

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDA IULIANO AGUIAR

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A APLICAÇÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA DIANTE DO DIVÓRCIO COM ALTO GRAU DE
LITIGIOSIDADE**

**VITÓRIA
2021**

EDUARDA IULIANO AGUIAR

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A APLICAÇÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA DIANTE DO DIVÓRCIO COM ALTO GRAU DE
LITIGIOSIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Thiago Felipe Vargas Simões.

VITÓRIA

2021

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da guarda compartilhada, diante dos casos divórcio com alto grau de litigiosidade, observando se esta conduta molda-se perante o melhor interesse do menor. Portanto, analisam-se, discutem-se e apresentam-se os principais aspectos teóricos que envolvem o seguinte problema: quando há o rompimento do relacionamento entre os genitores, a guarda compartilhada da prole se torna a melhor solução para combater o traumático luto da separação familiar? Para buscar esta compreensão, se propõe uma reflexão primeiramente sobre o avanço histórico das relações familiares, no intuito de melhor compreender onde essa entidade está posicionada hoje na realidade social. Bem como, dos tipos de guarda regulamentados hoje pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua jurisprudência e, ainda, o trabalho traz um atento olhar sobre o que dizem os principais princípios reguladores dos casos envolvendo o menor, quais sejam, o princípio da dignidade humana, da afetividade, da proteção integral da criança e do melhor interesse do menor. Por fim, passa-se a análise da psique infantil diante da separação dos genitores, assim como o desenvolvimento sobre o luto e suas consequências futuras. Para tanto, a pesquisa é de natureza teórica, em que se utiliza da metodologia monográfica feita através de análises de pesquisas bibliográficas (periódicos, livros e artigos), das fontes formais do direito (doutrina e jurisprudência) e das fontes primárias do direito (legislação).

Palavras-chave: Direito de Família. Divórcio. Melhor Interesse do Menor. Dignidade da Pessoa Humana. Divórcio. Litigiosidade.

INTRODUÇÃO	04
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPREENSÃO DE FAMÍLIA	06
2. MODALIDADES DE GUARDA	09
2.1 GUARDA UNILATERAL.....	10
2.4 GUARDA COMPARTILHADA	11
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	13
3.1PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	14
3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	16
3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL	18
3.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	20
4. O LUTO E A PSIQUE DA CRIANÇA	22
4.1 O DIVÓRCIO LITIGIOSO, O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A GUARDA COMPARTILHADA	24
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS	30

INTRODUÇÃO

A família é base de toda a sociedade, sendo em todos os momentos da história humana o alicerce de sustentação. É no pilar familiar que surgem as questões mais importantes da convivência social, como a noção de empatia, solidariedade, amor e afeto

A importância da base familiar é tamanha que a Constituição Federal de 1988 destaca sua relevância na criação de um capítulo exclusivo, que instaura a proteção especial do Estado para esta entidade, dizendo: "família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (Capítulo VII, art. 226, CF)

Sendo assim, ao pensar em família, vem a mente, automaticamente, a ideia de um grupo de pessoas que, de algum modo, subsistem entre si, em acolhimento, auxílio e desenvolvimento.

Atualmente, não é mais possível se falar em padrão familiar, no qual a entidade é composta especificamente por uma mulher, esposa, um homem, marido e crianças, fruto da exclusividade do reconhecimento do casamento entre pessoas de sexos distintos. Hodierna, percebe-se a importância da pluralidade das relações afetivas, de modo a englobar todos.

Todavia, um personagem usualmente presente nas relações familiares, seja da forma em que for instaurada, é a figura do menor. A criança, seja advinda de forma biológica, adotiva, através relação socioafetivo, ou qualquer outro meio de formação familiar presente na sociedade.

Conquanto não implique ao Estado o modo como a estrutura familiar em si será formada, importa muito, entretanto, a toda sociedade e a ao olhar estatal, o modo como esses irão assegurar o desenvolvimento do menor.

Se, como descrito, a família é ente que possui especial proteção da Constituição, frisa-se que, o interesse do menor é o mais crucial ponto dentro da especial entidade.

O artigo 227 da Constituição Federal estabelece absoluta prioridade da família, da sociedade e do Estado assegurar e consagrar os direitos dos menores, adolescentes e jovens, senão vejamos o que prevê a norma maior:

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.

Nesse sentido, entende-se como crucial que o Estado e a sociedade zelem pelo melhor interesse da criança, quando os responsáveis – sejam genitores, ou pais socioafetivos, adotivos, ou até mesmo ascendentes em segundo grau – não estiverem cumprindo com seu dever de acolhimento, afeto e, principalmente, harmonia para o desenvolvimento saudável do menor.

Em face disto, é que este trabalho se elucida, pois diante da pior das desavenças familiares existentes, ou seja, quando o vínculo familiar é dissolvido através do divórcio ou da dissolução da união estável, os responsáveis envolvem-se em um enorme conflito, que confronta o ego, o patrimônio, o psicológico, entre outras diversas hipóteses.

Momento esse que, muitas vezes, os principais responsáveis pelo desenvolvimento harmonioso da criança, não possuem a necessária capacidade psicoemocional para atuar na defesa dos interesses dos infantes, haja vista a litigiosidade dos pais.

Assim, o presente estudo busca entender, primeiramente, do que se trata o melhor interesse do menor e, diante disto, como esse poderá se enquadrar diante de uma Ação de Divórcio, em que as partes possuam tamanha litigiosidade, de modo a não suprirem seu dever como base pacífica para o desenvolvimento da infância.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA COMPREENSÃO DE FAMÍLIA

A evolução da entidade familiar ao longo da história é um ponto crucial para melhor compreensão do momento em que nos encontramos como sociedade.

