



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE MEDEIROS FREITAS

**ANÁLISE DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS
APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE FIXAÇÃO
DE GUARDA DOS FILHOS NA PERSPECTIVA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

MOSSORÓ/RN
2022

PEDRO HENRIQUE MEDEIROS FREITAS

**ANÁLISE DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS
APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE FIXAÇÃO
DE GUARDA DOS FILHOS NA PERSPECTIVA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido.

Orientador: Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira

MOSSORÓ/RN
2022

PEDRO HENRIQUE MEDEIROS FREITAS

**ANÁLISE DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS
APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE FIXAÇÃO
DE GUARDA DOS FILHOS NA PERSPECTIVA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, no curso de Direito da
Universidade Federal Rural do Semiárido.

APROVADO EM: 18/11/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira (UFERSA)
Presidente

Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA)
Primeiro Membro

Profa. Ma. Lígia Silva de França Brilhante (UFERSA)
Segundo Membro

**ANÁLISE DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS APLICÁVEIS AO
PROCEDIMENTO JUDICIAL DE FIXAÇÃO DE GUARDA DOS FILHOS NA
PERSPECTIVA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

**ANALYSIS OF SELF-COMPOSITIONAL METHODS APPLICABLE TO THE
JUDICIAL PROCEDURE FOR SETTLEMENT OF CHILD CUSTODY IN THE
PERSPECTIVE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD**

Pedro Henrique Medeiros Freitas

RESUMO: O trabalho aborda os métodos autocompositivos aplicáveis ao processo de fixação de guarda, bem como a sua aplicabilidade em relação ao melhor interesse da criança. O artigo objetiva contextualizar os métodos consensuais como forma de acesso à justiça, bem como verificar o conceito e a aplicabilidade da expressão melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça e, por fim, verificar qual método autocompositivo é aplicável ao processo de fixação de guarda, e a sua aplicabilidade nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. A metodologia do trabalho foi a pesquisa bibliográfica e documental. Ao fim, entendeu a mediação como método autocompositivo mais aplicável aos conflitos pela guarda de crianças e adolescentes. Em relação à expressão melhor interesse da criança, no Superior Tribunal de Justiça, é utilizada como forma de cláusula aberta, apta a embasar inclusive argumentos opostos, e, por fim, não foi notada grande influência da mediação no âmbito das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mediação. Guarda. Litígio Familiar

ABSTRACT: The work addresses the self-compositional methods applicable to the process of securing custody, as well as their applicability in relation to the best interest of the child. The article aims to contextualize consensual methods as a form of access to justice, as well as to verify the concept and applicability of the expression in the best interest of the child by the Superior Court of Justice and, finally, to verify which autocompositive method is applicable to the process of fixing custody, and its applicability in the decisions of the Superior Court of Justice. The methodology of the work was bibliographical and documental research. In the end, he understood mediation as a self-composition method most applicable to conflicts over the custody of children. Regarding the expression best interest of the child, in the Superior Court of Justice, it is used as a form of open clause, capable of supporting even opposing arguments, and, finally, no great influence of mediation was noted in the scope of decisions taken by the Superior Court of Justice.

Key-words: Access to justice. Mediation. Custody. Family Dispute

INTRODUÇÃO

A vida social é marcada por conflitos. Os seres humanos são animais sociais, ou seja, tendem a viver em sociedade, e, assim como observado por Ramos(2014), interpretando os escritos de Aristóteles, tem sua felicidade atrelada à convivência, e ao fato de viver, com os outros, relações de compartilhamento social. Durante a vida social, portanto, havendo interesses conflitantes, há disputas, e litígios, que hoje são tratados, em maioria, pela jurisdição estatal.

A temática do acesso à justiça é, portanto, sempre atual na pesquisa jurídica, passando por diversas fases de buscas e estudos, com vistas a proporcionar melhor acesso dos cidadãos aos mecanismos de tratamento de conflitos. A busca por acesso à justiça, portanto, passa a ser o aperfeiçoamento do métodos de tratamento de conflitos, com o tempo, após ser antes a busca pela garantia de acesso dos cidadãos aos órgãos do Judiciário.

Nesta toada, o direito de família apresenta, aos profissionais e litigantes, desafios que não são observados em outros ramos do direito, em regra, em razão das relações afetivas envolvidas, bem como da seriedade dos interesses que geralmente são tutelados.

Dentre os interesses que entram em conflito em processos de direito de família, destaca-se o processo de fixação de guarda de criança e adolescente, geralmente ocorrendo quando casais se separam, de forma incidental, em ações de divórcio e dissolução de união estável ou, de forma autônoma, seja após separação, ou quando nem mesmo houve vida conjunta.

Nos processos de família, em especial na definição de guarda, a expressão melhor interesse da criança é utilizada, como elemento retórico, pelos litigantes, e, ainda, pelo julgador, como base que fundamenta as suas decisões. O caráter amplo da expressão melhor interesse da criança faz com o que essa definição se dê, em regra, no caso concreto, a cada caso.

A doutrina da proteção integral, adotada pelo direito brasileiro, base do Estatuto da Criança e do Adolescente, dá base ao princípio, que, no caso concreto, tem diversos mecanismos de aferição, criados especificamente para permitir o convencimento do juiz, além de embasar a atuação do Ministério Público, nos processos em que é chamado a atuar.

Em meio à tarefa de definir o que seria, no caso concreto, o melhor interesse da criança e/ou adolescente, os meios autocompositivos podem ser ferramenta importante ao promover um tratamento dialogado de conflitos, buscando então a definição, juntamente com os laudos técnicos, estudos sociais e psicológicos, e ainda a manifestação do MP, do melhor interesse da criança.

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo principal a análise dos métodos autocompositivos aplicáveis ao processo judicial de definição de guarda, sob a perspectiva do melhor interesse da criança, ao estudar os conceitos e entender como estes são aplicados nos tribunais superiores, sendo assim, também, mecanismo de acesso à justiça.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do projeto foi a pesquisa bibliográfica, analisando a literatura para a definição do conceito de acesso à justiça e a contribuição dos métodos consensuais para a sua efetivação, bem como pesquisa bibliográfica e análise documental para entender como se dá a definição do melhor interesse da criança, nos processos judiciais, por meio da análise de julgados monocráticos e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça pátrios.

1. OS MÉTODOS DE TRATAMENTO CONSENSUAL DE CONFLITOS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

O presente tópico tem a ideia de analisar as buscas por acesso à justiça, na história, e, ainda, contextualizar a importância dos métodos de tratamento consensual de conflitos nessa missão, indicando, ainda, os métodos de autocomposição de conflitos cíveis previstos no ordenamento jurídico pátrio.

A subdivisão dos tópicos busca, ainda, identificar o ideal de acesso à justiça que se busca na adoção de métodos consensuais de tratamento de conflitos, inicialmente, para, após, identificar quais os métodos de autocomposição de conflitos previstos no Código de Processo Civil.

1.1. Teoria do conflito, sociabilidade e as buscas por acesso à justiça

Os seres humanos, em sociedade, precisam lidar com diversas situações em que interesses se colidem, havendo, portanto, conflito, uma vez que não há, sempre, modo de satisfazer a todos os interesses humanos em determinada situação, sem que outro interesse ou desejo seja afetado.

