

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HAMILTON VIANA DE OLIVEIRA JÚNIOR

**ALIENAÇÃO PARENTAL E LESÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

São Luís

2015

HAMILTON VIANA DE OLIVEIRA JÚNIOR

**ALIENAÇÃO PARENTAL E LESÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Tereza Cabral

São Luís

2015

HAMILTON VIANA DE OLIVEIRA JÚNIOR

**ALIENAÇÃO PARENTAL E LESÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof.ª Draª Maria Tereza Cabral Costa (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é dedicado a memória de todos os meus entes queridos que não mais se encontram no plano terrestre. Dentre eles eu ressalto: meu tio Francisco Dias que neste ano completou 20 anos de falecido, minha avó Dulcinéia Sousa que neste ano completou 21 anos de falecida, meu avô Cícero Dias que neste ano completou 15 anos de falecido, meu tio Dúlcerio de Sousa que neste ano completou 5 anos de falecido e a minha mãe que neste ano completou 4 anos de falecida.

Também agradeço ao amigo Rafael Aguiar pela amizade que sempre teve comigo e que me ajudou a concretizar este trabalho, a minha tia Dionísia Sousa, meu tio Jose Damasceno Sousa e meus padrinhos de batismo tia Dulcília e tio Francisco Antônio e a meu tio Cícero Dias.

Quero também dedicar a defesa deste trabalho a memória de Benker de Campos, um grande amigo cujas lições de vida que me ensinou permanecerão comigo para sempre. No dia 08 de Dezembro de 2014 veio a falecer após uma árdua luta contra o câncer.

Acima de todos eles agradeço a DEUS que me deu a força necessária para chegar até aqui vencendo todos os obstáculos que me foram impostos. Muitas foram as dificuldades e adversidades porém todas eu venci.

Lutei muitos combates com a força de DEUS ao meu lado e venci todos eles.

RESUMO

A análise do instituto jurídico da Alienação Parental foi realizada de maneira objetiva, através da exposição de princípios constitucionais e infraconstitucionais que são lesionados quando da ocorrência da prática de atos de Alienação Parental. Os princípios constitucionais expostos foram: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio da Tutela Especial a Família, o princípio da Paternidade Responsável, o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o princípio infraconstitucional da Vedação ao Incesto. A pesquisa baseou-se como referencial na Lei nº 12.318/2010, em dispositivos do Código Civil, em artigos da Constituição Federal e na Convenção de Haia. No primeiro capítulo foram expostos os princípios acima mencionados, no segundo capítulo foi analisado como a prática de atos de Alienação parental provocam lesões aos princípios jurídicos expostos no primeiro capítulo e em seu terceiro e último capítulo foi analisado o caso do menino Sean Goldman que foi raptado pela mãe nos EUA e veio com ela residir no Brasil antes de atingir a sua maioridade. A análise deste caso demonstrou-se deverás importante porque em 2009 quando da sua ocorrência houve uma grande repercussão internacional a respeito deste caso que culminou em 2010 com a entrada em vigor da Lei nº 12.318/10 que regula no sentido de reprimir a prática de atos de Alienação Parental.

Palavras-chaves: Alienação Parental. Lesão. Princípios Jurídicos. Aplicáveis ao Direito de Família. Caso Sean Goldman.

ABSTRACT

The analysis of the legal institution of Parental Alienation was conducted in an objective manner, by exposing constitutional and infra principles that are injured upon the occurrence of the practice of acts of parental alienation. Exposed constitutional principles were: the principle of Human Dignity, Special Guardianship principle of the Family, the principle of Responsible Parenthood, the principle of Best Interest of the Child and Adolescent and the infra principle seal the Incest. The research was based as a reference in Law n° 12.318 / 2010 in the Civil Code provisions in articles of the Federal Constitution and the Hague Convention. In the first chapter were exposed with the above principles, in the second chapter was analyzed as the practice of Parental Alienation acts causing injury to the legal principles discussed in the first chapter and in its third and final chapter was analyzed the case of Sean Goldman who was kidnapped the mother in the US and came to her residence in Brazil before reaching the age of majority. Analysis of this case has been shown shalt important because in 2009 when they occur there was a great international repercussions regarding this case which culminated in 2010 with the entry into force of Law n° 12.318 / 10 that regulates in order to suppress the practice of acts of Parental Alienation.

Keywords: Parental Alienation. Injury. Legal principles. Applicable to family law. Sean Goldman case.

SUMÁRIO

| | |
|------------|---|
| 1 | INTRODUÇÃO..... |
| 2 | PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA..... |
| 2.1 | O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana..... |
| 2.2 | O Princípio da Tutela Especial a Família..... |
| 2.3 | O Princípio da Paternidade Responsável..... |
| 2.4 | O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente..... |
| 2.5 | O Princípio da Afetividade..... |
| 2.6 | O Princípio da Vedação ao Incesto..... |
| 3 | A ALIENAÇÃO PARENTAL PROPRIAMENTE DITA..... |
| 3.1 | Lesões a Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família..... |
| 3.2 | Lesões ao Princípio Infraconstitucional da Vedação ao Incesto..... |
| 4 | O CASO SEAN GOLDMAN..... |
| 4.1 | Análises preliminares das questões jurídicas envolvidas..... |
| 4.2 | A relevância do caso e o desfecho judicial..... |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... |
| | REFERÊNCIAS..... |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui a finalidade de discutir como a prática de atos de Alienação Parental definidos na Lei nº 12.318/10 provocam lesões a princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

Para que seja alcançada essa finalidade, será utilizada a seguinte metodologia de trabalho: primeiro se realizará uma exposição teórica dos princípios que serão objeto de estudo no presente trabalho, após a exposição teórica dos princípios constitucionais e infraconstitucionais selecionados como objeto de estudo do presente trabalho será feita uma análise da definição jurídica do que vem a ser a Síndrome de Alienação Parental, realizada a análise do que vem a ser a Síndrome de Alienação Parental será feita uma abordagem constitucional do Direito Civil demonstrando como do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Civil a prática de atos de Alienação Parental ofendem a princípios constitucionais e infraconstitucionais de Direito de Família.

Após o procedimento de análise teórico acima descrito que compreenderá os capítulos 1 e 2 do presente trabalho ocorrerá uma análise do Caso do menino Sean Goldman, que foi vítima de abdução internacional de menor conforme dispõe o artigo 1º da Convenção de Haia no 3º capítulo deste trabalho monográfico.

A presente metodologia será desenvolvida em várias fases. Em um primeiro momento através do conceito de princípio do núcleo essencial contido na Doutrina Constitucional Alemã irá se demonstrar o núcleo essencial dos seguintes princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente, o princípio da Tutela Especial à Família, princípio da Paternidade Responsável, princípio da afetividade.

Realizada a análise do núcleo essencial destes princípios constitucionais será feita uma abordagem identificando o núcleo essencial do princípio infraconstitucional da Vedação ao Incesto. Devido a uma questão de ordem prática não se abordará em um tópico específico os deveres gerais dos pais sobre os seus filhos prescritos no artigo 1634 do Código Civil. Os deveres dos pais sobre os seus filhos contidos no artigo 1634 do Código Civil constituem-se devido ao seu amplo grau de abstratividade e generalidade em verdadeiros princípios infraconstitucionais aplicáveis ao Direito Civil.

No segundo capítulo do presente trabalho serão expostos alguns atos de Alienação Parental em espécie. Momento em que serão analisados em pontos específicos como a prática de atos de Alienação Parental provocam lesões aos princípios constitucionais a serem

individualizados no 1º capítulo, ao princípio infraconstitucional da Vedação ao Incesto e por consequência aos deveres dos pais em relação aos filhos contidos no artigo 1634 do Código Civil.

A linguagem a ser utilizada no presente trabalho busca ser a mais objetiva possível. Por linguagem objetiva não se deve compreender ausência de conhecimento teórico e sim densidade de conhecimento teórico. Essa abordagem constitui um prisma inovado no trabalho do Direito Civil aplicado no Brasil porque ao invés de buscar argumentos prolixos, busca aproximar o leitor da temática trabalhada. O Tema do presente trabalho foi escolhido devido a ausência de uma abordagem específica acerca desta temática, afinal de contas se princípios jurídicos são normas dotadas de alto grau de abstratividade e generalidade, como prega a corrente normativista do Direito ou instrumentos jurídicos que podem estar implícitos no ordenamento jurídico conforme a visão positivista do Direito pode-se afirmar que sem sombra de dúvida os princípios jurídicos exercem influência direta sobre a interpretação, elaboração e aplicação do Direito.

Leis podem ser declaradas inconstitucionais se ferirem princípios constitucionais ou ilegais se ferirem princípios jurídicos infraconstitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra claramente isso, como exemplo a ser abordado no presente trabalho pode-se citar a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de crimes hediondos que não permitia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, sendo referido dispositivo tendo sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena. Por isso acredita-se na necessidade de estudos acerca dos princípios que norteiam o Direito Civil, especificamente o seu ramo célebre que é o Direito de Família.

No terceiro e último capítulo do presente trabalho, será feita uma análise do caso que motivou a elaboração da Lei de Alienação Parental no Brasil, o caso Sean Goldman. A análise deste caso demonstra-se importante porque nele verificou-se a consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no momento de seu desfecho, quando a justiça brasileira permitiu o repatriamento do menino Sean Goldman aos Estados Unidos. Neste caso em epígrafe buscou-se consagrar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, este referido princípio constitui-se no núcleo central de toda a política de proteção a criança e do adolescente.

A Lei nº 12.318/2010 foi elaborada como forma de proteger os menores de idade da prática de atos de Alienação Parental, que podem provocar sérios danos ao menor.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Primeiramente é necessário ressaltar que um sistema jurídico necessita de ferramentas que lhe confirmam coesão. Sendo que os meios de colmatação de lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro exercem esta função. Dentre eles podem ser citados a analogia, os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais de direito e a equidade.