"À medida em que o meio social progride a família também evolui e modifica, pois segundo Friederich Engels a família é produto do sistema social, que é um reflexo da cultura daquela época. Acrescenta que a família é ativa, não permanece estacionária, passando de uma forma para outra superior à medida em que a sociedade evolui¹." (CARVALHO, 2020, p.41)

Segundo Morgan (1877, p. 49), a humanidade teve início na base da escala, na selvageria e caminhou até a chegada da civilização, acumulando durante esse período conhecimento e descobertas.

Ao que concerne a este estudo, atenta-se a uma forma de organização familiar em um molde hierarquizado no curso das primeiras civilizações, sendo que as origens do Direito de Família brasileiro possuem suas primeiras raízes na estrutura familiar romana. Formada por um conjunto de pessoas que se submetiam ao poder absoluto de um líder, o chefe da família, chamado *pater familias*.

A formação da estrutura familiar, como conhecida, através de classes sociais, tem suas bases no Direito de Família Romano. De acordo com Gomes (1994, p. 36), essa formação familiar partia de uma visão patriarcal, ou seja, um conjunto de pessoas sob o poder absoluto e vitalício de um chefe, o *pater familias*.

O pátrio poder, que tem seus primeiros registros jurídicos nos idos do Direito Romano, foi consagrado pelo legislador brasileiro no texto do Código Civil de 1916, oportunidade em que foi considerado um dos grandes pilares do Direito de Família nacional, uma vez que assegurava, de modo incontestado, a totalidade do comando da no núcleo familiar e das deliberações referentes aos filhos.

Conforme explicita Tramontina (2020, p. 18):

“Nesse sentido, há uma naturalização de um processo histórico-cultural. Ao se afirmar ser natural a mulher ficar circunscrita ao espaço doméstico, reservando-se o espaço público aos homens, naturaliza-se uma concepção histórica, cultural e socialmente forjada. Trata-se de uma construção diversa e variada, ou seja, cada sociedade molda diferentes significados para o mesmo fenômeno natural, alterando-se a compreensão do ser mulher e ser homem de acordo com cada arranjo social”.

Isso pode ser facilmente observado com simples leitura do artigo 380 do Código Civil de 1916, cujo texto previa que “durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

Como ressalta Venosa (2007, p. 220), neste período o Código Civil dava total margem para que o homem estivesse no controle de todas as decisões referentes ao lar, sendo a mãe apenas companheira e colaboradora e “somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal”.

A concepção patriarcalista da família foi levemente relativizada com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), que ao dar nova redação ao artigo 380 do então vigente Código Civil fez constar que o exercício da autoridade parental se daria pelo homem com a contribuição da mulher, mas, na hipótese de conflito de interesses a decisão paterna seria a preponderante, garantindo-se à mulher o acesso ao Poder Judiciário a tutela de seus interesses jurídicos.

Segundo Dias (2006, p. 343), “a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante”, pois como dito, era referente unicamente ao poder do pai, suscitando os resquícios da sociedade patriarcal. Dessa forma, segundo Dias, “o movimento feminista reagiu e veio o novo termo: poder familiar”.

Um dos grandes fatores para que essa mudança pudesse ocorrer, fora a transformação da visão da criança constitucionalmente, após a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU, em 1989, que sucedeu a maior proteção para o

interesse do menor, transformando assim, também, a família e a sociedade que agora se volta para o infante.

Nesse sentido, conforme Dias, 2006, com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da igualdade, ambos os genitores passaram a exercer de forma equilibrada o poder familiar sobre os filhos, cabendo àquele que se encontrar inconformado, procurar seus direitos junto à justiça.

O poder familiar é finalmente consolidado com o advento do atual Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que o definiu em capítulo próprio, a saber o do “Poder Familiar”, assim o maior interesse do menor e seus cuidados, passam a ser não mais apenas poderio paterno, mas dever de ambos os genitores, ou de seus responsáveis legais, assim como do Estado e de toda a sociedade.

O pátrio poder passou a ser definido como poder familiar, o que vigora até os dias de hoje. Essa mudança ocorreu para igualar os pais como detentores de direitos sobre o filho. (VENOSA, 2005, p.353).

Com a mudança do termo “pátrio poder” para então “poder familiar”, o entendimento jurídico sobre a guarda da criança fora também modificado, visto a guarda ser uma espécie que se submete ao poder, nesse sentido, diz o art. 1.634:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

Deste modo, atualmente a maior preocupação do ordenamento é que o menor tenha o maior proveito de suas garantias legais, o direito de família hoje aponta seu olhar para o interesse da criança, de modo que o poder familiar garante que este tenha obrigatoriamente toda assistência, auxílio, respeito e afeto de seus responsáveis até que venha completar a maioridade.

Nesse sentido, a guarda e a atribuição do poder familiar, é um dever dos pais e direito dos filhos. O termo guarda quer dizer vigilância e cuidado, ou seja, o poder familiar busca a garantia da criação e proteção do menor através da guarda.

Atualmente, o judiciário brasileiro entende por ser melhor à criança e ao adolescente que este seja guardado por ambos os responsáveis através da guarda compartilhada, pois assim há maior possibilidade de participação de ambos os pais.

Segundo Ana Maria Milano Silva (2015, p. 61)

“a noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, no meio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária”.

Todavia, a guarda é uma relação fática que, na prática, acaba possuindo uma importância muito maior do que apenas a mera hipótese do melhor interesse do menor.

De modo que, pode-se dizer que houve uma inversão na prática jurídico-social, pois o poder familiar, por mais que seja gênero e a guarda espécie, não deve imediatamente tratar como certo que o mais benéfico para a criança é sua vigilância compartilhada entre os genitores.

2. MODALIDADES DE GUARDA

A necessidade de determinação da guarda pode ser resultado de diversas razões, sendo que este estudo busca analisar o mais clássico dos motivos: o divórcio entre os pais.

Deste modo, a guarda é a determinação pela qual será estabelecido como atuará cada um dos responsáveis na criação do infante. Ressalta-se que, não possuir a guarda de um menor não interfere no dever de cuidado, proteção e afeto.