José Eduardo Carrera Alvim, em sua obra, verifica que

o ser humano possui uma vocação, que lhe é imanente, de viver em grupo, associado a outros seres da mesma espécie, tendo Aristóteles registrado que o homem é um animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade (ALVIM, 2022, p.34)

Em relação aos conflitos, o autor (ALVIM, 2022) elabora os conceitos de necessidade, bem, utilidade e interesse. O conceito de necessidade para o autor (ALVIM, 2022) é, de forma sucinta, a carência de certos elementos, enquanto o elemento que satisfaz essa necessidade é chamado de bem. A utilidade se refere à capacidade de um bem para satisfazer alguma necessidade.

Tendo um bem uma utilidade, que satisfaz uma necessidade, este passa a ser um interesse, individual ou coletivo. Quando então interesses opostos se chocam, há conflitos.

A vida social, portanto, é marcada por conflitos, que não necessariamente representam negatividade, mas também oportunidades de transformação, de mudança da realidade, por meio de dissensos que devem ser tratados de forma adequada.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (2010) lecionam sobre a evolução das formas de tratamento de conflitos na história, iniciando pelo estudo da autotutela, na qual o prejudicado teria que lidar, com a própria força, para satisfazer sua pretensão.

Ainda de forma primitiva, havia a ocorrência de autocomposição entre as partes, na qual ambas chegavam a um resultado pacífico, com concessões recíprocas ou unilaterais. Os autores supracitados (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2010) ainda definem, após, o aumento da participação do Estado, na figura do *pretor*, que encarregava um árbitro de decidir o impasse.

Após, concluem, portanto, que (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2010):

[...] “Antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido que a entendemos hoje).” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p.29).

Com isso, surge a função social pacificadora, qual seja, a jurisdição, que tem o intuito de, imperativamente, impor decisões em situações de conflito.

Havendo então o controle jurisdicional do Estado, Cintra, Grinover e Dinamarco estabelecem a necessidade da pretensão levada à jurisdição pela parte ter uma solução que “faça justiça”, ou que permita ao usuário “acessar à justiça”:

O conceito de Acesso à Justiça na doutrina é amplo, tendo sofrido diversas transformações ao longo do tempo, conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), à medida que o tempo modificou as relações sociais.

Nos estados liberais, o acesso dos cidadãos ao tratamento de litígios não refletia necessariamente uma ação positiva do Estado, mas sim a existência da possibilidade de os indivíduos proporem ação, ou a contestarem. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988) Nesta conjuntura histórica, havia a preocupação em estabelecer limites negativos ao Estado, sendo respeitado, portanto, o direito de ação, mas não havendo atuação estatal para garantir, de forma prática, o acesso dos cidadãos à jurisdição.

A problemática da situação é trazida pelos autores (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), no sentido de que:

a justiça, como outros bens; no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.9)

Em paralelo à evolução das sociedades e do direito, veio a ideia da necessidade de atuação positiva do Estado para assegurar o cumprimento dos direitos sociais, sendo então valorizado o acesso efetivo à Justiça.

Nesta toada, Cappelletti e Garth(1988) indicam que:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 11-12)

Neste sentido, o direito fundamental ao acesso à justiça é previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual indica que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”. Estabelece, portanto, a possibilidade de os cidadãos recorrerem ao Poder Judiciário para buscar o tratamento de suas questões.

Sendo então um direito social básico, e, ainda, um direito fundamental aos cidadãos, o acesso à justiça deve ser não somente a possibilidade de os indivíduos levarem uma demanda ao Poder Judiciário, mas também a garantia do amplo acesso, da efetividade e da celeridade.

A efetivação do acesso à justiça, no sentido mais amplo, passa por diversas ondas de interesse, levando a três posições básicas, no Ocidente, conforme Garth e Cappelletti (1988, p.31).

Garth e Cappelletti (1988) dividem as soluções encontradas para o problema do acesso à justiça em ondas, indicando como a primeira onda o enfoque na assistência judiciária, enquanto a segunda seria o conjunto de reformas aptas a proporcionar representação jurídica para interesses difusos, e a terceira, uma tentativa de ir além das duas primeiras, proporcionando verdadeiro acesso à justiça.

Sendo a terceira onda renovatória denominada por Garth e Cappelletti de “o enfoque do acesso à Justiça”, pela abrangência, esta fase de desenvolvimento não busca abandonar os avanços trazidos pelas outras duas ondas, mas sim avançar ainda mais nas possibilidades de evolução.

Na terceira onda, portanto, há o reconhecimento da adaptação do processo ao tipo de demanda, uma vez que cada tipo de problema exige uma solução mais simples ou mais complexa, podendo existir meios mais fáceis e menos custosos aplicáveis a casos mais simples.

A Emenda Constitucional nº 45, de oito de dezembro de 2004, fez constar na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, o princípio constitucional da razoável duração do processo, ao indicar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Desse modo, ao Estado é estabelecida a obrigação de estabelecer estrutura e meios que garantam estas premissas.

O acesso à justiça, portanto, se torna mais próximo da concretização quando aos cidadãos é assegurado não apenas o direito de postular em juízo, mas também o direito de obter um pronunciamento jurisdicional em tempo razoável, tendo o Estado ainda o dever de promover a celeridade da tramitação da contenda.

Além da celeridade, o conceito de acesso à justiça, atualmente, também é ampliado para atender ao ideal de solução jurídica do conflito, que não se traduz necessariamente em solução do conflito em si, ou tratamento satisfatório do conflito, no sentido de possibilitar a solução mais adequada. Nesse sentido, Bezerra Júnior:

O acesso à justiça precisa estar mais ligado à satisfação do usuário, ou jurisdicionado, com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao Poder Judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto.” (BEZERRA JÚNIOR, 2016, p. 153)

No mesmo caminho, Spengler (2019, p. 3) indica que a preocupação com a produção de resultados justos e efetivos é sinal da permanente busca pela efetividade do direito e da justiça no caso concreto.

Seguindo, Spengler indica, ainda, que:

Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. (SPENGLER, 2019, p. 3)

Desse modo, a busca por acesso à justiça passa a ser, cada vez mais, a busca por este valor em sentido amplo, havendo movimento que direciona o estudo dos meios autocompositivos de tratamento de conflitos como forma de efetivar um significado mais adequado ao conceito.

Sob outro prisma, a busca pela pacificação não é limitada à jurisdição, não sendo então o acesso à justiça exaurido solução jurídica do conflito, uma vez que o pronunciamento judicial, em muitos casos, não é o suficiente para solucionar os conflitos existentes no caso concreto.

A utilização de técnicas de autocomposição no contexto dos litígios cíveis no ordenamento jurídico pátrio, desse modo, apresenta-se como uma alternativa à decisão impositiva do terceiro, o juiz, para tentar dar uma resposta mais adequada a determinados conflitos, de forma mais dialogada, e, ainda, oportunizando às partes a tentativa de obter melhor entendimento acerca da questão tratada no litígio, bem como a possibilidade de elaborar melhores tratamentos, baseados no diálogo e na comunicação.

Tal posicionamento, no entanto, não busca eliminar ou abolir conflitos, o que não é factível na vida social. É esse o entendimento de Amaro Fernandes e Moreira Gonçalves (2017):

São métodos “de tratamento” porque não se propõem a eliminar os conflitos, o que é impossível na vida social e estagnaria o processo de transformação social, necessário ao desenvolvimento, mas propõem-se simplesmente a administrá-los, a geri-los, dentro de uma ética do cuidado e da responsabilidade (AMARO FERNANDES E MOREIRA GONÇALVES, 2017, p. 97-98).

