

A GUARDA COMPARTILHADA E A “FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA”: UMA ABORDAGEM DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJ-RS

Bernardo Girardi Sangoi¹

RESUMO: O artigo investiga decisões judiciais sobre guarda compartilhada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em cotejo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir de crítica ao paradigma da “filosofia da consciência”. A metodologia de abordagem é a fenomenologia hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana e o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de revisão bibliográfica, documental e seleção de julgados. Objetiva-se analisar possíveis marcas dessa “filosofia da consciência” (“decido porque penso assim”) em matéria de guarda compartilhada. As justificativas do trabalho residem na necessidade de uma mudança cultural, fomentando-se o instituto, e valorizando a criança enquanto pessoa, e não um troféu de posse de um dos pais.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia da consciência. Guarda compartilhada. Jurisprudência. Mudança cultural.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 (Des) velando a desfuncionalidade do Direito Brasileiro e o paradigma da filosofia da consciência: é possível falar em resposta correta? 3 “Decido conforme minha consciência”: Uma abordagem hermenêutica da guarda compartilhada no STJ e no TJRS. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito encontra-se, hoje, em (profunda) crise. Isso se dá, dentre outras razões, pela não superação do chamado “paradigma da filosofia da consciência”. Nessa lógica, o juiz pode decidir de acordo com o que ele pensa, da melhor maneira

¹Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa Phronesis. Bolsista CAPES.

que lhe pareça ao caso concreto (seria a sua?), mesmo que, para isso, tenha que se desvencilhar da aplicação da lei. Afinal, as respostas encontram-se em sua própria consciência...

No direito brasileiro, as marcas desse modelo são bastante visíveis. Em especial, destaca-se a questão da guarda compartilhada, instituto que foi incorporado no ordenamento jurídico interno em 2008, mas que tem sofrido diversos entraves em sua aplicação por (muitos) juizes. Para estes, é “melhor” a guarda unilateral, decisão esta que se baseia, não raras vezes, em argumentos nada jurídicos, muito mais afinados aos posicionamentos pessoais dos julgadores do que de acordo com o novo paradigma cultural fomentado pelo legislador.

Diante disso, questiona-se: Em que medida é possível verificar a influência do paradigma da filosofia da consciência em decisões judiciais sobre guarda compartilhada no Estado Democrático de Direito brasileiro? Ainda, é possível se falar em “resposta correta” em se tratando desse instituto, parafraseando Dworkin? Partindo dessas indagações, o presente artigo se propõe a investigar a influência do paradigma da filosofia da consciência em decisões judiciais sobre guarda compartilhada no Estado Democrático de Direito brasileiro, sob o norte teórico de Streck e Dworkin.

Para tanto, o “método”² de abordagem adotado é a fenomenologia hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana. Quanto ao “método” de procedimento, é o monográfico, tendo sido empregadas a revisão bibliográfica, documental e abordagem crítica de jurisprudências selecionadas, cujo recorte se deu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que se mostrou (e tem se mostrado) importante defensor da guarda compartilhada, e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), muito resistente à aplicação do instituto.

Com isso, objetiva-se investigar marcas da filosofia da consciência no teor dos argumentos utilizados na (não) aplicação da guarda compartilhada. Assim, o trabalho se justifica na (1) necessidade de uma mudança cultural e de superação do paradigma sujeito-objeto em se tratando de guarda, em que a criança é vista como uma coisa, e na (2) imperatividade de construção de uma resposta correta com

2 Utiliza-se a palavra método entre aspas, uma vez que se constitui, hermeneuticamente falando, como um caminho de pesquisa, e não como um método típico das ciências da natureza. Aliás, a palavra método, conforme se verá, não deveria ser empreendida em Direito, isso porque é este uma ciência da compreensão, a qual não pode ser reduzida à dedução ou à indução.

vistas a uma aplicação mais efetiva do instituto, em que a criança passa a ser vista (e valorizada) como pessoa.

Para melhor abordar o tema, o artigo se divide em duas partes. Em um primeiro momento (1), a discussão se centra no (des)velamento da desfuncionalidade do Direito, no paradigma da filosofia da consciência e a sua contaminação na prática jurídica brasileira, em meio à indagação acerca da (im)possibilidade de se falar em resposta correta em Direito. Na sequência (2), realiza-se um recorte hermenêutico da temática em recentes decisões sobre guarda compartilhada no STJ e no TJRS.

2 (DES)VELANDO A DESFUNCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO E O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA: É POSSÍVEL FALAR EM RESPOSTA CORRETA?

Há um sério problema de desfuncionalidade do Direito brasileiro. Uma incongruência entre os direitos previstos na Constituição Federal e sua (não) implementação (deficiente) na *práxis*. Isso é facilmente constatado pela crise em que se insere o Poder Judiciário brasileiro atualmente. São mais de 80 milhões de processos em tramitação, conforme o Relatório da Justiça em Números de 2016 (BRASIL, 2017, p. 180), número este que sofreu aumento de seis milhões em relação ao ano anterior (BRASIL, 2016a, p. 384).

Além disso, para cada dez novas demandas que são ajuizadas, somente três antigas são “resolvidas”, o que ajuda a caracterizar um panorama de deficiência na operacionalidade do sistema jurídico (BRASIL, 2016b). De um lado, uma sentença formal, de outro a inefetividade de direitos e a falta de solução no mundo da vida.

Isso tem ocorrido, especialmente, em função de um problema paradigmático. Conforme Streck (2014b, p. 38-41), velhos modelos têm sido insistentemente aplicados, acarretando desvios na compreensão do papel exercido pela Constituição, bem como da jurisdição constitucional. Daí também o paradoxo da ineficácia das normas constitucionais, em que se tem um texto constitucional rico em direitos, mas uma prática que “(so)nega” sua aplicação. Portanto, uma desfuncionalidade tanto do Direito como das próprias instituições responsáveis pela aplicação da lei.

As causas para esse cenário se devem, como bem aponta Streck (2014a, p. 17), a dois grandes fatores. Primeiro, pode-se falar em uma crise do modelo liberal-individualista, que ainda não restou superada. Segundo, constata-se a aplicação crescente (e maciça), sobretudo na última década, de teorias voluntaristas que, sob o pretexto de superação do “juiz boca da lei”, apostaram suas forças na liberdade de interpretação conferida aos juizes, resultando em projetos de vinculação jurisprudencial, o que será abordado no decurso de presente trabalho, com o recorte da guarda compartilhada.

