado como abuso de poder familiar pode estar sujeito a reparação civil de danos, de forma que os supostos atos de “alienação parental” teriam natureza jurídica de abuso de poder.

Já havia previsão no ordenamento jurídico de **sanção de natureza patrimonial** para conduta consistente nas ditas práticas de “alienação parental”.

Não bastasse isso, a legislação civil já previa a possibilidade de aplicação de todas as medidas previstas na Lei de Alienação Parental, tais como, ampliação do regime de convivência, determinação de alteração da guarda e suspensão da autoridade parental, no curso de processos de regulamentação de guarda e visitas. **Neste aspecto, a Lei de Alienação Parental não inovou.** Assim, se o ordenamento jurídico já dispunha destas medidas, para intervenção em conflitos familiares decorrentes do fim da relação conjugal, a lei afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que promove intervenções, em maior grau, em direitos individuais de modo desnecessário.

É fundamental que se observe, que nas ações de regulamentação de guarda ou de visitas, as medidas previstas na Lei de Alienação Parental não eram aplicadas como sanção a qualquer de genitores envolvidos no litígio, mas fundamentadas **somente** nos princípios do melhor interesse da criança. Nesse esteio, a Lei de Alienação Parental acaba por

retirar a criança da centralidade da questão, destinando este lugar para a relação de conjugalidade conflituosa.

É certo que as medidas previstas na Lei de Alienação Parental não deveriam ter como norte a sanção dos genitores, mas o melhor interesse da criança em consonância com a doutrina da proteção integral. Nesse esteio, o que vem ocorrendo é que as medidas previstas no art. 6º da Lei de Alienação Parental são aplicadas de modo indiscriminado como sanções aos genitores após a suposta prática de atos de alienação parental.

Especificamente, no que se refere a medida de reversão da guarda, aplicada como sanção, importante destacar que privar a criança do contato com genitor/a que é sua figura de referência para o cuidado e afeto, por uma acusação de “alienação parental” não parece ser, de fato, atender ao princípio do melhor interesse da criança. Ao contrário, pode levar a agravos seríssimos em sua saúde mental e física, com desfechos trágicos, como o caso da menina Joanna, do Rio de Janeiro. A imprensa noticiou amplamente que no ano de 2011, a criança foi morta quando estava na companhia do genitor. A genitora havia informando que a criança poderia estar sofrendo maus tratos, mas foi punida pela prática de atos de alienação parental e como consequência, por força de determinação judicial, ficou afastada de sua filha por 90 dias. Nesse ínterim, a criança foi encontrada morta, tendo dado entrada no hospital com hematomas nas pernas e nádegas.²⁶

²⁶ UOL. Disponível: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/01/10/ele-e-um-monstro-diz-mae-da-menina-joanna-durante-audiencia-no-rio-de-janeiro.htm> > acesso em 22/05/2020.

Pelas razões expostas, percebe-se que o ordenamento jurídico já possuía respostas para garantia do direito a convivência familiar de crianças e adolescentes antes mesmo da vigência da Lei de Alienação Parental.

Perceba-se que ao fazer essa afirmação, não se pretende deixar de considerar a existência de situações de conflitos familiares decorrentes do fim da relação conjugal e do posterior exercício da parentalidade. O que se questiona é o fato de se patologizar e judicializar essa situação, por meio do reconhecimento de uma síndrome denominada alienação parental, bem como de disponibilizar um arsenal jurídico caracterizado pela existência de um conjunto de lacunas e sanções como forma de enfrentamento de uma questão sensível, podendo agravá-la.

Tem-se, portanto, que a LAP falha no teste de necessidade, já que há outros meios disponíveis para proteção de crianças e adolescentes já disponíveis no ordenamento jurídico.

Conforme se demonstrará no próximo item a LAP também é falha no teste de adequação, na medida em que as desvantagens que podem ocorrer a partir de sua aplicação anulam as possíveis vantagens a serem alcançadas pela lei. Aqui, se demonstrará que os atos de defesa de criança e adolescentes passam a ser considerados como atos de alienação parental porque os indicadores usados para definir a existência de alienação parental se confundem com indicadores usados para definir atos de violência sexual, física e psicológica. Disso resulta: a) perda da condição de sujeito de direitos

FOLHA DE SÃO PAULO: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2208201019.htm> > acesso em 22/05/2020.

da criança/ adolescente; b) processos de revitimização da criança/ adolescentes; c) associação do/a genitor/a, que faz denúncias de abusos à figura de alienador; d) possibilidade de existência de decisão judicial que coloque a criança sob responsabilidade de genitor acusado de abuso.

