

GUARDA COMPARTILHADA EM PERÍODO DE COVID-19: A APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS FAMILISTAS AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

SHARED GUARD IN THE PERIOD OF COVID-19: THE APPLICABILITY OF FAMILY INSTITUTES TO THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Luana Bezerra Carvalho¹, Bruno Celso Sabino Leite¹, Ítalo Wesley Paz de Oliveira Lima¹,
Oswaldo de Freitas Teixeira¹, Ivanilcia Mendes da Cruz Carvalho¹, Willamar Jacinto de Oliveira Silva¹

¹Faculdade de Integração do Sertão – FIS, Serra Talhada-PE, Brasil.

Resumo

O presente trabalho tem como objeto central analisar o instituto da guarda compartilhada e a sua reformulação pelo sistema jurídico brasileiro atual diante da excedente demanda perante o cenário de pandemia ocasionado pela Covid-19. Fazendo-se o uso do método hipotético-dedutivo, por constituir um raciocínio prévio de teoria existente que entrelaça hipóteses através de evidências empíricas. Assim, possuindo como método auxiliar histórico, em procedimento técnico como bibliográfico, tendo o filósofo Ronald Dworkin como referencial teórico do trabalho, com base na Teoria de Justiça adotada em sua obra. E uma vez que seus conceitos específicos auxiliaram para a produção de um raciocínio sobre o objeto de análise deste trabalho, que é a aplicação dos princípios familistas nas ações de guarda compartilhada em meio de crise sanitária presente, e consequentemente, o portamento do ordenamento jurídico nos casos dessa crise de saúde pública. Foram analisadas, em caráter oportuno, considerações a respeito de como os preceitos do Direito de Família influenciam nos casos ocasionados pelo vírus, através de pesquisas secundárias realizadas acerca de decisões sobre o tema guarda compartilhada e pandemia proferidas, fazendo-se uma dissecação e análise jurídica sob o pensamento dworkiniano e a temática do artigo.

Palavras-chave: Direito de Família; Guarda Compartilhada; Covid-19; Princípios.

Abstract

The present work has as its main object to analyze the joint custody institute and its reformulation by the current Brazilian legal system in face of the excessive demand in the face of the pandemic scenario caused by Covid-19. Making use of the hypothetical-deductive method, as it constitutes a previous reasoning of an existing theory that interweaves hypotheses through empirical evidence. Thus, having as an auxiliary historical method, considering the technical procedure as bibliographical, the philosopher Ronald Dworkin focusing centrally as the theoretical framework of this work, given the Theory of Justice adopted in his work. And since its specific concepts helped to produce a reasoning about the object of analysis of this work, which is the application of the principles of family law in joint custody actions in the current health crisis scenario, and consequently, the behavior of the legal order in cases of this modality that apparently does not have legal support. In a timely manner, considerations were made about how the precepts of Family Law influence difficult cases caused by the virus through secondary research carried out on the decisions already made and on the perception of a correct decision when dissecting Dworkin's work.

Keywords: Family right; Shared Guard; Covid-19; Principles.

Introdução

Diante do exercício do poder familiar o instituto da guarda compartilhada será analisada como uma inovação do direito familista que visa o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Tal modalidade demonstra a sua importância perante a convivência familiar, que dever-se-á concretizar a convivência parental de forma equânime. Considerando a regulamentação da igual responsabilidade pela criação do filho por ambos os genitores, conforme expresso na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, no que diz respeito ao princípio do maior/melhor interesse da criança e do adolescente e como exposto na Constituição Federal Brasileira no *caput* do art. 5, no que concerne ao preceito da igualdade.

Seguindo este panorama, o novo coronavírus (Sars-CoV-2), identificado por ser causador de uma infecção respiratória aguda, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade, que em março a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o surto da doença como [pandemia](#), que acabou por ocasionar consideráveis impactos em tal instituto. Com isso, a nova realidade sanitária, social e econômica demandou medidas restritivas de prevenção, dentre as quais destaca-se o isolamento social.

Para tanto, foram feitas considerações que vieram a esclarecer algumas objeções, como: Qual o posicionamento do direito da família em relação ao momento pandêmico? Qual o melhor interesse do menor e dos genitores diante de tal situação? Nossa legislação é suficiente e eficaz para garantir decisões adequadas sobre os casos atuais de guarda levados em juízo? Os princípios baseados na sua normatividade poderão ser uma fonte para dizer o direito, haja vista, a ausência expressa dessa situação no ordenamento pátrio?

Esses embates foram abordados e analisados durante ao longo do presente trabalho, por meio de pesquisas secundárias realizadas em jurisprudências e obras, especificamente em *Levando os Direitos a Sério* (2002) de Ronald Dworkin. Durante o desenvolvimento da pesquisa utiliza-se diversas considerações sobre autoridade parental, os fundamentos do Direito Familista e a Convivência Familiar em correlação com o cenário pandêmico causado pela Covid-19. No qual, principalmente, as considerações acerca dos princípios e a sua relevância para a decisões jurisdicionais é elaborada com base nos conhecimentos e posições defendidos pelo filósofo, ora referencial teórico utilizado, Ronald Dworkin.

O artigo científico, que iniciou com ponderações acerca da guarda compartilhada; desenvolvendo-se no tocante ao cenário pandêmico da Covid-19 e as dificuldades enfrentadas pelos genitores diante das medidas preventivas e as necessidades da convivência parental; findando-se em analisar alguns casos julgados e o aparato utilizado pelo juiz para conciliar a igualdade parental e o melhor/maior interesse a criança; consequentemente, correlacionar as seções, a fim de fomentar uma análise acerca da promoção da justiça diante dos direitos dos genitores para com seus filhos no momento em que se faz necessário o distanciamento social.

