

DA PROTEÇÃO AOS VÍNCULOS FAMILIARES: uma análise sobre a possibilidade de guarda compartilhada quando os ex-cônjuges residem em países diferentes

Giovanni Duarte Maciel de Sousa¹

Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

No que diz respeito a criança e ao adolescente, a preservação dos laços de parentalidade tem tal importância que o ordenamento jurídico brasileiro não apenas reconhece o direito à convivência familiar constitucionalmente no art. 227 da Constituição Federal e infraconstitucionalmente no Art. 19 da Lei 8.069, mas também estabelece como regra o instituto da guarda compartilhada, vide art. 158, § 2º do Código Civil. Desse modo, usualmente o poder judiciário decide, tratando-se de casos ordinários onde geralmente os ex-cônjuges litigantes residem em localidade próxima, pela adoção da guarda compartilhada, visando preservar os laços de parentalidade, assim atendendo ao melhor interesse da criança. Todavia, diante das circunstâncias onde os pais deste encontram-se residindo países diferentes, faz-se presumível que ambos os genitores pleitearão a guarda unilateral dos filhos, sendo inclusive costumeiramente decidido pelo poder judiciário adotar tal hipótese. Assim, a presente pesquisa objetiva investigar a viabilidade da adoção do instituto da guarda compartilhada diante dos cenários onde os pais da criança ou adolescente residem em diferentes países. Para tal utilizou-se do método dialético. Quanto as técnicas de pesquisa, foram utilizadas a bibliográfica e documental. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir que a adoção da guarda compartilhada diante de tais cenários é plenamente admissível, já havendo inclusive entendimento em instâncias superiores nesse sentido. A preservação dos vínculos familiares na maioria dos casos será de fato a melhor decisão a ser tomada, não divergindo a hipótese em que os pais da criança residem em países diferentes.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, Países diferentes, Melhor interesse da criança e adolescente, Direito à convivência familiar.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

² Docente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

ON THE PROTECTION OF FAMILY RELATIONSHIPS: an analysis about the possibility of joint custody when ex-spouses reside in different countries

ABSTRACT

Regarding children and adolescents, the preservation of parenting ties is so important that the Brazilian legal system not only recognizes the right to family life constitutionally in art. 227 of the Federal Constitution and infraconstitutionally in Art. 19 of Law 8069, but it also establishes as a rule the institute of joint custody, see art. 158, § 2 of the Civil Code. Thus, usually the judiciary decides, in the case of ordinary cases in which the litigant ex-spouses usually reside in nearby locations, by adopting joint custody, aiming to preserve the parenting ties, thus serving the best interests of the child. However, given the circumstances in which the parents are residing in different countries, it is presumable that both parents will claim the sole custody of the children, and it is customarily decided by the judiciary to adopt such hypothesis. Thus, this research aims to investigate the feasibility of using the joint custody institute in the context of the child's or adolescent's parents residing in different countries. For this, the dialectical method was used. As for research techniques, bibliographic and documentary research were used. From the research carried out, it was possible to conclude that the use of joint custody in these scenarios is fully admissible, and there is already an understanding in higher instances in this regard. The preservation of parenting ties in most cases will, in fact, be the best decision to be taken, without departing from the possibility that the child's parents live in different countries.

Keywords: Joint Custody, different countries, best interest of the child, right to family life

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, visando guardar o melhor interesse da criança e adolescente, prioriza em regra a preservação dos laços de parentalidade. O interesse pela conservação das relações parentais possui tal relevância que o direito à convivência familiar é previsto não apenas infraconstitucionalmente, no art. 19 da Lei 8.069, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também

constitucionalmente, no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Outrossim, a legislação brasileira adota como regra o instituto da guarda compartilhada, conforme pode-se observar no Código Civil, art. 1.584, §2º, o qual estabelece que, estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar e, não havendo acordo entre estes quanto ao modelo de guarda, deve-se decidir pela adoção da guarda compartilhada. Desse modo, diante de casos corriqueiros onde há disputa de guarda, preferencialmente devem os magistrados decidir pela adoção da guarda compartilhada, alcançando assim ao princípio do melhor interesse da criança. Não obstante, principalmente em razão do atual mundo globalizado, faz-se uma realidade cada vez mais presente de casos complexos onde o divórcio e disputa de guarda envolve indivíduos com nacionalidades distintas.

Em virtude disso, diante da conjuntura onde um dos genitores reside em um país distinto do outro, não seria ilógico presumir que haverá uma disputa pela guarda unilateral do filho menor de idade, sendo essa ordinariamente deferida pelo poder judiciário brasileiro nas instâncias judiciais diante desses casos.

Destarte, a presente pesquisa pretende averiguar se a adoção da guarda compartilhada não apenas é possível, mas também aconselhável, ou se a pretensão pela guarda unilateral é de fato o entendimento correto a ser adotado diante desse contexto. Assim, por objetivo geral tem-se de investigar a viabilidade e razoabilidade da adoção do instituto da guarda compartilhada diante dos cenários onde os pais da criança residem em diferentes países. Quanto aos objetivos específicos, assenhoreia determinar do que se trata o poder familiar, o direito à convivência e o instituto da guarda compartilhada, o princípio da proteção integral, entre outros conceitos, bem como diferir o direito à convivência e o exercício da guarda compartilhada, examinar a tutela do melhor interesse da criança e adolescente no âmbito nacional e internacional, os reflexos do distanciamento entre a criança e seus genitores para seu desenvolvimento e como se materializa o exercício da guarda diante da hipótese trabalhada.

Para tal utilizar-se-á do método de abordagem dialético, valendo-se da discussão e provocação para chegar à um resultado satisfatório. Quanto ao método de procedimento, será utilizado o comparativo, visto que ao longo do trabalho far-se-á o confronto acerca de diferentes ideias acerca da temática. Por fim, quanto as técnicas de pesquisa, serão utilizados a pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que serão analisadas dissertações, artigos, periódicos, livros e a legislação nacional

e tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário que cuidem do tema, bem como serão examinadas diferentes decisões proferidas pelo poder judiciário acerca do tema.