É dizer, o Direito ainda se encontra regido por uma roupagem de cariz individualista, e tenta, inutilmente, manter-se assim para enfrentar as demandas complexas e transindividuais que se apresentam na atualidade. A doutrina de Silva (1997, 2004 e 2009) e Streck (2006, 2014a, 2014b e 2015) são bastante críticas nesse sentido, apesar de resguardarem algumas diferenças nas lentes em que percebem o fenômeno. No entanto, ambas entendem que a mirada deve partir de um olhar novo, que tem por base a hermenêutica heideggeriana-gadameriana. Para Heidegger (2005, p. 56-57), a fenomenologia, enquanto estudo dos fenômenos, é o caminho de pesquisa, expressada pela máxima de buscar “as coisas em si mesmas”.

Nesse contexto, é contundente destacar, conforme Gadamer (2015, p. 37-42), que há um entrave bastante grave na autorreflexão das ciências do espírito, uma vez que se encontram reféns do modelo de ciências da natureza, as quais trabalham com uma espécie de “padrão de conhecimento progressivo da legalidade”, sobretudo alicerçado na indução e na dedução. Ocorre que esse método não pode ser importado acriticamente para o Direito tal e como um “eco idealístico” para se chegar à verdade.

Isso porque o Direito, enquanto “ciência do espírito” ou, como refere Silva (2004), “ciência da compreensão” ou “ciência da cultura”, possui uma estrutura totalmente diferente das ciências da natureza, uma vez que baseada justamente na compreensão, e não na explicação. Não é possível falar em um método perfeito para atingir a verdade em se tratando de Direito.

Mesmo assim, essa ideia foi importada, e gerou um colapso no sistema jurídico. Em especial, o processo, enquanto suposto caminho para o atingimento dessa “verdade real”, não deixa de ocultar toda uma ideologia a serviço de um modelo que atende aos interesses burgueses, fruto da modernidade, e aos direitos

individuais (relações negociais, sobretudo), coisificando o humano. O método é “muleta”, conforme bem salienta Hommerding (2016, p. 74), o que denota a sua incapacidade de lidar adequadamente, por exemplo, com tutelas de urgência preventivas (ISAÍA, 2012, p. 105-106).

Essa tentativa de cientificizar o Direito, geometrizá-lo como se fosse uma matemática, traz em seu bojo toda uma preocupação do racionalismo³ em trazer segurança e certeza para o mundo jurídico, com vistas à manutenção do *status quo*. De acordo com Silva (2004, p. 3), houve, assim, a separação entre mundo do ser e mundo do dever ser, ou ainda, a cisão entre direito e fato, que ainda permanece vigente. A norma enquanto axioma, e não enquanto problema ajuda, em muito, a contribuir para o ocultamento da problemática do Direito.

Contudo, isso causa um verdadeiro “curto-circuito” ao se superestimar a consciência histórica, como um apelo às eternas ordenações da natureza, enquanto barreiras intransponíveis, o que se aproxima do historicismo, enquanto verdades postas e imutáveis, mas que, na realidade, revelam-se ingênuas. O problema é da “consciência histórica”, na medida em que é fundamental tal consciência se reconheça a si mesma como um fenômeno essencialmente histórico (GADAMER, 2006, p. 70; 2015, p. 32).

Do contrário, fica-se se à mercê da metafísica objetificante, uma vez que predominam, segundo Streck (2014a, p. 21), “[...] o método, [o] dispositivo, [a] tecnicização e [a] especialização, que na sua forma simplificada redonda em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu

3 Muito embora o presente trabalho não tenha por escopo discorrer sobre o racionalismo, é imprescindível situar sua influência na construção do paradigma liberal-individualista que contaminou o Direito na modernidade e que, ainda hoje, encontra marcas profundas na prática jurídica brasileira, haja vista sua não superação. Trata-se de um movimento filosófico do século XVII, fruto da modernidade, tendo com um de seus precursores René Descartes, que escreveu a obra “O discurso do método” (2007), pressupondo a dúvida metódica, de modo que a mente pudesse ser uma *tabula rasa*, livre de preconceitos, com vistas a se chegar à verdade do conhecimento. No obstante, é imperioso salientar, conforme Santos (2009), que as raízes da modernidade (e do próprio liberalismo) encontram substrato já no período da Grécia Antiga, com uma dicotomia que se estabeleceu entre o atomismo (na figura dos sofistas), de um lado, e o holismo (defendido pela tradição socrático-platônica-aristotélica, muito embora Aristóteles seja considerado eclético e também reúna elementos liberais), de outro. Dentre os sofistas, verificam-se as primeiras noções de antropocentrismo ao colocarem o indivíduo como centro em detrimento da coletividade. Em Platão, tem-se a noção de Estado de Direito, legalidade e moralidade-probidade; em Aristóteles, vê-se a ideia de bem comum. Posteriormente, no período da escolástica, na Idade Média, também se nota a sobrevalorização do indivíduo, com Duns Escoto (em que o indivíduo é visto sob a ótica singular e não despersonalizada) e Guilherme de Ockham (com a introdução do nominalismo). Com relação a este último, ajudou a construir as bases do positivismo jurídico (ideia de que as leis devem ser criadas pelo homem, não estando presentes na natureza) e do direito subjetivo.

acontecer. [...]”. De acordo com Hommerding (2016, p. 51-52), o Direito se volta, assim, ao passado estruturando-se por meio de respostas antecipadas, que ainda não vieram a acontecer: “Quando alguém já decidiu a mesma coisa, antes, num outro tribunal, é excelente para o jurista. Se isso foi dito no Direito Romano há mais de mil anos, melhor ainda”, o que ajuda a criar uma racionalidade que guiará o presente a partir de uma busca da resposta no passado.

É nesse contexto, preso a essa metafísica, que se pode falar no paradigma da “filosofia da consciência”, refratário do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*⁴), em que o intérprete é dono dos sentidos e a linguagem é um mero instrumento. Trata-se de um paradigma da subjetividade, que surgiu na modernidade com a ideia de um sujeito “assujeitador” das coisas, segundo o esquema sujeito-objeto. (STRECK, 2014a, p. 144 e 211; 2015, p. 14).