1 Considerações sobre os princípios do direito de família e o instituto da guarda compartilhada

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o *Pátrio Poder* (*sic*) como era conhecido, correspondia a responsabilidade dos filhos como uma prerrogativa do marido¹, contudo perante a mesma legislação prescrevia que aquele que promovesse a dissolução do seu casamento fosse considerado culpado, gerando a exclusão da guarda de seus filhos. Logo, este cenário foi propício para uma desigualdade parental.

¹ De acordo com o Código Civil de 1916 só se tinha até então a família matrimonial, logo ao referir-se a palavra marido está apresentando a hierarquia existente entre os homens e as mulheres, o que dessoa com o novo texto constitucional de 1988, que apregoa a igualdade entre homens e mulher (formal)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conjuntamente com o Código Civil de 2002, e posteriormente com a Lei nº 11.698 de 2008², inserindo uma nova modalidade de guarda que coadunam com os novos preceitos familistas. A guarda, no momento atual, considera-se como um instituto que estabelece um conjunto de deveres e direitos que ambos os genitores exercem em favor de seus filhos, sendo esta responsabilidade prática de forma unilateral ou conjunta.

A autora Maria Helena Diniz (2008, p. 537) reforça o significado do poder familiar atualmente:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Dessa forma, a partir das novas regulamentações supracitadas passou-se a vigorar a responsabilidade de ambos os pais de forma conjunta diante da prole. O que se deu o nome de guarda compartilhada, no qual destaca-se Maria Berenice Dias (2015, p. 525): “os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole”. Dessa forma, entende-se que essa modalidade é benéfica para introduzir de modo mais intenso os pais na vida de seus filhos.

A guarda compartilhada é diferente das outras modalidades existentes, como a unilateral³, justamente, pelo ideal sistema de responsabilidade e visitas implantada, bem como a forma de garantir a melhor convivência familiar com o menor, assim, essa modalidade busca reequilibrar o papel dos genitores perante a prole após a cessação da sociedade conjugal. Desta forma, a maioria doutrinária possui o mesmo entendimento perante a guarda, defendendo este instituto de forma compartilhada em prol de atender o melhor interesse da criança e adolescente.

Ao passo que reequilibra a relação de família, a guarda compartilhada atua de forma conjunta e de acordo com os preceitos do Direito Familiar. Os fundamentos norteadores que traçam diretrizes ao Direito de Família, refletem sobre a concepção familiar a função social a ela atribuída. Logo, de antemão, se faz importante acerca das alterações ocorridas ao termo família, para isso transparece sob égide Rolf Madaleno (2015, p. 36):

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Considerando isso, os fundamentos do Direito da Família incidem veemente nesse grupo protegido pelo ordenamento jurídico. Logo, como aduz o filósofo Ronald Dworkin “Os princípios são proposições que descrevem direitos” (p. 141), ou seja, caracteriza o princípio como aquele *standard*⁴ que deve ser notado, por ser uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade, e não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social, que se possa considerar favorável.

Por conseguinte, de forma técnica, os preceitos, como por exemplo, de uma tutela jurisdicional servem como um norte que servirão de instrumentos/meio e não fim para que os profissionais da área jurídica e os processos possam seguir adequadamente. Assim, o aparato que rege o direito familista abarca vários fundamentos e indispensáveis para a convivência

² A Lei nº 11.698 de 2008 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, legalizando a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

³ O Código Civil de 2002, no art. 1.583, compreende a guarda unilateral por ser aquela atribuída a apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua, como também disposto no art. 1.584, § 5º.

⁴ Para Dworkin (2002), a palavra *Standard* é denominada como um conjunto de normas que apontam para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares.

familiar que serão tratados adiante, tais quais podem se destacar: o princípio da afetividade, do melhor interesse para a criança, da liberdade, da convivência familiar, da solidariedade, do pluralismo familiar e da igualdade entre os genitores⁵.

Adentrando-se no fundamento para cada princípio, salienta-se aquele que serve como prioridade perante as decisões judiciais à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse instituto possui como foco a plena proteção do menor, pois objetiva mais acuidade, logo, prezando veemente pelo bem estar do infante tanto psicologicamente como fisicamente.

Desse modo, assim como o preceito supracitado, a igualdade jurídica dos genitores é de grande aparato pela legislação brasileira, considerando que defende a isonomia dos pais em obrigações e direitos na sociedade conjugal, isto que extinguiu o que foi escrito acima acerca do pátrio poder e o modelo de família patriarcal que era estabelecido. Portanto, o ideário de igualdade parental é baseado na questão da isonomia de gêneros assegurada constitucionalmente, segundo o qual, o poder familiar dos genitores permanece inalterado, independente da situação conjugal, do gênero ou da guarda estabelecida.

Além do mais, embora o princípio da afetividade não esteja prescrito expressamente no texto constitucional, ele está implicitamente adentrado a fundamentação da dignidade da pessoa humana, como também inserido na doutrina e nos fundamentos de jurisprudências. Dessa forma, entende-se que nas circunstâncias de uma convivência familiar e de relacionamento parental se torna necessário o afeto e amor, no que diz respeito, ao cuidado, alimentação, proteção e responsabilização, para que então permaneça uma harmonia no compartilhamento da guarda. Seguindo esse prisma, a autora Fernanda Tartuce (2014, p. 1) indaga:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

O preceito do melhor interesse do menor é considerado como o macro princípio dos direitos da criança e adolescente, assim decorre o princípio da liberdade que é extraído no [ECA](#) - Lei nº [8.069](#) de 13 de Julho de 1990, dos arts. 3º e 4º. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; assim, o direito do pai ou mãe de visitar seus filhos é um direito fundamental e indispensável a condição de genitor, logo não pode ser amparado um desejo de vingança de um dos genitores ao restringir o direito de liberdade de ver e ter consigo seus filhos em sua companhia.