Razão pela qual é imprescindível que, o momento de fixação do regime de guarda de determinando menor, haja por parte dos pais ou do Estado-juiz a aplicação

daquela modalidade que melhor que represente a efetiva tutela dos direitos e deveres dos infantes, sendo certo que a preferência do legislador é a modalidade compartilhada, mas que, em determinados casos, pode deixar de ser aplicada.

Segundo Madaleno (2015, p. 39):

“A guarda é uma atribuição do poder familiar e um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal, uma vez que decide questões às pessoas emocionalmente mais vulneráveis da relação, por não possuírem capacidade de discernimento totalmente formada”.

Logo, compreende-se que há muito mais envolvido do que apenas a escolha da residência do infante. Tanto o magistrado quanto os próprios genitores deverão focar o olhar nas necessidades do menor, em busca da melhor modalidade para que este se desenvolva em harmonia.

Isto posto, cumpre elucidar sobre as variadas possibilidades de guarda, para que, deste modo, seja alcançado uma alva posição sobre o que diz o melhor interesse do menor, de modo a efetivamente buscar a disposição mais benéfica para este.

2.1 A Guarda Unilateral

Segundo se depreende do artigo 1.583, §1º do Código Civil, a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, §5º), já tendo sido denominada de “guarda exclusiva”

Conforme leciona Paulo Lôbo, 2011, o que irá interessar neste tipo de guarda é a “identificação do genitor que apresenta melhor aptidão, no que concerne ao cuidado que demonstrar com sua efetivação cotidiana e o real compromisso para realizá-los.

Desse modo, entende-se pela aplicação da guarda unilateral, em regra, quando visivelmente um dos genitores possui maior inclinação a garantir os devidos direito da criança e do adolescente no curso de sua formação.

Todavia, importante salientar que, atualmente, devido ao ânimo jurisprudencial de asseverar oportunidade e participação a ambos os pais, a guarda unilateral vêm

sendo empregada, na maior parte das vezes, não apenas quando um dos pais é mais apto, mas quando o outro genitor não possui capacitação alguma para gerir e instruir a educação do menor.

Entre os casos mais comuns de aplicação estão: quando um dos pais manifesta o desinteresse em compartilhar a guarda, ou então dentre a verificação da zelo e cuidado com o filho, por meio de abuso de autoridade, maus tratos e abandono, assim como por motivo de presente incapacidade, como o caso do pai dependente químico.

Por tanto, a guarda unilateral é caso de exceção no Brasil, devido a perspectiva do direito brasileiro de que há grande benefício para a criança quando essa pode livremente conviver e se sujeitar a ambos os ascendentes da mesma forma, tornando a regra a guarda compartilhada.

2.2 Guarda Compartilhada

Por guarda compartilhada entende-se ser aquela que estabelece o compartilhamento das responsabilidades parentais, sendo esta o modelo desejado para a plena participação dos pais no desenvolvimento dos menores, como bem observado por Akel, 2010:

“Ao inseri-la no ordenamento jurídico, o legislador civil objetivou criar um novo modelo de exercício de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno-filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor”.

Calos Roberto Gonçalves (2002, p.267) ainda menciona:

“Antes mesmo da [...] lei já se vinha fazendo referência, na doutrina e na jurisprudência, sobre a inexistência da restrição legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores [...] sob a forma de guarda compartilhada”.

Assim, na guarda compartilhada ambos os pais são detentores de deveres sobre o menor, sendo que os dois possuem a mesma voz para qualquer deliberação sobre a

vida e rotina da criança, em todas as áreas, devendo, portanto, todas as decisões serem tomadas em conjunto.

O que esta modalidade pretende alcançar é o bem-estar do infante, visto que há não muito tempo a criança vivenciou o trauma da ruptura do laço matrimonial dos genitores, todavia não deveria ter que enfrentar também o distanciamento pessoal com algum deles.

Por este motivo, a intenção da guarda compartilhada é que o menor possa ver ambos atuando ainda unanimemente, sentindo-se acolhido com a presença dos dois em sua vida.

Nesse sentido, conforma elucida Rosa, 2015:

“A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles”.

A forma com a qual ocorrerá a guarda é livre, é possível a divisão do tempo seguindo a fixação de uma residência exclusiva e, o que não diminui em nada o poder de deliberação do outro genitor, ou então a fixação de duas residências, com divisão idêntica do tempo de convivência.

Como já aludido, a guarda compartilhada é, atualmente, a regra aplicada pela jurisprudência. O art. 1.584, § 2º do Código Civil, diz que 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.

Deste modo, remata a ideia de que a guarda compartilhada é sempre o modelo mais benéfico para atender o melhor interesse do menor, não sendo aplicada apenas nos casos excepcionais mencionados, como quando um dos genitores exprime não desejar a guarda.

Ou seja, torna irrelevante o fato de os genitores estarem em litígio, sendo o único fator capaz de afastar a guarda compartilhada quando um dos pais não tiverem condições de exercer o poder familiar, pois prevalece a ideia de que essa é o melhor para a criança, ser mantida em um meio afetivo em contato com os dois pais.

Todavia, importante questionar o que de fato significa o melhor interesse da criança e, mais, em que ambiente essas estão sendo inseridas apenas com o intuito de mantê-las sobre o poder de ambos os pais.

Assim, faz-se necessário analisar o que dizem os princípios do direito de família brasileiro.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DA FAMÍLIA

Em direção a melhor compreensão desta matéria, é importante compreender que o direito de família não se trata apenas de um estudo privado e positivado da lei, mas envolve uma importantíssima entidade social de extrema relevância para a psique humana.

O direito, como um todo, apresenta diversas complexidades devido a sua grande abrangência. Desse modo, as leis são acompanhadas de princípios, nos quais a carga valorativa está ligada com os anseios sociais, que refletem os ideais atuais da sociedade no que concerne a justiça e a ética.