Citando Sampaio Júnior (2011), Amaro Fernandes e Moreira Gonçalves (2017) verificam que:

[...] “ é de fundamental importância a necessidade dos juízes passarem a se preocupar mais com a pacificação social em todas as suas decisões, na certeza de que não é com a sentença, no plano fático, que o conflito restará materialmente solucionado, tendo em vista que a ideia de que a decisão põe fim ao processo é apenas ilusória, pois, na maioria das vezes, não só deixa de

resolver o problema específico do litígio (conflito real) como também cria outros conflitos, inviabilizando qualquer possibilidade de solução amigável por favorecer um ambiente de litigiosidade que dificilmente vai ser desconstruído.” (AMARO FERNANDES E MOREIRA GONÇALVES, p. 101, 2017)

Nesta toada, a busca por acesso à justiça passa por diversas fases e desafios, desde o mais primário acesso ao órgão jurisdicional, à busca por celeridade, ideal de justiça, pacificação social e, numa perspectiva mais realista, pelo tratamento responsável e cuidadoso, de modo que os conflitos levados à tutela jurisdicional do Estado tenham um manejo mais adequado com vistas a proporcionar às partes uma saída mais adequada, fundada no diálogo e que atenda melhor às necessidades dos envolvidos na contenda.

1.2. Técnicas legais de autocomposição de conflitos cíveis no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando os paradigmas processuais relacionados à problemática do acesso à justiça no âmbito do processo civil pátrio, fora elaborada em 2010 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que instituiu a Política Pública nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Por meio da Resolução, fixa competência do Conselho Nacional de Justiça no sentido de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios, visando com isso a tentativa de pacificação social através da conciliação e mediação, na forma do art. 4º da normativa.

Por sua vez, em 2015, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, trouxe ao processo brasileiro valorização e incentivo às técnicas consensuais de tratamento de conflitos, ao passo que, já no art 3º, § 2º há indicação da obrigação do Estado em promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. A intenção do legislador fica mais explícita no parágrafo terceiro do mesmo artigo, que indica que os profissionais operadores do direito deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de tratamento consensual de conflitos, mesmo em curso de processo judicial.

Há, portanto, no direito processual civil pátrio, notada busca por promover o tratamento de conflitos judiciais de maneira mais adequada, dialogada, fora do paradigma do caminho único da decisão tomada pelo terceiro julgador.

Desse modo, busca-se ofertar, na tutela jurisdicional, opções nas quais os litigantes possam se autocompor, mesmo após terem buscado a tutela jurisdicional do Estado para obter resposta para o conflito.

Entre as buscas por um melhor tratamento de conflitos, de forma consensual, a autocomposição é gênero, dos quais se destacam a conciliação e a mediação, previstas no Código de Processo Civil pátrio, foco da pesquisa. Existem, ainda, outras formas de se buscar a autocomposição, no ordenamento jurídico brasileiro,

O Código de Processo Civil prevê, em consonância com os seus princípios, notadamente indicados na parte inicial do código, a realização de audiência de mediação ou conciliação prévia, a cada processo, sendo essas audiências de responsabilidade dos centros judiciários de solução consensual de conflitos.

As sessões são realizadas em formato de audiência prévia, após a verificação dos requisitos da petição inicial, bem como após verificação se não há caso de improcedência liminar do pedido. Caso seja obtida autocomposição, nesta oportunidade, o acordo entabulado será reduzido a termo e homologado por sentença.

1.2.1. A conciliação

A conciliação é um método de tratamento de conflitos na qual um conciliador tenta levar os litigantes a um acordo. O conciliador orienta e ajuda os envolvidos a achar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses, que levaram ao conflito em primeiro lugar.

Azevêdo Barbosa e Alves da Silva (2015) ensaiam que, na conciliação:

as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Na verdade, a decisão é um compromisso cujos termos, com estímulo do conciliador, são produzidos pelos envolvidos. Trata-se de um método não adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. A conciliação é um procedimento mais rápido. Na maioria dos casos restringe-se a reunião entre as partes e o conciliador. (AZEVEDO BARBOSA E ALVES DA SILVA, p. 14, 2015)

Oliveira e Carapunarla (2016), por sua vez, destacam que a conciliação é:

uma forma de solução de conflitos em que um terceiro, o conciliador, através de técnicas próprias, tenta levar os envolvidos a um acordo. Sua função é de orientação e ajuda, sendo que a solução deve atender aos interesses dos dois lados e achar um ponto de equilíbrio entre interesses divergentes entre as partes litigantes. (OLIVEIRA E CARAPUNARLA, 2016, p. 103)

A conciliação, ainda, se restringe aos aspectos objetivos e materiais do conflito, tendo o conciliador importante papel na condução das partes, para que estas possam encontrar um denominador comum entre elas, que leve a uma pretensa solução do litígio. O Conselho

Nacional de Justiça, em sítio próprio, classifica a conciliação como adequada a conflitos mais simples ou restritos.

Nesse sentido, a conciliação pressupõe que o conciliador, terceiro imparcial, trabalhe ativamente para a busca de um acordo entre as partes, sendo este o fim do processo de conciliação.

O Código de Processo Civil prevê, no art. 165, § 2º, o escopo de atuação dos conciliadores judiciais:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Desse modo, têm-se que a conciliação representa tratamento mais adequado a situações em que não houver vínculo anterior entre as partes, sugerindo soluções e caminhos para tentar superar o litígio, aproximando as partes, controlando as negociações, além de apontar vantagens e desvantagens. Não se mostra, portanto, a técnica mais adequada para abordar os casos de discussão sobre guarda em demandas de direito de família.

1.2.2. A mediação

A mediação é método autocompositivo de tratamento de conflitos no qual o mediador auxilia os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, sendo essa a literalidade do parágrafo 3º do art. 166 do Código de Processo Civil.

Assim como para a conciliação, o próprio Código de Processo Civil estabelece as situações nas quais a mediação é aplicável, no art. 165, § 3º:

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos

Nota-se, portanto, diferença de aplicação entre a conciliação e a mediação, sendo a segunda mais adequada aos casos onde as partes têm vínculo anterior, havendo diferença na atuação do mediador e do conciliador, uma vez que na mediação o profissional tentará auxiliar

os interessados a compreender as questões e interesses em conflito, restabelecendo a o diálogo e a comunicação, para identificar saídas que gerem benefícios mútuos.

Em relação à mediação, a lei nº 13.140 estabelece alguns parâmetros aplicáveis ao método, indicando a atuação do mediador, conforme o art. 4º, que indica que o mediador deve conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e facilitando a resolução do conflito.

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2012), indicam que a mediação:

é um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 131)

Nesta perspectiva, o restabelecimento do diálogo é o enfoque, reaproximando os litigantes, realizando desta forma um melhor tratamento do conflito, que possa conduzir os envolvidos a soluções mais adequadas que o pronunciamento de um terceiro julgador.

A aplicação da mediação, após o ajuizamento da ação, é realizada, em regra, na audiência prévia de mediação ou de conciliação, prevista no Código de Processo Civil de modo a propiciar aos litigantes oportunidade de ter atendimento técnico de mediador para que se tente chegar a um consenso. Por todo o exposto, as características da mediação, bem como a sua disposição no Código, a colocam como a técnica mais adequada para abordar a disputa sobre a guarda.