O capítulo 2 tratará das considerações sobre a evolução legislativa e social do direito das famílias, ou seja, como o Direito das famílias passou constantes transformações ao longo dos anos, sendo ainda subdividido em 4 (quatro) partes: 2.1 (Poder familiar), que conceitua o poder familiar e manifesta a evolução deste ao longo do tempo; 2.2 (Melhor interesse da criança e do adolescente), o qual definirá o princípio, como surgiu e sua importância para a guarda dos direitos da criança; 2.3 (Da proteção integral), igualmente conceituando-o e expondo sua importância enquanto princípio para a tutelar a criança contra qualquer tipo de risco; 2.4 (o direito à convivência familiar e exercício de guarda), que abordará o princípio do direito a convivência familiar, previsto constitucionalmente, sua relação com o surgimento da guarda compartilhada como regra, as espécies de guardas recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro além de introduzir a questão da guarda dos filhos no âmbito internacional. O capítulo 3, por sua vez, abordará a prática de alienação parental e seus reflexos no desenvolvimento da criança, conceituando a prática de alienação parental, sua previsão na legislação brasileira, e trazendo a realidade da subtração internacional de crianças. Por fim, o capítulo 4 irá tratar da guarda internacional de crianças e a cooperação internacional, abordando os tratados internacionais que versam sobre o tema, os tratados nos quais o Brasil é signatário e o posicionamento de tribunais superiores acerca da possibilidade de guarda quando os genitores residem em países diferentes.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E SOCIAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Preliminarmente, para haver uma compreensão plena acerca do presente artigo, faz-se necessário desde logo evidenciar e examinar as evoluções do direito das famílias ao longo dos anos no Brasil e suas mudanças legislativas sofridas a partir das revoluções das relações familiares através do tempo, além de questões como a questão da guarda compartilhada como regra, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o chamado poder familiar, antes conhecido como “pátrio poder”, o direito à convivência, dentre outras.

O primeiro Código Civil brasileiro, criado em 1916, consoante DIAS (2014, p.30), era marcado por uma visão eminentemente patriarcal e discriminatória no que se refere as relações familiares e ao matrimônio, com tratamento díspar em relação ao homem e os demais membros da família. O casamento, visto à época sob uma concepção ainda muito religiosa, era indissolúvel, não podendo os cônjuges divorciarem-se. A mulher era tratada como relativamente incapaz, não podendo praticar determinados atos sem consentimento do marido ou do pai. Apesar do Estatuto da mulher casada (L. 4.121/62) conferir mais direitos à mulher dentro do seio familiar, o homem e a mulher somente foram tratados igualmente como sujeitos de direitos a partir da Constituição Federal de 1988. Segundo DIAS (2014, p. 435), “Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226, §5º.), outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns”.

Quanto a figura dos filhos, havia tratamento desigual entre àqueles havidos dentro da relação matrimonial e aos concebidos fora do casamento, sendo considerados ilegítimos, sendo os últimos ainda divididos em naturais e espúrios:

O Código Civil de 1916 classificava a filiação de acordo com a origem, ou seja, se era ou não advinda do matrimônio, considerando como filho legítimo aquele havido na constância do casamento, e ilegítimo o advindo de relações extramatrimoniais. Os ilegítimos dividiam-se em naturais e espúrios, e estes, por sua vez, classificavam-se em adulterinos e incestuosos (ZENI, 2013).

Às crianças havidas fora das relações matrimoniais só seria possível seu reconhecimento a partir da instituição do Decreto-Lei nº 4.737/42, entretanto apenas sendo possível diante da hipótese de desquite, consoante ZENI (2013, p.69). Com o advento da Lei nº 883/49, qualquer dos cônjuges poderia reconhecer os filhos havidos fora do casamento, bem como agora haveria a possibilidade de o filho buscar judicialmente seu reconhecimento. Todavia, aos cônjuges não era ainda possível o divórcio, mas apenas o desquite, somente sendo permitido o divórcio a partir da Lei 6.515 de 1977.

O tratamento desigual entre os filhos havidos dentro e fora da relação matrimonial, conforme ZENI (2013, p.69), apenas findou a partir da promulgação da Constituição de 1988. A Classificação de filho legítimo ou ilegítimo, por sua vez, apenas foi extinta em 1992, com a Lei 8.560/92, que revogou os artigos 332, 337 e

347 do Código Civil de 1916, bem como proibiu qualquer menção à natureza da filiação na certidão de nascimento (ZENI, 2013, p.71).

Contemporaneamente, após várias transformações no Direito das famílias ao longo do tempo, com a criação da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002, criou-se uma nova perspectiva quanto a criança e ao adolescente, vistos hoje como sujeitos de direitos e dignos de proteção, bem como uma nova concepção das relações familiares, com novos modelos de famílias, com mais igualdade nas relações familiares, seja entre os genitores ou mesmo entre esses e sua prole.

Dentre tantas inovações legislativas importantes, é possível elencar como uma das mais significativas a criação da Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, costumeiramente alcunhado por ECA. Tal inovação possui tamanha relevância em razão de ser diploma legislativo especial que cuida especificamente da proteção à criança, vista agora como sujeito de direitos. Conforme Dias (2014, p. 70-71):

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito

O ECA, portanto, merece destaque como garantidor de direitos e proteção à criança e adolescente, efetivador do melhor interesse da criança e adolescente.

2.1 PODER FAMILIAR

O chamado poder familiar compreende a totalidade de direitos e encargos atribuídos ao responsável pelos cuidados da criança, com o fim de assegurar-lhe seu melhor interesse. Consoante FILHO (2009, p.35) “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e firmação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”. Tal conjunto de faculdades atribuídas aos genitores está expressamente previsto no art. 1.634 e incisos do Código Civil, sendo atribuído a esses, dentre outros, o dever de criar e educar a criança, desempenhar o exercício de guarda, unilateral ou compartilhada, em conformidade com o CC, art. 1584; conceder

ou não autorização para viajarem ao exterior; representar-lhes nos atos da vida civil; reivindicá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência e respeito.