2.5- DA PRETENZA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EXISTENTE NA LEI FEDERAL nº 12.318/2010

Muito embora se costume afirmar que uma vez que a lei é promulgada, ela desprende-se da intenção do legislador que a promulgou, a utilização da justificativa do Projeto de Lei tende a ser útil para interpretação teleológica da lei e análise dos motivos / objetivos a serem alcançados com a elaboração do diploma normativo. Por este motivo e fazendo uso da justificativa do Projeto de Lei, que originou a Lei de Alienação Parental percebe-se que a lei foi promulgada nas palavras do legislador com o seguinte objetivo:

“A alienação parental é prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação conjugal ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor. É forma de abuso emocional, que pode causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil,

falta de organização, dupla personalidade) para o resto de sua vida. O problema ganhou maior dimensão na década de 80, com a escalada de conflitos decorrentes de separações conjugais, e ainda não recebeu adequada resposta legislativa.”

A análise da justificativa do Projeto de Lei evidencia que o objetivo da Lei de Alienação Parental é a proteção da criança/ adolescente para evitar que sofram abusos emocionais praticados por um dos genitores e para possibilitar a convivência familiar entre a criança/ adolescente e o genitor não residente e seu núcleo familiar. Em princípio, todas as decisões judiciais tomadas com fundamento na Lei de Alienação Parental, deveriam estar motivadas pelos princípios do melhor interesse da criança e adolescente e da proteção integral.

Ao analisar os princípios mencionados, os Defensores Públicos do Estado de São Paulo Bruno Cesar da Silva e Peter Gabriel Molinari Schweikert, no artigo intitulado “*Autoridade parental e autonomia progressiva: a necessidade de superação da teoria das incapacidades à luz da Doutrina da Proteção Integral*” destacam a necessidade de fazer a análise considerando a alteração paradigmática resultante da superação da adoção do estatuto de menores e por consequência partindo do pressuposto de que

as crianças são “*sujeitos de direitos, titulares de posições jurídicas oponíveis ao Estado, à família e sociedade.*”²⁷”

Estabelecida a premissa acima, faz-se necessário destacar que nada obstante, se repercute que a dita “alienação parental” é um problema que atinge muitas crianças e adolescentes, não há pesquisas científicas ou dados que atestem essa realidade²⁸.

O fato é que o tema tem sido tratado com superficialidade no Brasil e a aprovação da lei ocorreu somente em razão dos dados apresentados pela APASE- Associação de Pais Separados- e após quase dez anos de promulgação da legislação não há comprovação/análise do número de crianças /adolescentes afetadas pela síndrome e nem da suposta melhoria destes índices, a partir da edição da lei, ou de qualquer outro benefício trazido por tal lei.

Nesse sentido, a primeira questão posta seria se a “Síndrome da Alienação Parental” é, de fato, um problema com a magnitude que tem sido colocado. Com isso, o que se pretende demonstrar é que todos os conflitos em torno da guarda passaram a ser denominados de alienação parental, de modo a autorizarem as formas de intervenção previstas pela Lei de Alienação Parental.

²⁷Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_se_rvicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cad-Def-Pub-SP_n,15.pdf acesso em 20/08/2019.

²⁸ Vídeo disponível em: <https://pt-br.facebook.com/analdino.ong.apase/videos/lei-da-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-26082017-completa-o-7%C2%BA-anivers%C3%A1ri/493134214367906/>. Acesso em 05/08/2019.

Outro aspecto relevante é que o art. 2º da Lei 12.318/2010 elenca como uma das hipóteses de alienação parental a apresentação de falsa denúncia contra genitor/a, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles/as com a criança ou adolescente.