O princípio supracitado caminha intrinsecamente com o preceito da convivência familiar, visto que os filhos têm direito à convivência com seus pais, mesmo que após cessada a relação conjugal, nessa óptica soma-se também ao direito a outros parentes da visitação. Por fim, os princípios da solidariedade e do pluralismo familiar, se dizem respeito, respectivamente, a harmonia e a convivência pacífica em prol da reciprocidade entre os membros e a ampliação do termo família a partir de entidades respeitadas na seara do Direito da Família.

Na seção seguinte, será trabalhado com base nestas reflexões apontadas acerca dos direitos dos genitores e da prole diante dos princípios em cenário atípico, logo, o que se pôde pontuar nesse primeiro momento e a forma de conduzir a normatização prévia e ampla na valorização dos fundamentos na norma que será tratado adiante conforme o ideário do pensador Ronald Dworkin.

⁵ Divisão realizada sob a luz da autora Maria Berenice Dias, na sua obra Manual de Direito das Famílias – 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

2 O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E A CRISE EPIDEMIOLÓGICA DA COVID-19

No final do ano de 2019 ao início de 2020 eclodiu mundialmente o vírus da Covid-19, o que perdura até os dias atuais⁶. Logo, inicialmente, se faz necessário explicitar detalhes acerca desse vírus que é o responsável por grandes impactos na sociedade atualmente. Segundo o Ministério da Saúde: “A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global.”⁷

No mês de fevereiro, especificamente, no dia 26, o Ministério da Saúde confirmou e o primeiro caso de coronavírus no Brasil⁸. Isto preocupou pela sua rápida disseminação mundial, considerando que o seu surgimento foi na cidade de Wuhan, localizada na China com e o primeiro alerta em 31 de dezembro de 2019. Isto acarretou na decretação pela Organização Mundial da Saúde (OMS) de emergência de saúde pública com interesse internacional.

Em continuação, e conseguinte, o reconhecimento do cenário pandêmico fez com medidas cabíveis fossem tomadas pelas autoridades de saúde (Organização Mundial de Saúde, Secretarias e Ministério da Saúde) para o enfrentamento do vírus. Dentre as inovações legislativas impostas, a Lei nº 13.979/2020 é de grande dimensão tanto para administração como também para a vida em sociedade perante o impasse epidêmico. Assim, destaca-se o artigo 3º, dessa mesma lei, que dispunha exatamente dos parâmetros indispensáveis de precaução:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

[...]

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

[...]

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

Desta forma, como visto acima foram estabelecidas principalmente, em nível coletivo, o isolamento, distanciamento social, quarentena e as restrições locomotivas entre municípios e estados, e quando não suficientes para a contenção poderá ainda ser decretado o *lockdown* (bloqueio total).

Nesse sentido, é previsto o isolamento social como forma de amenização, como pondera o Ministério da Saúde: “limitar o contato próximo entre pessoas infectadas e outras pessoas é importante para reduzir as chances de transmissão do SARS-CoV-2. Principalmente durante a pandemia, devem ser adotados procedimentos que permitam reduzir a interação entre as pessoas com objetivo de diminuir a velocidade de transmissão do vírus.”

Entretanto, sob a visão dos direitos fundamentais, é observado que o distanciamento social colide aparentemente com o princípio da liberdade, do direito de ir e vir ou como também

⁶ Ministério da Saúde declara o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional pela Covid-19 na data 22/04/2022, isto devido a vacinação em massa e o controle de mortes, logo, retornando a sociedade ao status de normalidade. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/abril/ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-em-saude-publica-de-importancia-nacional-pela-covid-19>. Acesso em 28 de abr. de 2022.

⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 12 de dez. 2021.

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-permanece-sendo-o-de-26-de-fevereiro>. Acesso em: 15 de dez. 2021

nomeado de direito de locomoção, garantido no artigo 5º, XV da CRFB, ou seja, colide com os direitos individuais de um cidadão. Nesse ínterim, a ideia de *liberdade*⁹ e o direito de família, no que tange a guarda, sofre impasses correspondentes ao direito da convivência familiar e a livre e ampla comunicação e contato da prole com o genitor, pelo então enfrentamento e as limitações sofridas, assim tendo que encarar conflitos que quando não alcançar acordo, se transformarão em litígio judiciais.

Justamente, pela realidade nunca antes vivida com o Coronavírus e o distanciamento social prevaiente como já dito, no entanto, como aduz os autores Cristiano Padial e Isa Gabriela, “a relação entre pais e filhos deve ser mantida e preservada para que o isolamento social não traga um distanciamento afetivo entre o filho e o genitor que com ele não pode estar presencialmente” (Migalhas, 2020, *on line*).

Visto isso, a autora Ana Carolina Silveria Akel define a guarda compartilhada como:

Na guarda compartilhada deve inexistir disputa entre os genitores que, de forma equilibrada, deverão viver em sua plenitude a relação com seus filhos. Se existir entre os ex-cônjuges discernimento suficiente e capacidade de separar a relação conjugal frustrada da relação parental eterna, a adoção da guarda compartilhada será, sem sombra de dúvida, a fórmula ideal para os dias de hoje, fazendo o AMOR e o AFETO binômio marcante do exercício da guarda. (SILVEIRA, 2018, p. 40)

Nessa mesma senda, nota-se que essa modalidade de guarda permite o fortalecimento dos vínculos afetivos parentais, afastando os sentimentos de abandono ou rejeição. Sobre este ponto, assevera a autora Lúcia Cristina Guimarães que compartilhar a guarda dos filhos pressupõe cuidados objetivos e subjetivos, o primeiro pertencente ao campo do direito positivo e, o segundo, ao direito natural, ambos sustentados por um único pilar: o amor parental (GUIMARÃES, 2018).