Nesse sentido, o direito de família é a área que mais engloba conflitos emocionais e psicológicos, fazendo com que possua um enorme valor social. Desse modo, os princípios buscam sempre avançar em sentido a alcançar a igualdade plena entre os indivíduos, seja no intuito de igualar homens e mulheres ou na igualdade de tratamento entre os filhos havidos ou não do casamento/união estável.

É por esta razão que, as decisões judiciais estão cada vez mais sensíveis a construção de suas decisões e ideias primordialmente baseadas em princípios, que, aproximam a jurisprudência de um ideal de justiça e equidade.

É nesse sentir que as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, 2012, se destacam:

“Das conhecidas e tradicionais fontes do Direito Positivo – a lei, jurisprudência, doutrina, os costumes, a equidade, o direito comparado, a analogia e os princípios gerais – interessa-nos aqui destacar, para melhor compreender e viabilizar uma aplicação prática, os princípios gerais do direito, especialmente para estabelecer princípios norteadores para o Direito de Família. É essa fonte do Direito que faz tornar inaceitável para o jurista uma decisão Judicial, ou uma solução no plano social que não seja justa e não esteja de acordo com a equidade. [...] Com a evolução e o desenvolvimento de um direito civil constitucional, os princípios ganharam uma força normativa muito maior e, conseqüentemente, perderam seu caráter de mera supletividade, como anunciado nos textos legislativos acima transcritos. É equivocada a ideia e o pensamento de que os princípios vêm por último no ato interpretativo integrativo. Ao contrário, os princípios, como normas que são, vêm em primeiro lugar e são a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito”.

Isto posto, como já explicitado anteriormente, a família é a base da sociedade, protegida pela Constituição Federal, de modo que deve ser o direito de família analisado primeiramente sempre sob o seu prisma constitucional.

Muitos dos princípios do direito de família são compreendidos como gerais, enquanto outros possuem enorme relevância, quais sejam os princípios constitucionais que zelam pela igualdade e dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, faz-se importante a análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1 Da dignidade da pessoa humana

A dignidade é vértice do Estado Democrático de Direito, prevista no o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, é o princípio máximo da democracia. A dignidade

da pessoa humana é um direito fundamental e demonstra aquilo que não se pode mensurar o valor e que seria indisponível.

Segundo as palavras de Thiago Felipe Vargas Simões (2015, p. 60)

“Considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988), a dignidade humana se traduz em puro elemento de supremacia hermenêutica no contexto jurídico da atualidade, sendo, pois, o basilar da estruturação jurídica brasileira, estando alçado à condição de supraprincípio, uma vez que este é o postulado constitucional revestido de maior importância”.

Alicerces da ordem jurídica democrática, pode-se dizer que a dignidade vem retratar o conteúdo do imperativo Kantiano, segundo o qual o homem há de ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade.

Novamente trazendo as lições de Thiago Felipe Vargas Simões (2015, p. 60):

“A primazia deste princípio, no cenário jurídico, faz com que este seja considerado o porto seguro dos mais variados fatos jurídicos, e facilmente detectado nas relações jurídicas das famílias, haja vista zelar pela integridade, respeito e promoção humana das pessoas que integram determinado núcleo familiar. A importância que este princípio exerce sobre as relações privadas impulsiona novos horizontes interpretativos, tendo em vista repercutir concretamente no cotidiano da sociedade”

Não há, portanto, ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família.

No antigo pátrio poder, o pai, chefe da família, era superior aos demais membros do seio familiar, não tendo ele a mesma dignidade que sua esposa e filhos, por exemplo. Atualmente, com o fim do pátrio poder, todos os membros da família são iguais e possuem o mesmo direito à dignidade e proteção.

Quando falamos sobre as crianças, essas possuem destaque na proteção constitucional de sua dignidade, como vimos na nota introdutória deste trabalho.

Se o princípio da dignidade da pessoa está no cume da relevância constitucional, visto que zela pela condição e qualidade de vida humana, quando diz respeito às crianças e adolescentes, a importância desse princípio é dobrada, por se tratar de incapazes que dependem das circunstâncias exteriores para usufruir de sua dignidade.

Como preceitua Ramidoff (2016, p.220):

A infância, a adolescência e a juventude são fases da vida humana, e, que, portanto, condicionam, de forma peculiar, a formação da personalidade, e, que, não só por isso necessitam ser integralmente protegidas a partir da promoção e da defesa dos interesses indisponíveis, dos direitos individuais e das garantias fundamentais constitucional e estatutariamente, no Brasil, reconhecidos à criança, ao adolescente e ao jovem.

A condição humana peculiar de desenvolvimento da personalidade desses novos sujeitos de direito, isto é, que são titulares de direitos, e, portanto, merecedores de uma vida digna, encontra-se consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) como um dos critérios hermenêuticos que deverão ser levados em consideração para a aplicação/interpretação das regras estabelecidas para a emancipação subjetiva da criança, do adolescente e do jovem.

Dessa forma, a dignidade do infante, passa a ser não apenas responsabilidade dos responsáveis, mas do Estado e de toda a sociedade. Cabendo aqui, atentar ao fato de que é dever também do judiciário guardar e proteger a dignidade do menor, de modo a não permitir que este seja inserido em lugares que impedirão o seu processo de formação de forma saudável.

3.2 O Princípio da Afetividade – e sua aplicação diante em casos de extrema litigiosidade

A afetividade é conceito que surge nos tempos atuais, trata-se de um princípio que coloca o afeto como um valor jurídico, como elemento embrionário da estruturação familiar, ou seja, mesmo que a forma da base familiar tenha sido alterada com o passar dos anos, a essência de afeto continuou a mesma.

Sobre a alteração da base familiar, a Constituição trouxe uma maior abertura para a pluralidade familiar, para as mais diversas maneiras de sua formação. Assim, graças

ao Princípio do Afeto, elemento norteador contemporâneo, todas as famílias merecem proteção do Estado.