No que diz respeito aos princípios gerais de direito, exponha-se a opinião de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

[...] De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão.¹

De acordo com a visão do eminente jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior acima exposta, os princípios jurídicos possuem a função de garantir a coesão do ordenamento jurídico, coesão esta alcançada através da unidade conferida ao ordenamento jurídico pelos princípios gerais de direito. Na concepção normativista princípios jurídicos nada mais são do que normas dotadas de alto grau de generalidade e abstratividade.²

Independentemente da concepção adotada é evidente o papel que os princípios jurídicos possuem na elaboração, interpretação e aplicação das normas de um ordenamento jurídico.

Um ordenamento jurídico conforme a concepção normativista estrutura-se de forma piramidal onde as normas que o integram dispõem-se em planos diferentes havendo uma estrutura hierárquica a ser seguida. Sendo que a Constituição Federal estaria no ápice do ordenamento, ou seja, no seu topo.³

A Constituição Federal consagra princípios jurídicos aplicáveis aos mais variados ramos do Direito. Dentre estes ramos impende destacar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da Tutela Especial a Família, o princípio da Paternidade Responsável, o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o princípio da Afetividade.

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**/Tercio Sampaio Ferraz Junior. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 247.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 – (Justiça e Direito). p. 297.

³ Ibid. p.199-200.

Os princípios acima mencionados possuem uma posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro por estarem consagrados na Constituição Federal de forma expressa. Advirta-se, contudo que existem outros princípios aplicáveis diretamente ao Direito de Família na legislação infraconstitucional, de força normativa menor do que os princípios acima elencados.

Neste trabalho além dos princípios constitucionais acima destacados será exposto o princípio infraconstitucional da vedação ao incesto.

2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico brasileiro, estando inserido no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Impende transcrever o referido dispositivo constitucional:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁴

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana ressalte-se que o mesmo objetiva a proteção da pessoa humana contra qualquer ato seja praticado por particular ou pelo Estado que possa degradá-la a ponto de ofender a sua humanidade. A positivação do referido princípio objetiva também nortear as ações do Estado no sentido de proporcionar ao indivíduo as condições necessárias para conseguir a sua autodeterminação como ser humano diante do Estado e dos outros membros da sociedade.⁵

No âmbito do Direito de Família a dignidade da pessoa humana deve ser interpretada no sentido de existir o dever de respeito mútuo entre os membros de uma família notadamente a liberdade individual e os direitos decorrentes do seu exercício.⁶

⁴VADE MECUM. **Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concurso** /coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior. 4. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção RT Códigos). p. 67.

⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à luz da Lei n: 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

⁶Ibid. p. 70.

2.2 O Princípio da Tutela Especial a Família

No que diz respeito ao princípio da tutela especial a família a sua guarida encontra-se no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal sendo importante transcrevê-lo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
 § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.
 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
 § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.⁷

O referido princípio parte da premissa de que a família constitui o lugar privilegiado no seio social, onde o indivíduo pode consolidar a sua dignidade. Espaço este onde o indivíduo emerge para o convívio social, vai-se da família para a sociedade e o desempenho na sociedade depende da preparação recebida no meio familiar. Com base neste raciocínio foi positivado o referido princípio na Constituição Federal.

2.3 O Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável encontra-se positivado no § 7º, do artigo 226 da Constituição Federal. Impende transcrever o referido artigo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷ VADE MECUM. Op. cit. p. 134.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.⁸

No que diz respeito ao princípio da parentalidade responsável é necessário ressaltar que na doutrina estrangeira emprega-se o termo “parental responsibility”⁹. A expressão “parentalidade responsável” pode induzir ao erro de se pensar que somente a paternidade é dotada de responsabilidades e a maternidade fosse algo desprovido de qualquer responsabilidade. Não se deve incidir nesse erro sob pena de se descaracterizar a função da maternidade no seio familiar.

De acordo com as palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] Dessa forma, por esse princípio, há a responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Por fim afirma-se que o tipo de responsabilidade que se mostra vitalícia – ou, quem sabe, perpétua nas pessoas dos descendentes atuais e futuros – vincula a pessoa a situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas a seu filho, à sua descendência.¹⁰

2.4 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se positivado no artigo 227, caput da Constituição Federal sendo importante transcrevê-lo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a

⁸ Ibid. 134.

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit. p. 77.

¹⁰ Ibid. p78.

eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

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

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.¹¹

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é responsável pela proteção da criança e do adolescente na condição de seres humanos protegendo a sua dignidade. Este princípio é responsável pela elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, que via de regra embora possua mais de 200 (duzentos) artigos é comumente lembrado por apenas um artigo. O dispositivo normativo que confere a inimizabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos de idade.

Contudo destoando desta abordagem que suscitaria o levantamento de muitas questões ideológicas pode – se definir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como uma diretriz capaz de moldar as “relações entre as crianças e adolescentes com seus pais, parentes, a sociedade civil e o Estado”.¹²

A consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na Constituição Federal representa uma forte mudança no eixo axiológico das relações de Direito Civil. De acordo com a sistemática do Código Civil de 1916 os filhos de relações extraconjugais ou adulterinos não tinham qualquer direito em relação aos seus irmãos frutos de uniões legítimas. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor de

¹¹VADE MECUM. Op. cit. p. 134.

¹²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit. p. 80.

um novo Código Civil a partir de 2003 as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direito, tendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente um importante papel nessa mudança.

2.5 O Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é um princípio constitucional específico de Direito de Família e de acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama “pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226., §§3º e 6º, 227, caput e §1º, ambos da Constituição Federal.”¹³

De acordo com o referido princípio a estabilidade das relações familiares baseia-se no elemento anímico, na *affectio*. A partir da conjugação deste princípio com o princípio da dignidade da pessoa humana são concedidas as famílias homoafetivas o direito de realizar adoções e também se consagrou jurisprudencialmente o entendimento de que uma vez estabelecido o laço afetivo não mais é permitido de forma unilateral a mudança do estado de filiação.

2.6 O Princípio da Vedação ao Incesto

O princípio da vedação ao incesto não permite o casamento e nem o reconhecimento de união estável entre pessoas “que mantenham vínculos jurídicos de parentesco ou afinidade próximos.”¹⁴

Sendo importante ressaltar que não há limite para o grau de parentesco alcançado pela vedação do referido princípio e mesmo ocorrendo a morte de um dos cônjuges o parentesco por afinidade não se extingue, sendo assim mantida a proibição de casamento e reconhecimento de união estável.

O artigo 1521 do Código Civil prescreve que é proibido o casamento entre parentes consanguíneos. Esta vedação expressa consiste na consagração na legislação infraconstitucional do princípio da vedação ao incesto, sendo este princípio um importante traço cultural da sociedade brasileira. No Brasil não se admite nem do ponto de vista moral ou ético que pessoas com laço de parentesco decorrentes de afinidade ou de sangue contraiam matrimônio.

¹³ Ibid. p.82.

¹⁴ Ibid. p. 103.

3 A ALIENAÇÃO PARENTAL PROPRIAMENTE DITA

O psiquiatra norte-americano Richard Gardner¹⁵ foi o responsável pela definição da Síndrome de Alienação Parental. Sendo importante ressaltar que a partir da definição teórica de Richard Gardner foi positivado o conceito jurídico de Alienação Parental no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de 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.

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.¹⁶

A Lei nº 12.318/2010 é definida como a Lei da Alienação Parental, esta lei surgiu como consequência direta do caso Sean Goldman que teve o seu desfecho judicial no Brasil em 2009. Este caso será tratado de forma mais detalhada no 3º capítulo do presente trabalho. No que diz respeito ao rol de condutas elencadas no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, este rol não é taxativo e sim exemplificativo.

No que diz respeito ao rol exemplificativo do artigo 2º da Lei 12.318/2010 é importante analisar dois aspectos: o primeiro aspecto a ser analisado é o fato de que dado a predominância do elemento subjetivo na prática do ato definido em Lei como de alienação parental é improvável, para não se afirmar impossível, a capitulação em lei de todos os atos capazes de se enquadrar no conceito jurídico do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 e o segundo aspecto refere-se ao fato de que ao estabelecer um rol exemplificativo a Lei nº 12.318/2010 concede uma ampla discricionariedade ao magistrado para identificar a prática de ato de alienação parental.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**/coordenação Maria Berenice Dias. 3. ed. Re. Atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

¹⁶ VADE MECUM. op. cit. p. 1844 - 1845.

Para que se possa compreender a importância deste rol exemplificativo do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 é necessária uma reflexão acerca da Teoria Geral do Direito, porque cabe a Teoria Geral do Direito a elaboração dos mecanismos de operacionalização do Direito. Hans Kelsen através da sua Teoria do Escalonamento¹⁷ afirma que o ordenamento jurídico estrutura-se na forma de uma pirâmide, sendo que as normas que o compõem situam-se em graus diferentes sendo algumas de hierarquia superior, outras de hierarquia inferior e algumas de hierarquia intermediária, estas últimas situando-se no ponto central do ordenamento onde seria necessário o estabelecimento de um ponto de referência para classificá-las como de hierarquia superior ou de hierarquia inferior.

Norberto Bobbio ao analisar a Teoria do Escalonamento de Kelsen assim se manifesta:

[...] Em uma estrutura hierárquica, como aquela do ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, pois a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva: executiva em relação à norma superior; produtiva em relação à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos conformes a elas. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, com exceção daquela com grau mais alto e daquela com grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são apenas executivos, e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental (à qual retornaremos na seção seguinte): ela é apenas produtiva, e não executiva. Costuma-se representar a estrutura hierárquica de um ordenamento com a figura da pirâmide, razão pela qual se fala também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se a olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica. Nos graus intermediários, existem, ao mesmo tempo, produção e execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental), ou só execução (atos executivos).¹⁸

De acordo com a concepção de Hans Kelsen que, diga-se de passagem, foi juiz da Corte Constitucional da Àustria, o ápice do ordenamento jurídico é ocupado pela norma fundamental¹⁹. Na perspectiva de Hans Kelsen a Constituição Federal é a norma fundamental de um ordenamento jurídico²⁰, porque ela prescreve os meios procedimentais necessários para a elaboração das normas jurídicas do ordenamento ao qual pertence. O sistema jurídico no qual o Brasil esta inserido é o sistema de direito Romano - Germânico²¹, sendo perfeitamente

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. – 7ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito). p. 246.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. op. cit. p.201.