O poder familiar, portanto, muito mais refere-se ao dever de cuidado para com os filhos ao invés de poder sobre a criança, sendo por tal motivo que muitos doutrinadores atualmente adotam a terminologia “responsabilidade parental” ou “autoridade” parental.

Outrora conhecido como pátrio poder ou “pater familias”, previsto atualmente no Código Civil de 2002, estabelece a igualdade entre os cônjuges sobre os direitos e deveres no que concerne à tomada de decisão no seio familiar. Tal conceito veio substituir a antiga ideia de “Pátrio poder”, adotada no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no Estatuto da Criança e do adolescente, somente sendo substituída com a criação do atual Código Civil. O conceito de pátrio poder decorre do pater familias romano, figura patriarcal no seio familiar que exercia o patria potestas, ou seja, o poder absoluto sobre a entidade familiar (LOBO, 2011, p. 297). Nas palavras de GONÇALVES (2015, p,421):

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *patria potestas* e visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho

Aos poucos, essa concepção de pátrio poder foi perdendo espaço, dando lugar aos modelos democráticos de família, onde ambos os cônjuges seriam titulares dos mesmos direitos. Nas palavras de DEL’OLMO e JUNIOR (2017, p. 153): “O chamado pátrio poder, denotativo da ascendência paterna sobre os filhos, vem cedendo lugar, há várias décadas, à maior participação da mãe, consagrando-se agora no direito brasileiro a figura do poder familiar”. No direito brasileiro, tal cenário começou a reverter-se a partir da Lei n. 4121/62 denominada de estatuto da mulher casada que, apesar de ainda não trazer ainda igualdade entre os cônjuges, à época foi um grande avanço, vez que trouxe a mulher direito a participação no exercício do pátrio poder. Segundo DIAS (2014, p.434) “O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher”. A igualdade entre os cônjuges nesse quesito apenas materializou-se a partir da Constituição de 1988, mais

especificamente em seu art. 226, § 5º, que estabeleceu entre os cônjuges a igualdade no que toca ao exercício do pátrio poder. A partir do Código Civil de 2002, abandonou-se absolutamente a terminologia “pátrio poder”, denominado agora, de acordo com seu art. 1.631 de poder familiar.

2.2 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O “melhor interesse da criança e do adolescente” ou “superior interesse da criança e do adolescente” cuida de um princípio geral do direito, cujo escopo se faz a garantia de seus interesses de modo primordial, inclusive acima do interesse de seus pais. Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa garantir aos filhos que sejam vistos como sujeito de direitos, dignos de opinião inclusive para os assuntos que lhe dizem respeito:

Dessa forma, o direito de crianças e adolescentes de livremente expressar suas opiniões e de que as mesmas sejam efetivamente consideradas, estabelece a condição para participação ativa em todas as questões que lhe dizem respeito, no âmbito individual ou coletivo, em especial dentro da família, na escola e nas suas comunidades, consolidando a ideia do protagonismo. (SANCHES, 2015)

O princípio foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro ao final do século XX, a partir da promulgação do Decreto nº 99.710/90 o qual ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do adolescente, aprovada em 1989. Conforme expõe Dolinger (2003, p. 89), a convenção estabelece que primordialmente as ações no tocante às crianças levadas a esfera administrativa ou legislativa deve levar em conta o interesse maior da criança. Não obstante, tal princípio haveria sido adotado em caráter implícito na no Art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em virtude de sua situação de natural incapacidade de proteção própria, em decorrência de ainda estar em processo de formação, interessa a sociedade, portanto, a tutela dos interesses em geral da criança e adolescente, sua proteção e seus direitos, tendo o ordenamento jurídico brasileiro o papel de garantir a preservação desses direitos.

Aliás, é possível asseverar que a guarda compartilhada, em regra, corresponderá ao melhor interesse da criança, tendo em vista que essa acabará

sendo garantidora ao direito à convivência. O compartilhamento da guarda propõe o a atuação conjunta dos genitores diante das atribuições relativas à responsabilidade parental. À vista disso, o instituto implica em maior participação conjunta na vida da criança, propiciando assim a efetivação do direito à convivência familiar. Nesse sentido, segundo SILVEIRA (2014, p. 10), “a guarda compartilhada possibilita convivência dos filhos com seus pais de forma contínua, estabelecendo direitos e deveres referentes à guarda compartilhada que a mesma tem que ser exercida de forma igualitária ente pai e mãe”. Assim, o compartilhamento da guarda será quase sempre preferível, quando em conformidade com o melhor interesse da criança.

2.3 DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O princípio da proteção integral, disposto no art. 227 da Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do adolescente, é uma garantia fundamental que visa a garantia da proteção plena à criança e ao adolescente. Tal instituto importa, principalmente, tendo em vista que a criança naturalmente encontrar-se-á em uma situação de hipossuficiência e incapacidade de decidir sobre os próprios atos e tutelar seus direitos, necessitando invariavelmente de amparo, não apenas do seu núcleo familiar, mas da sociedade e do Estado em conjunto. Aliás, o Estado incumbe-se do encargo de ser um dos principais agentes protetores do Direito da criança, conforme observa-se, por exemplo, no § 1º do art. 227 da CF ³, além de diferentes dispositivos do ECA. A sociedade como um todo, portanto, possui dever fundamental na preservação dos direitos dos sujeitos menores de 18 anos, protegendo-a em sua integralidade. palavras de Maria Berenice Dias:

“A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

³ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (DIAS, 2014, p.70)

Assim denota-se a ideia de que, justamente em razão dessa situação de vulnerabilidade e fragilidade em que a criança e o adolescente habitualmente se encontram, notadamente faz-se necessária a tutela e tratamento prioritário em relação aos seus interesses. Daí surge o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, conforme já abordado. Inclusive ambos servem como fundamento norteador da Lei 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do adolescente. Consoante Maria Berenice Dias:

“O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, parentalidade responsável e proteção integral, visando conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais” DIAS (2014, p.71)

Em razão de ser sujeito ainda em formação, portanto, necessária a salvaguarda da criança, portanto, para protegê-la, contra qualquer risco à sua integridade, não apenas física, mas também psicológica que eventualmente ela possa correr.