Este princípio funciona surge através de outros, como uma espécie de consequência da junção de todos os princípios do direito de família. Ele advém do ideal da dignidade da pessoa humana, no qual todos merecem viver em dignidade e respeito, juntamente com o princípio da solidariedade, que modificou o entendimento sobre a hierarquização dentro do seio familiar, sendo que agora são todos iguais.

Dessa forma, este princípio é responsável pelo entendimento de que, os vínculos afetivos vão além dos laços consanguíneos ou biológicos, uma vez que esses sentimentos nascem da convivência harmoniosa e afável, transcendendo a genética e por vezes desconhecidas pela lei e pela ciência.

Nesse mesmo sentido, os artigos 226 e 277 da CF e o art. 1.584 do Código Civil, demonstrarão o destaque sobre a convivência familiar e o afeto sobretudo na perspectiva da criança, pois reforça a noção da guarda da criança ser cedida ao responsável, sendo possível ao terceiro, que demonstre afinidade e afetividade com esta.

Art. 1.584. [...] §5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Tal fator revela a enorme importância do ato mais benéfico ao menor em relação a sua guarda, pois este necessita, acima de tudo, de uma convivência afetuosa e harmônica em seu processo de formação, de maneira que, caso seja percebida a falta de capacidade e aptidão dos genitores, a criança deverá ser realocada para aquele com quem possui relações de afinidade e afetividade, retirando o menor de um espaço conturbado e a posicionando em um lugar de segurança e amabilidade.

Paulo Lôbo, 2011, explica bem que não se pode deixar confundir o princípio jurídico da afetividade com o afeto como fator psicológico, pois a afetividade é dever imposto dos pais para com os filhos e vice-versa, ainda que exista desamor entre eles. Ou

seja, a afetividade revela muito mais do que apenas amor entre as partes, mas fala sobre a dignidade de crescer em um lar de interação afetiva.

No processo de guarda, a afetividade é ponto crucial que precisará de atenção dobrada. Ou seja, deverá ser observada a relação de afetividade da criança para com os pais, mas não somente isso.

É essencial que o juízo observe com qual responsável a criança ou adolescente tem uma ligação maior para que desta maneira entenda qual o melhor tipo de guarda para aquele caso em específico. Visto que, por muitas vezes a mera aplicação da guarda compartilhada, ao invés de cooperar com este princípio, torna-se causadora da quebra de afeto entre os genitores e a criança.

Frisa-se que, independente da modalidade de guarda, o princípio da afetividade reforça a idéia da convivência e contato com todos os familiares com quem tenha proximidade, ainda que de maneira esporádica. Com esse princípio é possível entender que, independentemente de quem tiver a guarda física do menor, outras pessoas importantes na vida do infante continuarão presentes.

É essencial que o juízo separe a idéia da importância do convívio afetivo com todos os membros de sua família, que difere da automática determinação de uma guarda compartilhada, pela qual, a depender do caso, será geradora de mais um espaço para as disputas dos responsáveis, afastando a idéia da afetividade.

3.3 Princípio da proteção integral

Disposto no art. 3º do ECA, o princípio da proteção integral reforça a necessidade da disponibilização de todas as oportunidades e facilidades que facultem à criança o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ainda, da mesma forma, é dever da família, do Estado e de toda a sociedade garantir seus direitos presentes no artigo 4º do Estatuto da Criança e do

Adolescente, assim como fazer o possível para evitar que estes sofram qualquer tipo de violência, como aquelas enumeradas no artigo 5º da citada lei.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os fazem destinatários de um tratamento especial, por isso o enfoque em reafirmar a importância e a cobrança da aplicação desse princípio.

A proteção integral do menor abrange a criança no lugar em que se encontre, no sentido de que não há nada mais importante para o Estado e sociedade do que a proteção da sua dignidade e do seu desenvolvimento.

Conforme leciona Ramidoff (2016, p.227):

“Eis, pois, a proposta de uma Teoria Jurídica da Proteção Integral que se proponha a inaugurar, senão, estabelecer novas fronteiras para o universo jurídico-legal (deontológico), para o qual se destinou legislativamente a regulamentação das relações sociais em que se encontrem envolvidos interesses, direitos individuais e/ou garantias fundamentais afetos à infância, à adolescência e à juventude, quando, não, à própria criança e ao adolescente”.

Nesse sentido, frisa-se, que tão importante a atenção a esta proteção que a não observância desse dever, enseja eventual responsabilidade penal e civil, podendo inclusive resultar na destituição do poder familiar, no caso dos pais.

Quanto ao processo de guarda, este princípio irá influenciar no sentido de que a necessidade de proteger a criança e o adolescente é elemento principal na tomada dessa decisão, devendo observar todos os meios possíveis e legais para que seja respeitado.

De acordo com Daury César (2014, p. 112)

“Assim, é possível visualizar a existência de um Direito Fundamental dessas crianças que, além de uma proteção integral e prioritária, objetiva assegurá-las um desenvolvimento físico, mental, moral e social em condições de liberdade e dignidade”.

A proteção incondicional do menor que, além de estar mais vulnerável, devido a sua pouca idade, se encontra num momento delicado de separação conjugal dos pais é de extrema relevância, o que torna esse princípio de fundamental importância.

3.4 Melhor interesse do menor

Finalmente, o mais latente princípio quando o assunto se depara com o envolvimento de crianças ou adolescentes. Este princípio é o resumo e junção de todos os demais, nos casos em que se envolva o menor.

A dignidade da pessoa humana, a proteção do menor e a afetividade, aqui se unem para demonstrar que em qualquer atitude, deverá sempre ser respeitado inicialmente, a decisão que for mais benéfica para aquele que ainda é incapaz, ou seja, a criança.

Como já mencionado no tópico de introdução histórica do assunto, há algum tempo, o menor era apenas parte submissa dentro da entidade familiar, o último na hierarquia, totalmente dependente das vontades do *pater*.

Ao passar dos anos e, com a evolução das noções de empatia, igualdade e solidariedade, a criança saiu da última posição no seio familiar e passou ser a primeira. Atualmente, todas as decisões no que concerne aos assuntos que

envolvem o infante, devem ser tomadas com atenção dobrada, devendo sempre se beneficiar o que irá melhor agregar ao desenvolvimento do menor.