2. TENSÕES NA DEFINIÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NOS PROCESSOS DE FIXAÇÃO DE GUARDA DE FILHOS

O processo de fixação de guarda, seja de forma autônoma, seja de forma incidental, juntamente com o divórcio, por exemplo, exige um grau de subjetividade e sensibilidade que é próprio das ações de família, não observado em outras áreas do direito civil e, para o julgador, nem sempre é simples aplicar o direito ao caso concreto, ao tomar decisão sobre guarda de incapaz.

Tal grau de subjetividade, inicialmente, diz respeito ao sentido da expressão melhor interesse da criança, cláusula aberta, que pode ter diversos significados, a partir do caso concreto, bem como servir de base para a argumentação de ambas as partes em um processo litigioso de definição de guarda, bem como para a fundamentação do julgador.

A força retórica que há na expressão melhor interesse da criança, portanto, pode embasar diversas interpretações, em analogia ao indicado por Oliveira(2012), em relação aos Direitos Humanos:

Se os direitos humanos, declarados como universais, possuem aceitação como tópico comum, é porque diferentes interpretações podem ser extraídas deles, haja vista que as partes que se antagonizam num conflito poderão valer-se das mesmas declarações em seu favor, mas buscar garantir que tenham um sentido desejado, o que revela a capacidade dos topos de conduzir à legitimação, compreendendo uma fórmula vazia para se chegar ao razoável. (OLIVEIRA, 2012, p.279)

Desse modo, a forma que a expressão melhor interesse da criança é aplicada nos conflitos que envolvem guarda de criança e adolescente representa verdadeiro desafio retórico para todos os envolvidos.

O Código Civil estabelece que a guarda dos filhos menores será unilateral ou compartilhada, no art. 1.583, sendo que a guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores ou alguém que o substitua, enquanto a guarda compartilhada estabelece a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres de ambos os genitores, mesmo que não vivam sob o mesmo teto.

Após a promulgação da Lei nº 11.698 de 2008, e posterior modificação, através da Lei nº 13.058 de 2014, o Código Civil passou a estabelecer que, quando não há consenso entre os genitores, não havendo acordo, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer a guarda compartilhada, será aplicada esta modalidade, salvo um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança.

Apesar da adoção do regime de guarda compartilhada ser a regra, em caso de disputas entre genitores aptos a exercer o poder familiar, não é raro que os tribunais pátrios decidam pela guarda unilateral, ainda que ambos os genitores tenham condições de exercer o poder familiar, embasados no que seria o melhor interesse da criança, geralmente em situações na qual há grande animosidade entre os genitores.

Nesse caso, há esforço retórico do magistrado, ao adequar a expressão melhor interesse da criança, ao caso concreto, assim como houve, provavelmente, esforço retórico das duas partes, ao tentar indicar como melhor interesse da criança o resultado pretendido por cada uma.

Em pesquisa a agregador de jurisprudências, utilizando como palavras-chave “guarda” e “melhor interesse da criança” é possível perceber diversos julgados nos quais o magistrado entende que os dois genitores apresentam condições para exercer a guarda da

criança, mas, devido à situação fática, mantém a guarda unilateral, em atenção ao melhor interesse da criança.

Abaixo, ementa de apelação cível, julgada pelo TJ-DFT, terceira câmara cível, em 08 de setembro de 2016, autuada sob o nº 2014.0111328432, de relatoria da Desembargadora Ana Cantarino, na qual a câmara decidiu pela manutenção da guarda unilateral diante da animosidade entre os genitores, buscando garantir o melhor interesse da criança:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA UNILATERAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SENTENÇA MANTIDA 1. [...] 2. A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado, no entanto a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. **3. A guarda compartilhada pressupõe a divisão de responsabilidades dos genitores quanto às decisões referentes à filha, o que se torna impossível quando os pais vivem em constante litigiosidade e não possuem diálogo saudável.** [...]

(TJ-DF 20140111328432 - Segredo de Justiça 0030911-87.2014.8.07.0016, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 08/09/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/09/2016 . Pág.: 308/323)

Em casos semelhantes, portanto, o magistrado necessita tomar decisão, com base no que está exposto nos autos, e, em última análise, decidir, com base nos argumentos dos litigantes, com qual dos genitores o melhor interesse da criança resta melhor atendido, ou, ainda, se a confirmação da guarda compartilhada é o que representa este valor.

Para tanto, o magistrado pode se valer de laudos técnicos, sociais ou psicológicos, além de ouvir a opinião do Ministério Público, bem como a argumentação das partes.

No presente tópico, portanto, pretende-se estudar o que é relevante na fixação, pelo juízo, do chamado melhor interesse da criança, e, identificando a influência da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes na ideia de melhor interesse da criança, bem como analisar decisões do Superior Tribunal de Justiça que tratem do tema.

2.1. A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e a constitucionalização do melhor interesse aplicadas à fixação do regime de guarda dos filhos

Durante o processo contencioso de fixação de guarda, as partes buscam argumentar e demonstrar, ao magistrado, qual resultado deste processo representa, em tese, o atendimento à ideia de melhor interesse da criança.

A busca pelo melhor interesse da criança, além de princípio, se inclui na doutrina da proteção integral, na qual está fundada a base do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Constituição Federal, ainda, em seu art. 227, destaca a absoluta prioridade do dever do Estado, da família e da sociedade em garantir à criança e ao adolescente os direitos fundamentais.

A proteção integral, por sua vez, se caracteriza como a diversidade de normas jurídicas e mecanismos que se juntam para conferir à criança e ao adolescente uma maior proteção, concernente aos seus direitos e garantias fundamentais, sendo considerados absoluta prioridade pela própria constituição e pelo estatuto da criança e do adolescente.

No plano internacional, suas origens remetem ao final da década de 1950, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, pela Organização das Nações Unidas e, após, em 1989, a Assembleia da ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada no Brasil em 21 de novembro de 1990, através do decreto nº 99.710.

Zagaglia (2018) resume a abrangência da proteção integral:

A proteção integral abrange o conjunto de ações, políticas, planejamentos, projetos e programas que, com prioridade absoluta, são ditados e executados pelo Estado, com a participação e solidariedade da família e da sociedade, para garantir que todas as crianças e adolescentes gozem, de modo efetivo e sem discriminação, dos direitos fundamentais à sobrevivência, ao desenvolvimento e à participação, ao tempo que atende às situações especiais e em que se encontram as crianças e adolescentes individualmente considerados, ou determinado grupo de crianças e de adolescentes cujos direitos foram vulnerados (ZAGAGLIA, 2018, p. 315-316)

Desse modo, a doutrina da proteção integral se manifesta na forma de diversos mecanismos jurídicos para garantir a proteção da criança e do adolescente, para que seus direitos sejam efetivados pelo Estado, família e comunidade.

Conforme supracitado, então, é perceptível a adoção pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a referida doutrina, de forma mais ampla pela norma infraconstitucional, que destaca diversos mecanismos de proteção, concretizando a doutrina.

A doutrina da proteção integral, portanto, além de produzir efeitos no âmbito do direito público, balizando políticas públicas e atuação estatal, também produz efeitos no âmbito do direito privado, especialmente no tocante à sua interpretação, na chamada constitucionalização do direito civil, ou na existência do direito civil constitucional.

Nesse sentido, há então o desenvolvimento do chamado princípio do melhor interesse da criança, que, mesmo não contando com definição concreta, tenta estabelecer, para a criança, em processos judiciais, por exemplo, o melhor interesse possível, devendo ser este balizador para a tomada de decisão pelo julgador.