¹⁹ KELSEN, Hans. op. cit. p.215.

²⁰ Ibid. p.246.

²¹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito) p. 35.

aplicável no Brasil a Teoria Pura do Direito²².

Sob a visão normativista de Hans Kelsen, pode – se afirmar que a unidade do ordenamento jurídico é concebida pela norma fundamental. O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes ao manifestar-se sobre o conceito de norma fundamental afirma que:

[...] Registrando, desde logo, que são múltiplos os sentidos atribuídos à expressão norma fundamentais – a que correspondem outras tantas funções correlatas -, inclusive na obra de Hans Kelsen, a quem se deve a sua mais ampla utilização no jogo da linguagem do Direito, esclarecemos que, para os fins desta exposição, qualificaremos como norma fundamental aquela norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema.

Resumidamente, em palavras do próprio Kelsen, considera-se norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato do mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual se existisse e tivesse competência para editá-la só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão.²³

No âmbito da legislação infraconstitucional as disposições do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 constituem-se em normas fundamentais que possibilitam aos operadores do Direito e, sobretudo ao magistrado a identificação da prática de atos de alienação parental. Mediante a utilização dos meios de interpretação jurídica disponíveis os magistrados conseguem identificar a prática de um ato de alienação parental e agir de maneira a cessar à prática do ato de alienação parental se ele estiver em curso ou sancioná-lo caso o ato de alienação parental tenha se exaurido. Ressalte-se que a lógica deontológica²⁴ de Georg Henrik Von Wright calcado no tripé: o permitido, o proibido e o obrigatório constitui-se em um meio eficaz para identificar a prática de atos de alienação parental.

O rol exemplificativo do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 confere unidade e coerência na difícil tarefa hermenêutica de identificar e sancionar a prática de atos de alienação parental. As condutas elencadas no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, constituem verdadeiras clausuras gerais negativas, na medida em que as referidas disposições são dotadas de um alto grau de generalidade e abstratividade. A existência destas clausuras gerais

²² KELSEN, Hans. op. cit.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.45-46.

²⁴ TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008. 2. ed. (Coleção Tópicos Martins). p.85.

negativas impedem a ocorrência do que Dworkin denomina de “romance em cadeia”.²⁵

Na visão de Ronald Dworkin o Direito necessita ter coerência, requisito que somente pode ser alcançado se houver uma unidade na interpretação e aplicação do Direito. Esta percepção está exposta no livro “O Império do Direito”.²⁶ Através de uma metáfora denominada “romance em cadeia” Dworkin demonstra o quanto é nocivo a ausência de coerência no Direito sendo importante transcrever o seu ponto de vista:

[...] Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesa têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.²⁷

Realizando uma analogia com a teoria exposta por Ronald Dworkin em seu livro “O Império do Direito”, pode-se afirmar que o romancista na teoria do romance em cadeia seria o magistrado diante de um ato de alienação parental. Onde cabe a esse magistrado identificar e sancionar a prática de um ato de alienação parental, nas diretrizes do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito) p. 275.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid. p. 276.

3.1 Lesões a Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Na visão do jurista Robert Alexy, “Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização.”²⁸ O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes no que concerne ao conceito exposto e desenvolvido por Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” ao analisar o princípio da função social da propriedade afirma:

[...] Sendo a função social da propriedade, como sabemos, um princípio jurídico e não uma regra de direito, a sua implementação insere-se no jogo concertado de complementações e restrições recíprocas em que consiste o processo de aplicação/concretização dessas pautas axiológicas – por natureza abertas, indeterminadas e plurissignificativas – enquanto mandatos de otimização.²⁹

Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família inserem-se perfeitamente nas definições acima expostas por Robert Alexy e Gilmar Ferreira Mendes. Porque para que se possa mensurar a eficácia e aplicabilidade de um princípio constitucional é necessário identificar o seu núcleo essencial.³⁰

Por núcleo essencial de um princípio jurídico, considere-se como a parte central do princípio sem a qual o mesmo se desnatura. Alguns dispositivos da Lei nº 8.072/90 denominada de Lei dos Crimes Hediondos foram declarados inconstitucionais por ferirem o núcleo essência de vários princípios constitucionais. Como exemplo pode – se citar a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 que veda a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes definidos como hediondos.

Tendo em vista que a declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo foi realizada através do controle incidental de constitucionalidade, o dispositivo supramencionado continua vigente, contudo sem eficácia por disposição expressa da súmula vinculante número 26 do STF:

26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.³¹

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. (Teoria e Direito Público). p. 146.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 1536.

³⁰ Ibid. 398.

³¹ VADE MECUM. op. cit. p. 2000.

Diante de tudo que foi acima exposto pode-se afirmar que as ações praticadas pelos seres humanos podem provocar lesões a princípios jurídicos, sobretudo quando afrontam o seu núcleo essencial. Para que se possam identificar as lesões provocadas a princípios constitucionais através da prática de atos de Alienação Parental é necessária a exposição de alguns atos de alienação parental:

1. apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
 2. interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
 3. desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
 4. desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
 5. recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.);
 6. falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
 7. impedir a visitação;
 8. esquecer de transmitir avisos importantes/promissos (médicos, escolares etc.);
 9. envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
 10. tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro;
 11. trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
 12. impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
 13. sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
 14. alegar que o outro cônjuge não têm disponibilidade para os filhos;
 15. falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
 16. ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
 17. culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos;
 18. ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro.
- (...)
- Obstrução a todo contato;
 - Falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual;
 - Deterioração da relação após a separação;
 - Reação de medo da parte dos filhos.³²

No primeiro capítulo do presente trabalho, houve a individualização de princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família. Sendo que nesse momento diante da enumeração de atos classificados como de alienação parental em consonância com as cláusulas gerais negativas do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 é indispensável analisar como as condutas acima elencadas afrontam princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

Primeiramente analise-se a lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência disso pode-se afirmar que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é formado pela soma dos núcleos essenciais de todos os princípios jurídicos implícitos e explícitos no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando o núcleo essencial de um princípio jurídico como a sua parte íntima, pode-se afirmar que o núcleo essencial do princípio da dignidade da

³² DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 26.

pessoa humana diz respeito a possibilidade de autodeterminação do indivíduo na condição de ser humano.

O alienador parental ao praticar as condutas acima exemplificadas age movido pelo ódio, inveja, ciúmes e outros sentimentos nocivos em relação ao ex – cônjuge. Sim, porque via de regra a alienação parental é verificada com maior frequência nos casos de divórcio. Ao agir dessa maneira o pai ou a mãe do menor coloca em risco a integridade física, mental, moral e a convivência familiar deste, provocando danos que senão forem tratados podem provocar danos emocionais irreparáveis ao menor.

O prejuízo ao pleno desenvolvimento moral e psíquico do menor, afronta aos deveres decorrentes do exercício familiar, prescritos no artigo 1.634 do Código Civil sendo importante transcrevê-lo:

Art. 1.634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³³

A condição de menor de idade por si só, é uma condição humana frágil. Porque o indivíduo ainda esta desenvolvendo a sua subjetividade, portanto na medida em que neste momento da vida ele passa a ser alvo de atos de alienação parental a sua capacidade de autodeterminação na condição de ser humano sofrerá um grande abalo. O que por consequência demonstra a clara lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange a lesão ao princípio da tutela especial a família pela prática de atos de alienação parental é importante afirmar que de acordo com o referido princípio consagrado no artigo 226³⁴, caput, da Constituição Federal à família é o local adequado para o pleno desenvolvimento existencial do indivíduo. A prática de atos de alienação parental desnatura o ambiente familiar, tornado difícil o aprimoramento psíquico do menor na medida em que provoca danos de natureza psicológica a este ferindo assim o princípio constitucional de tutela especial à família.

De acordo com o princípio da paternidade responsável consagrado no § 7º, artigo

³³ VADE MECUM. op. cit. p. 367.

³⁴ Ibid. p.134.

226³⁵ da Constituição Federal cabe aos pais zelar pelo pleno desenvolvimento físico e intelectual dos filhos. Consoante tal definição pode-se afirmar que a prática de atos de alienação parental provoca claras lesões ao referido princípio constitucional porque ao invés de favorecer o bem-estar dos filhos o genitor alienador prejudica aquele bem-estar ao praticar atos de alienação parental.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente esta consagrado no artigo 227³⁶, caput da Constituição Federal e afirma em seu núcleo essencial a mudança de status do menor no seio familiar. Consoante o Código Civil de 1916 os menores de idade não eram sujeitos de direito, sendo que, por exemplo, os filhos havidos fora do casamento não possuíam quaisquer direitos em relação aos filhos concebidos no casamento. A prática de atos de alienação parental lesiona o referido princípio porque descaracteriza a condição de sujeito de direito conferida aos menores por este importante princípio constitucional.

O princípio constitucional da afetividade é lesionado pela prática de atos de alienação parental porque a pratica destes descaracteriza a presença do elemento anímico nas relações familiares. Um genitor que pratica atos de alienação parental não nem a ele mesmo quanto mais ao filho que é vítima de seu rancor em relação ao ex – cônjuge.

³⁵ Ibid. loc. cit.

³⁶ Ibid. loc. cit.

3.2 Lesões ao Princípio Infraconstitucional da Vedação ao Incesto

O inciso I do artigo 1521 do Código Civil contempla claramente o princípio da vedação ao incesto, sendo importante transcrevê-lo:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.³⁷

No âmbito de um divórcio é comum o surgimento de um grande rancor entre os ex – cônjuges, o que pode possibilitar o surgimento de falsas acusações de abuso sexual por parte de um dos genitores contra o outro. Dada a tenra idade do menor, uma acusação mesmo falsa se repetida a exaustão pode se tornar verdadeira na mente frágil deste. Esta situação específica demonstra uma clara violação ao princípio infraconstitucional da vedação ao incesto, na medida em que de forma dissimulada através de falsas acusações consagra-se na mente do menor uma situação incestuosa que nunca aconteceu.