Sua origem se deu através do instituto *Parens Patriae*, que guardava e protegia as pessoas totalmente incapazes, crianças e portadores de doença mental. Todavia, com o passar do tempo, esse instituto se transformou e dividiu, chegando finalmente ao princípio do *Best interest of child* (melhor interesse da criança).

É esse princípio que encontramos na Constituição Federal, em seu artigo 227, caput, quando este diz que é dever de todos, da família, do Estado e da sociedade assegurar com a mais absoluta prioridade os direitos da criança. Isto porque, o interesse do infante como dito, deixa de ser a última preocupação no seio familiar, e passa a ser, não apenas a primeira dentro a entidade, mas a primeira preocupação de toda a sociedade.

Frisa-se e destaca-se a tamanha importância que a Constituição Federal dá a este princípio. Não há como falar em sucesso nas ações familiares, governamentais e sociais, caso as crianças não estejam sendo ouvidas, percebidas e beneficiadas.

Tal proteção está presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), estabelecendo um reforço que a própria Constituição o qual se refere no que tange aos direitos que devem ser assegurados aos menores.

Nesse sentido, quando o caso envolve a guarda dos filhos, este princípio deverá reinar sobre todos os demais, visto que a separação de um casal que possui filhos juntos deixa de ser fato unicamente pessoal entre esses, mas se torna um grande impacto na vida de uma criança que está em processo de desenvolvimento cognitivo.

Conforme conceitua Marques, 2009, “certo é que o bem-estar social psicológico e emocional das crianças são fatores fundamentais que o juiz terá que considerar e adotar na decisão de alteração de guarda”.

Logo, este princípio é responsável por exercer o suprasumo do possível para reduzir os possíveis abalos no psicológico da criança em formação. Portanto, cada caso deverá ser muito bem analisado e observado pelo magistrado, para que haja certeza de que fora a decisão mais benéfica primeiramente e especialmente para a criança envolvida, obedecendo assim o disposto no art. 227 da Constituição.

4. O LUTO E A PSIQUE DA CRIANÇA

O divórcio de um casal é um momento de extrema delicadeza, em que ambas as partes estão sensíveis e o emocional destacado, muitas vezes alimentam sentimentos de raiva, tristeza e mágoa, causando desequilíbrio na razão e na harmonia familiar.

Muitas das vezes, com o intuito de atacar ao ex-cônjuge em seu ponto mais frágil, os genitores acabam utilizando a criança como bala de tiro, inconscientemente tomando atitudes que alcançarão ao outro de forma negativa.

Isso é explicado pela psicologia em razão do sentimento do luto, pois a mente humana, após o apego e o convívio, não consegue se divorciar desta pessoa tão rapidamente quanto os papéis no cenário jurídico.

Freud, pág. 249, descreve esse processo como a “perda de um ente querido, à perda de alguma abstração que ocupou o lugar desse ente”, e diz ainda que, esse processo demanda grande dispêndio de tempo e energia, pois existe uma seria resistência em abandonar uma posição libidinal.

Ainda, de acordo com Maldonado, 2000, o luto não é “apenas pela perda do parceiro, mas também pela quebra da expectativa e ideais sobre o casamento”.

Deste modo, a inconsciente procura manter o contato com aquele ente “falecido”, e isso se dá através dos litígios, em que muitas vezes possuem o infante como arma de combate.

Assim, o envolvimento saudável entre os pais e filhos após o acontecimento de um divórcio, dependerá apenas dos genitores em diferenciar a conjugalidade da parentalidade, de modo a buscarem, também, pelo melhor interesse de seu filho.

Diga-se que, essa maturidade é quase inalcançável quando são colocadas duas pessoas com o ego ferido e os sentimentos magoados lado a lado, razão pela qual é de extrema importância que o magistrado dê especial atenção para a posição do infante e os conflitos existentes entre os pais na hora de decidir pela guarda.

O primeiro olhar deverá ser sempre sobre a criança, visto que cada uma reage em sua maneira quando se depara com a dissolução do vínculo mais importante e próximo que possui, da sua segurança de seu seio afetivo.

Assim, apenas ao olhar crítico e atencioso aos comportamentos infantis, muitas vezes já é possível saber qual será a melhor decisão para que este se sinta devidamente acolhido.

Salienta-se que, na maior parte das vezes, mais do que nunca, o menor não está precisando apenas da idealização da convivência igualitária com seus pais, mas sim de maior estabilidade e rotina, para não sentir tanto os impactos do desequilíbrio entre seus genitores.

A psicologia explica que a rotina para o menor é essencial, pois implica em regras e, essas, estabelecem limites. Quanto a esse limite, esse com o passar do tempo gerará a segurança, fazendo com que a rotina no fim proteja a criança de frustrações de encontro com a instabilidade durante o curso de sua formação emocional.

O segundo fator que deverá ser criteriosamente analisado pelo magistrado são os conflitos entre o ex-casal, o que passa a ser agora, determinante para o progresso da criança após o luto do divórcio.

De acordo com Cruz, 2013:

Se considerarmos que esta criança cresce em um ambiente onde o casal esteja em conflito constante, pode ser que absorva para si não só o sofrimento que os perpassa, como também as brigas e comportamentos agressivos sem, muitas vezes, ter ideia do motivo de tais situações estarem acontecendo. Este tipo de vivência pode gerar diversos sentimentos nas crianças e, possivelmente, afetar seu desenvolvimento social e emocional causando traumas para a vida toda.

Assim, quando posto em caso um ex-casal com demasiada litigiosidade após o episódio do divórcio, é de suma magnitude que o judiciário não olhe apenas para o direito de ambos os pais em conviverem de forma igualitária com o infante, mas unicamente para o interesse do menor, que precisa de harmonia e equilíbrio para ultrapassar o próprio luto que está vivendo.