Sendo princípio que decorre da doutrina de proteção integral, o melhor interesse da criança deve ser observado nos processos judiciais, sobretudo os de família, sendo a análise do presente artigo voltada aos processos judiciais que visam a definição de guarda de criança ou adolescente.

Nas ações de divórcio que envolvem filhos, ou mesmo numa ação autônoma de guarda, cumulada ou não com o estabelecimento de obrigação alimentícia, o juízo é chamado para decidir, em determinada situação fática, qual o melhor interesse da criança envolvida no litígio, emitindo uma decisão fática que resolverá, ao menos no âmbito processual, aquela celeuma.

A regra para os processos de guarda em que não haja a concordância dos genitores é a adoção da guarda compartilhada, conforme o parágrafo segundo do art. 1.584, no entanto, a jurisprudência pátria admite a adoção do regime de guarda unilateral a um dos genitores, ainda que ambos tenham condições de exercer o poder familiar, levando em consideração o melhor interesse da criança.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao proferir decisão em Agravo em Recurso Especial nº 2024233 - DF (2021/0361393-1), indicou:

Assim, a despeito de entender que a guarda compartilhada deva ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança. (RE nº 2024233 - DF)

Nota-se, portanto, a elevada importância do princípio do interesse da criança ao ordenamento jurídico pátrio, e, ainda, a relevância da observância do princípio ao processo de fixação de guarda. A tentativa de atendê-lo, portanto, em um processo judicial, envolve diversas etapas, buscando, nos autos, a disponibilização de informações para que o magistrado possa tomar uma decisão.

O Código de Processo Civil prevê a atuação de profissionais específicos, conforme o art. 464, que trata da prova pericial, não sendo ainda adstrito à determinada prova, conforme o art. 479, no entanto, deve o magistrado fundamentar a sua decisão, quando contrariar as provas técnicas.

Nas ações de família, em especial nos processos de definição de guarda, a prova técnica é realizada através de estudos sociais e psicológicos, concretizados por peritos assistentes sociais e peritos psicólogos, que possuem importante papel na definição da situação fática, diagnosticando conflitos entre os genitores, que envolvem a criança, bem como

indicando posicionamento que possa ajudar o magistrado a proferir uma decisão, buscando, ao fim, o atendimento do melhor interesse da criança.

2.2. Posições jurisprudenciais na definição do melhor interesse da criança em processos de fixação de guarda

A tentativa de alcançar o melhor interesse da criança, a cada processo, como um fim geral a ser alcançado pela jurisdição, em processos que envolvem crianças e/ou adolescentes, é verdadeiro mastro retórico pelo qual se fundamentam decisões, petições, recursos, sempre ao fim de demonstrar o que seria, de fato, o melhor interesse para a criança, sendo assim no processo de fixação de guarda.

Desse modo, o estudo documental é importante para identificar como os tribunais pátrios geralmente tomam as decisões sobre o que seria, em cada caso, o melhor interesse da criança, seja para o deferimento de guarda unilateral, seja para o deferimento de guarda compartilhada. Ademais, é importante entender em quais bases está fundado o que se entende como melhor interesse da criança.

Para a análise, portanto, foi utilizada a plataforma de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qual foram pesquisados os termos “guarda”, “família” e “melhor interesse da criança”, entre aspas, para alcançar resultados exatos. O endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça dispõe de plataforma de pesquisa de jurisprudência, acessível a partir do endereço “ con.stj.jus.br/SCON/ ” na qual foram pesquisados os termos acima indicados, em novembro de 2022.

A pesquisa resultou em 51 acórdãos no Superior Tribunal de Justiça. Entre esses, foram excluídos os acórdãos que tratavam apenas da confirmação de regras de competência, por não haver discussão de mérito em torno do princípio do melhor interesse da criança, ainda que houvesse o termo na ementa do acórdão.

A maioria, portanto, tratava apenas de aspectos processuais, em especial no que se refere à competência, reflexo do princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral, mas facilmente identificável no próprio código, não sendo, portanto, objeto da presente busca.

Foram excluídos, ainda, os julgados que tratam de conflitos da guarda instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por não ser o objeto da presente pesquisa, bem como os que tratam de adoção. Por fim, foram excluídos os processos de habeas corpus, que

envolviam a entrega de criança, por não serem afeitos ao processo de fixação de guarda, objeto desta pesquisa.

Desse modo, restaram três acórdãos do STJ sobre o mérito da fixação de guarda, qual seja, a aplicação, no caso concreto, do princípio do melhor interesse da criança para o fim de definição do regime de guarda, objeto da presente pesquisa.

No Recurso Especial nº 1.878.041 - SP (2020/0021208-9), julgado em 25/05/2021, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o cerne da questão girava em torno da possibilidade de fixação de guarda compartilhada dos filhos menores, ainda que o genitor viva em outro Estado da Federação, muito distante da residência dos filhos e da ex-convivente. No primeiro grau, decisão interlocutória fixou a guarda compartilhada dos filhos, decisão que foi agravada pela genitora, e, após parcial provimento de agravo pelo Tribunal, que fixou novamente a guarda unilateral, foi interposto recurso especial pelo genitor.

Nesta sede, o genitor argumentou pela obrigatoriedade da fixação da guarda compartilhada, uma vez que é regra no Código Civil. A relatora, por sua vez, indicou no seu voto que o princípio do melhor interesse preceitua que a criança e o adolescente devem ter os seus direitos tratados com prioridade, pelo Estado, sociedade e pela família, indicando, após, que a guarda compartilhada revela-se, em regra, como a modalidade mais adequada para a preservação dos interesses do menor, sobretudo quando não há relação harmoniosa entre os genitores.

Neste acórdão, verificou-se que não havia impedimento ao exercício da guarda por qualquer dos genitores, razão pela qual o recurso especial fora provido, restabelecendo a decisão interlocutória que havia fixado a guarda compartilhada.

Por unanimidade, a terceira turma deu provimento ao Recurso Especial nos termos do voto da relatora.

Por sua vez, no Recurso especial de nº 1.877.358 - SP (2019/03782545), julgado em 04/05/2021, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em situação semelhante, teve voto da relatora e acórdão, por unanimidade, em reconhecer como melhor interesse da criança a fixação de guarda compartilhada, conforme o ditame legal. Para tanto, foram considerados os aspectos fáticos, que não indicavam inaptidão de nenhum dos genitores para exercer o poder familiar.

Já no Recurso Especial nº 1838271/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 27/04/2021, o relator destacou os estudos psicossociais realizados no juízo de primeiro grau, indicando que ambos os genitores eram participativos e aptos a exercer o poder familiar, havendo indicação, em laudo, para a manutenção da guarda unilateral materna.

Nesse caso, ficou claro, pelos documentos acostados aos autos, inclusive laudos técnicos, que qualquer um dos genitores poderiam exercer a guarda.

No entanto, no caso em específico, o relator entendeu que os interesses da criança estariam melhor atendidos se mantida a guarda unilateral, ainda que ressalta que a existência de desavenças não seriam o motivo para o indeferimento da guarda compartilhada.