A falsa denúncia de abuso sexual além de configurar em crime de denunciação caluniosa³⁸ previsto no artigo 339 do Código Penal consiste em um nítido ato de alienação parental. Sendo importante realizar a ressalva de que os deveres contidos no artigo 1634 do Código Civil também são violados mediante a realização de falsas acusações de abuso sexual porque na medida em que estas acusações são feitas pelo genitor que detêm a guarda do menor ele estará assim descumprindo a sua função de zelar pela integral proteção de seu filho, que pode adquirir fortes sequelas psicológicas resultantes destas falsas acusações de abuso sexual. Tendo em vista que o genitor que é falsamente acusado, corre um sério risco de ver o seu relacionamento paterno-filial destruído através da implantação de falsas memórias de abuso sexual em seu filho.

³⁷ Ibid. p. 358.

³⁸ Ibid. p. 625.

4 O CASO SEAN GOLDMAN

O menino Sean Goldman nasceu do casamento entre o americano David Goldman e a brasileira Bruna Bianchi ocorrido no estado de Nove Jérsei no ano de 1999³⁹. No ano de 2004 a mãe do menino Sean veio ao Brasil realizar uma visita temporária aos seus familiares, contudo quando aqui chegou não mais quis retornar aos EUA com o filho. Tendo a brasileira Bruna Bianchi realizado o seu divórcio de maneira litigiosa no Brasil e contraído um novo matrimônio, contudo no ano de 2008 ao dar á luz a filha oriunda deste novo matrimônio veio a falecer.⁴⁰

A partir daí iniciou-se uma verdadeira batalha judicial do pai do menino Sean Goldman pela guarda de seu filho. No plano internacional houve uma grande repercussão sobre este caso, principalmente nos Estados Unidos país de origem do pai de Sean Goldman.

O congresso norte-americano a época dos fatos levantou a hipótese de aplicação de sanções econômicas ao Brasil em virtude do frontal descumprimento da Convenção de Haia. Esta violação demonstrou-se clara na medida em que o Brasil não praticou nenhuma ação no sentido de possibilitar o repatriamento do menino Sean Goldman para os Estados Unidos.

A repatriação do menino Sean Goldman para os Estados Unidos somente se verificou após a morte de sua genitora. Um deputado do partido Republicano dos Estados Unidos veio ao Brasil com o americano David Goldman pai do menino Sean, após o falecimento da mãe do garoto. Após uma longa batalha judicial, que teve desfecho com uma liminar concedida pela presidência do Supremo Tribunal Federal o garoto Sean Goldman foi repatriado para os Estados Unidos, sendo importante ressaltar que mesmo depois deste fato ocorrido 6 anos atrás até hoje tramitam ações no Superior Tribunal de Justiça visando discutir a guarda do menino Sean Goldman.

Em virtude das condutas verificadas no presente caso, foi elaborada no Brasil a Lei nº 12.318/2010. O artigo 2º desta Lei enumera um rol exemplificativo do que é considerado ato de alienação parental. Na medida em que a mãe do menino Sean Goldman veio para o Brasil com seu filho sem a permissão do pai da criança para aqui residir com ele, esta brasileira deu início ao um processo que visava destruir quaisquer laços de afetividade entre o menino Sean Goldman e o seu pai David Goldman. Esse processo iniciado pela mãe da criança constituiu na prática efetiva de atos de alienação parental, todas as condutas

³⁹ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman>.

⁴⁰ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman.

elencadas no rol do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 foram praticas pela mãe do menino Sean Goldman e sua família durante o tempo em que Sean Goldman permaneceu no Brasil.

4.1 Análises preliminares das questões jurídicas envolvidas

Primeiramente é necessário ressaltar que o Brasil na condição de país signatário da Convenção de Haia, jamais em tempo algum poderia ter tomado outra decisão que não determinar o retorno do menino Sean Goldman aos EUA para viver com o pai David Goldman. Contudo até que isso efetivamente fosse posto em prática, um longo caminho teve de ser percorrido e isto será objeto de análise agora.

Ressalte-se que embora o menino Sean Goldman tenha nascido nos EUA, ele detinha a época dos fatos narrados acima dupla nacionalidade porque era filho de brasileira nata e veio residir no Brasil antes de completar a maioridade. De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LI o brasileiro nato não pode ser extraditado em hipótese nenhuma. Sendo importante transcrever o referido dispositivo constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;⁴¹

De acordo com a Convenção de Haia ratificada pelo Brasil, a mãe do menino Sean cometeu o ilícito de abdução internacional de incapaz. Sendo importante transcrever o artigo 1º da Convenção de Haia :

Artigo 1º - A presente Convenção tem por objetivo:
a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.⁴²

⁴¹ VADE MECUM. op. cit. p. 71.

⁴² Ibid.

É importante ressaltar que a Convenção de Haia foi ratificada pelo Brasil no ano de 1980. Todos os países signatários da referida convenção comprometeram-se a estabelecer medidas que visam proteger os menores de 16 (dezesesseis anos) no âmbito internacional, de mudanças ilícitas de domicílio estas por sua vez configuradas na forma de mudança domiciliar de um país para o outro sem o consentimento de ambos os cônjuges. O país em que o menor de dezesseis anos deixa de residir é aquele em que o mesmo mantinha a sua residência habitual.

A brusca mudança domiciliar no ambiente internacional ou a retenção ilícita do menor de dezesseis anos neste ambiente configuram o núcleo do ilícito de abdução internacional de menor consignado na Convenção de Haia. Por retenção ilícita deve-se entender a situação jurídica onde havendo ordem judicial determinando a restituição da guarda do menor ao cônjuge que dela foi esbulhado, esta ordem judicial não é cumprida pelo cônjuge esbulhador. Estas condutas também podem possuir como sujeito (s) ativos parentes próximos ao menor de dezesseis anos, que mediante o rapto desta com posterior deslocamento para país diverso busca a proteção do ordenamento jurídico local para a conduta praticada.

O rapto de um indivíduo menor de dezesseis anos por si só, independente do que o motivou é ilícito. No decorrer do tempo de forma natural começam a surgir divergências no ambiente familiar, divergências estas que se não forem tratadas dão ensejo a prática de atos de alienação parental. Sendo que em muitos casos o ápice de toda esta narrativa fática é a abdução internacional do menor praticada por um de seus genitores com o nítido propósito de ferir o outro cônjuge, frise-se que o objetivo principal da Convenção de Haia é permitir o repatriamento dos menores de dezesseis anos vítimas deste tipo de situação.

A abdução internacional de menor esta intimamente ligada a prática de atos de alienação parental, porque dificulta e muito os direitos de visita e convivência do genitor com seu filho que passa a residir em outro país. Esta prática provoca muitos prejuízos ao menor que dela é vítima porque muitas vezes é obrigado a mudar de endereço contra a sua vontade, de unidade escolar e até de nome.

O objetivo primordial da Convenção de Haia é restabelecer a situação jurídica do menor que arbitrariamente é arrebatado do país em que habitualmente residia. Este objetivo é buscado através do estabelecimento de ferramentas que propiciem o retorno do menor ao seu país de origem e o respeito aos direitos de visita e convivência do genitor impedido de ver o seu filho.

Os Estados-partes na Convenção de Haia buscam através do referido instrumento de direito internacional, proporcionar o bem estar do menor vítima de abdução internacional.

De acordo com a Convenção de Haia os Estados signatários, devem estabelecer uma linha de cooperação entre si com vistas a proporcionar o repatriamento do menor. Visando assim evitar maiores consequências ao menor que pelo simples fato de deslocar-se de forma ilícita de seu país de origem já sai prejudicado. Contudo em países detentores de uma grande extensão territorial, é mais difícil realizar a localização de um menor vítima de abdução internacional.

No Código de Processo Civil brasileiro existe a possibilidade de ajuizamento de ação de busca e apreensão de pessoas, sendo este um procedimento cautelar específico passível de antecipação de tutela. Sendo esta ação ajuizada em consonância com o artigo 1634 do Código Civil, que estabelece que um dos direitos dos pais em relação aos filhos é revê-los de quem ilicitamente os detenha.

O artigo 3º da Convenção de Haia dispõe de forma específica quando a retenção de um menor de dezesseis anos é ilícita. Importante ressaltar que a Convenção de Haia adotou como critério para definir acerca da retenção ilícita de menor a situação jurídica da guarda deste em seu país de origem. De acordo com a Convenção de Haia a guarda do menor deve ser discutida em seu país de origem, sendo a referida convenção um instrumento apto apenas a possibilitar o repatriamento do menor ao seu país de origem.

Conforme os termos empregados na Convenção de Haia em se tratando de caso de abdução internacional de menor, estabelecer-se á a seguinte relação jurídica de direito internacional: o Estado de origem do menor enviará pedido formal de restituição do menor ao país para onde este foi levado, sendo que o Estado de origem denominar-se á no âmbito desta relação jurídica de Estado requisitante e o Estado para onde foi levado o menor denominar-se á de Estado requisitado.

Diante do pedido do Estado requisitante o magistrado federal deverá aferir se o menor efetivamente manteve residência no Estado requisitante. Esta análise pode ser realizada através de todos os meios lícitos e moralmente permitidos em Direito. Afirmar que um menor exercia residência habitual em um país é afirmar que naquele país este menor praticava todos os atos inerentes a vida civil como por exemplo: frequentar a escola, participar de cursos de línguas e frequentar um círculo social onde as pessoas o reconheçam.

Para que a Convenção de Haia seja aplicada a um caso concreto é necessário que seja caracterizada violação a direito de guarda. Este direito de guarda deve ser resultante de decisão judicial, decisão administrativa homologatória de acordo entre os cônjuges ou de pleno direito. No que diz respeito a conduta pratica pela mãe do garoto Sean Goldman, a partir do momento em que ela veio a falecer no Brasil o pai da criança o americano David

Goldman passou a ter o pleno direito de guarda sobre o seu filho, invocando-se assim a aplicação da Convenção de Haia.