Todavia, com o advento desse cenário epidêmico, esses sentimentos podem vir à tona com as restrições como algumas já supracitadas. Como prescreve o pensador Conrado Paulino da Rosa é nesse ambiente insalubre é que surge a alienação parental e a sua, no mínimo, tortuosa, ardilosa, e porque não, psicótica prática de diuturna desqualificação do outro progenitor com um claro objetivo: o de criar um filho órfão de um pai vivo. (2020, p. 506)

Baseando-se nas palavras acima, é necessário demonstrar que qualquer um dos genitores ou autoridade parental possa ser vítima desse crime, nesse sentido o equilíbrio da convivência dos filhos com os pais torna-se medida efetiva ao combate desse mal. Portanto, a convivência familiar, de uma certa forma sendo ameaçada é relevante analisar as hipóteses acessíveis conforme os princípios do Direito da Família diante de tais situações. Com isso, podemos observar que nas relações parentais, desprende-se como o dever de cuidar, logo a máxima pressupõe uma obrigação que se coaduna com os preceitos legais, como por exemplo a saúde psicofísica dos menores, mesmo que, para isso, seja necessário impor, temporariamente, certos comportamentos e limites aos genitores. (PAIXÃO, 2020).

Em prossecução, como o menor é a prioridade absoluta prescrita no Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA e na Constituição Federal de 1988 se faz necessário, diante da situação social pandêmica, repensar tais direitos, haja vista das hipóteses para precaução do contágio, sendo indispensável a reanálise das relações familiares concebidas em condições normais, tanto pelos integrantes, como também pelos operadores do direito. Além do mais, é preciso analisar bem as formas de cumprimento dos direitos acima citados, a fim de proteger a possibilidade da convivência e do contato de forma efetiva, que são insubstituíveis e essenciais para o desenvolvimento social da prole.

Destarte, os impasses informados acerca da execução efetiva dos princípios e a pandemia do covid-19, é evidente a colisão entre os resguardados na guarda compartilhada. Assim, Considera-se Dworkin (2002, p. 42-43) sobre a dimensão do peso ou importância dos princípios:

⁹ ARISTÓTELES, *apud* por RABUSKE (1999, p. 89), induz que: “A liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”.

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

[...]

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

De modo que será analisado na seção adiante sob a visão do autor, que nas circunstâncias em que os casos levados a juízo provocam a colisão entre dois os mais preceitos, prevalecerá aquele fundamento que, pelas circunstâncias concretas do caso, no momento considera-se a pandemia, venha ser de maior peso e importância. Logo, em resolução para o pensador a preferência se dará sem que isso gere invalidade nos outros preceitos.

3 A guarda compartilhada e o direito à convivência familiar diante da covid-19: Avanços e retrocessos do ordenamento jurídico

Em uma sociedade que as relações sociais são baseadas na legalidade, qualquer ação restritiva precisar-se-á por uma análise jurídica de forma minuciosa, já que estamos diante de colisão aparente de direitos fundamentais. Ou seja, o direito à família e por conseguinte a convivência parental apresentam-se como direitos fundamentais, assim como o direito à saúde, leia-se vida e à liberdade.

Dessa forma, as ações que visem restringir a liberdade tendem a ser limitadas à precisa dimensão das situações, o que no presente cenário corresponde a pandemia da Covid-19. Assim, juntamente a isso e vislumbrando todos os aspectos levantados nas seções anteriores, indica-se que o juiz figurará incisivamente e pontualmente na proteção e na garantia do menor e dos genitores, quando acordo extrajudicial não é tomado para tal situação. Nesse sentido, afirma Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*:

Os juristas são treinados para analisar leis escritas* e decisões judiciais** de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas. (DWORKIN, 2002, p. 4)

Não obstante, ainda assim questiona o autor expressamente na obra: como deveriam os juízes chegar às suas decisões a fim de atender da melhor maneira possível os objetivos do processo judicial? Às vezes, porém, os juristas lidam com problemas que não são técnicos nesse sentido e sobre os quais não há consenso geral quanto ao modo de proceder. (DWORKIN, 2002, p.1) Assim, declara-se que nestas circunstâncias que abarcam os casos difíceis da guarda compartilhada e a convivência familiar, utiliza-se, o juiz, de padrões determinados, a fim de que sejam buscadas a previsibilidade e a justiça no caso concreto. Logo, considerando isso, o autor também realiza uma refutação à teoria da discricionariedade proposta pelo positivismo jurídico.

“O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2002, p. 121). Tendo em mente isso, e ainda mais, sob o prisma do autor a discricionariedade é concebida como capacidade/faculdade de julgar, interpretar e aplicar as normas, sendo limitada a racionalidade,

a equidade e a eficácia. Nesse sentido, logo, há que se fazer uma ponderação¹⁰ valorativa no que concerne aos princípios, e assim, posto a temática a prevalência sob a discricionariedade.