Nessa perspectiva, importa muito mais o que o intérprete acha que é o Direito, o que ele sente, suas impressões a partir do caso, mesmo que ele tenha que fugir da norma, afinal o direito não se reduz à lei... Evidentemente, essa postura subjetiva ajudou a configurar um colapso no sistema jurídico, em que respostas para casos (muitos dos quais idênticos) são dadas de maneiras, não raras vezes, opostas, o que é inconcebível.

No presente trabalho, isso será discutido no caso da guarda compartilhada, no ponto seguinte. Porém, já se adianta que o instituto, incorporado legislativamente em 2008, na tentativa de promover uma mudança de cenário cultural, e fomentar a manutenção dos laços afetivos tanto do pai como da mãe para a criança ou adolescente pós-divórcio ou pós-separação, tem sofrido um sério entrave na sua aplicação, uma vez que muitos juízes entendem, *a priori*, que a guarda unilateral é que deve prosperar. Os fundamentos invocados em tais decisões, conforme será discutido, baseiam-se em percepções pessoais desconectadas da “tradição

4 A viragem ontológico-linguística é o “raiar da nova possibilidade de constituição de sentido” (STRECK, 2014a, p. 254). Trata-se da superação do *logos* essencialmente apofântico, de modo que a linguagem passa a ser vista com condição de possibilidade, e não mais como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto. Agora, tem-se uma relação entre sujeito e sujeito, com a morte da subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo. Além disso, a noção de historicidade e preconceito é extremamente relevante aqui. O ser humano só existe enquanto realidade histórica, sendo impossível de se eliminar todos os seus preconceitos, uma vez que fazem parte da razão histórica de seu ser. Enquanto ser no mundo, não é uma *tabula rasa*, não parte do “grau zero”, como imaginava Descartes. O problema é que a viragem que se deu na filosofia não foi – insistentemente – recepcionada pelo Direito, o que dá margem para uma série de decisionismos fruto do paradigma da filosofia da consciência. Ver Heidegger (2005), Gadamer (2015), Stein (2004) e Streck (2014a).

autêntica”, parafraseando Gadamer (2006), que se instaurou com a lei infraconstitucional democraticamente aprovada.

Isso se insere dentro da ideia de que a consciência do intérprete é que deve ser a baliza para o julgamento, o que não deixa de ser um ato que apenas contém explicações de seu “tribunal da razão”. A realidade se vê, desse modo, reduzida à representação subjetiva, ao entendimento pessoal, ao solipsismo. Basicamente, pode-se falar em duas manifestações da filosofia da consciência: (1) o ato de julgar é um ato de vontade e (2) as decisões buscam justificações a partir de uma racionalidade argumentativa (como é o caso da ponderação⁵) (STRECK, 2015, p. 18-19 e 23-34).

Metaforicamente, é como se o juiz estivesse com sua “consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”, ou ainda, que detivesse uma “consciência inata” para fazer uma “boa escolha”, o que faz com que o solipsismo seja elevado ao topo da condição de sentido do Direito (STRECK, 2015, p. 32-33, 66). Mas isso abre portas para o protagonismo judicial, para a figura de um juiz que, ora sente pena, é sensível e se compadece da situação em concreto e se julga realizador do Direito, ora se mostra defensor rígido e empedernido de uma lei que deve ser aplicada a todo o custo.

Nesse contexto, pode-se fazer uma alusão aos juízes como “deuses”, alinhando-se à crítica de Ost (1990). Já no início da década de noventa, o autor trouxe um aporte acerca dos modelos de juízes, delineando o extremo do Estado Liberal (em que o Direito é reduzido à exegese, e a condição de validade da ordem jurídica encontra-se sedimentada na lei, com o juiz Júpiter) em face do Estado Social (em que o Direito passa a ganhar contornos no caso concreto, e deve ser realizado

5 A palavra “ponderação” tem sido invocada, hoje, em inúmeros julgamentos para respaldar posicionamentos pessoais em se tratando de colisões de princípios. Esse termo foi inventado em 1905, por Philippe Heck, na Alemanha, no contexto da Jurisprudência dos Interesses. Partia-se da ideia de que a norma jurídica deveria resolver os conflitos, os interesses em jogo, mas que, quando houvesse lacunas, o juiz deveria recorrer à ponderação para solucionar os ditos casos difíceis. Após a 2ª Guerra Mundial, Robert Alexy, da Jurisprudência dos valores, construiu sua Teoria da Argumentação Jurídica a partir da ponderação, perquirindo-se acerca dos valores da sociedade (STRECK, 2014a, p. 131 e ss.). Para o Alexy (2008), os direitos fundamentais têm natureza de princípios e se caracterizam como “mandados de otimização”. Porém, essa tese foi alvo de muitas críticas, especialmente por sua (a) insuficiência (crítica de Habermas), no sentido de que os direitos fundamentais podem ser facilmente flexibilizados em caso de colisão, além de serem passíveis de desaparecer diante de um sopesamento irracional e por sua (b) demasia, em função de que eles podem ser vistos como princípios supremos da ordem jurídica (o que vai ao encontro de um Estado judiciário), fazendo com que o Poder Legislativo perdesse sua autonomia.

por um juiz que carrega em seus ombros a sociedade carente de direitos, o juiz Hércules).

Isso tudo dá margem ao fenômeno cunhado pela doutrina de “ativismo judicial”. Estaria sendo o juiz discricionário diante daquele caso concreto? Ou arbitrário? Seria possível falar em uma distinção entre ambos? Qual a razão de ser do Direito nesse contexto? Seria possível falar em resposta correta diante de toda essa celeuma de posicionamentos? Essas são algumas das questões que permeiam a necessidade de uma reflexão crítica do modo de “fazer” e de “aplicar” o Direito, sob pena de se incorrer em uma atividade burocrática e cotidiana que Warat (1982) chamou de “senso comum teórico dos juristas”.

Conforme Dworkin (2000), a discricionariedade resguarda relação com a visão cética de que há apenas distintas respostas para uma questão de direito, não havendo que se falar em uma resposta correta ou, mesmo, melhor. Segundo essa lógica, abre-se espaço para que os juízes tomem decisões da maneira que melhor lhes pareçam para o futuro da nação, mesmo que sejam diametralmente opostas.