2.4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E EXERCÍCIO DE GUARDA

Assim como o direito à proteção integral, o direito à convivência familiar está disposto tanto no Estatuto da criança e do adolescente quanto no Art. 227 da Constituição Federal de 1988, servindo tanto estes quanto o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente de embasamento para o modelo de guarda compartilhada.

Tal princípio exterioriza-se fundamental à medida que o convívio entre os genitores e seus filhos se mostra essencial para o desenvolvimento saudável desses, visto que se encontram ainda em processo de formação. À vista disso surge a necessidade de conservação dos laços familiares, via de regra, diante dos cenários onde os cônjuges optam por divorciarem-se.

Portanto, o fato de o casal não estar mais junto não significa que eles não continuarão sendo pai e mãe desse filho, com isso não se pode deixar que

essa separação interfira no relacionamento entre pais e filhos, pois é na fase de desenvolvimento (criança, adolescência) que os filhos mais precisam dos pais, tendo segurança, afeto e cuidados elas crescerão tendo segurança e equilíbrio para a fase adulta. (SILVEIRA, 2014, p. 3)

Exatamente em decorrência dessa necessidade de resguardar o direito à convivência, bem como o melhor interesse da criança e a proteção integral desse, surge o instituto da guarda compartilhada, adotada atualmente como regra:

Outro embasamento da guarda compartilhada na Constituição Federal de 1988 está na proteção da criança e do adolescente, na medida em que tal proteção vem resguardada pelo do art. 227 (caput), que prescreve ser obrigação da família, da sociedade e do Estado proporcionar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar (ZANDONÁ e ROSA, 2017)

Existem duas espécies de guardas recepcionadas pela legislação brasileira, quais sejam a guarda compartilhada e a guarda unilateral. Consoante art. 1.583, § 1º do Código Civil, a guarda compartilhada é o compartilhamento e responsabilização conjunta de direitos e deveres dos genitores que não dividem mais a mesma residência para com seus filhos. A guarda unilateral, por sua vez, é o regime onde apenas um dos pais ou substituto detém a guarda da criança. Existe ainda uma terceira espécie de guarda, não recepcionada pela legislação brasileira, qual seja a guarda alternada:

28. Na guarda alternada, por outro lado, há a fixação de dupla residência, residindo a prole, de forma fracionada, com cada um dos genitores por determinado período, ocasião em que cada um deles, individual e exclusivamente, exercerá a guarda dos filhos (STJ, 2020).

A guarda alternada não se confunde com a guarda compartilhada, dentre outras razões, justamente tendo em vista que no modelo de guarda alternada, existe uma fixação de dupla residência dos filhos, enquanto que na guarda compartilhada, vide art. 1583, § 3º do Código Civil, existe a possibilidade de fixação de uma única residência que será a base de moradia da criança⁴. Igualmente irrazoável confundir a guarda compartilhada e a fixação de residência justamente em razão desse fato.

⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Nada obstante, a guarda compartilhada apenas foi positivada como regra recentemente, a partir das alterações trazidas pela Lei 13.058/2014 ao Código Civil de 2002. No Código Civil de 1916, Código esse que não previa a possibilidade de divórcio, mas sim apenas o chamado “desquite”, havia a ideia de culpa no casamento, tendo o cônjuge “inocente” o direito à guarda unilateral, enquanto que o culpado era punido com a perda da guarda de sua prole. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Nitidamente repressor e punitivo era o critério legal. Para a definição da guarda identificava-se o cônjuge culpado. Ele não ficava com os filhos. Eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole (DIAS, 2014, p.450)

Havia, portanto, muito mais uma prioridade de punir o cônjuge que foi considerado culpado ao invés de priorizar os interesses da criança, inocente perante quaisquer falhas cometidas pelos seus genitores no âmbito matrimonial.

Diante das mudanças legislativas ao longo do tempo, a ideia de culpa e a perda da guarda como instrumento punitivo foi deixada de lado, em razão da necessidade de efetivação dos interesses da criança acima do interesse dos ex-cônjuges. Por seu turno, a partir da alteração do Código Civil pela Lei 13.058/2014, ficou estabelecido, na redação do art. 1584, §2º, que, diante dos casos onde não houver acordo quanto à guarda dos filhos, sempre que possível deveria se aplicar a guarda compartilhada. Todavia, houveram à época críticas a tal reforma legislativa, sob o argumento de que não seria recomendável aplicar a guarda compartilhada mediante determinação judicial. Segundo DIAS (2014, p.455) “a tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob a justificativa de que é necessário o consentimento entre as partes”. Ainda assim, o legislador novamente inovou, a partir de nova redação dada pela Lei 13.058 de 2014:⁵

⁵ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

O Art. 1.584, §2º do Código Civil, portanto, passou a estabelecer então que, havendo ambos os pais capacidade de exercer o poder familiar e não havendo acordo quanto à guarda dos filhos, deveria decidir-se pelo modelo compartilhado.

O instituto da guarda compartilhada, assim, teve grande importância não apenas porque trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um fortalecimento dos vínculos familiares, contribuindo, via de regra, para um melhor desenvolvimento da criança, mas também porque dá liberdade ao juiz para analisar o caso concreto, decidindo sempre mediante a observação dos melhores interesses da criança. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos (GONÇALVES, 2015, p.294).