Ocorre que, conforme divulgado no Boletim Epidemiológico 27, Volume 49 de junho de 2018²⁹, percebe-se que entre os períodos de 2011 a 2017 foram notificados 184.524 casos de violência sexual, sendo 58.037 (31,5%) contra crianças e 83.068 (45,0%) contra adolescentes, concentrando 76,5% dos casos notificados nesses dois cursos de vida. Comparando-se os anos de 2011 e 2017, observa-se um aumento geral de 83,0% nas notificações de violências sexuais e um aumento de 64,6% e 83,2% nas notificações de violência sexual contra crianças. Para agravar a situação a análise do perfil das notificações de violência sexual contra crianças mostrou que **33,7% dos eventos tiveram caráter de repetição, 69,2% ocorreram na residência** e 4,6% ocorreram na escola. Em relação aos adolescentes, percebe-se que 39,8% dos eventos relacionados à violência sexual tiveram caráter de repetição, **58,2% ocorreram na residência e 70,4% foram notificados como estupro**. A análise dos dados revela, portanto, que a família pode ser um perigoso espaço de violação de direitos para crianças e adolescentes.

A Lei de Alienação Parental, ao caracterizar como ato como sendo de “alienação parental”, a apresentação das denúncias como sendo falsas pode contribuir para mascarar ainda mais essa realidade de

²⁹ Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/novembro/13/boletim-epidemiologico.pdf>

abusos sexuais sofridos por crianças/ adolescentes, quando estes/as estiverem envolvidos/as em litígios judiciais.

Ao contrário do que preleciona a doutrina da proteção integral e as convenções internacionais a criança/ adolescente deixam de ser considerados/as sujeitos de direito, na medida em que tem o seu depoimento/ relato completamente desconsiderados/as e recebidos com muita desconfiança ou como se fossem apenas fruto de fantasia ou de uma programação/lavagem cerebral feita por outrem.

Dessa forma, crianças envolvidas em litígios judiciais, ao referirem a situações relacionadas a negligências, maus tratos e violência sexual, poderiam ter seus relatos tratados como fantasiosos ou como consequentes da implantação de falsas memórias. A judicialização da questão, isto é, a existência da situação de litígio conjugal, ao invés de proteger a criança, levaria a situação de descrédito de seu relato, que seria recepcionado como suposta ou possível situação de “alienação parental”.

Alertando para a possibilidade de a SAP mascarar situações de violência sexual a que crianças são expostas, assim se manifesta MARIA CLARA SOTTOMAYOR³⁰:

“O primeiro mito sobre abuso sexual de crianças, que ainda persiste hoje é que o crime é raro. Pelo

³⁰ A Fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual, disponível em <http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protec%C3%A7%C3%A7%C3%A3o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf> acesso em 20/08/2019.

contrário, a realidade social demonstra que o abuso sexual de crianças não é um fenômeno excepcional ou patológico(...). O Segundo mito é que as mulheres e crianças quando dizem que são abusadas ou violadas estão a mentir ou a fantasiar , e que mesmo quando o abuso sexual se verifica, a culpa é da criança vítima e de sua mãe.”

O trabalho de GARDNER faz incidir a investigação judicial numa presunção de que a criança e a mãe mentem, descurando a questão de saber se o/a progenitor/a atingido é desleal ou se se comportou de uma forma que possa explicar a aversão da criança.

Na prática, a SAP tem contribuído fortemente para escamotear o fenômeno do abuso sexual de crianças, na medida em que funciona como um conselho aos/as juízes/as de que não devem levar a sério alegações de abuso sexual, em processos de guarda de crianças³¹.

Muito embora a Lei de Alienação Parental tenha a pretensão de proteger crianças / adolescente, na prática, desconsidera a condição de sujeito de direitos de crianças e adolescentes e conforme destacado pelos Defensores Públicos Bruno Cesar da Silva e Peter Gabriel Molinari Schweikert, no artigo já mencionado, pode ser considerada “*como verdadeiro ‘Cavalo de Tróia’ da doutrina tutelar, sustentando decisões que ignoram a condição da criança enquanto sujeito de direito e principal*

³¹ Disponível em : <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>

interessado. Em nome do superior interesse, ignora-se um conjunto de garantias instituídas. Em nome do ‘amor’ atropela-se a Justiça.³²”

Por essa razão, os Defensores Públicos propõem que a autoridade parental seja lida em conformidade com a doutrina da proteção integral e o respeito a autonomia progressiva da criança e adolescente, considerando que:

“Dentre os diversos aspectos da Proteção Integral destinada a crianças e adolescente, destaca-se sua ampla possibilidade de participação em todas as questões que lhe digam respeito, consectário lógico de sua condição de sujeitos de direitos – e não meros objetos de intervenção. Nesse sentido, destaca-se a previsão contida no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança que assegura àqueles sujeitos em desenvolvimento a possibilidade de formular seus próprios juízos e o direito de expressar livremente suas opiniões sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, garantindo-lhes, ainda, que essas opiniões sejam devidamente consideradas no processo de decisão, respeitada sua maturidade e estágio de desenvolvimento.

Trata-se de um direito que não se restringe à oitiva em ações judiciais, mas que engloba todas as esferas de vida

³² “Autoridade parental e autonomia progressiva: a necessidade de superação da teoria das incapacidades à luz da Doutrina da Proteção Integral. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cad-Def-Pub-SP_n,15.pdf, acesso em 20/08/2019.

da criança, seja no âmbito individual, quando no espaço familiar e institucional”³³.

Não se pode deixar de destacar, ainda, que em grande parte dos casos os abusos sexuais sequer são notificados e quando há notificação, o delito pode não deixar vestígios. Dessa feita, a inexistência de condenação criminal, não significa a inocorrência do abuso e por consequência uma suposta prática de “alienação parental.

A associação da “alienação parental” às falsas denúncias pode identificar-se com algo denominado *backlash*, nas palavras de Maria Clara Sottomayor:

“ A tipificação recente destes crimes e o aumento das queixas subsequente criam na sociedade, habituada a ver a família e o casamento de uma forma romantizada, movimentos e atitudes que visam desacreditar as vítimas e negar ofenômeno do abuso sexual de crianças. Estes movimentos ou atitudes sociais designam-se pela expressão inglesa de backlash, que significa uma reação adversa a algo que atingiu alguma relevância social e política, como é o caso do tema da proteção de vítimas de violência. O backlash é estimulado na sociedade, por movimentos de homens que não querem perder os privilégios que tinham em relação às mulheres e crianças

³³ Idem.

tradicionalmente vistas como propriedade do chefe de família.³⁴

Especificamente, no que concerne aos relatos de violência sexual, ao se receber os relatos de vítimas, sobretudo crianças/adolescentes, com desconfiança, cria-se um ambiente extremamente favorável à revitimização. Desse modo, é essencial que os relatos das vítimas e de seus representantes legais, em se tratando de crianças e adolescentes, sejam recebidos com sincera presunção de boa-fé³⁵.

Sob este aspecto a Lei de Alienação Parental pode não representar uma proteção eficiente para crianças / adolescentes. Isso porque ao enumerar os sintomas da sua Síndrome de Alienação Parental, Gardner identificou sintomas semelhantes aos casos em que a rejeição do genitor, em virtude de agressões/ negligências/ maus tatos é justificada.

³⁴ Disponível em: <http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protec%C3%A7%C3%A7%C3%A7o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf>, acesso em 20/08/2019.

³⁵ Várias são as notícias que destacam a possibilidade da Lei de Alienação Parental mascarar abusos sexuais: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2017/09/maes-denunciam-uso-da-lei-de-alienacao-parental-para-silenciar-relatos-de-abuso-sexual-de-criancas/>, acesso em 07/07/2019. <https://revistamarieclaire.globo.com/Comportamento/noticia/2017/07/entenda-polemica-da-alienacao-parental.html>, acesso em 07/07/2019. <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/maes-sao-acusadas-de-alienadoras-ao-denunciarem-abusos-sexuais-contras-eus-filhos>, acesso em 07/07/2019. <https://www.uol.com.br/universa/noticias/azmina/2018/06/26/lei-pode-obrigar-criancas-a-conviverem-com-abusadores.htm>, acesso em 07/07/2019.

Em interessante observação Maria Clara Sottomator destaca que o modo como a questão é posta *“propõe um apagamento da criança, no plano simbólico, na medida em que prioriza o conflito existente entre adultos e uma visão subjetiva deste conflito, associando-o a um sentimento de capricho ou vingança e descurando-se do fato de que o que pode estar em jogo é uma tentativa de uma mãe preservar a incolumidade física de seu filho³⁶”*.