Trata-se da chamada “tese da bivalência”, comumente aceita pelos juristas, no sentido de que, em todos os casos, ou a verdade está em uma afirmação positiva ou em sua asserção oposta, sem levar em consideração qualquer outra terceira (ou quarta, etc.) possibilidade que se encontre entre elas, e que pode ser verdadeira. Essa ambiguidade latente acaba reduzindo o Direito a binômios excludentes, como o válido-inválido, o lícito-ilícito, sem aventar a possibilidade de que ambas as proposições possam ser falsas (DWORKIN, 2000, p. 176-177).

Consequentemente, acaba-se por formar a ideia de que não há, no Direito, nenhuma resposta correta, o que pode ser entendido a partir de duas versões. Na primeira delas, o poder discricionário é visto como “permissão”, uma vez que o juiz não tem o “dever” de decidir num ou noutro sentido, mas sim uma faculdade que lhe possibilitaria escolher a melhor decisão que se amolde ao caso concreto (DWORKIN, 2000, p. 180). A filosofia da consciência, portanto.

Na segunda, a justificativa para a discricionariedade reside em uma série de artimanhas que impossibilitariam a unicidade de sentido, uma vez que a língua é imprecisa, as proposições escondem uma certa estrutura e, ainda, que seria impossível se chegar à veracidade ou falsidade de uma afirmação quando há uma controvérsia sem possibilidades de provar qual seria o lado certo-errado (DWORKIN, 2000, p. 188 e ss.).

Nessa linha, Streck (2015, p. 29 e 73) também defende que tanto a arbitrariedade como a discricionariedade são portas de entrada para decisionismos e voluntarismos. Sua crítica à discricionariedade, em especial, refere-se ao sujeito que “dis-põe” dos sentidos do Direito, como se deles fosse proprietário. De maneira diferente, Silva (2009, p. 21-48) estabelece diferenciações entre arbitrariedade e discricionariedade. Para o autor, há uma margem de discricção que é possibilitada ao juiz para decidir, em respeito ao princípio da razoabilidade, sem que haja a transposição do campo da juridicidade.

De todo modo, apesar dos diversos enfoques em suas autorias, pode-se dizer que, na questão de fundo, os autores concordam. Isso porque se percebe, na obra de ambos, e também na de Dworkin, o combate à livre escolha para interpretar o Direito. Conforme Motta (2010, p. 159), é possível falar em uma convergência de seus posicionamentos enquanto exigência de uma fundamentação constitucionalmente adequada, e de acordo com princípios com vistas a “fechar” a interpretação e trazer uma possível e necessária “correção”⁶.

Importante mencionar, no raciocínio de Streck (2006, 2014a e 2015) a séria crítica que faz ao positivismo⁷ e a resistência que a comunidade jurídica, de maneira

6 Cabe referir, no entanto, que Silva (2009, p. 21-48) se mostra bastante crítico da teoria de Dworkin, basicamente em três pontos: a) o autor norte-americano preocupa-se muito mais com o direito do que com os fatos, e se esquece de que é na práxis judiciária que se encontra o direito; b) ao determinar uma resposta “certa”, não admite ao juiz qualquer dose de poder discricionário; c) o problema da discricionariedade é próprio do positivismo (Dworkin estaria realizando uma confusão com arbítrio). Apesar disso, ressalta-se o diálogo trazido por Motta (2010) entre esses autores, aduzindo que, ao fim e ao cabo, há uma preocupação similar na tentativa de combater a arbitrariedade judicial desmedida. Em outras palavras, sem pretensão de trazer maiores diferenciações entre as teorias e as abordagens em questão, pode-se dizer que a “discricionariedade” que defende Silva resguarda relação com a resposta correta de Dworkin e Lenio, e a “discricionariedade” de que falam estes últimos poderia ser enquadrada como a “arbitrariedade” na teoria do primeiro.

7 Streck (2014a, p. 135-136) traz o seguinte questionamento ao longo de suas obras: aplicar a lei é uma atitude positivista? A resposta depende. Primeiramente, é importante aduzir o que é positivismo. A discussão deve partir da ideia de que há diferentes positivismos ao longo da história. O positivismo jurídico clássico exegético ou legalista partia da ideia de que a regra era suficiente, e congregaria todas as hipóteses de aplicação. Já o normativista parte do pressuposto de que a lei não contém todas as respostas e, por isso, aposta na subjetividade do intérprete, que teria um livre espaço para dizer o que seria o direito. Assim, “[...] a jurisdição seria o resultado de uma volição que estaria para além da mundanidade, seria a representação da subjetividade que existe por si só, independentemente da historicidade. [...]”. A partir disso, aplicar a lei pode ou não ser uma atitude positivista (se ela é constitucional, deve ser aplicada; do contrário, não). Também, destaca-se uma crítica do autor ao que chamou de “pamprincipiologismo”, enquanto invocação principiológica dos mais diversos princípios criados para fins de respaldar o posicionamento pessoal do julgador como se isso representasse uma fundamentação constitucionalmente adequada. No mais, é ainda positivista quem se vale de princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais sem a jurisdição constitucional.

geral, depara-se em desprender-se de suas amarras. Isso se dá, em larga medida, pela utilização de uma razão teórica que pretende dar todas as respostas *prioristicamente* das perguntas, como se o Direito fosse possível de ser solucionado no plano das ideias.

Para o autor (2006, p. 203 e ss., 2014a, p. 426 e ss.), baseando-se em Dworkin (2000) não há que se falar em uma multiplicidades de respostas, mas “a” resposta correta, que não é nem a única nem a melhor, mas é confirmada na Constituição Federal. Trata-se de uma resposta hermeneuticamente verdadeira, que se dá na *applicatio*, ou seja, só existe no mundo prático, na facticidade. O caso prático é o “acontecer do sentido”. Desse modo, trata-se a resposta correta de uma argumentação adequada, que tem seu vetor de racionalidade confirmado pela fundamentação. É, enfim, um direito fundamental do cidadão. Há todo um respeito à tradição, ao círculo hermenêutico, à integridade e à coerência do direito, com o controle ao subjetivismo, o que se insere na chamada “Nova Crítica do Direito” ou “Crítica Hermenêutica do Direito”, expressões cunhadas pelo autor.