Ocorre que, trazendo a realidade do divórcio para o âmbito internacional, é sabido que existem divergências não apenas doutrinárias, mas também dentro do próprio poder judiciário. É deveras habitual que diante de casos onde um dos pais da criança resida no exterior, seja decidido por abandonar a ideia de guarda compartilhada, adotando o modelo de guarda unilateral, sob a alegação de estar a serviço do melhor interesse da criança ou do adolescente. Há relevante preocupação, por exemplo em relação aos perigos de eventualmente um dos cônjuges subtrair o filho sem a autorização do outro genitor, levando-o para outro país. Justamente em razão dessa preocupação que o Brasil é signatário da Convenção da Haia, de 1980:

As sérias conseqüências das mudanças internacionais de domicílio envolvendo crianças levou o Brasil a ratificar a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mais conhecida como Convenção da Haia. A convenção é de 1980, mas foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio somente no ano de 2000 (DIAS, 2014, p.477)

A convenção, desse modo, teria por objeto a cooperação entre os países signatários da convenção no auxílio para a devolução de crianças irregularmente subtraídas do seu país onde constituía residência habitual, devolvendo-os a sua nação:

Trata-se de uma convenção que organizou um sistema de cooperação processual, para uma finalidade específica, em que as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas Autoridades Centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que venha a ocorrer um deslocamento ou uma manutenção fronteiriça ilegais de uma criança (DOLINGER, 2003, p.244)

Todavia, em razão da morosidade do próprio poder judiciário, ainda subsiste a preocupação quanto a esse traslado da criança entre países, deixando a criança aos cuidados de seu genitor onde a jurisdição do seu país de origem não o alcança. Assim, não se faz atípico o entendimento de que a guarda compartilhada seria deveras problemática, optando o poder judiciário pelo modelo unilateral.

Para o ex-cônjuge que foi privado da guarda de seu filho, entretanto, tal decisão manifesta grande peso negativo, principalmente pois a partir do momento em que no caso de eventual decisão pela guarda unilateral no âmbito do direito internacional privado, dificilmente a outra parte consiga reverter tal decisão, principalmente devido a morosidade do processo:

Nos últimos anos um fenômeno que vem sendo observado: a efetivação de fato da guarda unilateral sem a anuência do outro genitor. Por se tratar de um tema bastante complexo e difícil no âmbito do Direito Internacional Privado, as esperanças que nutre alguém que perdeu a guarda – de direito ou de fato – de seu próprio filho para seu cônjuge ou ex-cônjuge é bastante reduzida em face ao processo burocrático, lento e ineficiente encontrado na busca pelo reencontro. (REINKE; MENEZES; SIMIONI, 2015)

Igualmente, a competência para julgar esses casos é o foro do domicílio da criança, o que acaba por dificultar qualquer interferência do judiciário brasileiro quando o filho reside em outro país.

Ainda assim, existem decisões favoráveis a guarda compartilhada, mesmo diante de casos onde os ex-cônjuges residem em países distintos, a exemplo de recente decisão proferida pela 5ª turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que estabeleceu a guarda compartilhada para pais que residem em países distintos. Igualmente, a Ministra Nancy Andrighi do STJ, em sede de REsp 1.878.041-sp, ao deliberar sobre um caso de manutenção de guarda, externou que o mero distanciamento geográfico não é fator impeditivo a guarda compartilhada, estejam os pais residindo em cidades, estados ou países diferentes.

O compartilhamento da guarda é profundamente benéfico a preservação do vínculo entre a criança e seus genitores, pois a divisão de responsabilidade entre

estes enseja obrigatoriamente numa maior participação na vida dos filhos, diminuindo assim o distanciamento entre ambos.

É preciso, portanto, que se tome cautela antes de decidir por abandonar a guarda compartilhada simplesmente em razão de mera barreira geográfica, especialmente tendo em vista que a falta de convívio de uma criança com seu genitor pode acarretar inúmeros problemas para seu desenvolvimento. Faz-se importante esse cuidado, inclusive, a fim de prevenir eventual prática de alienação parental. Tal prática pode ocasionar em consequências que prejudicarão a criança durante longos anos, talvez durante toda sua vida. Outrossim, não raro é, nos casos de divórcio, um dos ex-cônjuges (ou até ambos), tentem distanciar seus filhos do outro genitor, dificultando o contato entre ambos, depreciando a outra figura parental, ou até denunciando o ex-cônjuge falsamente a fim de afastá-lo da criança.

O fim de um relacionamento é muitas vezes traumático, envolvendo muita mágoa entre as partes, levando os divorciados não raramente a transmitir essa mágoa para seus filhos. Todavia, nas palavras de DIAS (2014, p. 451) “O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face do ressentimento dos pais”.

Dessarte, faz-se indispensável prudência ao deliberar por afastar a criança de seus pais, considerando que seus reflexos na formação da criança poderão causar prejuízos para toda a vida da criança e adolescente, assim como de seus próprios pais, conforme será aprofundado posteriormente.

3 DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA

Conforme SOUSA (2015, p. 9), a alienação parental consiste em uma prática onde um dos genitores, seja o pai ou a mãe, realiza atos objetivando fazer com que a criança odeie um destes.

A ruptura de uma relação conjugal é sempre muito dolorosa, envolve comumente ressentimento e muita mágoa para com o outro devido aos desgastes durante o tempo em que estiveram juntos. Quando o relacionamento envolve uma criança, contudo, apesar de esperar-se que ao fim da relação os ex-cônjuges não transmitam esse ressentimento tido para com o outro aos filhos, infelizmente não raro

são os casos em que uma ou até ambas as partes realizem atos buscando alienar a criança do outro.

Nesse sentido, segundo DIAS (2013, p.15) “Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar”.

A prática de alienação é prevista e combatida pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Lei nº 12.318/2010.

Por isso, chegou em boa hora a Lei 12.318/2010, que define a alienação parental como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (DIAS, 2013, p.17)

O Brasil, portanto, inovou ao positivar no ordenamento jurídico tal dispositivo. É necessário que o poder judiciário cuide da questão da alienação parental reprimindo-a, para que assim não apenas proteja o pai alienado, mas principalmente a criança vítima dessa relação familiar abusiva. Obviamente a legislação é passível de críticas, como por exemplo o fato de a chegada o conceito de alienação parental abrir margem para o uso desse em forte má-fé nos processos judiciais. A parte demandada, seja em ação de alimentos ou até em casos de violência doméstica e abuso sexual não raramente utiliza-se da alienação parental como instrumento de defesa:

Mas há outra realidade que não pode restar despercebida. Nos processos criminais envolvendo crimes sexuais, a alegação de que se trata de alienação parental tornou-se argumento da defesa e vem sendo invocada como excludente de criminalidade (DIAS, 2013, p. 18)

Todavia, o fato de haver o mal uso desse dispositivo não manifesta causa suficiente para deslegitima-lo, mas sim motivo para maior cuidado na análise do caso.