Em continuidade, nota-se que a pandemia impulsionou ao Estado Democrático o fomento da atuação criativa, em especial na seara jurídica, em prol de que haja uma tutela adequada diante dos direitos individuais fundamentais em questão, tais como à liberdade, à igualdade e à convivência no âmbito familiar. Sendo possível, a fundamentar com a teoria de justiça de Dworkin, equacionar de forma satisfatória a relação entre tais direitos e os princípios perante o sistema judiciário brasileiro. Acrescenta o autor:

Todos nós temos crenças sobre a justiça que defendemos porque nos parecem corretas, não porque as tenhamos deduzido ou inferido a partir de outras crenças. [...] quando refletimos sobre a justiça ou sobre ela argumentamos com outras pessoas, utilizamos essas crenças habituais - que chamamos de "intuições" ou "convicções". (DWORKIN, p. 248)

Por certo, com base no já tratado, para que então seja realizado um trabalho científico íntegro na perspectiva da análise das tutelas jurisdicionais realizadas acerca da guarda compartilhada, as subseções adiante tratarão sobre a teoria de justiça de Ronald correlacionada à importância dos princípios do direito de família. Bem como, abordarão os desafios para conciliar a igualdade e liberdade parental e o melhor interesse da criança tanto pelo poder judiciário quanto pelos genitores. Para que, por fim, discorrer e exemplificar, acerca das decisões dos juízes e dos impasses da Pandemia no contato familiar.

3.1 DA TEORIA DE JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN E DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO FAMILISTA

Assim, levando em conta a Pandemia, se faz o questionamento se os princípios podem ser considerados como argumentos jurídicos adequados pelo jurisdicionado perante a não previsão legal de um regime de quarentena para os casos em questão? À luz do nosso marco teórico, Ronald Dworkin (2002), os argumentos jurídicos oportunos repousam na mais correta interpretação moral acessível das práticas que estão em vigor em uma determinada sociedade.

Na [Lei de Introdução do Código Civil](#), em seu artigo 4º garante que em casos que o magistrado estiver diante de lacunas na legislação ele pode recorrer, respectivamente, a analogia, costumes e aos fundamentos gerais do direito, para melhor solucionar o caso. Contudo, ao enfrentar tal cenário atípico detalhado na seção subscrita, há de concluir, juntamente com os casos de decisões judiciais que serão citados posteriormente, que a analogia será um recurso não acatado, em vista da perplexidade da situação e da particularidade de cada caso concreto.

Assim como também, haverá dificuldade de se utilizar de normas costumeiras, justamente pelo momento inabitual vivenciado. Logo, resta-se os preceitos, que provável e imensa utilização no Direito de Família em casos de guarda compartilhada, associa-se ao estudo em uma teoria de justiça, defendida por Dworkin, no qual todos os entendimentos jurídicos a respeito de direitos e políticas públicas têm que basear-se na concepção de que todos que integram uma sociedade são iguais, como seres humanos.

Ademais, seguindo o entendimento do autor, os humanos serão iguais, independentemente de suas condições econômicas e sociais, e devem ser tratados em todos os aspectos importantes para seu desenvolvimento humano, com igual respeito e consideração. Assim, essa teoria de justiça¹¹ prioriza e associa-se no direito de família ao princípio da

¹⁰ Para Robert Alexy a ponderação ou como dito, a aplicação máxima da proporcionalidade, é verificada pelos critérios da adequação e da necessidade, quando se está diante de uma colisão entre direitos fundamentais.

¹¹ Conforme Dworkin (2002) associa a justiça enquanto equidade, que tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.

igualdade parental. O que se pode ressaltar extraindo da doutrina de Maria Berenice Dias o enunciado:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. (DIAS, 2015, p. 48)

Desta forma, diante da observância dos parâmetros que funcionam para aplicabilidade de justiça diante de causas de guarda compartilhada, o Preceito do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente pode se considerar como aquele com maior prioridade, visto a supremacia da proteção ao menor, que assim corre em harmonia com princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Dessarte, para o autor o mais seguro norteador seria os princípios que se denominam como um padrão que devem ser observados prioritariamente, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Consequente, para Dworkin (2002, p. 46):

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas.

Por fim, as idealizações do referenciado acerca da importância da utilização dos fundamentos na tomada de decisões servirão não só quando houver lacuna no julgamento de casos difíceis, mas como fundamentação indispensável para uma decisão correta. Desse modo, serão os princípios que irão diferir as regras por terem o condão de direcionar o argumento a um determinado caminho, necessitando, entretanto, de uma decisão particular. Todavia, ainda assim, afirma o pensador:

um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido processo legal, ou qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo a ser alcançado, que, geralmente consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. (DWORKIN, 2002, p. 141-142)

Assim, a guarda compartilhada que trata-se de um instituto jurídico criado, justamente para assegurar a convivência parental, só alcança esse fim: quando há uma plena relação dos pais e filhos, ou seja, aqui estamos buscando a apresentar uma forma para que os filhos possam ter não apenas a convivência de forma equânime no sentido de participação da vida e das escolhas que melhor servirão na sua criação e não apenas dividir o tempo em dois, três ou quatro.

Trata-se de assegurar que a partir de uma guarda compartilhada aos pais, ou aqueles que tenham autoridade parental, sobre as crianças ou adolescentes cheguem a um denominador comum em prol dos interesses dos filhos e não aos seus anseios próprios.

3.2 A APLICABILIDADE DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS NOS CASOS JUDICIAIS NA PANDEMIA

Os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram frequentemente em conflito, competindo ao governo distingui-los a partir do poder judiciário, como disserta Dworkin. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em detrimento do que tem menos relevância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito, caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem que possuir uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é o mais importante.

À vista disso, pela ideia do marco teórico, os direitos individuais quando limitado por um direito social por plausibilidade não terá enfraquecido a noção de direito. Assim, tendo isso em mente e seguindo para análise de casos acerca da guarda compartilhada, de antemão, entende-se, como já explicado, que perante uma questão de saúde pública, os direitos individuais devem ser mitigados em prol dos direitos da coletividade. Logo, este enunciado deve ser levado à tona nos casos de Guarda partilhada que demandam, principalmente, o distanciamento social. Contudo, há de considerar a não previsão aparente no códex civilista vigente, para o cenário de calamidade enfrentado e o regime de quarentena.