Para a aplicação da Convenção de Haia é necessário a conjugação dos seguintes requisitos: os Estados requisitante e requisitado devem ambos ser signatários da Convenção de Haia, o menor que têm a sua requisição feita deve ter tido residência habitual no país requisitante, a residência habitual do menor no país requisitante deve ser imediatamente anterior a violação do direito de guarda e o menor sujeito passivo do pedido de requisição não deve ter mais que 16 anos de idade.

No direito internacional vigora o princípio da reciprocidade onde os Estados signatários de um instrumento de direito internacional devem reconhecer os novos signatários do instrumento conforme forem ocorrendo as novas adesões. Sob a ótica operacional a Convenção de Haia determina que cada Estado signatário da convenção deve estabelecer uma autoridade central para que a esta sejam dirigidos os pedidos de restituição de menor.

Sendo que no âmbito de um Estado Federado podem ser nomeadas mais de uma autoridade central. De acordo com a Convenção de Haia um estado organizado sob a tutela de um regime federativo possui como prerrogativa nomear 1 (uma) autoridade central para cada unidade federada. No Brasil optou-se por nomear-se apenas 1 (uma) autoridade central para representar todo o território nacional, nesta hipótese a Secretaria Especial de Direitos Humanos conforme dispõe o Decreto nº 3951/2000.

As autoridades centrais devem estabelecer ações de cooperação no âmbito internacional e interno com o objetivo de: localizar um menor ilicitamente extraído de seu país de origem, assegurar a restituição amigável do menor primando sempre pelo estabelecimento de um acordo da questão e evitar ao máximo a ocorrência de danos ao menor porque a Convenção de Haia foi elaborada com o objetivo de proteger o menor.

Quando a autoridade central do país estrangeiro recebe o pedido de restituição de menor do país de origem deste, a autoridade central do país requisitado analisará se estão presentes os requisitos formais para a aplicação da Convenção de Haia. Estes requisitos foram expostos acima. Presentes os requisitos formais do pedido de restituição, a autoridade central do país requisitado solicitará a Interpol que realize a localização do menor sujeito passivo do pedido de restituição.

No tocante a Interpol é importante ressaltar que a referida entidade constitui-se em um órgão de cooperação internacional das forças policiais dos diversos países que a compõem. Considerando a sua natureza de órgão de cooperação internacional das polícias do mundo, é necessário destacar que as suas ações de busca e localização de menores vítimas de

abdução internacional possuem um amplo raio de abrangência, daí o motivo da requisição de sua atuação por parte das autoridades centrais dos estados signatários da Convenção de Haia.

Após a localização da criança, a autoridade central notificará diretamente a pessoa que detém o menor em seu poder acerca da existência do pedido de restituição interposto pela autoridade estrangeira. Buscando sempre uma solução amigável para o conflito, tendo em vista que o melhor interesse da criança deve sempre prevalecer.

Considerando o interesse da criança aquele que deve prevalecer diante dos direitos dos genitores que litigam entre si, atenua-se até a possibilidade de uma eventual responsabilização penal do genitor que praticou a abdução internacional do menor. Tudo isso se ressalte buscando preservar assim o melhor interesse do menor.

No Brasil depois de realizado o juízo de prelibação sobre o pedido de restituição apresentado pelo Estado estrangeiro, a Secretaria Especial de Direitos Humanos envia o pedido recebido para a Advocacia Geral da União que ficará responsável pela impetração da ação de busca e apreensão do menor sujeito passivo do pedido de restituição.

A Advocacia Geral da União representa o governo federal em juízo e a União representa o Brasil na condição de pessoa jurídica de direito público internacional. Na medida em que a Advocacia Geral da União ingressa em juízo pleiteando a restituição de um menor, atua com a necessária capacidade postulatória representando a União em juízo tendo em vista o seu interesse de agir condição indispensável para a impetração da ação de busca e apreensão de menor.

Ressalte-se que de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente compete ao Ministério Público na condição de fiscal da Lei e pelo fato de a demanda envolver diretamente interesse de menor de idade acompanhar o trâmite da ação. Impende ressaltar que como o foro competente para o ajuizamento da ação é o foro da Justiça Federal caberá então ao Ministério Público Federal o acompanhamento da ação proposta pela Advocacia Geral da União.

Atendendo ao objetivo primordial da Convenção de Haia que é proteger o menor vítima de abdução internacional, na hipótese de a autoridade central do país requisitado após efetuadas todas as diligências necessárias considerar que o menor sujeito passivo do pedido de restituição está em outro país poderá de imediato enviar toda a documentação relativa ao pedido de restituição para o país onde possivelmente o menor se encontrará.

Este trâmite é possível porque permite otimizar o tempo gasto na busca do menor, quando se esta diante de um caso de abdução internacional de menor é importante que as medidas tomadas ocorram de forma célere.

A autoridade central do país onde a criança se encontra possui o dever de tomar as medidas necessárias para que ocorra o repatriamento desta de forma amigável. Uma das maneiras mais utilizadas para que ocorra o repatriamento amigável da criança é a utilização da mediação como forma de evitar a desnecessária judicialização do feito, prolongando assim a situação ilícita decorrente da abdução internacional.

Na medida em que os países signatários da Convenção de Haia primam pelo estabelecimento de um acordo entre as partes envolvidas, estar-se á dessa forma preservando os melhores interesses da criança e do adolescente.

A autoridade central do país requisitado possui o dever de tomar medidas emergenciais aptas a provocar o repatriamento do menor ao seu país de origem. Na hipótese de não serem tomadas as medidas necessárias para tal, à autoridade central do país requisitante poderá solicitar informações acerca da não realização das medidas necessárias.

No tocante as medidas a serem tomadas para assegurar o repatriamento do menor é importante ressaltar que a demanda de casos referentes a abdução internacional de menores é crescente no mundo todo, desta forma exigindo uma necessária estruturação das instituições dos Estados Nacionais para que as disposições da Convenção de Haia possam efetivar-se.

Sendo no Brasil a Justiça Federal o foro competente para o julgamento das ações relativas a abdução internacional de menores, seria no mínimo prudente que o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais Regionais Federais adotassem um conjunto articulado de ações para que estas ações sejam julgadas de maneira célere dada a indisponibilidade dos interesses envolvidos.

Em seu artigo 12º a Convenção de Haia prescreve decorrido o lapso temporal de menos de 1 (um) ano da retenção ilícita, deve a autoridade do país requisitado imediatamente determinar o repatriamento do menor ao seu país de residência habitual. Este lapso existe como uma forma de verificar se o menor esta plenamente habituado ao meio no qual foi inserido em decorrência da abdução internacional de que foi vítima. A determinação do repatriamento do menor sem essa verificação poderia provocar um novo arrebatamento deste de sua residência desta vez tutelada pelo Poder Judiciário.

Em Direito existe o princípio do não locupletamento do ilícito, de acordo com o referido princípio as consequências de uma ação ilegal não podem ser tuteladas pelo Direito. Realizando uma análise deste princípio e aplicando a situação de um menor que foi vítima de abdução internacional, a não verificação prévia da adaptação deste ao ambiente em que se encontra em decorrência do ato em que fora vítima com consequente determinação de repatriamento provocaria uma seria lesão aos interesses do menor que seria forçado em

virtude dessa decisão estapafúrdia a abandonar tudo aquilo ao que já considerava como parte de sua vida, em Direito tal situação não pode e nem deve ser tolerada.

Na hipótese em que a autoridade central do estado requisitado acreditar que o menor tenha sido levado para outro Estado, esta pode suspender a análise do pedido de restituição até total confirmação de sua suspeita quando poderá sem nenhum entrave burocrático enviar toda a documentação anexa do pedido de restituição recebido ao Estado onde a criança efetivamente encontra-se. Pode a autoridade central rejeitar o pedido de restituição caso verifique que o menor não se encontra em seu território.

Quando recebido um pedido de restituição a autoridade central do Estado requisitado deve analisar o lapso temporal entre a data da abdução internacional e a realização do pedido de restituição. Porque de acordo com a Convenção de Haia, decorrido um lapso temporal superior a 1 (um) ano e verificada a adaptação do menor ao ambiente em que este se encontra a autoridade central do Estado requisitado têm a prerrogativa de negar o pedido de restituição formulado.

Em decorrência deste marco temporal estabelecido na Convenção de Haia, discute-se de maneira ampla no cenário internacional a respeito da demora na tramitação dos pedidos de restituição porque esta demora pode provocar a convalidação da situação ilícita decorrente da conduta do infrator da Convenção de Haia.

Para a plena eficácia das disposições contidas na Convenção de Haia é fundamental a celeridade na tramitação dos pedidos de restituição porque em um período menor que 1 (um) ano pode-se presumir favoravelmente ao requisitante pela restituição do menor. Em se tratando de lapso temporal maior do que 1 (um) ano, será fácil ao infrator da Convenção de Haia demonstrar que acriança esta adaptada ao ambiente em que se encontra. A ausência de uma tramitação célere pode provocar nessa hipótese a vitória do infrator da Convenção de Haia, caracterizando assim nítido locupletamento do ato ilícito praticado.

Muitas dificuldades, porém provocam a não tramitação célere dos pedidos de restituição formulados pelos Estados signatários da Convenção de Haia, como por exemplo: poucas informações oferecidas a respeito da criança no pedido de restituição formulado e a amplitude do território onde serão realizadas as buscas pelo menor vítima de abdução internacional. A cobertura investigativa de um vasto território nacional demanda um grande capital humano e a utilização de muitos recursos tecnológicos sendo alguns deles não disponíveis no Estado requisitado.

A demora na tramitação de pedidos de restituição pode provocar o protesto junto a Convenção de Haia por parte das autoridades centrais requisitantes que não tiveram seus

pleitos atendidos em virtude da demora da prestação jurisdicional, podendo inclusive este protesto constar na pauta da próxima reunião relativa a Convenção de Haia. No Brasil o Ministério das Relações Exteriores constitui o órgão apto a figurar como alvo de eventuais reclamações internacionais relativas a não efetivação Convenção de Haia por demora na prestação jurisdicional.