Nesse contexto, é imprescindível “levar os direitos a sério”, conforme Dworkin (2002, p. 286) o que se dá com o devido respeito a uma teoria coerente sobre a natureza de tais direitos que as pessoas de fato possuem, bem como com o agir de forma consistente com suas convicções. O autor (2014, p. 271-278) também propõe, ainda, que o Direito se caracteriza pela coerência e pela integridade, o que se dá com a proposta de um “romance em cadeia”. Neste sentido, a prática jurídica contemporânea não deve se voltar nem só para o passado (convencionalismo), e tampouco apenas para o futuro (pragmatismo jurídico), mas sim deve conjugar elementos do passado e do futuro, partindo-se presente.

Conforme bem aduziu o autor, o juiz não descobre nem inventa o Direito, mas sim deve produzir acréscimos na tradição que interpreta, tendo por norte a melhor visão possível, mesmo que, com o tempo, isso possa se revelar uma tarefa impossível. Metaforicamente, tem-se um dado grupo de romancistas que está escrevendo em conjunto (em cadeia) um romance: cada um deve interpretar os capítulos precedentes quando for escrever o próximo. Com base nisso, é contundente que sejam consideradas as dimensões da adequação, uma vez que a interpretação deve ser fluida no decurso do texto e conter um poder explicativo geral, e também da interpretação, tendo em vista que é mister a análise de todas as

leituras possíveis para fins de identificar aquela que melhor se amolde à obra em desenvolvimento) (DWORKIN, 2014, p. 271-278).

Partindo dessa discussão, em que se situou a desfuncionalidade do Direito em meio à crise do modelo liberal-individualista e o paradigma da filosofia da consciência, juntamente com a necessidade da resposta correta, passa-se para a abordagem jurisprudencial do STJ e do TJRS.

3 “DECIDO CONFORME MINHA CONSCIÊNCIA”: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO STJ E NO TJ-RS

A partir do aporte teórico trazido, pôde-se perceber um sério descompasso entre o Direito trazido na Constituição Federal e a inefetividade em sua implementação. E isso não se resume a uma única área, mas sim reflete uma celeuma em que se insere o Poder Judiciário como um todo. É inadmissível, porém, que se tenham decisões diametralmente opostas.

Ao revés, diante do comprometimento com a coerência e a integridade do Direito que, mal ou bem, foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 926 (BRASIL, 2015c), é importante verificar que argumentos têm sido utilizados pela engrenagem judiciária para (não) concretizar direitos, e de que modo isso se assemelha (ou não) a essa atitude positivista de “decidir conforme a consciência”.

O recorte do presente artigo se delimita na guarda compartilhada. Não se pretende aqui discorrer sobre o instituto em si, mas sim abordar uma discussão sobre a filosofia da guarda compartilhada. Por que, mesmo com a legislação elevando-a como regra, não há uma implementação prática?

Importante, mencionar, nesse sentido, que o cenário em questão se dá em todo o território nacional, não sendo um fator isolado. Conforme o último relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015), a guarda dos filhos menores, considerando a proporção de divórcios concedidos, é de apenas 5,8% para o homem, contrastando com 78,8% para a mulher, e de 12,9% compartilhada (ainda, 1,0% declarou outra resposta e 2,1% nada mencionaram). O maior percentual de guarda unilateral materna é no estado do Sergipe, chegando a 91,4%, e o maior índice de guarda compartilhada é no Distrito Federal, com 24,7%. No Rio Grande do

Sul, foco deste trabalho, os dados apontam para 5,3% da guarda unilateral paterna, 77,2% da guarda unilateral materna e 13,5% da guarda compartilhada.

Além disso, é importante destacar que as questões de família ocupam, no ranking dos assuntos mais recorrentes do Poder Judiciário, a quinta posição (em 2016 e, em 2015, a sexta), totalizando 853.049 processos espalhados por todo o Brasil, em 2016, e 836.634 em 2015 (BRASIL, 2016, p. 165; 2015a, p. 10), englobando alimentos, guarda, divórcio, etc.

Isso demonstra a preferência pela monoparentalidade, típica da guarda unilateral, que coloca a criança, o adolescente como uma coisa, que será de “posse”, geralmente, da mãe, a “guardiã” (ROSA, 2015, p. 52). O outro, normalmente o pai, acaba participando muito pouco da vida do filho, de seu crescimento e desenvolvimento, o que acaba ocasionando sérias consequências negativas a longo prazo.

Por outro lado, a guarda compartilhada traz uma proposta de que ambos os pais se sintam partícipes na vida da criança, do adolescente, bem como em seu processo de desenvolvimento, com a igualdade de direitos e responsabilidades e numa ideia de harmonização e coparticipação (ROSA, 2015, p. 67-68). O filho, ao ser “compartilhado”, passa a ser visto como um sujeito, e não mais reduzido a uma coisa, um objeto, o que se amolda à ideia da virada ontológico-linguística discutida no primeiro ponto.

A consideração enquanto pessoa, e não enquanto coisa, rompe com a metafísica objetificante e todo o discurso que separa os laços afetivos de pais e filhos em uma tentativa ideal de decidir da melhor forma possível. A partir do momento em que a criança é tida como ser, ainda que isso possa resultar óbvio, existe um sentido em sua proteção integral. Do contrário, não há que se falar em Direito, mas sim em uma abstrata decisão que põe de lado toda a tentativa de inovação do sistema e de uma mudança cultural.

Caso se continue a pensar de forma refratária ao *linguistic turn*, a guarda compartilhada será banalizada com a ideia de apenas ser aplicada para países ricos, desenvolvidos, em que as pessoas saberiam se relacionar de maneira mais harmônica. Porém, isso não deixaria de ajudar, sobretudo, na manutenção do *status quo* vigente, que forma no imaginário coletivo social (e também jurídico) de que as pessoas são “incapazes” de resolver suas contendas, que é necessária a mediação

de um terceiro supostamente imparcial que solucione a lide (o que se dá no plano jurídico, mas não no mundo da vida...).

Se essa visão seguir prosperando, e não houver uma mudança cultural, a guarda unilateral continuará vigorando como prioridade, e quem sai realmente perdendo é a criança, o adolescente. Isso porque será tratado como coisa, troféu, prêmio, deixando de lado a ideia de que, para seu crescimento e desenvolvimento saudável, é indispensável a presença tanto da figura paterna como da materna para fins de construção de suas referências. É uma típica violência simbólica denunciada por Streck (2014, p. 37) de que “cada-um-tem-seu-lugar”.