Entretanto, há superficialmente, a previsão no artigo 1586 do Código Civil de 2002 que expressa "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais." Assim, é de compreensão que para servir de fundamentação a fim de alterar a convivência familiar, não basta apenas a pandemia por si só, mas também a comprovação de grave risco para com algum familiar ou menor.

Desta maneira, é de saber-se-á que forma os tribunais e juízes decidirão os casos, mas ainda assim haverá embates em tal posicionamento em decorrência das particularidades desse tipo de processo. Com base em pesquisas de tutelas jurisdicionais, as decisões judiciais têm sido no sentido de suspender as visitas ou de modificar a convivência de filhos com os pais e isso acaba por afetar alguns dos preceitos fundamentais regidos pelo direito familista, principalmente o da liberdade.

somente pode restringir a liberdade, de maneira adequada, com base em certos tipos muito limitados de justificação. (...) Existem, em primeiro lugar, argumentos de princípio, que apoiam uma restrição específica à liberdade, com base no argumento de que a restrição é exigida para proteger o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo exercício da liberdade. (DWORKIN, 2002, p. 421)

Entre as primeiras tutelas (19 de março de 2021) da jurisprudência do judiciário brasileiro advém do TJSP- Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual procede que um piloto de avião realizasse uma quarentena de quatorze dias antes de visitar a sua filha, nos autos do processo de nº1014033-6020188260482¹². Nesse mesmo caso, o magistrado rejeitou a pretensão do genitor em viajar com a filha para a cidade de Bariloche, na Argentina, com fundamentação em razão da pandemia mundial e a recomendação devido à profissão do requerido, por determinado tempo manter-se afastado de sua filha.¹³

Dessa decisão pode-se trabalhar preferencialmente o princípio do melhor interesse da criança, deixando de lado os demais, tais como o direito da convivência, liberdade e da afetividade. Desta forma, o que resolveu tal impasse foi o que melhor se adequa às circunstâncias e o que mais assegura a saúde do menor, portanto, o de mais peso e importância.

Levando à tona o considerado por Dworkin, a regra é que se aplique a guarda compartilhada e os seus consequentes acordos estabelecidos, entretanto a requisição de reformulação da guarda devido, justamente, às circunstâncias atuais, far-se-á consideração da dimensão do peso e importância dos fundamentos do direito de família. Destarte, conclui Ronald que precisamente para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso - que toma essa forma - entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios. (2002, p. 121 e 122)

¹² Processo disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202562313/processo-n-1014033-6020188260482-do-tjsp>. Acesso em 21 de dezembro de 2021

¹³ Angelo, Thiago, Piloto de avião é proibido de ver a filha por conta de risco com coronavírus. 19 de março de 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/piloto-proibido-ver-filha-conta-risco-coronavirus>, acesso em 20 de dezembro de 2021.

Além do caso supracitado, destaca-se a tutela proferida pela 4ª Vara da Família de Salvador, com processo de nº 8057231-30.2020.8.05.0001¹⁴, que decidiu por suspender o direito de visitação do genitor com o menor. Haja vista a alegação da requerida que se diz possuir comorbidade, tais como problemas respiratórios graves, hipertensão arterial sistêmica e insuficiência renal crônica, acrescentou também que o menor é portador de doença respiratória grave, asmático, enquadrando-se, dessa forma, ambos, no grupo de alto risco do COVID-19.

Nesta senda, com base nas medidas recomendadas pela OMS (Organização Mundial de Saúde) já no trabalho científico citado, quando principalmente a pessoa possuir comorbidade e se encaixar no grupo de alto risco é de fundamental relevância o isolamento social rigoroso. Ainda nos autos do processo, a juíza Bárbara Correia de Araújo Bastos assegurou o contato por meios eletrônicos, para então tentar estabilizar o convívio familiar. Pontuando, como fundamentação para a decisão que conflitos de convivência familiar devem sempre se atentar ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, em atenção à proteção integral prevista no ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵

Portanto, conclui-se que para chegar a tal desfecho, a juíza se utilizou do peso e força do preceito do melhor interesse ao menor como sendo a tutela mais razoável e cautelosa possível, uma vez que os interesses da criança, que no caso é a preservação da saúde, serão melhor resguardados. Ademais, a juíza ressaltou ainda o acatamento ao texto legal no artigo 1586 do Código Civil de 2002, que prevê a possível reformulação de guarda quando há motivos graves.

Já em contrapartida, o magistrado Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí, indeferiu o pedido de suspensão de visitas entre genitor e filho em razão da pandemia de Covid-19. Neste caso, é perceptível que o juízo já se atentou ao fundamento da convivência familiar e da igualdade familiar como indispensáveis, fundamentando nos autos que crianças e adolescentes fazem jus à proteção integral da justiça, o que contém o direito à convivência familiar.¹⁶

O juiz afirma ser a guarda apenas um elemento de um grande conjunto de deveres e direitos denominado poder familiar regido pela plena igualdade entre pai e/ou mãe - separados ou não - em relação aos filhos. Outrossim, o magistrado levou em consideração o tempo já passado, desde a declaração oficial da situação de pandemia, e o direcionamento ao regresso gradual à vida relativamente normal."

Nesse sentido, após decorrido certo tempo, constatou que o Jurisdicionado vem considerando que, sem um fato específico e plausível que contraindique a convivência familiar; a crise epidemiológica não pode ser invocada genericamente, a fim de impossibilitar o direito constitucional e legal do menor e dos genitores, ao convívio familiar. Com esse raciocínio pendendo para a priorização dos fundamentos acima já citados, Dworkin entende que "um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular (...) se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas (2002, p. 138).