No âmbito das reuniões relativas aos Estados signatários da Convenção de Haia é necessário demonstrar que a busca de uma solução amigável para o desfecho da situação envolvendo abdução internacional de menor não constitui uma forma protelatória da situação a que se busca dar fim e sim uma forma de preservar os interesses da criança vítima de abdução internacional.

Na hipótese em que o genitor que realizou o pedido de restituição possuir advogado estará a cargo deste as despesas logísticas concernentes ao repatriamento de seu filho. Quando a autoridade central do Brasil é requisitada para intermediar um acordo visando a restituição de menor vítima de abdução internacional, ela aceita contudo somente nos casos em que a parte solicitante é hipossuficiente e não possui advogado constituído no processo.

Quando a Advocacia Geral da União ingressa em juízo solicitando o deferimento de um pedido de restituição enviado ao Brasil atua nessa hipótese como parte na ação e não como substituto ou sucessor processual. Porque cabe a Advocacia Geral da União representar a União em juízo, tendo em vista que o Brasil na condição de país signatário da Convenção de Haia esta legitimado a propor ação pleiteando um juízo de admissibilidade positivo dos pedidos de restituição de menor que recebe dos demais países signatários da Convenção de Haia e cuja adesão o Brasil tenha se manifestado favoravelmente.

De acordo com a Convenção de Haia são hipóteses que autorizam a autoridade central a negar o retorno da criança ou adolescente ao seu país de origem: sendo comprovado que quem mantinha a criança em seu cuidado não o fazia de forma legítima, ou seja, não tinha respaldo legal para cuidar da criança, na hipótese de a criança ser exposta a algum grave perigo através do seu retorno como, por exemplo, ser vítima de violência doméstica e nas hipóteses de a criança opor-se ao seu retorno e dado o seu grau de maturidade deve ter a sua vontade registra no processo judicial para que o magistrado possa valorá-lo quando proferir a sua decisão.

Um dos efeitos práticos da Convenção de Haia é neutralizar a pretensão do infrator que ao chegar ao exterior busca na justiça local a guarda do menor abduzido internacionalmente. Esta conduta foi verificada no caso Sean Goldman, tanto pela mãe do garoto enquanto esta ainda vivia como pelo padrasto do menino Sean após o falecimento de

sua esposa, o padrasto chegou a obter uma liminar favorável em uma Vara de Família do Rio de Janeiro, contudo não obteve êxito em sua pretensão tendo em vista a liminar concedida pela presidência do Supremo Tribunal Federal determinando o repatriamento de Sena Goldman ao seu país de origem. Estando o Supremo Tribunal Federal no topo da hierarquia do Poder Judiciário brasileiro a suas decisões se sobrepõem as demais proferidas em outros graus de jurisdição.

A Convenção de Haia deixa transparente que a decisão concernente a guarda do menor será resolvida pelo Poder Judiciário de seu país de origem e não pela justiça do Estado em que reside quando da formulação do pedido de restituição.

O objetivo principal da Convenção de Haia é permitir o retorno da criança ao seu país de origem. Contudo é necessário ressaltar que quando o pedido de restituição não for compatível com os princípios jurídicos adotados pelo ordenamento jurídico do Estado requisitado este pode negar o pedido de restituição do menor visando assim à consagração do seu dever de proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

No Brasil pode-se citar como exemplo do dever de proteção do Estado em relação aos interesses do menor: o sigilo das informações concernentes aos processos que discutem interesses jurídicos do menor e a proibição de que sejam vinculadas imagens de menores de idade na imprensa. Ambas as vedações encontram-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação esta elaborada em virtude do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.

No âmbito de uma ação judicial fundada em pedido de restituição apresentado por Estado estrangeiro signatário da Convenção de Haia é importante ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente em seu Código de Processo Civil a distribuição do ônus da prova encontra-se distribuída da seguinte maneira: cabe ao autor da ação provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu provar fato impeditivo, constitutivo ou extintivo do direito do autor.

Sendo importante ressaltar que a Convenção de Haia adotou o entendimento de que quem alega deve comprovar as suas alegações. Esta perspectiva foi adotada com o objetivo de estabelecer um equilíbrio jurídico entre as partes, no âmbito de uma ação de restituição porque o abductor ao escolher o foro compete através do ato de abdução de menor o fez em tese por acreditar que o foro em que seria descoberto era o mais favorável a sua pretensão de adquirir a guarda de seu filho. Contudo conforme foi acima ressaltado a Convenção de Haia não permite a discussão a respeito da guarda do menor no país da autoridade central do estado requisitado.

Assim foi estabelecido justamente com o objetivo de evitar o favorecimento daquele que cometeu a abdução do menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente é consequência direta do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, que visa assegurar a criança a proteção integral por parte do Estado brasileiro e da sociedade. Recentemente ocorreu a aprovação no Senado Federal da Lei que regulamenta a Guarda compartilhada sendo esta uma opção a ser considerada pelo magistrado em lugar do antigo modelo de guarda unilateral.

A instituição no ordenamento jurídico brasileiro da guarda compartilhada constitui - se em mecanismo eficaz na prevenção da prática de atos de alienação parental, atos estes que provocam muitos prejuízos ao menor principalmente danos de ordem psicológica. No momento em que o ordenamento jurídico brasileiro consagra em seu íterim o instrumento jurídico da guarda compartilhada o faz em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O instituto da guarda compartilhada permite a ambos os cônjuges acesso as informações concernentes a vida cotidiana do menor como por exemplo, as informações escolares.

No Brasil a ratificação da Convenção de Haia representa um grande avanço no combate a Alienação Parental porque proíbe que casos como o envolvendo o garoto americano Sean Goldman voltem a se repetir. Quando o magistrado nos autos de um pedido de restituição for avaliar o mérito da demanda, deve buscar ouvir o menor a respeito do pedido formulado porque conforme a Convenção de Haia a maturidade que este apresenta conforme a sua idade é importante para o deslinde da questão. Contudo o magistrado deve atentar para a perspectiva de que na medida em que o menor apresenta um certo grau de convivência com o infrator pode vir a estabelecer com este um vínculo afetivo maior do que com o genitor que formulou o pedido de restituição.

No ordenamento jurídico brasileiro existe a presunção legal de que o melhor para o menor seria a sua permanência com a mãe. Contudo esta presunção não dever ser tomada como absoluta tendo em vista que a mãe ao cometer o ilícito de abdução internacional de menor não pode ser considerada como menos infratora do que um pai que assim atua. Sendo importante ressaltar que na hipótese em que uma mãe quando comete o ilícito de abdução internacional de menor no momento em que seu filho possui idade inferior a 1 (um) ano é no mínimo questionável a avaliação do requisito consagrado na Convenção de Haia de adaptação do menor ao seu país de origem dada a sua mínima idade.

Contudo no que diz respeito ao caso do menino americano Sean Goldman a dinâmica do caso foi um pouco diferente. Porque Sean Goldman foi vítima de abdução internacional aos 8 anos de idade, tendo assim estabelecido um vínculo com o seu país de origem os Estados Unidos. Infelizmente a Convenção de Haia não foi aplicada ao caso durante o período em que a mãe da criança estava viva, devido ao impedimento que a própria Constituição Federal impõe a extradição de um brasileiro nato.

Pontos estes a serem abordados com maior especificidade adiante. Nesse momento é necessário manter o foco na análise deste importante tratado internacional que vem a ser a Convenção de Haia. De acordo com a Convenção de Haia quando o Poder Judiciário se manifesta contrariamente ao pedido de restituição, cabe a autoridade central do país requisitado sustentar o posicionamento do Poder Judiciário, o que de certa forma pode provocar um desgaste nas relações diplomáticas entre o Estado requisitado e o Estado requisitante.

Para que ocorra a eficácia da Convenção de Haia é importante detectar e sanar eventuais situações de risco em que se encontra o menor no âmbito do Estado requisitado. Isto pode ser feito através de uma cooperação entre as esferas administrativa e judicial do Estado requisitado. No Brasil no âmbito do Poder Judiciário o ideal seria uma ampla estruturação dos Tribunais Regionais Federais através do Conselho da Justiça Federal, para estabelecer mecanismos que proporcionem o julgamento célere das demandas submetidas à Justiça Federal envolvendo abdução internacional de menor.

A Convenção de Haia permite que o magistrado do país da autoridade central requisitada conheça de forma direta de eventuais decisões administrativas e judiciais proferidas no país de origem do menor sobre a guarda deste. Isto foi estabelecido pela Convenção de Haia para dar maior celeridade ao julgamento dos casos envolvendo abdução internacional de menor no âmbito territorial da autoridade central requisitada.

Na medida em que preceitua dessa forma a Convenção de Haia busca impedir que o infrator da Convenção crie um ambiente juridicamente favorável para si. Esta flexibilização diz respeito ao procedimento e aos meios necessários para que o magistrado do país da autoridade central requisitada obtenha as informações necessárias para proferir uma decisão na ação de restituição de menor. No que diz respeito a abdução internacional de menor a regra é a busca de uma autocomposição do conflito, contudo na grande maioria dos casos não

se consegue um acordo obrigando assim o Poder Judiciário do país da autoridade central requisitada a proferir uma decisão a respeito da pretensão do genitor que busca reaver o seu filho, de cujo convívio foi privado.

Durante o caso Sean Goldman nunca foi possível um acordo entre a mãe do garoto e o pai o americano David Goldman. A própria família da brasileira Bruna Bianchi ajudou a praticar atos de alienação parental com o nítido objetivo de desnaturar qualquer lembrança que o menino Sean Goldman pudesse ter de seu pai David Goldman. Quando se casou no Brasil a brasileira Bruna Bianchi buscou judicialmente que o nome do americano David Goldman não constasse mais na certidão de nascimento de seu filho.

A família materna de Sean Goldman dispunha amplos recursos, sendo estes membros de uma família muito tradicional no Estado do Rio de Janeiro e moradores na cidade do Rio de Janeiro. Bruna Bianchi contraiu matrimônio com um advogado muito bem sucedido e filho de uma das maiores autoridades internacionais em Alienação Parental, utilizando de todos os recursos que dispunha e eram muitos frise-se conseguiu protelar durante o período em que foi viva o contato de seu ex-marido com o filho Sean Goldman.