Nada obstante, os efeitos da prática de alienação parental serão significativamente prejudiciais a formação da criança, vez que, levando em conta que ainda está em fase de desenvolvimento, os traumas psicológicos trazidos poderão perdurar por longos anos, ou até mesmo serem perpétuos:

Sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral (DIAS, 2013, p.24)

Trazendo a realidade da alienação parental no contexto das relações familiares onde um dos genitores reside em país diverso do outro, a questão toma proporções mais complexas. A subtração internacional de crianças é uma realidade preocupante e bastante presente na atualidade, merecendo a devida prevenção e prudência. Nas palavras de DIAS (2013, p.85) Existe uma abundância de casos concernentes ao julgamento de subtração internacional de crianças e adolescentes, correndo na Justiça Federal brasileira. A grande maioria desses casos, inclusive, apresentando frequentemente fortes indícios de alienação parental, exceptuando-se as exceções previstas na Convenção de Haia de 1980.

Entretanto, tal preocupação, na prática, gera alguns transtornos nas primeiras instâncias do poder judiciário, ao passo em que não raramente decide-se pela guarda unilateral dos filhos, apenas pelo fato do outro genitor morar em outro país, ou até mesmo residindo no país, apenas considerando o mero risco em abstrato da criança ser subtraída para outro país por um dos genitores, sem sequer analisar o caso concreto.

Obviamente tais decisões são manifestamente impertinentes e descabidas, haja vista que o fato de um dos genitores residir em outro país não é motivo razoável para presumir que este irá subtrair a criança, alienando-o do seu ex-cônjuge. Além disso, para que os filhos menores de 18 anos deixem o país com um dos genitores, é necessária autorização judicial do outro, além de expressa autorização judicial, conforme art. 84, I e art. 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, justamente por tal preocupação o Brasil é signatário da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mais conhecida como Convenção de Haia de 1980, assim como diversos outros países:

Deve-se analisar que a Convenção de Haia de 1980 viabilizou um importante mecanismo jurídico, através da cooperação entre os Estados-membros, que já contribuiu para a solução de milhares de casos de subtração ou retenção indevida de crianças, servindo para o desestímulo da conduta de subtração dos menores de idade do ambiente familiar e social ao qual estavam inseridos (DIAS, 2013, p. 85)

Ademais, conforme afirmado anteriormente, já existem entendimentos em instâncias superiores acerca da plena possibilidade da guarda compartilhada mesmo quando os pais não residem no mesmo país.

Igualmente, a guarda compartilhada pode ser elemento aproximador entre o filho e seus genitores, à medida que o compartilhamento de responsabilidades poderá ensejar numa maior participação dos pais separados na vida dos filhos. Assim, esse compartilhamento de responsabilidades poderá inclusive minimizar a questão da alienação parental.

É preciso, portanto, que se analise o caso em sua materialidade, e não simplesmente delibere-se pelo abandono da guarda compartilhada pela suposição de que o genitor residente no exterior ou pior, apenas por ser estrangeiro, mesmo residindo no Brasil, sem haver nenhum elemento concreto que corrobore com tal suposição, irá subtrair a criança.

4 A GUARDA INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Consoante DIAS (2014, p.477), o aumento do fluxo de indivíduos, em razão do atual mundo globalizado, propiciou maior convívio entre pessoas de nacionalidades distintas, o que provocou crescimento significativo na quantidade de relações familiares entre cidadãos estrangeiros. Vivemos na era em que as pessoas são cidadãs do mundo, e barreiras geográficas não mais são obstáculos que impossibilitam os indivíduos de relacionarem-se e construir suas famílias.

Quando esses indivíduos de nacionalidades distintas que constituíram filhos se divorciam, entretanto, e um dos ex-cônjuges deseja voltar para seu país de origem com a criança, a questão excede o Direito Brasileiro, passando também a ser uma questão de Direito internacional privado. A identificação da legislação aplicável, bem como a autoridade competente para julgar passa a ser consideravelmente relevante, à medida que é necessário a superação de eventuais sobreposições de diferentes soberanias, com a possibilidade de aplicação de ordenamentos jurídicos diversos, entrando aí o Direito internacional privado para solucionar tais questões, conforme FULCHIRON e MONACO (2016, p. 271-272). Os países então, buscando resolver os conflitos de soberania e competência criam e submetem-se a convenções e tratados internacionais, para assim solucionar os litígios.

No que toca as convenções da Haia atinentes a guarda das crianças no âmbito do Direito Internacional, o Brasil atualmente é signatário da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, e a convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1991 (DOLINGER, 2003, p.242).

Contudo, a primeira Convenção que cuidou das questões internacionais relacionadas à convivência entre genitores e sua prole foi a Convenção de Haia de 1902, que tratava especificamente da tutela de menores (FULCHIRON e MONACO, 2016, p. 273). Previa-se à época que o país competente para o julgamento da matéria em questão seria aquele em que a criança tivesse nacionalidade. Todavia, há claramente um problema nessa previsão, à medida que diante dos casos onde haviam crianças que possuíam na verdade dupla nacionalidade, haveria manifestamente um conflito de competências, motivo esse pelo qual teria sido aprovada uma nova Convenção para substituir a anterior, a Convenção sobre a Competência das Autoridades e a Lei Aplicável em matéria de Proteção de Menores, aprovada em 1961 (FULCHIRON e MONACO, 2016, p. 274). A convenção da Haia de 1961 estabeleceu, dentre outros pontos, que em caso de haver a necessidade de medidas protetivas de urgência, a competência *lex fori*, ou seja, deve-se aplicar a lei do local de residência habitual da criança nesse caso. Contudo, para os demais casos, persistiu ainda a aplicação do critério da nacionalidade. Por fim, a Conferência da Haia em 1996 estabeleceu como regra o critério de residência habitual da criança, abandonando permanentemente, portanto, o critério da nacionalidade.