Em continuidade, após o início e o avanço da vacinação contra a Covid-19, já no ano de 2021, uma decisão liminar que corre sob segredo de justiça da Vara de Família em Passo Fundo, no norte do Rio Grande do Sul, impede que pai que não se vacinou de visitar sua filha.¹⁷ A

¹⁴ Processo disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/286581771/processo-n-8057231-3020208050001-do-tjba>. Acesso em 22 de dezembro de 2021.

¹⁵ Assessoria de Comunicação do IBDFAM, por problemas respiratórios de mãe e filho, convívio paterno é suspenso enquanto durar a pandemia, publicado em 02 de julho de 2020. disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/por-problemas-respiratorios-de-mae-e-filho-convivio-paterno-e-suspenso-enquanto-durar-a-pandemia/>. Acesso em 23 de dezembro de 2021.

¹⁶ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/332433/pandemia-nao-pode-ser-invocada-genericamente-para-suspender-visitas-entre-pais-e-filhos> Acesso em 23 de dezembro de 2021.

¹⁷ Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/liminar-impede-pai-nao-vacinado-contra-covid-de-visitar-filha-1.2543576>. Acesso em 02 de janeiro de 2022.

menor em questão possuía um ano de idade e estava sob acordo de guarda compartilhada, com residência na casa da genitora e com visita do pai.

A defensora pública responsável, Vivian Rigo fundamenta que “Ao não se vacinar, tendo a vacina à disposição e ao não utilizar máscara ou evitar aglomeração, ele fez uma opção que acaba por colocar em risco o direito à vida e à saúde da própria filha. O que também são direitos constitucionais, direitos sobre quais não se pode passar por cima com o direito individual do ‘simplesmente não vou me vacinar’

Da tutela proferida, entrelaça ao ideário de Ronald Dworkin, no que diz respeito aos casos difíceis e aos direitos concorrentes que fazem parte, uma vez que para o autor, e somado ao cenário presente, que em último caso, ou seja, a demanda de uma ação, os direitos concorrentes exijam uma solução conciliatória que não era exigida no primeiro caso. Se é assim, será necessária uma argumentação especial que cite os direitos concorrentes para mostrar que, no último caso, uma decisão em contrário seria justa (*fair*)¹⁸. (2002, p. 179)

Visto isso, é perceptível uma colisão entre direitos e princípios, de um lado o da convivência familiar e do outro o da saúde e integridade física do menor, não esquecendo da sociedade, direitos e deveres dos pais que precisam ser readequados a nova conjuntura sanitária. Seguindo essa ideia o juiz optou, então, em escolher e priorizar assim como é comumente a saúde e integridade do menor, exigindo então para contornar sua tutela liminar que o pai justifique por medidas médicas o porquê da não vacinação ou a sua comprovação com a respectiva carteira de vacinação.

Pode-se entender, diante dos precedentes supracitados, que é bastante perceptível a atuação dos princípios do Direito de Família na orientação da tutela jurisdicional. Bem como, o reconhecimento de divergência, ao menos em boa parte dos casos, pelos magistrados, mas não deixando de considerar a particularidade de cada ação para isto acontecer, e nesse diapasão reforça-se:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. (DWORKIN, 2002, p. 60)

Haja vista, seguindo as ideias já estudadas pelo referencial teórico, se atendo a concepção de regras, quando da decisão se tem um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada. Por essa razão, neste cenário epidemiológico, há de se utilizar os preceitos, pois ainda que não prevaleçam, continuarão intactos, logo, sendo as regras menos adequadas. Portanto, o que pode se tirar da análise dos casos é que um determinado princípio entre outros fundamentais, pode prevalecer em alguns casos e acabar por ser preterido nos demais, o que isto não significará em sua exclusão.

Dessa forma, nas ocorrências de guarda compartilhada é visto que um dos fundamentos mais assegurados é o da convivência familiar, este que é fundamental para o desenvolvimento positivo do menor com a sociedade. Levando em conta que com a família é o primeiro contato da prole, a qual recebe orientação e cuidados para construção da sua própria vida. Nessa concepção, quando esse princípio não é garantido ou enfraquecido, há possibilidade de percepção de abandono e assim pode prejudicar o menor no seu desenvolvimento biopsicossocial.

¹⁸ No rodapé da obra “Levando os Direitos a Sério (2002)”, especificamente na introdução, IX, é explícito que o significado do termo utilizado pelo autor: * *Fair* - pode ser traduzido por “equânime”. Na filosofia e na teoria do direito de Dworkin, o adjetivo *fair* e o substantivo *fairness*, dele derivado, indicam tanto “imparcialidade” como “equidade”. Por vezes o termo indica “justiça”, quando esta é definida como imparcialidade ou equidade dos processos de atribuição de direitos e obrigações, encargos e benefícios.

O enunciado 606 do CJF¹⁹ preleciona que: O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um. Dessa forma, o distanciamento do convívio familiar no Estatuto da Criança e da Adolescência é preterido em caso de excepcionalidade, haja vista que todo esforço deverá ser realizado para que o menor possa prevalecer com o contato familiar. Logo, a Covid-19 pode ser considerada como fator dominante da excepcionalidade exigida para as tutelas jurisdicionais adotadas no período ocorrente.

Por conseguinte, os princípios empregues foram igualmente decididos por considerar o de maior peso, ainda que há outros de menor relevância ou direcionando em sentido contrário, pelos aplicadores do Direito, como assim também se deve seguir uma regra considerada obrigatória. Desse modo, os preceitos do Direito de Família que regem a guarda compartilhada, partindo da convicção e estudo da obra de Ronald Dworkin estão sob uma dimensão de peso, ou seja, cada um dos preceitos que influir na tutela é sopesado, e por fim o magistrado deve escolher qual deles irá predominar sem que qualquer dos demais perca sua força.