5. O DIVÓRCIO LITIGIOSO, O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A GUARDA COMPARTILHADA

Quando há a aplicabilidade da guarda compartilhada em um divórcio com alto grau de litigiosidade, as desvantagens surgem dos conflitos do desequilíbrio emocional e do inconsciente que não aceita o fim do relacionamento e, muito menos, a harmonia da divisão de seus filhos com o outro.

Segundo Akel (2009), a guarda compartilhada possui “um lado legal e outro físico”. O lado legal é aquele que diz respeito ao dever de tomada conjunta das decisões sobre a vida do infante, onde poderá surgir as desvantagens quando os ex-companheiros não possuem capacidade de entrar em consenso.

Enquanto o plano físico, que fala sobre exatamente a presença pessoa, física do menor com os genitores, as desvantagens estariam no fato de que “a menor passa a sofrer mudanças cotidianas, pois ora está em uma residência, ora está em outra, pois quanto mais mudanças, menos identidade a menor passa a ter”.

Ou seja, entende-se que, em alguns casos, esse modelo interrompe a continuidade da criança e fere seus interesses. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica,

Desse modo, quando o judiciário brasileiro entende pela automática preferência da guarda compartilhada dos genitores, isto não demonstra diretamente uma atenção ao princípio constitucional do interesse do menor, mas sim um desmazelo em não observar as necessidades do infante.

Muitas vezes, este, por estar sendo usado com arma para suprir o luto dos genitores, se encontra em uma situação muito mais grave do que estaria em um processo de luto comum. Dessa forma, ao invés de reduzir os impactos em sua vida, o judiciário está simplesmente o colocando na cova dos leões, com o pretexto de estar seguindo o melhor interesse do menor em conviver com ambos os pais.

De acordo com Delgado, 2018, a guarda quando feita desta maneira não atende ao princípio do interesse do menor, visto que “deixa a criança confusa, sem saber a que autoridade parental deve respeito, o que interfere nos seus hábitos, valores e padrões de vida”.

O melhor interesse do menor não pode ser regra tão taxativa como é exposta pelo Código Civil atual. É fato que cada criança irá reagir de uma forma, de acordo com sua personalidade e gravidade da situação, assim como cada casal irá também ter uma reação única que terá efeitos severos na vida de seu filho.

Este princípio, sendo um dos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de dever de toda a sociedade, deve acompanhar o infinito zelo em sua aplicação. O melhor interesse é da criança, aquela em específico, pessoalmente, e não de todas as crianças como uma espécie de resumo.

Em relação aos conflitos após a separação conjugal do casal, que passam a possuir tratamentos hostis, esses comportamentos podem ser causas de grandes prejuízos ao desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos.

É o que diz o escritor Augusto Jorge Cury, em sua obra, *Inteligência Multifocal*, aborda sobre a questão, no sentido de que, a criança a cada vez que observa seus pais, seu porto de segurança e afetividade, indo contra ao outro, gera na criança a

dor de se ver ferir através de um segmento seu, pois a criança é pertencente daquela, até então, união:

A cada vez que a criança vê extenuar o seu ídolo, (pai ou mãe) é como se uma parte dela se findasse para nunca mais retornar, como se o seu "eu" fosse tão frágil, que a sua vontade de viver chega ao ponto de comprometimento. Em que pese todos os adjetivos negativos reais do pai não detentor da guarda, para a criança, seu pai, ou sua mãe é um forte seguimento seu, não há como cindir, trata-se de um ser amalgamado, duas almas num só seguimento. Portanto, as palavras pejorativas ditas e impregnadas na alma da criança, vinda daquele que detém sua guarda, podem produzir efeitos mediatos, ou imediatos. Estes podem, por vezes, se exteriorizar como perda de apetite, ou o inverso, sono perturbado, choro inconsistente, desinteresse pela escola, práticas diferenciadas pela busca incessante de satisfação como a necessidade de acariciar o próprio corpo, principalmente, a área genital, dislexia, distúrbios da fala, incapacidade, irritabilidade, déficit de concentração, desmotivação, incapacidade de administração dos focos de tensão, enfim todo um quadro em que a psiquiatria infantil aborda como sendo uma das mais comprometedoras das patologias.

Nesse sentido, com a disponibilização da criança a ser usada como instrumento de litígio entre os pais, o menor irá conviver com constantes ataques a uma parte que até então era sua inteira realidade: a união familiar.

A doutrina costuma aduzir pela importância da guarda compartilhada no sentido da eficácia no combate a alienação parental. Todavia, permanece obscuro a realidade da convivência diária.

No quadro fático em que dois adultos, tomados pelas emoções negativas e nutridos de ânimo a atingir o seu ex-companheiro de qualquer modo, sendo que, após o divórcio o único elo existente que ainda sobrevive é a presença do filho em comum, resta nítida a insensatez que é posicionar o infante neste meio.

Portanto, não há motivos para que a guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro. Ressaltando ainda que, não deveria existir regra quando do caso tratado podem surgir tantas hipóteses diferentes.

A regra do melhor interesse do menor deveria ser, simplesmente, o olhar atento para as necessidades naquele momento, o zelo pelo desenvolvimento de uma criança em um processo de luto.

O fato de esta ser regra e automática, faz com que exista uma grande margem a decisões judiciais equivocadas, que certamente exporão a criança aos infortúnios de pais que simplesmente não conseguem se entender.

A guarda compartilhada, muitas vezes, vem de encontro ao divórcio como inimiga, e não como apoio, causando a falta de rotina e estabilidade, em um momento em que a criança necessita do maior equilíbrio possível. Assim como, disponibiliza o menor para que os ex-cônjuges tenham motivo para seu litígio, já que ela pede para que esses cheguem conjuntamente a consensos sobre a vida de seu filho, enquanto os responsáveis não conseguem chegar em consenso nem sobre seu estado emocional.

Nesse mesmo sentido, leciona Grisard, 2010:

“Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas”. (GRISARD FILHO, 2010, p. 225).