O Brasil, contudo, conforme já dito, apenas ratificou as Convenções de Haia de 1991 e 1980, não havendo recepcionado a Conferência de 1996 no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, o Brasil adota a *lex domicili* como critério de competência. Desse modo, o local de residência habitual da criança, de fato, será o competente para eventuais discussões acerca de guarda, visita e alimentos. Nas palavras de DIAS (2013, p. 84) “A definição legal do juízo de residência habitual da criança como sendo o competente, segue o princípio norteador do sistema protecionista do menor, qual seja, o da preservação do seu melhor interesse, com claro objetivo de facilitar sua defesa”.

Tratando dos casos de traslado irregular de crianças para outro país, o dispositivo pertinente para tais situações é a Convenção da Haia de 1980, ratificada pelo Brasil nos anos 2000 (DIAS, 2014, p.477). A convenção, conforme exposto em

seu art. 1º, tem por finalidade assegurar a imediata devolução das crianças ao país da qual haveriam sido subtraídas, bem como a garantia de que os direitos de guarda e acesso previstos pelos demais estados contratantes sejam devidamente respeitados:

Trata-se de uma convenção que organizou um sistema de cooperação processual, para uma finalidade específica, em que as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas autoridades centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que ocorrer um deslocamento ou uma manutenção fronteiriça ilegais de uma criança (DOLINGER, 2003, p. 245)

Como regra, assim sendo, diante das hipóteses onde ocorre a subtração de uma criança para outro país signatário da Convenção, esse quase sempre se obriga a devolvê-la ao país do qual foi subtraída, comportando algumas poucas exceções, nos termos do art. 13 da Convenção:

São enumeradas as hipóteses em que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno do infante (13): a) quando a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; b) havendo risco grave da criança, no seu retorno, ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável (DIAS, 2014, p.478)

Dessarte, apesar de plenamente justificável a preocupação ao momento de decidir-se pelo modelo de guarda e fixação do direito de visitas, à vista dos aparatos legais disponíveis para prevenção, é decisão irrazoável definir a guarda unilateral apenas pelo fato de um dos genitores residir em outro país. É preciso ponderar com a devida prudência o caso concreto, a fim de garantir o melhor interesse da criança. A preservação da guarda compartilhada, inclusive diante dos casos em que os genitores vivem em países distintos pode ser surpreendentemente vantajosa, merecendo a devida manutenção, salvo obviamente as hipóteses em que esta seria absolutamente inviável.

Nesse sentido, decisão recente da 5ª turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que determinou recentemente a manutenção da guarda compartilhada para ex-cônjuges que residem em países diferentes. No caso, a autora da ação, em razão de seu atual marido exercer atividades diplomáticas, precisaria morar fora do Brasil, razão essa pela qual requereu a conversão da guarda

compartilhada em guarda unilateral. Na decisão, a relatora citou a alteração trazida pela Lei 13.058/2014, que definiu a guarda compartilhada como regra, bem como afirmou que, tratando-se de casos onde envolvam a guarda de crianças, é necessário ponderar sempre pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por fim, manifestou-se no sentido de que além de haver a necessidade da preservação do convívio das crianças com ambos os seus genitores para seu desenvolvimento saudável, a mudança para outro país poderia constituir “rica experiência cultural e social” para elas. O colegiado então decidiu por unanimidade manter a guarda compartilhada, alternando bienalmente o lar referencial das crianças:

A 5ª Turma Cível do TJDFT decidiu pela manutenção da guarda compartilhada de dois filhos menores, com alternância bienal de residência entre os genitores, tendo em vista a mudança da genitora das crianças para fora do Brasil. Pai e mãe recorreram da decisão e requereram conversão da guarda em unilateral, no intuito de prevalecer o domicílio paternal ou maternal, respectivamente. O pedido de ambos foi negado por unanimidade. (TJDFT, 2021)

Outrossim, a Ministra Nancy Andrighi, em sede de REsp 1.878.041-sp, manifestou-se no sentido de que não faz causa suficiente ao abandono da guarda compartilhada o fato dos genitores residirem em estados, cidades ou até mesmo em países distintos. No caso, o recorrente, que residia em Estado distante da residência dos filhos e de sua ex-companheira, pleiteava a guarda compartilhada dos filhos com fixação de visitas.

Em julgamento anterior do tribunal a quo, decidiu-se que o fato do pai das crianças residir em Estado da Federação distinto desses constituiria circunstância que a priori inviabilizaria no plano material a guarda compartilhada. O recorrente então, em sede de Recurso Especial, contestou a decisão, alegando, além de ferir posicionamento jurisprudencial firmado, violação aos arts. 1583, §3º e 1584, §2º do Código Civil. Por unanimidade, o recurso foi provido.

A relatora, em seu voto, evidenciou que a guarda compartilhada não se confunde com fixação de dupla residência, muito menos resume-se a custódia física conjunta da criança, bem como manifestou-se no sentido de que não é fator impeditivo à fixação de guarda compartilhada a circunstância em que os genitores residam em cidades, estados ou países diferentes. Conforme trecho do julgado:

30. Assim, é imperioso concluir que a guarda compartilhada não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário, sendo certo,

ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada.

31. Portanto, não existe qualquer óbice à fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos (STJ, 2020).

A guarda compartilhada, portanto, não apenas é absolutamente possível, mas sim a regra a ser seguida mesmo quando os genitores não residem no mesmo país, salvo no caso de não atender ao melhor interesse da criança, a ela sendo prejudicial ou pondo-a em qualquer espécie de risco.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, a preservação dos vínculos familiares em sua maioria dos casos será de fato a melhor decisão a ser tomada, não sendo diferente a hipótese em que os genitores da criança residem em países diferentes. O Direito das famílias passou por inúmeras transformações ao longo dos anos no Brasil, vindo de um primeiro Código Civil eminentemente patriarcal, onde a mulher era subordinada ao marido, assim como a criança era vista muito mais como propriedade do que como sujeito de direitos.