Nesse caso, o relator argumentou que deve prevalecer o interesse da criança, mesmo em face da norma legal, em razão da intensa situação de conflito entre os genitores, votando assim pelo não provimento do Recurso, mantendo o acórdão atacado, que mantém a guarda unilateral no caso concreto. A Ministra Nancy Andrighi, em voto-vista, argumentou pelo provimento do recurso, e fixação de guarda compartilhada, mantendo coerência com os seus posicionamentos, indicando que esta posição atenderia o melhor interesse da criança. A terceira turma, no entanto, votou em favor do relator, para negar o provimento e manter a guarda unilateral.

Na prática, apesar de não encontrar definição estanque, a busca pelo melhor interesse da criança tende a ser, na jurisprudência, o que se entende como melhor para a criança e/ou adolescente, no caso concreto. Desse modo, o que se entende como melhor interesse da criança é, na verdade, conceito aberto, que se entende, na jurisdição, pelo que o julgador entende ser melhor para a criança, a partir das informações dos autos.

Nota-se, portanto, dificuldade, entre os próprios julgadores, em demonstrar significado, mesmo no caso concreto, para a ideia de melhor interesse da criança, sendo limitadas as manifestações em escolher entre A ou B, indicando qual dos dois aparentemente atenderia a este anseio.

Ainda que houvesse melhor conceituação ao termo “melhor interesse da criança”, é necessário destacar ainda que os juízes podem não ser as pessoas adequadas para decidir o melhor interesse dos filhos das partes, sendo esta decisão levada aos magistrados pela instrumentalidade da jurisdição, que pode ser prejudicial às crianças.

3. CONTRIBUIÇÕES DA AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FIXAÇÃO DE GUARDA

Os processos de fixação de guarda são marcados pela tensão na definição do que seria o melhor interesse para a criança sob a qual versa a disputa sobre a guarda, seja ela unilateral para um dos genitores, seja ela compartilhada entre eles.

Os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos se propõem a propiciar aos envolvidos um tratamento do conflito de forma mais humanizada e pautada no diálogo, bem

como discutir respostas para os problemas enfrentados de forma não necessariamente contenciosa, na qual o conflito envolve a dualidade entre vitória e derrota, sendo o pronunciamento judicial um fim que pode até mesmo agravar a situação vivenciada pelas partes.

Ainda que existam diversos mecanismos utilizados para a construção da narrativa e dos fatos, em muitos casos o pronunciamento judicial não atinge o fim que se espera, e, ainda, pode contribuir para o agravamento dos conflitos, pela própria forma em que os processos judiciais são julgados.

Mascarenhas (2017), indica a importância dos diplomas processuais brasileiros, ao tentarem resolver problemas ligados a um ideal de eficiência do Poder Judiciário, traduzido em duração razoável do processo e padronização do julgamento, não esqueçam das particularidades das demandas de direito de família.

A ideia de eficiência e duração razoável do processo, focada em diminuição de acervo de processos nos tribunais e, ainda, de dar saída a mais demandas do que entram, é importante ao otimizar os processos de trabalho, se favorecendo da tecnologia e da força de trabalho especializada, no entanto, a ideia de uma linha de produção processual pode ser prejudicial se, nesse caminho, a prestação jurisdicional falhar em analisar os aspectos humanos do conflito que está em lide.

Seguindo a ideia, Mascarenhas(2017) indica particularidades nos processos de direito de família, especialmente em relação ao tratamento, que não se encaixam nesse modelo de litígios de massa, sendo então necessária:

[...] uma resposta humanizada, pautada na intersubjetividade e na reconstrução artesanal dos fatos, e que, definitivamente, não se coadunam com a atual dinâmica do Judiciário. Grande parte dos conflitos, em processo de família, visa uma realidade fática, e não documental. Tal processo tem uma definição juridicamente abstrata, e a decisão proferida vai depender, além de uma adequada produção dos meios de prova, de um olhar atento aliado a uma preocupação interdisciplinar, além do conhecimento das partes envolvidas, que devem ser colocadas como sujeitos de direitos, e não meros elementos probatórios. (MASCARENHAS, 2017, p.11)

Desse modo, a autocomposição pode ser resposta para que, nestes casos, se construa o diálogo entre as partes para que o litígio entre os pais possa ser tratado de forma mais eficiente.

3.1. Os consensos nos contextos familiares como critério de justiça

As relações familiares são marcadas, além da afetividade, pelos conflitos inerentes ao convívio entre pessoas da mesma família, com uma mesma descendência, que, ao mesmo tempo, podem nutrir um misto de emoções e sentimentos umas pelas outras. Nesse sentido, Mascarenhas (2017) afirma que:

Há uma dinâmica alimentada pelo grau de intimidade e pela disputa de afetos que, de certa forma paradoxal, gera sentimentos ambíguos de amor e ódio, aliança e competição, proteção e domínio entre todos os membros de uma família, onde a prática da disputa coexiste lado a lado com o desejo de união e manutenção dos vínculos. (MASCARENHAS, 2017, p.6)

Dessa forma, Mascarenhas (2017) ainda defende que, na tutela jurídica da família, se busque por meios que respeitem e promovam o diálogo, e estejam focados em uma perspectiva interdisciplinar, levando em consideração o indivíduo como sujeito social. (MASCARENHAS, 2017, p. 6-7)

A tentativa de consenso, portanto, e possível obtenção do consenso, representa de forma mais satisfatória o ideal de pacificação social, sendo então forma de tratamento mais adequada do que a simples vitória em pronunciamento judicial, podendo levar a melhores tratamentos no caso concreto, passando pelo diálogo do conflito, e, ainda, levando as partes a evoluírem a sua percepção do conflito.

A obtenção do diálogo, ainda, no contexto familiar, e afastamento da litigiosidade, demonstra evolução no conceito de tratamento de conflitos e, portanto, evolução na noção de justiça.

A complexidade das relações familiares, no entanto, não permite que o diálogo seja dicotômico ao ponto de se inferir que, sempre, as formas autocompositivas representem, no caso concreto, o melhor tratamento, uma vez que a própria autonomia de vontade das partes pode acabar afetada por questões como desigualdade de gênero, violência em contexto familiar, traumas e dependência econômica.

De todo modo, a busca pelo diálogo nos contextos familiares pode ser positiva, especialmente no âmbito da mediação, método aplicável aos conflitos familiares, por ser mais recomendado para conflitos em que há relação prévia entre as partes, pelo resgate do protagonismo das partes.

3.2. Técnicas de consensualização aplicáveis aos conflitos pela guarda de crianças e adolescentes

O Código de Processo Civil e a doutrina entendem a mediação como técnica aplicável aos conflitos nos quais as partes tenham relacionamento anterior, sendo então o método mais adequado aos conflitos familiares, aplicável, portanto, aos conflitos pela guarda de crianças e adolescentes.

Na mediação, conforme supracitado, o mediador auxilia os litigantes a buscarem um acordo, ou flexibilização, dos próprios interesses, em detrimento do interesse do outro, por meio da retomada do diálogo estimulado, sem que o mediador proponha, às partes, sua opinião ou possíveis tratamentos para o conflito.

Se obtido o consenso, portanto, cada parte saberá exatamente do que abriu mão, e qual sua parte para a concretização dos objetivos daquele acordo, que, na ação de guarda, é proporcionar o melhor interesse da criança, havendo equilíbrio ainda entre a convivência com os genitores e suas famílias, além de possibilitar o pleno exercício do poder familiar e das relações de afeto.