Cabe mencionar que o instituto foi criado em 2008, com a Lei 11.698, tendo alterado o artigo 1.583 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002). Em 2014, a Lei 13.058 trouxe nova modificação, positivando-o como regra. A proposta era esclarecer a ideia de que o “sempre que possível” na tentativa da guarda compartilhada não implicava um necessário bom relacionamento entre os genitores. Conforme a justificação do Projeto de Lei nº 1009, de 2011 (BRASIL, 2011a), o objetivo seria trazer maior “clareza” ao texto, evidenciando que o instituto não estava sendo devidamente aplicado por magistrados que, ao se indagarem sobre os conflitos entre o ex-casal, adotavam diretamente a via da guarda unilateral, o que incita o egoísmo e a alienação parental, fazendo com que a criança seja vista como uma arma.

Ainda em 2011, um caso tornou-se paradigmático no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo consolidado a guarda compartilhada como regra para os filhos de pais divorciados, antes mesmo da edição da Lei 13.058/14. O tribunal, nesse sentido, julgou casos que serviram de inspiração para as alterações legislativas (JUSTIFICANDO, 2016). Especificamente, com relação a este caso, de relatoria da ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2011b):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações,**

concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidência das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da **guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 5. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais.** E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. **A imposição judicial** das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é **medida extrema, porém necessária** à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação **quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.** 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. [grifei]

Com o julgamento, foram pontuadas algumas características da guarda compartilhada que se afinam com a nova proposta cultural, como a construção do duplo referencial (tanto paterno e não materno, e não apenas um *Sunday dad* ou “pai de domingo” que esporadicamente faz visitas ao filho), um processo integrativo com vistas ao diálogo (mesmo em situações em que há desentendimentos entre os pais, isso porque o conflito é natural e deve ser trabalhado em prol do interesse da criança), a necessidade de uma postura proativa por parte dos pais (e não a fixação de um plano ideal), de acordo com as particularidades do caso concreto (BRASIL, 2011b).

De fato, isso conduz – novamente – à ideia supramencionada de que direito só existe *in concreto*, no caso prático. A lei nunca deteve (nem deterá) todas as respostas. A melhor solução deve ser construída, e as partes possuem um papel bastante contundente nesse sentido. Se elas se sentirem partícipes, atores no processo em que, nada mais nada menos, está em voga suas vidas, há um avanço.

Não se deve apenas olhar para direitos, mas também para os deveres e as responsabilidades com vistas ao atingimento de uma melhor e harmoniosa convivência.

Logo, não se deve pautar por uma verdade iluminada supostamente atingida, mas por possibilidades hermenêuticas (reais), que permitem a concretização prática do direito. Mas isso, frisa-se, não pode se dar *a priori*, mas sim, diante do problema que se apresenta na facticidade. É a partir daí que se deve partir. Apesar disso, a prática jurídica insiste em “criar” o Direito de forma assujeitadora, desrespeitando a tradição, o círculo hermenêutico, a facticidade, a coerência, a integridade, conforme se discutiu no primeiro ponto. Assim a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2017d):

REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. ALTERAÇÃO. DISPUTA ENTRE OS PAIS DA CRIANÇA. DESCABIMENTO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois geralmente são prejudiciais para a criança, pois modifica a sua rotina de vida e, também, os seus referenciais, podendo gerar transtornos de ordem emocional. 2. **O filho deve permanecer sob a guarda do genitor com quem ele passou a residir por sua livre e espontânea vontade, pois está sendo bem cuidado e tem atendidas todas as suas necessidades.** 3. Deve sempre prevalecer o interesse do infante acima de todos os demais, sendo que, no caso em tela, os elementos de convicção são eloquentes em apontar a conveniência da guarda pelo genitor. 4. **não se mostra adequada a guarda compartilhada quando os genitores não conseguem manter uma relação harmônica.** 5. Cabe a ambos os genitores concorrer para o sustento da prole comum e, enquanto o guardião presta alimentos in natura, o que não é detentor da guarda deve prestar alimentos in pecunia, merecendo reparo a fixação dos alimentos quando sobrecarrega a alimentante. Recurso provido em parte. [grifei]

Nesse caso, de 31 de maio de 2017, a mãe pretendia a guarda unilateral ou a compartilhada, mas foi decidido pela manutenção da guarda paterna. O primeiro argumento (i) se deu no sentido de que, como os pais não conseguem manter uma relação harmônica entre si, dada a falta de diálogo e a não superação das desavenças resultantes no término de relacionamento, seria inviável o compartilhamento da guarda. O segundo ponto (ii) versou sobre a manutenção do *status*: já que o menino estava sob a guarda do pai há dois anos, não haveria qualquer motivo para alteração, sob pena de causar forte abalo emocional. O terceiro argumento (iii), por sua vez, desprezou completamente o estudo social que

sugeria a adoção da guarda compartilhada, uma vez que “não há, nos autos, elementos apontando para um prognóstico favorável ao seu estabelecimento”.

Este outro, de mesma data, vai além, aduzindo que a lei nem sempre deve ser aplicada (BRASIL, 2017e):

Em que pese à previsão legislativa priorizando o compartilhamento de guarda, não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal absoluto e incondicionado, pois, não obstante o texto legal vigente, **não está o julgador adstrito à sua literalidade**, devendo sempre **ponderar** o melhor interesse da criança e do adolescente, princípio vetor dotado de dignidade constitucional. No caso, a filha conta 17 anos de idade e a **distância entre as residências paterna e materna é de cerca de 1.000km**, o que reflete no trato das questões práticas e cotidianas. Isso sem mencionar que o genitor, citado, não compareceu ao processo, nada indicando que ele tenha interesse nessa modalidade de guarda, pois, ao que consta, nenhum contato mantém com a filha, a qual, dentro de um ano completará a maioridade. Neste contexto, há que ser reformada a sentença, para atribuir a guarda unilateral à mãe, que sempre a exerceu desde a separação do casal. [grifei]

O primeiro argumento (i) já denota a marca clássica da influência do paradigma da filosofia da consciência na atuação judicial: mesmo que haja o texto legal, o “não está o julgador adstrito à sua literalidade”. O segundo (ii) também defende que o compartilhamento da guarda resulta em insucesso quando “ausente a comunicação apaziguada e harmoniosa entre genitores”. Quanto ao terceiro (iii), entende que a distância física seria um obstáculo, sem levar em consideração as possibilidades tecnológicas de contato e, mais, o fato de que, para compartilhar a guarda, não é requisito residir em uma mesma cidade. Por fim, a revelia foi o último argumento (iv) utilizado a favor do próprio réu, partindo do pressuposto de que não foi possível atestar seu poder familiar.