Desse modo, a análise referente a aplicação dos princípios do direito de família na tutela jurisdicional diante do objeto principal da guarda compartilhada se faz concretizar, levando em mente a noção de justiça em casos difíceis pelo pensador Ronald Dworkin. No qual, pode se concluir que a partir dos casos citados proferidos, a sentença se dá no sentido de suspender a visitação devido a Covid-19 ou a priorizar o convívio familiar, este último quanto à justificação de não integração no grupo de alto risco. Assim, é perceptível que no cenário atual os magistrados se adequaram a teoria do autor, pois os mesmos buscaram os direitos das partes, onde aparentemente não há aparato legal, assim, como defende o marco teórico: as decisões jurídicas que visam os princípios baseados em sua normatividade são as que levam os direitos a sério.

Conclusão

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o instituto da guarda compartilhada sofreu um enorme impacto devido ao surto de Sars-CoV-2, no qual o sistema brasileiro teve que estabelecer restrições à sociedade com a determinação da quarentena ou confinamento compulsórios de pessoas sintomáticas, sob o regimento da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

Assim, precisou ser revista tanto pelos genitores ou que tenham autoridade parental, como também pelo judiciário brasileiro, que passou a deferir respostas individualizadas para cada caso concreto, já que não há previsão legal para esse tipo de situação que requer um regime de convivência específico para a quarentena. Logo, os princípios do direito familista atuaram de forma decisiva para formação da tutela jurisdicional.

Durante todo o trabalho foi denotado, diante da presença dos conceitos fundamentais do filósofo Ronald Dworkin (2002), a importância dos princípios fundamentais para o sistema jurídico e consequentemente para o instituto da guarda compartilhada e os respectivos direitos sociais e individuais desses indivíduos. No qual, foi elencado e escrito acerca das orientações provenientes da Teoria de Justiça e então sua aplicação no sistema judiciário atual.

Restou entendido, que a Covid-19 se deu por um marco impactante no rumo das tutelas jurisdicionais, principalmente, da modalidade de guarda compartilhada, onde se reverbera o direito de visitação. Dado as medidas de prevenção impostas, e uma delas o isolamento social, que logo, modificou os acordos daqueles que possuíam essa modalidade, ainda mais quando o convívio se dava com alguém que se integrava no grupo de risco para o Coronavírus.

¹⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 606. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/842>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Desse modo, após retomar uma fundamentação histórica, conceitual e jurídica do tema, a análise prosseguiu-se com relatos de casos já tratados judicialmente que tiveram de serem reanalisados de forma minuciosa devido a sua particularidade. Entre as decisões trabalhadas, há aquelas que deferem a suspensão do direito de visitação e as que indeferem essa demanda, ficando perceptível o embate dos preceitos que cercam tais tutelas.

Os princípios do melhor interesse a criança e adolescente, da afetividade, da igualdade, da liberdade e da convivência familiar, acabam se inter cruzando e sendo os principais preceitos de embasamento para tais decisões. Podendo-se concluir, segundo a teoria Dworkiniana, e a dimensão de peso e importância dos mesmos que o poder judiciário ao analisar *in casu* houve uma ponderação, acerca da otimização principiológica em detrimento àqueles, ou seja, a partir de um conflito ou colisão preceitua-se o princípio mais adequado, o que não significa uma anulação de um frente a outro e sim uma adequação a necessidade presente.

Portanto, constata-se que, da mesma maneira que há o compromisso fundamental de justificar as tutelas, há também o direito essencial à obtenção de respostas corretas como garantia à proteção do menor e a convivência familiar igualitária. A decisão, por sua vez, em nenhum momento deve ter por fundamento uma escolha, mas sim o comprometimento com preceitos que se antecipam, sendo assim no caso de uma tutela judicial, o que se antecede é a compreensão daquilo que a comunidade ergue como direito, ou seja, os princípios.

Assim, consideramos a teoria do direito por Dworkin encaixa-se sob medida nas interpretações jurisdicionais dos casos de guarda compartilhada, uma vez que foi necessário observar os preceitos do Direito de Família para que então fossem levados os direitos a sério daquelas partes que possuem maior vulnerabilidade e precisam de uma atuação estatal condizente com a sua especificidade, ou seja, baseando-se na principiológica no menor interesse da criança e do adolescente, teremos um direito, não apenas sério e também justo.

Referências

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm> Acesso em: 01 dez. de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 dez. 2021.

Del4657. **DECRETO-LEI Nº 4.657**, Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, de 4 de setembro de 1942.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 10ª ed. São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. 5º volume: direito de família** – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOGAÇA, Cristiano Padial; STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. Conrado Paulino da. **Covid-19 e reflexos no direito de família: o direito de visita virtual**. Migalhas, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328725/covid-19-e-reflexos-no-direito-de-familia--o-direito-de-visita-virtual>. Acesso em: 08 dez. 2021.

GUIMARÃES, Lúcia Cristina. **Guarda Compartilhada- 3. ed. rev., atual. e ampl.** Compartilhando o amor. p. 175-xx.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. **O que é a Covid-19?** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 12 de dez. 2021.

PAIXÃO, Thais Elislaglei Pereira Silva da. **Os impactos da covid-19 no exercício da guarda compartilhada: o limite entre o bom senso e o direito**. In: LEAL, Andrea; MELO, Ezilda; BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis (Coord.). Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 168-175.

RABUSKE, A. E. **Antropologia filosófica**, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 87-95.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo / Conrado Paulino da Rosa** – 6. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

SILVEIRA, Ana Carolina. **Guarda Compartilhada- 3. ed. rev., atual. e ampl.** Guarda Compartilhada – uma nova realidade para o direito de família brasileiro. p. 40-xx.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html. Acesso em: 20. dez. 2021..

Recebido: 20/07/2022

Aprovado: 10/08/2022