Mascarenhas(2017) defende que

os conflitos provenientes das relações da família são um terreno riquíssimo para a atuação da prática da mediação, justamente pela preocupação com a preservação emocional das partes, e com o fato das relações serem continuadas no tempo, onde a mediação fornece às partes a capacidade de aprender a lidar com as emoções, tanto no tocante aos problemas quanto às soluções, construindo outras alternativas e devolvendo às mesmas a capacidade e a oportunidade de retomar a posição de protagonistas de suas próprias decisões. Os mediadores não tem o intento de resolver conflitos, mas de permitir que as pessoas encontrem saídas para seus próprios conflitos (MASCARENHAS, 2017, p.16)

Nas ações de família, ainda, a realização de audiência de mediação é obrigatória, em regra legal, sendo o comparecimento necessário, conforme o art. 695 do Código de Processo Civil, que prevê a citação do réu para comparecer a audiência, cumprindo ainda a determinação do art. 694, qual seja: “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Havendo a mediação, portanto, os litigantes têm a oportunidade de tratar a lide de forma que o litígio possa representar um processo de avanço para todas as partes, ainda que não se chegue ao tratar a de a lide de forma que o resultado melhor atenda ambas as partes, podendo haver pequenas concessões obtidas a partir do diálogo, de modo a reconstruir laços de respeito e cooperação, quando há animosidade entre os genitores, o que se tornará indispensável

ao manejo da criação e manutenção da criança envolvida, de quem se necessita proteger os interesses, acima dos interesses dos genitores.

3.3. A relevância da mediação em conflitos para fixação de guarda, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Sendo a mediação técnica aplicável aos conflitos que envolvem a guarda de crianças e adolescentes, se faz necessário então estudo documental de como os tribunais compreendem o papel da mediação nestes processos.

Para tanto, foi utilizado o buscador de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, no dia 14 de novembro de 2022, no qual foram pesquisados os termos “mediação”, “guarda” e “melhor interesse” entre aspas, resultando em 17 decisões monocráticas que contém os termos. A busca não retornou com resultados de acórdãos.

Excluiu-se da análise as decisões que tratavam de conflitos de competência, bem como as que não tratavam de processos de guarda de criança ou adolescente regulada pelo Código Civil, restando então nove julgados com as características de processos de guarda de criança, que continham a menção ao termo “mediação” no contexto de disputa pelo melhor interesse da criança.

A primeira decisão analisada foi a decisão em Agravo em Recurso Especial nº 1918608-SP (publicada em 01/06/2022), do Ministro Marco Buzzi, no qual se discutia a reforma de decisão que não admitiu recurso especial que atacava acórdão em agravo de instrumento, no qual a genitora da criança buscava reformar a decisão que concedeu direito de visitas ao genitor, no segundo grau. Nesse caso, o agravo teve provimento negado, mas foi possível inferir, pelo texto do acórdão no segundo grau, que houve autocomposição entre as partes para definir o regime de visitação, e, posteriormente, houve conflito em relação ao exercício deste direito.

A segunda decisão analisada também foi em Agravo em Recurso Especial, dessa vez de nº 1817274 - PR (publicada em 21/09/2021), do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em ação de modificação de guarda e exoneração de alimentos, na qual a genitora apontou a violação dos dispositivos legais em acórdão que fixou guarda unilateral a ser exercida pelo genitor da criança, entendendo então como obrigatória a guarda compartilhada. O recurso foi conhecido parcialmente e teve provimento negado, ao confirmar nos autos a extrema beligerância entre os genitores, bem como indicar que o conhecimento de fatos novos ensejaria o reexame fático-

probatório, não sendo adequado então nesta via. Neste processo, foi realizada tentativa de mediação, no primeiro grau, que restou infrutífera.

A terceira decisão analisada, proferida em Recurso Especial de nº 1908364 - RJ (publicada em 04/02/2021) , pelo Ministro Moura Ribeiro, negou provimento ao Recurso Especial interposto, em razão da necessidade de enfrentamento do conteúdo fático probatório dos autos, se encaixando, portanto, na vedação da Súmula nº 7 do STJ, no entanto, reconheceu a vontade do adolescente, manifestada em estudo social e psicológico, em permanecer sob a guarda materna, negando então provimento à pretensão do genitor. Nessa decisão, apenas há informação de que a mediação foi tentada e restou infrutífera.

A quarta decisão trata de Agravo em Recurso Especial, decidido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, de nº 1670579 -SP (publicada em 03/02/2021), no caso, no primeiro grau, a ação tratava de ação de alteração de cláusula de acordo judicial, visando a concessão de guarda compartilhada e regime de visitação. Após apelação de ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a fixação da guarda de forma compartilhada, atendendo ao disposto no Código Civil, que, como regra, adota a guarda compartilhada. Interposto Recurso Especial, este foi inadmitido pelo tribunal estadual, e, dessa forma, interpôs o agravo. Analisando agravo, este foi conhecido parcialmente e, no mérito, negado o provimento, confirmando a imposição de guarda compartilhada. Não há, na decisão, menção ao termo “mediação”.

A quinta decisão analisada trata de Agravo em Recurso Especial nº 1.562.131-SP (publicada em 27/09/2019), decidida pelo Ministro João Otávio de Noronha. No caso, a parte interpôs agravo para destrancar recurso especial, no qual alegava violação do art. 1584, II, e § 2º do Código Civil, em relação à guarda compartilhada, ficando prejudicada a análise em razão da violação ao reexame do acervo fático-probatório. No Tribunal de origem, no entanto, foi mantida a guarda unilateral, em detrimento da compartilhada, em razão da beligerância entre os genitores, tendo sido sugerida a mediação. Na decisão, não há menção ao termo mediação.

Na sexta decisão, novamente de Agravo em Recurso especial, de nº 1.483.308-RS (publicada em 27/09/2021), proferida pelo Ministro Marco Buzzi, o recorrente indicava ocorrência de ofensa ao Código Civil, ao defender a fixação de guarda compartilhada de forma obrigatória, enquanto o tribunal estadual ponderou pela fixação de guarda unilateral, em razão das profundas divergências entre os genitores. Analisando o mérito, o magistrado entendeu pela possibilidade de fixação de guarda unilateral, negando provimento ao agravo, em razão ainda da necessidade de reexame do acervo fático-probatório. Na decisão, apenas há menção à mediação, sugerida pela perita, em estudo social, para exercício da guarda compartilhada.

Na sétima decisão, proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em Agravo em Recurso Especial de nº 1.060.732 - SP (publicada em 04/06/2018), o que se discute é a inadmissão, na origem, de recurso especial. O cerne da questão fica em torno da possibilidade da fixação de guarda unilateral, com o Ministro confirmando decisão do tribunal estadual, que indicou que a beligerância entre os genitores torna inviável a fixação de guarda compartilhada. No voto do relator, no tribunal de origem, há menção à mediação como forma de tentativa de formar consenso, ao menos em parte, antes de se ficar a guarda compartilhada.

Na oitava decisão monocrática analisada, proferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, em Agravo em Recurso Especial de nº 942.307 - RJ (publicada em 26/08/2016), no qual o magistrado denegou o agravo, e, por consequência, o recurso especial, indicando que nas instâncias precedentes o caso havia sido bem acompanhado, destacando o uso adequado dos instrumentos de mediação e acompanhamento psicológico da família.