Neste outro caso (BRASIL, 2017b), foram utilizadas a “tenra idade” da filha (i) e também as desavenças entre os pais (ii) para não conceder a guarda compartilhada, aqui em sede de tutela antecipada. Afinal, o sistema necessita de segurança e da verdade real, o que tornaria a concessão da tutela antecipada extremamente “perigosa” (SILVA, 2004):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO RELATIVA À UNIÃO ESTÁVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA E VISITAS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Em que pese seja a guarda compartilhada seja a legalmente vigente, no caso, tendo em vista a **tenra idade** da menina e os **conflitos entre os pais**, até maiores esclarecimentos convém que

seja mantida a guarda unilateral à genitora, ressaltando que a agenda de shows da agravada não pode ser considerada empecilho para alteração da guarda ou residência da menor, já adaptada à rotina diária na casa materna

2. Sendo o agravante sócio de um estabelecimento comercial que provavelmente trabalha em finais de semanas e a noite, sem que sejam esclarecidos estes detalhes, regulamento as visitas durante a semana nas tardes de terças e quintas-feiras, podendo o agravante buscar a filha às 14h e devolvê-la até às 18h, na casa da genitora, sem a necessidade de acompanhamento da avó materna. [grifei]

Em uma outra situação (BRASIL, 2017a), a decisão também se valeu do conflito entre os genitores e a impossibilidade de consenso (i) e a tenra idade (ii) para negar a concessão da guarda compartilhada. Mas também citou a jurisprudência do STJ sobre o tema, afirmando que, em tais casos, não haveria de se conceder a guarda, o que causa estranheza, na medida em que o entendimento da corte é pacificado em justamente fomentá-la... Assim, vê-se uma “fetichização” do discurso jurídico (STRECK, 2014a), que cita ao alvedrio entendimentos jurisprudenciais, mesmo que desconcatenados, para respaldar a tese.

O argumento utilizado foi de que a guarda compartilhada não seria conferida quando se ultrapassasse o “mero dissenso”, tese defendida pelo STJ. Porém, este tribunal fixou entendimento, em vários de seus julgados sobre o tema, de que tais situações somente restariam configuradas se fossem realmente graves, como o cometimento de crimes, a utilização de drogas por parte de um dos genitores, bem diferente da situação fática do julgado em tela. Novamente, o jurista encontra-se refém de uma metafísica objetificante, buscando *in abstracto* o argumento do caso concreto, e tentando antecipar a resposta à pergunta.

Por fim, uma última decisão selecionada do TJRS (BRASIL, 2017c), mas que se afina à jurisprudência do STJ e à nova tradição democrática da guarda compartilhada:

AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA FAMILIAR. GUARDA COMPARTILHADA. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. AMPLIAÇÃO DA VISITAÇÃO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. **A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores**, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Descabe qualquer reparo a decisão recorrida que indeferiu o pedido de guarda unilateral em favor da genitora, devendo ser mantida a guarda compartilhada com referencial de moradia a casa paterna,

pois o menor está com o genitor há alguns anos, estando bem adaptado a rotina familiar paterna. 4. O pedido do genitor para que seja fixado alimentos deverá ser objeto em ação própria. Recurso parcialmente provido da autora e desprovido do réu. [grifei]

Ao longo do acórdão, o desembargador relator reflete que o filho não pode ser transformado em um “troféu”, ou mesmo um objeto à disposição do pai ou da mãe por um dado período. Ao contrário, e aqui a metáfora de Rosa (2015) é excelente, indispensável se mostra a ruptura com o “mito do filho mochilinha”, que arruma a mochila para ir para a casa do pai, para a casa da mãe, jogado de um lado para o outro.

Trazendo essa discussão para o âmbito do Poder Judiciário, não é possível ficar à mercê da filosofia da consciência, em que alguns juízes decidem de um dado jeito porque sua concepção de Direito é assim, e alguns outros decidem de maneira extremamente oposta, seguindo uma dada corrente minoritária.

O que é pior, como aconteceu nessas decisões judiciais, é que, na mesma Câmara Cível, há decisões díspares, a depender de quem for o relator do caso. Nota-se bem que isso é absolutamente inadmissível no Estado Democrático de Direito, ainda mais em se tratando de recentes acórdãos no mesmo mês deste ano! Ou seja, o paradigma da filosofia da consciência encontra-se plenamente em voga.

Nesse sentido, “a” resposta correta, em se tratando de guarda compartilhada, é no sentido de conferi-la enquanto regra, mesmo que os pais vivam em cidades diferentes, não tenham consenso (o que é normal, haja vista que o relacionamento fracassou), que o filho seja de tenra idade. Esses argumentos todos já foram verificados por Brito e Gonçalves (2013) logo quando surgiu a guarda compartilhada, tendo sido aventadas as mais variadas justificativas para não aplicar a guarda compartilhada, tais como mudança de rotina, inexistência de motivo, dissenso, moradias distintas, crianças de tenra idade, ampliação de visitas em vez da guarda compartilhada... Quanto ao exemplo da moradia em cidades diferentes, as autoras trouxeram um exemplo de um ex-casal que se separou na França (o pai ficou lá e a mãe veio para o Brasil com a criança), mas os dois compartilhavam as responsabilidades mesmo com a distância física.

Enfim, isso só ajuda a provar que o problema em questão permanece atual, e que é imperativa uma mudança cultural urgente, sob pena de desfuncionalidade e perda de sentido do Direito. Afinal, sua razão de ser é na *applicatio*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito (brasileiro) encontra-se em crise, a qual reflete todo um modo de sua produção e de aplicação em desacordo com a realidade complexa que se apresenta na atualidade. Isso porque os pilares liberais-individualistas não conseguem tratar adequadamente dos (novos) direitos emergentes na sociedade.