Como se não bastasse, a Lei de Alienação Parental em seu art. 6º lista um conjunto de sanções ou medidas judiciais que podem ser aplicadas, nos casos em que se verifica atos de alienação parental, dentre as quais se destacam: *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.*

Todas as medidas elencadas já estavam previstas no ordenamento jurídico brasileiro e poderiam ser aplicadas no bojo de procedimentos de regulamentação de guarda e de visitas, por exemplo e eram aplicadas, levando-se em consideração o melhor interesse da criança/adolescente.

³⁶ Idem.

Ocorre que após o advento da Lei de Alienação Parental tais medidas judiciais passaram a ser aplicadas não somente como decorrência da aplicação do princípio do melhor interesse de crianças, mas também como forma de punição/ sanção dos pretensos/supostos genitores alienadores, seguindo então a “terapia da ameaça” para corrigir o comportamento de “alienadores”. **As medidas passam a ser aplicadas como formas gradativas de punições, fato que deixa em segundo plano o princípio do melhor interesse da criança.**

Outro ponto de fundamental relevância é que as crianças filhas de genitores separados podem sofrer com a estigmatização. Muito embora não existam pesquisas em relação as consequências da nomeada “SAP” para crianças / adolescentes, tem se propagado que estas crianças estariam propensas a depressão, uso de álcool ou drogas e comportamentos agressivos. Essa visão, além de determinista, pode se tornar estigmatizante para crianças/ adolescentes filhos/as de pais separados/as, realidade que é tão comum atualmente, sobretudo ante a facilidade de dissolução de sociedades conjugais e da concepção da família eudemonista.

Não bastasse isso, não há sequer a comprovação de que o afastamento da criança de um dos genitores atenderia ao princípio do melhor interesse da criança, na medida em que priva um dos genitores do contato com a criança. Nesse sentido o sofrimento do/a filho/a por ser afastado/a de um dos genitores foi sequer considerado:

“A lista de medidas que podem ser adotadas parece sugerir que, agora, o Estado é quem possui o direito de alienar um dos pais da vida da criança... Estar-se-ia

desconsiderando os prejuízos emocionais causados à criança que bruscamente será afastada do genitor com quem convive e com quem mantém fortes ligações?” (SOUZA, Analícia, BRITO, Leila, 2011, Síndrome da Alienação Parental, da Teoria norte-americana à nova lei brasileira, Psicologia: ciência e profissão).

O que se pretende aqui, repise-se, não é afirmar a inexistência de situações de conflitos familiares, mas apenas ponderar que estes conflitos não decorrem exclusivamente de supostas práticas de “alienação parental”. A recusa à convivência pode se dar por diversos fatores, inclusive muitas vezes pode ser temporária de modo que a resolução da situação não passa por lançar mão de estratégias de punição, que podem agravar a questão.

Por fim, a despeito da Lei de Alienação Parental ter quase dez anos de existência, não há qualquer estudo de impacto da legislação que traga dados de quantas crianças/adolescentes ajudou ou mesmo quantos conflitos evitou, ou acentuou ou cronificou. Em realidade o que se percebe é que a lei tem sido usada como mais uma estratégia nos litígios conjugais, fato que infirma seu caráter de proteção as crianças/ adolescentes.

2.6-. DA AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO, PRIVACIDADE EM RAZÃO DA IMPOSIÇÃO DE “TRATAMENTO” COMPULSÓRIO PREVISTA NO ART. 6º, IV DA LEI DE ALIENÇÃO PARENTAL

Por fim e não menos importante, outro aspecto polêmico que pode ser observado a partir da análise das sanções previstas na Lei de Alienação Parental, **é a imposição a terapia compulsória e no curso do processo.** Em relação a esta medida específica, a Juíza de Direito Helena Campos Refosco e a Psicanalista Martha Maria Guida Fernandes fazem os seguintes questionamentos sobre a terapia compulsória prevista na lei, destacando que sem respostas aos questionamentos levantados, a medida carece de efetividade³⁷:

“ As incertezas a respeito do acompanhamento psicológico dificultam a aplicação efetiva da medida: ela deve destinar-se apenas a um de seus integrantes ou à família toda? Deve ser livre a escolha do psicólogo, mesmo quando a providência for imposta por decisão judicial? Cabe pronunciamento do juiz sobre a frequência e a duração adequadas da medida? Deve haver fiscalização ou supervisão pelo juízo? Quem deve arcar com os custos desse recurso? ”

As autoras destacam ainda quatro aspectos interessantes, em relação a imposição do tratamento psicológico como sanção e apenas para o/a alienador/a, a saber: a) contribui para o aprofundamento da cisão familiar e nas palavras das autoras “ reforça a dicotomia vítimas- algozes”; b) reforça a ideia no genitor e na genitora em conflito de que quem possui necessidade de tratamento é o outro; c) aquele a quem é destinado o tratamento tende a

³⁷ ENTRE O AFETO E A SANÇÃO: UMA CRÍTICA À ABORDAGEM PUNITIVA DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0079.pdf>, acesso em 21/08/2019.

se sentir injustiçado; d) e principalmente numa situação de litígio, a aceitação do tratamento psicológico pode significar para as partes envolvidas uma fragilidade na disputa judicial, que passará a ser encarada como pessoa “com problemas psicológicos” e como consequência haverá uma tendência a resistência ao acompanhamento psicológico³⁸.

Assim, o art. 6º, IV da Lei de Alienação Parental, que possibilita que o/a magistrado/a determine *acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial*, acaba por impor forma de tratamento compulsório ao genitor/a considerado “alienador”. É de se observar que esta medida é contrária aos princípios da liberdade e autodeterminação, sendo vedada a imposição de qualquer tipo de tratamento em desacordo com a vontade da pessoa envolvida.

Em relação ao tema importante destacar o ajuizamento da ADPF 618³⁹, junto a esta mesma Corte, que tem como objetivo eliminar o dissenso jurisprudencial em relação a possibilidade de Testemunhas de Jeová não serem obrigadas a receber transfusão de sangue, por motivos de convicção religiosa, nem mesmo nas hipóteses de risco de morte. Ou seja: ainda nos casos em que o tratamento ou intervenção deva ser imposta para salvaguardar a vida da pessoa envolvida, não há consenso acerca da obrigatoriedade de adoção do procedimento médico de forma compulsória.

³⁸ Idem.

³⁹ STF. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402> > acesso em 22/05/2020.

Assim, se o direito fundamental a autodeterminação/ liberdade não cedem, neste caso, nem perante o direito à vida, por óbvio que se deve concluir que é inconstitucional a imposição de tratamento psicossocial a qualquer pessoa, no bojo de processo judicial, contra a sua vontade.

Da mesma forma, não se pode admitir que a recusa a submissão ao tratamento, imposta como sanção, possa ter algum impacto negativo no deslinde da causa.

Ademais, para a população atendida pela Defensoria Pública, por exemplo, sabe-se da extrema dificuldade em se conseguir acesso a atendimento psicoterápico individual na rede pública de saúde; com filas de espera, em alguns territórios, que podem chegar a um ano ou mais, quando conseguem.

- 2.4- 3. - CONCLUSÃO

Ante o exposto conclui-se que a Lei de Alienação Parental:

- a) viola o princípio da igualdade substancial entre homens e mulheres e da imparcialidade do juízo;
- b) não é adequada, por não atender a finalidade de proteção integral da criança e adolescente;
- c) é desnecessária por prever mecanismos de intervenção judicial já existentes no ordenamento jurídico, aplicando-os de modo mais interventivo.

4- DOS PEDIDOS



Diante do exposto, requer:

- a. Seja admitida sua participação como *Amicus Curiae* nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.273;
- b. Seja a postulante intimada de todos os atos do processo;
- c. Seja autorizada a realização de sustentação oral na sessão de julgamento;
- d. Que esta Eg. Corte julgue procedente e, conseqüentemente, reconheça a inconstitucionalidade da Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental).

Cuiabá, 01 de julho de 2021.

Esdras Dantas de Souza
OAB/DF 3.535

Ana Lúcia Ricarte
OAB/MT 4.411

Stela Cunha Velter
OAB/MT 4.984

Adriana Cardoso Sales de Oliveira
OAB/MT 7590-B

Lívia do Nascimento Moraes Quintieri
OAB/MT 27403