A partir das inúmeras evoluções no Direito e sociedade como um todo, as relações familiares foram ressignificadas, criando novos modelos democráticos de família, com maior participação de todos os entes, inclusive dos filhos, vistos agora como indivíduos dotados de direitos e dignos de proteção. Após a elaboração da Constituição de 1988, bem como a elaboração do ECA e do Código Civil, concebeu-se uma nova concepção acerca da criança e adolescente. Considerando que naturalmente os cidadãos menores de 18 anos encontrar-se-ão em posição de hipossuficiência e incapacidade de decidir sobre os próprios atos e tutelar seus direitos, atualmente vislumbra-se que estes devem ser amplamente amparados, merecendo proteção especial da sociedade, do Estado e da família, sendo, portanto, tutelados pelo princípio da proteção integral, conforme a CF, art. 227. Aliás, tal dispositivo não apenas traz o princípio da proteção integral, mas o direito à convivência familiar, bem como em caráter implícito o princípio do melhor interesse da

criança e do adolescente, servindo ambos como fundamento para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como para a criação do instituto da guarda compartilhada, atualmente adotada como regra, em razão das alterações ao Código Civil trazidas pela Lei 13.058/2014. A preservação de tal instituto é fundamental, justamente pois trará uma maior participação dos genitores na vida dos filhos, atendendo assim ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Igualmente, a manutenção da guarda compartilhada mesmo diante do cenário onde os ex-cônjuges residem em diferentes países é plenamente admissível. A adoção de qualquer medida atinente a vida da criança e adolescente invariavelmente deve garantir seu melhor interesse, justamente em razão de ser sujeito de direitos, contudo em natural condição de hipossuficiência para tutela-los.

O estabelecimento da guarda compartilhada como regra, a vista disso, tem por princípio fundamental a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo a preservação do bom convívio entre a criança e seus genitores, além da responsabilização concomitante entre esses no que tange aos direitos e deveres relativos ao poder familiar.

Trazendo a realidade onde os ex-cônjuges residem em países diferentes, não constitui impedimento algum o mero fato de estarem geograficamente distantes, vide REsp 1.878.041-sp, bem como a recente decisão da 5ª turma Cível do TJDFT. A guarda compartilhada não exige convivência diária entre os pais e seus filhos, mas sim compartilhamento de responsabilidades conjuntamente entre esses. Dadas as modernidades tecnológicas disponíveis na atualidade, é plenamente possível até mesmo que essa responsabilização conjunta entre os pais da criança seja concretizada à distância.

Ademais, o contato entre a criança e seus genitores faz-se essencial para seu desenvolvimento, salvo nas hipóteses onde a manutenção desse convívio manifeste qualquer tipo de risco, merecendo uma análise do caso concreto para aferir se a manutenção da guarda e a preservação do convívio com o genitor será benéfica ou não. Caso não se verifique, contudo, qualquer tipo de prejuízo a criança, a guarda compartilhada deve ser sempre preferível.

REFERENCIAS

- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2020
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [S. l.], 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.
- DEL'OLMO, Florisbal de Sousa, JUNIOR, Augusto Jaeger. Curso de direito internacional privado. 12ª ed. Ver, atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017
- DIAS, Maria Berenice. **INCESTO E ALIENAÇÃO PARENTAL**: De acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9 ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DOLINGER, Jacob. Direito Civil Internacional. V1. A Criança no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FILHO, Waldyr Grisard. **GUARDA COMPARTILHADA**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres**. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 12ª edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVEIRA, Sandra de Fátima Josete Camargosil. OS REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA. **Revista Acadêmica da ESMP**,

ed. 4, 2014. Disponível em:

http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/revista_2014-2.asp. Acesso em: 4 set. 2021.

REINKE, Raquel; MENEZES, Victor Araújo de; SIMIONI, Ariane. A GUARDA DOS FILHOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DOS DIVÓRCIOS DE CASAIS DE BRASILEIROS COM ESTRANGEIROS QUE RESULTARAM EM GUARDA UNILATERAL CONFLITUOSA. **Anais da Semana Acadêmica FADISMA ENTREMENTES**, ed. 12, 2015. Disponível em:

<http://sites.fadismaweb.com.br/entrementes/anais/a-guarda-dos-filhos-no-ambito-internacional-uma-analise-dos-divorcios-de-casais-de-brasileiros-com-estrangeiros-que-resultaram-em-guarda-unilateral-conflituosa/>. Acesso em: 1 ago. 2021

Sandini Zandoná, J. M., & da Rosa, A. A. G. (2017). Os Aspectos Jurídicos e Psicológicos da Guarda Compartilhada: os desafios da adaptação familiar. *Revista Vertentes Do Direito*, 4(1), 97-113. Disponível em:

<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/3691>. Acesso em 12 set. 2021

Sanches, H. C. C. (2015). Desafios para garantia do direito à participação de crianças e adolescentes no sistema judicial brasileiro. *Revista Jurídica Da FA7*, 12(2). Disponível em:

<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/31>. Acesso em: 24 set. 2021

SOUSA; Maria Quitéria Lustosa de (coord.). Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial. Organização de Álvaro de Oliveira Neto, Maria Emília Miranda de Queiroz e Andreia Calçada. Recife: FBV /Devry, 2015. 121 p. il. v. 2. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1952.html>. Acesso em: 30 out. 2021

STJ - REsp: 1878041 SP 2020/0021208-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2021. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1221611171/recurso-especial-resp-1878041-sp-2020-0021208-9/inteiro-teor-1221611274> Acesso em 15 set. 2021

TJDFT define guarda compartilhada para pais residentes em países diferentes. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, abr. 2021.

Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2021/abril/turma-define-guarda-compartilhada-para-pais-residentes-em-paises-diferentes>. Acesso em: 15 set. 2021.

Zeni, B. S. (2013). A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA FILIAÇÃO NO BRASIL. *Revista Direito Em Debate*, 18(31). Disponível em:

<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/641>. Acesso em 01 nov. 2021