O resultado é um cenário caótico, marcado pela desfuncionalidade: os direitos estão previstos na Constituição, mas não são concretizados. No curso desse trabalho, pôde-se perceber que isso se encontra inserido em toda uma busca pela verdade, com a importação de metodologias próprias das ciências da natureza para o campo jurídico, que é baseado na compreensão, e não na explicação.

Em meio a isso, também se verificou a existência do paradigma da “filosofia da consciência”, em que se apostam todas as fichas no protagonismo judicial, para que o juiz decida da maneira que melhor lhe convier, mesmo que para isso ignore uma tradição jurídica assentada, dando primazia a sua subjetividade, a sua consciência, ao que entende por Direito. Trata-se de um obstáculo para superação paradigmática, portanto.

Assim, embora a introdução do Estado Democrático de Direito estabeleceu uma viragem normativo-constitucional, a comunidade jurídica não acompanhou as mudanças, e insiste na inaplicação do texto constitucional, estando refratária da viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*). É imperativa a superação do esquema sujeito-objeto no Direito, de modo que a linguagem seja vista como condição de possibilidade, e não como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e a coisa que lhe é assujeitada.

Consequentemente, é mister que sejam buscadas respostas de acordo com a Constituição, o que se dá no caso concreto, e não de forma anterior e abstrata. “A” resposta correta se realiza na *applicatio*, sendo contundente a ruptura com a filosofia da consciência e com decisionismos e voluntarismos.

Nesse contexto, abordou-se a problemática que acomete a questão da guarda compartilhada. A jurisprudência do STJ afina-se com a nova proposta cultural, porém várias decisões do TJ-RS ainda se mostram bastante resistentes à aplicação dessa nova modalidade de guarda, valendo-se de argumentos concebidos

na cápsula da consciência dos julgadores. Ainda se encontra fortemente presente a visão do Direito como aquilo que o intérprete acha que é, e não o que de fato é.

Contudo, os direitos precisam serem levados a sério e, mais, as “histórias de vida”⁸ necessitam urgentemente serem “levadas a sério”. O Direito só tem razão de ser no caso concreto. A guarda compartilhada, nessa medida, deve ser o norte do sistema, aliada a uma postura do juiz atenta às particularidades da situação fática concreta, da tradição, do círculo hermenêutico, da coerência e da integridade, sem estabelecer ponderações e valorações segundo sua consciência para justificar seus posicionamentos pessoais.

Assim, (somente) a partir disso, serão possíveis significativos avanços. Na guarda compartilhada, em especial, o filho deve ser, realmente, tratado como uma pessoa, e não como um troféu de propriedade do pai ou da mãe. Trata-se de vidas, de uma criação educacional e de todo um processo desenvolvimento humano. E isso precisa ser levado a sério.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1009, de 2011. Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.

Projeto de Lei Nº 1009 de 2011. Brasília, DF, 12 abr. 2011a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0692B4F51E21866F67156875D10843FF.proposicoesWebExterno2?codteor=858734&filename=Tramitacao-PL+1009/2011>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

8 Esta expressão foi criada pelo próprio autor, a partir de uma paráfrase de Dworkin. Com isso, quer-se frisar a importância de que as situações fáticas sejam realmente levadas a sério, sem que se fique à mercê de uma abstração jurídica que tenta solucionar os casos desvinculados da prática.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016b.

_____. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Lei nº 1305, de 16 de março de 2015c. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1251000 / MG. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, D, 23 de agosto de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073225559 (Nº CNJ: 0086670-41.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017d. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073225559&num_processo=70073225559&codEmenta=7303558+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70073225559&comarca=Comarca de Carazinho&dtJulg=31/05/2017&relator=Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073225559&num_processo=70073225559&codEmenta=7303558+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70073225559&comarca=Comarca+de+Carazinho&dtJulg=31/05/2017&relator=S%C3%A9rgio+Fernando+de+Vasconcelos+Chaves&aba=juris)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073278004 (Nº CNJ: 0091915-33.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, DF, 11 de maio de 2017e. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073278004&num_processo=70073278004&codEmenta=7274944+70073278004++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70073278004&comarca=Comarca de Uruguaiana&dtJulg=11/05/2017&relator=Luiz Felipe Brasil Santos&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073278004&num_processo=70073278004&codEmenta=7274944+70073278004++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70073278004&comarca=Comarca+de+Uruguaiana&dtJulg=11/05/2017&relator=Luiz+Felipe+Brasil+Santos&aba=juris)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70072898455 (Nº CNJ: 0053960-65.2017.8.21.7000). Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, . Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072898455&num_processo=70072898455&codEmenta=7301824+guarda+comp+artilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70072898455&comarca=Comarca de Caxias do Sul&dtJulg=31/05/2017&relator=Liselena Schifino Robles Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70072743040 (Nº CNJ: 0038419-89.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiçaa&versao;=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072743040&num_processo=70072743040&codEmenta=7302242+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70072743040&comarca=Comarca de Uruguaiana&dtJulg=31/05/2017&relator=Jorge Luís Dall'Agnol&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073212698 (Nº CNJ: 0085384-28.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 31 de maio de 2017c. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073212698&num_processo=70073212698&codEmenta=7303246+guarda+comp+artilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70073212698&comarca=Comarca de Santa Maria&dtJulg=31/05/2017&relator=S%C3%A9rgio Fernando de Vasconcellos Chaves&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

DE BRITO, Leila Maria Torraca; GONSALVES, Emmanuela Neves. Guarda Compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. In: **Revista Direito GV**, número 9, p. 299-318, 2013. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/11-rev17_299-318_-_leila_maria_torraca_de_brito.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica.** Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão de tradução por Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I.** Tradução de Maria Sá Cavalcante Shuback. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A índole filosófica do direito.** Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do registro civil** – 2015. v. 42. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica:** a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

JUSTIFICANDO. Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei. **Justificando: mentes inquietas pensam Direito**, São Paulo, 05 jun. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/05/guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-stj-antes-de-virar-lei/>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes:** tres modelos de juez. 1990. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2017.

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

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Epistemologia das ciências culturais.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m)crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 03, n. 05, p.48-57, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 15 jun. 2016.