O início da Alienação Parental praticada por Bruna Bianchi foi quando veio residir no Brasil com seu filho sem a autorização de seu marido David Goldman, que a partir deste momento foi impedido de todas as formas de estabelecer contato com seu filho. Quando isolou geograficamente seu filho do pai da criança iniciou uma série de atos que visavam afastar Sena Goldman de seu pai David Goldman. A Convenção de Haia não possui caráter penal, ou seja, não busca punir os infratores de suas disposições e sim somente restituir o menor abduzido internacionalmente ao seu país de origem.

A Convenção de Haia prima pelo diálogo e a busca de consenso para solucionar o impasse em que se encontra a situação jurídica do menor vítima de abdução internacional. O correto de acordo com a Convenção de Haia seria o repatriamento de Sean Goldman ao seu país de origem, onde lá seria discutido o mérito sobre quem deteria a sua guarda: a mãe a brasileira Bruna Bianchi ou o pai David Goldman.

Contudo a situação verificou-se completamente diferente das disposições contidas na Convenção de Haia durante o tempo em que a brasileira Bruna Bianchi esteve viva. A família brasileira de Sean Goldman usou-se de artifícios legais para não permitir o repatriamento de Sean Goldman para os Estados Unidos. Sendo dois os principais argumentos

utilizados: o primeiro diz respeito a presunção legal de que o melhor para uma criança é ficar com a mãe e o segundo referia-se ao fato de que Sean Goldman por ter nascido nos Estados Unidos, ser filho de brasileira nata e ter vindo residir no Brasil antes de completar a maioridade também detinha a nacionalidade brasileira o que lhe conferia a proteção da cláusula pétrea que não permite a extradição de brasileiro nato.

Ambos os argumentos foram eficazes durante o período em que a mãe de Sean Goldman estava viva. Contudo ressalte-se que outros fatores possibilitaram o adiamento do repatriamento de Sean Goldman para os Estados Unidos, dentre estes fatores pode-se citar: a ausência de auto - executoriedade da Convenção de Haia no território brasileiro e o fato de não existir na época em que este caso teve o seu desenvolvimento uma Lei que aborda-se a temática da Síndrome de Alienação Parental. Sendo importante ressaltar que como consequência direta do caso Sean Goldman foi elaborado pelo Congresso Nacional a Lei nº 12.318/2010 denominada Lei de Alienação Parental.

No Direito Internacional não existe um órgão dotado de supradiscricionariade que possa de alguma maneira sancionar um país que sendo signatário de um tratado internacional não cumpre com os deveres oriundos deste acordo ratificado. Esse aspecto foi verificado in loco no caso Sean Goldman onde o Brasil foi ameaçado de sofrer sanções econômicas a serem aprovadas pelo Congresso norte-americano caso não permitisse o repatriamento de Sean Goldman aos Estados Unidos. Ao tomar esta atitude os Estados Unidos agiram como pessoa jurídica de direito público internacional defendendo os interesses de cidadãos norte-americano no caso em epígrafe David Goldman e seu filho Sean Goldman.

No Brasil não existe nenhum Decreto internalizando a Convenção de Haia no ordenamento jurídico brasileiro o que tornou a época dos fatos difícil a sua aplicação, isto, diga-se de passagem, além-cláusula pétrea existente na Constituição Federal que veda a extradição do brasileiro nato.

A forma como a brasileira Bruna Bianchi veio para o Brasil com seu filho Sean, configura uma nítida infração a Convenção de Haia. Contudo mesmo diante de tal comportamento nitidamente ilícito, enquanto esta mãe fosse viva nada poderia ser feito no sentido de repatriar o menino Sean Goldman para os EUA onde poderia viver junto com seu pai. Porquê de acordo com o artigo 12, Inciso I, alínea c, da Constituição Federal o menino Sean era portador a época dos fatos de dupla nacionalidade: a nacionalidade americana e a

nacionalidade brasileira, na medida em que veio residir no Brasil antes de completar a maioridade.

No que diz respeito a esse raciocínio é importante transcrever o referido dispositivo constitucional:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
- II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
- III - de Presidente do Senado Federal;
- IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V - da carreira diplomática;
- VI - de oficial das Forças Armadas;
- VII - de Ministro de Estado da Defesa.

§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
- II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
 - a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
 - b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.⁴³

Embora a Convenção de Haia assegura-se ao pai do menino Sean o direito de ter o seu filho de volta, a Constituição Federal do Brasil não permitia o repatriamento do garoto para os EUA. A respeito da Convenção de Haia é importante transcrever o seguinte raciocínio:

⁴³ Ibid. p.74.

[...] A convenção deixa claro, em seu art. 16, que o Estado para onde a criança foi levada não têm competência para decidir sobre as questões relativas ao direito de guarda. Tal competência é atribuída à jurisdição do país de residência habitual da criança. Dessa forma, busca a convenção garantir o imediato regresso da criança para, só depois, analisar as medidas cabíveis na esfera do Direito de Família.

As autoridades centrais devem proceder aos deveres de cooperação internacional previstos na convenção para intermediar a promoção de medidas que visem ao exercício pacífico do direito de visita, afastando todos os obstáculos existentes para tanto. Considerou-se a importância do direito de convivência, pois esse é, acima de tudo, o direito dos filhos de obterem a plena assistência de seus pais. O exercício das funções paternas e maternas apresenta-se como fundamental para o desenvolvimento sadio da criança.

Acontece que o mencionado dispositivo convencional internacional não foi devidamente incorporado ao direito interno brasileiro, tendo as obrigações assumidas no plano externo amplas dificuldades de cumprimento efetivo. Por possuir, a Convenção de Haia, texto programático e não autoexecutável, inúmeras são as dificuldades para o deslinde das ações judiciais envolvendo sua aplicação. A Convenção de Haia necessita de um instrumento de direito interno (decreto ou lei) que lhe atribua natureza executável, não sendo auto aplicável como lei ordinária. Apesar da evolução jurisprudencial, em virtude do número cada vez maior de casos levados à Justiça Federal no Brasil, esta ausência legislativa tem influenciado e favorecido o sequestrador/alienador de forma acintosa.

Com o advento da Lei 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, o princípio da celeridade ganha importante aliado na busca pela prestação jurisdicional ou administrativa rápida e levando em consideração a segurança, para se chegar o mais breve possível à solução dos conflitos existentes envolvendo interesses de crianças e adolescentes. No caso de subtração internacional de crianças ou adolescentes vítimas do abuso de guarda ou visitas por um dos pais, com atos de alienação parental, esta norma pode auxiliar nas dificuldades de autoexecução da Convenção de Haia. Nenhuma lide merece se perpetuar no tempo. Uma justiça tardia já não é mais justiça, é injustiça. Assim, deve-se buscar solucionar os conflitos intersubjetivos qualificados por uma pretensão resistida de forma mais breve possível, evitando usar mecanismos para dificultar chegar ao resultado final. Quando se tem em mira o interesse de crianças e adolescentes, principalmente, por envolver processos dolorosos de ruptura familiar, por subtração internacional ou retenção ilícita, social e afetiva de seres em formação.”⁴⁴

O pai do menino Sean possuía uma decisão da Suprema Corte do Estado de Nova Jersey lhe concedendo a guarda de seu filho.⁴⁵ Nos EUA a organização do poder judiciário é diferente da organização judiciária existente no Brasil, sendo importante transcrever a análise de René David sobre o tema:

[...] 391. Jurisdição dos Estados. Cada Estado tem uma organização judiciária que lhe é própria, e não pode fazer-se nenhuma generalização inerente á organização judiciária de Estados cuja a superfície, população e tradições são muito variadas. A hierarquia normal comporta três graus; um supremo tribunal, um tribunal de recurso e uma jurisdição de primeira instância; entretanto, em pouco mais de um terço dos Estados não existe tribunal de recurso intermediário, havendo portanto apenas dois graus de jurisdição. O tribunal colocado no topo da hierarquia chama-se, em trinta e nove Estados, Supremo Tribunal, e nos demais possui outra denominação (Court of Errors, em Conecticut). Jurisdições de exceção muito variadas podem existir, tanto para o direito civil como para o direito penal; tribunais especiais de equity subsistem num pequeno número de Estados.”⁴⁶

⁴⁴DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.78.

⁴⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman>.

⁴⁶ David, René. Op. cit. p.481.

A Convenção de Haia e a decisão judicial da Suprema Corte do Estado de Nova Jersey embora favoráveis ao pai David Goldman, não podiam ter eficácia no Brasil enquanto a mãe do menino Sean estivesse viva, porque colidiam frontalmente com a Constituição Federal. Existia uma verdadeira antinomia jurídica, entre a decisão proferida pela justiça norte-americana em favor do pai David Goldman, a Convenção Internacional de Haia e a Constituição Federal.

Esta antinomia jurídica foi solucionada durante o período em que a mãe do menino Sean Goldman estava viva através do critério hierárquico de resolução de antinomias jurídicas, prevalecendo neste caso a Constituição Federal. A respeito do referido critério de resolução de antinomias jurídicas é importante transcrever o magistério de Norberto Bobbio:

[...] O critério hierárquico, também chamado de *lex superior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não é difícil compreender a razão desse critério após termos visto, no capítulo anterior, que as normas de um ordenamento são postas em planos diferentes, ou seja, são dispostas em ordem hierárquica. Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem ab-rogar as inferiores; as normas inferiores não podem ab-rogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a uma outra consiste na menor força do seu poder normativo; essa menor força manifesta-se justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em contraste com a regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. No ordenamento italiano o princípio da hierarquia entre normas é expresso em várias formas. A superioridade das normas constitucionais sobre as normas ordinárias é sancionada pelo art. 134 da Constituição; a superioridade das leis ordinárias sobre os regulamentos, pelo art. 4º. das Disposições preliminares (“Os regulamentos não podem conter normas contrárias às disposições das leis”); a superioridade das leis ordinárias sobre as sentenças do juiz, pelo artigo 360 do Código de Processo Civil, que estabelece os motivos de impugnação de uma sentença, dentre eles a “violação ou falsa aplicação de normas de direito”; por fim, a superioridade das leis ordinárias sobre os atos da autonomia privada, pelo artigo 1.343 do Código Civil, que considera como causa ilícita de um contrato o fato de ser contrário “a normas imperativas”.⁴⁷

No momento em que a mãe do menino Sean Goldman faleceu, uma nova esperança veio ao pai David Goldman na luta por reaver o seu filho.