O interesse deve ser sempre o do menor em seu desenvolvimento psíquico e social. O melhor dos cenários sempre será a convivência com ambos os genitores de maneira saudável, mas a utopia nunca descreveu a realidade social e esta não pode ser levada em consideração quando se tem a presença de uma criança em curso.

Isto posto, o presente trabalho defende a mudança do olhar da jurisprudência brasileira, que hoje alavanca a guarda compartilhada como a solução de todos os problemas familiares e parentais após um processo de divórcio.

Todavia, a jurisprudência fecha seus olhos ao tangível e concreto, pois em muitas das vezes, a escolha da guarda compartilhada não tornará o processo da criança mais suave, ao contrário, o posicionará diretamente na zona de guerra.

Assim, os tribunais brasileiros deveriam atentar a verdadeiramente cumprir o referido princípio do melhor interesse do menor, este que de forma individual precisará de uma tutela pessoal em cada caso concreto, sem que seja automaticamente direcionado a uma regra.

CONCLUSÃO

A entidade familiar, protegida pela constituição, está sempre em avanço e evolução, há não muito era observado o poder patriarcal, no qual tanto a crianças como as mulheres eram deixadas a margem da vontade da lei e do *pater*, que era dono de toda a autoridade.

Com o passar do tempo, as noções sociais de empatia, solidariedade familiar e igualdade foram solidificadas, de forma que a humanidade caminha em direção cada vez mais a melhor configuração dessa entidade, que é capaz de moldar todo um século na visão sociológica.

Veio, ainda, a promulgação da Constituição Federal de 1988, e as crianças e adolescentes foram reconhecidas como sujeitos de direitos aos quais o Estado e toda a população devem prestações positivas, trazendo também sua proteção integral, que vem prevista tanto no artigo 227 da Constituição, quanto nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico passa a entender que quando há o envolvimento de menores, não há nada mais importante do que zelar pela decisão mais benéfica para o desenvolvimento psicológico deste.

Dentre essa busca, fora firmada o entendimento de que a guarda compartilhada, por se tratar de modalidade em que ambos os genitores continuarão a ter proximidade e

autoridade sobre a vida do infante, é a melhor para o interesse da criança, visto que esse precisa conviver igualmente com os dois.

De modo que, a aplicação de outros tipos de guarda virou exceção, na qual apenas ocorre quando há algum impedimento para o exercício do dever parental, seja na rejeição da guarda por parte de um dos genitores, ou pela incapacidade de outro.

Isto posto, cumpre salientar que, o presente trabalho teve por finalidade demonstrar que, quando há o rompimento do relacionamento entre os genitores e, portanto, a família começa um longo processo de luto, no qual, na maioria das vezes, os pais que deveriam ser porto seguro de harmonia para o desenvolvimento infantil, acabam sendo os verdadeiros opositores de seu progresso saudável, devido a tamanha litigiosidade presente.

Sendo assim, após analisar o que diz o melhor interesse da criança e sua importância constitucional, além da psique infantil, conclui-se que a jurisprudência se encontra equivocada ao falar em aplicabilidade direta da guarda compartilhada, quando não existem exceções.

Isto porque, o melhor interesse do menor diz respeito a individualidade de cada criança e na situação em que ela se encontra. Ao definir uma regra, o ordenamento jurídico retira de cena qualquer análise do real interesse pessoal para aquele caso, no qual muitas vezes poderá ser ao contrário do aplicado.

Portanto, o presente trabalho defende a liberdade ao juízo em analisar atentiosamente cada caso como único, para que assim possa ser decidido verdadeiramente conforme o mais benéfico para o menor envolvido, visto que mais importante do que a submissão deste a autoridade de ambos os genitores, é que este possua ambiente seguro, harmônico e saudável para, não só se desenvolver naturalmente, mas também passar pelo luto da separação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010

BRASIL. **Constituição Federal** promulgada em 05 de outubro de 1988, Brasília, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: . Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Redação dada pela Lei n. 13.257, de 82 de março de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: . Acesso em: 05 jun. de 2018.

CRUZ, D. C. M.; SANTANA, E. C.; BARBOSA, L. P.; SILVA, S. Q. C.; SILVA, S. R. S.; BARBOSA, V. L. **Divórcio dos pais: até que ponto isso interfere negativamente nos olhos que estão em fase de desenvolvimento**. Ciências Humanas e Sociais, Aracaju, v. 1, n. 17, p. 129-134, 2013

CURY, Augusto Jorge. *Inteligência Multifocal*. São Paulo: Cutrix, 2009.

Delgado, Mario Luis. **Guarda alternada ou guarda compartilhada?** São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>> Acesso em: 13 de novembro de 2021.

DIAS, Berenice Maria. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo:Revista do Tribunais,2006.

FABRIZ, Daury César. **A Proteção Integral e Prioritária a Criança como Dever Fundamental dos Pais**. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, 2014.

FREUD, S. Luto e melancolia. **Edição standard brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**, vol. XIV. Rio de Janeiro: Imago: 1917/1996

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MALDONADO, M.T. **Casamento término e reconstrução: o que acontece antes, durante e depois da separação**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belho Horizonte: Del, Rey, 2009.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga, ou investigações sobre as linhas do progresso humano desde a seivageria, através da barbárie, até a civilização**. Evolucionismo Cultural, 1877.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 42.

Ramidoff, M. L. (2016). Infâncias, adolescências e juventudes: direitos humanos, políticas públicas e movimentos sociais. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 17(2), 219-240. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i2.794>.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. ed.JHMizuno, 2015.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Regime de Bens no Casamento e na União Familiar Estável. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Tramontina, R., & Arcaro, L. T. (2020). **A família como instituição política e a teoria das capacidades de Martha Nussbaum: uma análise a partir do enfoque das capacidades de Martha Nussbaum**. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 21(3), 11-30. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v21i3.1813>

VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v.7, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder Familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.