Por fim, na nona decisão monocrática analisada, proferida pelo Ministro Moura Ribeiro, em Recurso Especial de nº 1.512.091 - MG (publicada em 15/05/2015), no qual a recorrente pugna pela fixação de guarda compartilhada, enquanto o acórdão do tribunal estadual, confirmando sentença em juízo de primeiro grau. No caso em comento, a guarda unilateral exercida pelo genitor foi deferida em razão da prática de atos de alienação parental pela recorrente. O ministro, portanto, não entendeu pela necessidade de reforma do acórdão em questão, informando ainda não ser possível modificar o julgado sem adentrar no arcabouço fático-probatório. Nesse caso, o acórdão em tribunal estadual também afirmou expressamente que realizou a tentativa de mediação entre as partes, todas restando infrutíferas.

O que se observou, nas decisões, é que a existência de tentativa de mediação geralmente não é tão levada em consideração pelo STJ, não sendo fator determinante para a definição de processos ou indicação do que seria, no caso concreto, o melhor interesse da criança.

O que se observa é que, em sede de apreciação no STJ, como em Recursos Especiais ou Agravos em Recurso Especial, as partes, em regra, estão imbuídas em conflito tão intenso ao ponto de discutir por anos sobre a fixação, ou não, de guarda compartilhada, que a tentativa de mediação realizada e infrutífera no início do processo se tornou irrelevante.

A este ponto do processo, se iniciado já na vigência do Código de Processo Civil, as partes passaram por audiência de mediação obrigatória, restando infrutífera a tentativa do consenso, levando a jurisdição então a necessitar proferir decisão impositiva.

Desse modo, a mediação poderá ser mais observada, nos processo de direito de família, no primeiro grau, nas audiências obrigatórias, mas nem sempre atenderá aos fins

propostos, uma vez que os conflitos podem apresentar-se muito maiores do que as partes conseguem se autocompor.

No entanto, a busca pelo consenso nas ações de família pode ajudar as partes, e até mesmo o julgador, ainda que infrutífera, ao entender, no caso concreto, qual o melhor interesse para a criança envolvida no litígio.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível inferir que, nas ações de fixação de guarda, subsiste grande dificuldade na conceituação do chamado melhor interesse da criança, sendo esta decisão tomada com base nas informações constantes nos autos, em especial considerando os laudos técnicos produzidos por assistentes sociais e psicólogos.

A dificuldade do julgador em conceituar e definir o que seria o melhor interesse da criança, a cada caso, fica claro na análise jurisprudencial realizada, uma vez que a expressão representa cláusula aberta, que pode abarcar muitos significados, sendo base de argumentação para ambas as partes no processo, cada uma indicando que detém o que é necessário para garantir, no caso concreto, este valor.

Ademais, foi percebido que, no âmbito dos Tribunais Superiores, a tentativa de mediação não tem tanto lugar, não sendo fator relevante para a tomada de decisão, uma vez que, neste momento processual, ou os conflitos estão muito aflorados, ou o julgador deve se adstringir aos aspectos processuais, não havendo então muitas menções à mediação nas decisões monocráticas encontradas.

No estudo bibliográfico, no entanto, observa-se grande apoio e indicação da mediação, entre as formas autocompositivas presentes no Código de Processo Civil, para os conflitos familiares, entre eles os de definição de guarda, o que leva então à conclusão de que a mediação pode sim ser positiva aos conflitos familiares e a obtenção do consenso pode levar à concretização do melhor interesse da criança.

O consenso, apesar de não resolver todos os problemas, pode ser mais facilmente aderido pelas partes, que participaram da construção daquele acordo, que a decisão impositiva do julgador, ainda que com ressalvas, uma vez que até mesmo o consenso dentro das relações familiares pode vir a refletir relações sociais de dominância.

A lógica jurisdicional de conflito, portanto, contanto com a mediação, pode ser resignificada, abrindo mais espaço então para o diálogo entre os litigantes, que, em relação à

guarda, ainda que separados, estarão sempre ligados pela criança ou adolescente de quem se disputa a guarda.

Demonstrou-se que o tratamento dialogado, nos casos da definição de guarda, representa tratamento adequado, apto a gerar concessões recíprocas e soluções mais moldadas à realidade das partes envolvidas, ao sair da monopolização da decisão judicial proferida pelo terceiro, que pode, em muitos pontos, ser limitada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E C. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643011.

AZEVEDO BARBOSA, Oriana Piske de; ALVES DA SILVA, Cristiano. Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo código de processo civil brasileiro (lei nº 13.105/2015). **Biblioteca do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/os-metodos-consensuais-de-solucao-de-conflitos-no-ambito-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro-lei-no-13-105-15-juiza-oriana-piske>, acesso em 11/11/2022

BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Das Sementes aos Frutos: por uma cultura da conciliação e mediação no semiárido potiguar. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, [S.L.], v. 2, n. 1, p. 152-167, 1 jun. 2016. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9679/2016.v2i1.1133>.

BORGES, Alexandre Walmott; MENEGAZ, Mariana Lima. Mecanismos adequados de solução de conflitos como política pública para a efetivação do acesso à justiça. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 30187, 28 fev. 2019. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430187>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. . Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** . Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp 1878041. Relator: Nancy Andrighi. **Dje.** Brasília, 31 maio 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp 1877358. Relator: Nancy Andrighi. **Dje.** Brasília, 06 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp 1838271. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. **Dje.** Brasília, 25 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp: 2024233 DF 2021/0361393-1. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. **Dj.** Brasília, 05 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 1918608. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Dje.** Brasília, 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 1817274. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Dje.** Brasília, 21 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº REsp 1908364. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Dje.** Brasília, 04 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 1670579. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Dje** Brasília, 03 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 1562131. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. **Dje** Brasília, 27 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp1483308. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Dje** Brasília, 27 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 1060732. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Dje.** Brasília, 04 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº AREsp 942307. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. **Dje.** Brasília, 26 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº REsp 1512091. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Dje.** Brasília, 15 maio 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flávio José Moreira. A prática da mediação e da conciliação no tratamento da conflitualidade social pelo poder judiciário: discussão a partir da realidade do estado do ceará. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 93, 4 jun. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9679/2017.v3i1.2376>.

MARASCA, E. N. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania,. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 16, n. 27-28, 2013. DOI: 10.21527/2176-6622.2007.27-28.%p. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>. Acesso em: 24 out. 2022.

MASCARENHAS, F. A. A Família e a construção do Consenso: Mediação versus Jurisdição no Conflito entre Autoridade e Autonomia. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/93>. Acesso em: 7 nov. 2022.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. O poder simbólico retórico dos direitos humanos no discurso jurídico dogmático. **Revista Direito e Liberdade**, [s. l.], v. 1, n. 14, p. 208-226, 2012.

OLIVEIRA, Sebastião de, CARAPUNARLA, Humberto Luiz. Vencendo a paixão e a emoção nos conflitos familiares: a conciliação e a mediação como solução para os litígios na área de família. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, vol. 2, no. 1, 2016, pp. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, 2016, Vol.2 (1).

RAMOS, Cesar Augusto. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. **Kriterion: Revista de Filosofia**, [S.L.], v. 55, n. 129, p. 61-77, jun. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-512x2014000100004>.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A política pública de mediação como instrumento de busca do consenso parental e seus reflexos na efetivação da guarda compartilhada. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.L.], v. 13, n. 2, p. 532, 30 ago. 2018. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428787>.

SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso À Justiça**, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 1, 20 dez. 2019. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-026x/2019.v5i2.5772>

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643578.

ZAGAGLIA, R. M. A. As várias faces da proteção integral. **Revista Interdisciplinar do Direito** - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 299–328, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/617>. Acesso em: 7 nov. 2022.