⁴⁷ Bobbio, Norberto. Op. cit. p. 239-240.

4.2 A relevância do caso e o desfecho judicial

No ano de 2009 o Presidente do Supremo Tribunal Federal ministro Gilmar Ferreira Mendes, concedeu liminar ao pai David Goldman para que o garoto Sean fosse repatriado para os EUA.⁴⁸ Este caso foi muito importante porque demonstrou a necessidade real de se elaborar uma lei sancionando a prática de atos de alienação parental e também porque as condutas verificadas nesse caso concreto subsidiaram a elaboração do rol exemplificativo do artigo da Lei nº 12.318/2010.

A mãe do menino Sean Goldman claramente utilizou-se da legislação de seu país de origem no caso o Brasil, especificamente utilizou-se em benefício próprio, da cláusula pétrea que impede a extradição do brasileiro nato. Na medida em que um vácuo normativo no ordenamento jurídico brasileiro possibilitou que a mãe de Sean Goldman tenha se beneficiado de sua conduta de abdução internacional, isso provocou um grande estrago na imagem do Brasil no exterior forçando-o a elaborar no ano de 2010 um ano depois do repatriamento de Sean Goldman para os Estados Unidos. Legislação essa que de certa forma visa impedir que as condutas contatadas no caso Sean Goldman voltem a ocorrer no Brasil.

Ressalte-se que de acordo com o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente na ausência de um dos genitores o ideal é que o outro assuma as responsabilidades do ausente. Foi com base neste entendimento que a justiça brasileira após a morte da mãe do menino Sean Goldman, concedeu decisão favorável para que o pai David Goldman repatria-se seu filho para os EUA.

Um dos principais objetivos da Convenção de Haia é impedir que o infrator desta se beneficie da legislação do país para onde abduziu o seu filho. Na medida em que um caso como o do menino Sean Goldman provocou uma grande repercussão no cenário internacional as autoridades brasileiras foram obrigadas a reconhecer que não era mais possível continuar a existir o vácuo normativo relativo a sanção de atos de Alienação Parental. É no mínimo inócuo ratificar um tratado internacional tão importante quanto a Convenção de Haia e não possuir um Decreto que a internalize no ordenamento jurídico brasileiro, mais absurdo ainda é o fato de não haver a época do caso Sean Goldman uma Lei sancionando a prática de atos de alienação parental.

Sob a ótica qualitativa a repercussão internacional do caso Sean Goldman permitiu a elaboração da Lei nº 12.318/2010, o que foi excepcional na proteção da juventude.

⁴⁸ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman>.

Diante de tudo que foi acima ressaltado é imprescindível a guisa de conclusão a transcrição na íntegra da Lei nº 12.318/2010:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de 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.

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.

Art. 3º 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.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, 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 genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

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. Caracterizada 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.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Paulo de Tarso Vannuchi⁴⁹

⁴⁹ VADE MECUM. op. cit. p. 1844-1845.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho versou acerca de como a prática de atos de Alienação Parental provocam lesões a princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família. No primeiro capítulo foram expostos os seguintes princípios: o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio constitucional da Tutela Especial a Família, o princípio constitucional do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, o princípio constitucional da parentalidade responsável, princípio constitucional da Afetividade e o princípio infraconstitucional da Vedação ao Incesto.

No que diz respeito aos princípios infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família abordados no presente trabalho ressalte-se que os deveres obrigacionais dos pais em relação aos filhos constantes no artigo 1634 do Código Civil foram abordados no capítulo 2º e 3º. Estes deveres obrigacionais foram abordados não em tópico próprio, mas em análise de texto corrido, na medida em que os referidos deveres apresentam um elevado grau de abstratividade e generalidade, pode-se sim a partir de uma perspectiva pós-positivista do Direito realizar um juízo de valor sobre os mesmos considerando-os verdadeiros princípios jurídicos infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

Durante o 2º capítulo foi exposto o conceito de Alienação Parental contido no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010. Foi ressaltado no capítulo destacado que o psiquiatra norte-americano Richard Gardner foi o responsável pela elaboração do termo “Síndrome de Alienação Parental” na década de 1980 como também a forma através da qual a prática de atos de Alienação Parental em espécie provocam lesões aos princípios jurídicos acima destacados. Para realizar esta análise o presente trabalho valeu-se da doutrina Alemã do Direito que forjou o termo “núcleo essencial” de um princípio jurídico.

De acordo com a doutrina do núcleo essencial cada princípio jurídico possui um núcleo essencial que deve ser preservado na sua aplicação, sob pena de desnaturação do referido princípio jurídico. Com fulcro nesse raciocínio o presente trabalho foi estruturado da seguinte forma: no primeiro capítulo houve uma exposição dos princípios jurídicos acima elencados ressaltando o seu núcleo essencial, no segundo capítulo houve a exposição do conceito de Alienação Parental com exposição de atos em espécie de Alienação Parental sendo que a partir disso houve a demonstração de como a prática de Atos de Alienação Parental provocam lesões a princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de Família.

No que diz respeito ao segundo capítulo do presente trabalho, houve a análise da natureza jurídica do rol de condutas elencadas no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010. Foi especificado que o referido rol não possui caráter taxativo e sim exemplificativo sendo

ressaltado que a técnica legislativa de elaboração de um rol exemplificativo de atos de Alienação Parental constitui um meio eficaz para a identificação e sanção dos atos de alienação parental praticados pelo guardião da criança em detrimento desta.

Esta análise constitui um marco na abordagem do tema porque aliou conhecimentos de Teoria Geral do Direito com elementos de Direito Civil aplicado. No tocante ao rol exemplificativo do artigo 2º da Lei 12.318/2010 houve um alinhamento da técnica legislativa utilizada para a sua elaboração com a necessidade de coerência na aplicação do Direito de acordo com a perspectiva de Ronald Dworkin exposta em sua obra.

No terceiro e último capítulo houve a análise do caso de abdução internacional de menor que teve como vítima o garoto Sean Goldman. A abordagem deste caso foi importante porque demonstrou na prática como é nocivo ao menor ser vítima de atos de Alienação Parental. Este caso demonstrou que os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família devem estar presentes nas relações familiares, ficou evidenciado também que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente constitui o marco referencial não só na política nacional como da política internacional de proteção a criança e do adolescente.

O caso Sean Goldman demonstrou que a ausência de Leis sancionando a prática de atos de alienação parental é nociva ao menor porque o expõe a sérios riscos de sofrer abalos psicológicos decorrentes da prática de atos de Alienação Parental. Demonstrou também ao Brasil a necessidade de elaborar uma legislação sancionando a prática de atos de Alienação Parental que a época do desenrolar do caso que teve o seu desfecho judicial no ano de 2009 não possui Lei a respeito do tema.

Após a forte repercussão internacional do caso houve um fortalecimento no Brasil da política de proteção aos interesses do menor em virtude da elaboração pelo Congresso Nacional da Lei que sanciona a prática de Alienação Parental. No terceiro capítulo foi realizado uma análise minuciosa da Convenção de Haia, demonstrando que a referida Convenção possui o nobre motivo de permitir o repatriamento de menores de idade abduzidos internacionalmente por um de seus genitores ou demais familiares. Neste capítulo foi afirmado que no Brasil a simples ratificação de um tratado internacional por si só, sem um instrumento jurídico que o internalize no ordenamento jurídico é inócua.

Porque no Direito Internacional não existe um órgão dotado de supradiscricionariedade, que possa estabelecer medidas coercitivas para o descumprimento de acordos internacionais pelos países que os ratificam. O presente trabalho cumpriu com êxito a sua função de demonstrar como a prática de atos de Alienação Parental provocam lesões a princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de Família.

REFERÊNCIAS

AGUILAR CUENCA, Jose Manuel. Síndrome de alienação parental. El síndrome parental (SAP), **Infocop**. n. 30. p. 09. Madrid: COP, Nov./dez. 2006.

_____. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <www. Apase.org.br>. Acesso em: 27 jun. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. (Teoria e Direito Público).

ALTOÉ, Sonia (org.). **Sujeito do direito, sujeito do desejo**. Direito e psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.

APASE. (org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Justiça e Direito).

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito** / Norberto Bobbio; compilados por Nello Moura; Tradução e Notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 2006.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARDOSO, Andréia Ribeiro. **Escola e pais separados**. Uma parceria possível. Curitiba: Juruá. 2009.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental** / coordenação Maria Berenice Dias. 3. ed. Re. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada** / Maria Helena Diniz. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito).

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, Decisão, Dominação**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 247.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica** / R. Limongi França; atualização Antônio de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. 9. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à luz da Lei n: 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**/H. L. A Hart; pós – escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette – Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. –(Justiça e Direito). p. 246.

KÉPES, Rada. **A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório.** Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente, Porto Alegre, ESMP, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**/Rolf Madaleno. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.45-46.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida.** São Paulo: Planeta, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**/Miguel Reale. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**/Francisco Rezek. 11. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família: volume 6**/Silvio Rodrigues. 28. ed. ver. e atual. por Francisco José Cahali: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil.** 2. ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**/André Ramos Tavares. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008. 2. ed. (Coleção Tópicos Martins). p.85.

VADE MECUM. **Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos**/coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior. 4. ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção RT Códigos). p. 67.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico – científico/Theodor Viehweg; tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., de professora Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

Oliveira Júnior, Hamilton Viana de

Alienação parental e lesão a princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito de família / Hamilton Viana de Oliveira Júnior. – São Luís, 2014.

39f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Tereza Cabral

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Alienação Parental 2. Lesão 3. Princípios jurídicos 4. Direito de família 5. Caso Sean Goldman. Título

CDU 347.12