XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; José Sebastião de Oliveira.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-515-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luís – Maranhão entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, proporcionou visibilidade à produção científica na área jurídica acerca dos mais diversos temas, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores das inúmeras instituições de ensino superior do nosso país.

Foi com grande satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do grupo de trabalho do Direito das famílias e Sucessões, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, tais como a multiparentalidade e sua aplicação após o divórcio; a alienacão parental como um problema que transcende o espaço familiar em razão de sua complexidade; a coparentalidade como uma nova modalidade familiar, que é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas; a autocuratela; a escolha do regime de bens e sua repercussão no direito sucessório; a ingerência estatal nas relações familiares; a repercussão do abandono afetivo e os danos oriundos deste; a preservação dos direitos da personalidade post-mortem; as consequências oriundas do Estatuto do Deficiente; os métodos alternativos para a solução de conflitos no âmbito familiar que contribuem para que haja um diálogo após a ruptura familiar, dentre outros.

Ante a diversidade de temas, pode-se inferir que a intenção foi estimular a reflexão e a quebra de paradigmas, para que haja a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UniCesumar

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA BUSCA PELA PRIMAZIA DA MEDIAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA NAS VARAS DE FAMÍLIA DE SÃO LUÍS.

THE ROLE OF THE INSTITUTIONS OF THE JUSTICE SYSTEM IN SEARCH OF THE PRIMACY OF MEDIATION IN THE APPLICATION THE LAW GUARD SHARED ON THE FAMILY SANDS SÃO LUÍS

Alda Fernanda Sodre Bayma Silva [1]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar, à Luz da Constituição Federal e princípios que regem o Direito de Família como vem sendo desempenhado o Papel das Instituições do Sistema de Justiça e operadores do Direito na aplicação de métodos de resolução de conflitos nos litígios que envolvem a Lei de Guarda Compartilhada nas Varas de Família na comarca de São Luís. A partir da análise dos procedimentos e decisões emanadas nesse contexto, que ainda há um longo caminho a ser percorrido por ambos na busca por fazer da mediação a principal ferramenta de preservação dos laços nas lides familiares.

Palavras-chave: Justiça restauradora, Instituições do sistema de justiça, Mediação, Guarda compartilhada, Guarda nominalista

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze, in the light of the Federal Constitution and principles governing the Family Law, how the role of the institutions of the justice system and lawyers in the application of conflict resolution methods in disputes involving The Law of Shared Guard in the Family Courts in the region of São Luís. From the analysis of the procedures and decisions emanated in this context, that there is still a long way to go by both in the search to make the mediation the main A tool for preserving family ties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Restorative justice, Justice system institutions, Mediation, Shared guard, Guardian nominalist

[1] Advogada.Professora.Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça- UFMA

1) INTRODUÇÃO: A JUSTIÇA RESTAURADORA: A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO FONTE DE PRESERVAÇÃO DAS RELAÇÕES NO CONTEXTO FAMILIAR.

Disposta no âmbito da Constituição Federal de 1988 como "primeiro agente socializador do ser humano" (Pereira, 2003, p.151), o ramo do Direito de Família ganha ainda mais ênfase dentro do contexto dinâmico e principiológico da Carta Constitucional. A preservação de valores na busca pela prevalência da justiça e ética tendo como viés formador o princípio da dignidade da pessoa humana refletiu-se nesse cotidiano na busca por uma maior humanização e preservação das relações que se desenvolvem nesse contexto.

Contudo, apesar do "abraço" constitucional, com modificações significativas nas mais diversas legislações como forma de promoção de um direito humanizado que prima pela preservação da unidade familiar, igualdade nas relações jurídicas entre genitores e melhor proteção da criança, verifica-se que existiram pouquíssimos avanços no que concerne a implantação de recursos humanos, administrativos e financeiros como meios de facilitação para desenvolvimento e aplicação de métodos consensuais no contexto da justiça familiar tanto no Brasil, como também no Maranhão.

Partindo dessa premissa Maria Berenice Dias resume a importância da mediação no âmbito do Direito de Família:

> (...) é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades especificas de cada integrante da família , distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um . (DIAS, 2015, p.66).

Na atualidade, para identificação das necessidades especificas ainda em sede de conciliação há necessidade de modificar-se a própria dinâmica em que está inserida a mediação no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Necessariamente, a busca pela implementação de uma Justiça Restauradora no ramo do Direito de Família irá requerer uma atuação em conjunto tanto dos operadores do Direito como também de todos os profissionais que compõe o Poder Judiciário no Brasil.

Há que se destacar, ainda, que tanto na teoria como também na prática o que se verifica no cotidiano das Varas de Família no Brasil e Maranhão limita-se tão somente a designação de audiências conciliatórias com vistas à tentativas de realização de acordo , o que não pode ser visto como aplicação do método de mediação em sua essência, posto

que, ambas possuem diferenças. Nesse sentido, para Lília Maia de Morais Sales (2003, p.38):

> A diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo , ou seja ,as partes , mesmo adversárias , devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes . (SALES, 2003,p.38)

Inicialmente, a realização da audiência de conciliação constitui-se em um primeiro momento em que um terceiro imparcial buscará mediar um acordo de forma a atender o interesse de ambos os genitores. Ocorre que, por vezes, a ausência de técnicas e conhecimentos básicos acerca do histórico processual acabam por dificultar e, muitas vezes, anular qualquer possibilidade de acordo, pois, necessariamente os ânimos caminham exaltados para a audiência de conciliação, posto que, é a primeira vez que os genitores exporão suas versões em juízo buscando comprovar a " sua" verdade dos fatos trazendo consigo nessas narrativas sentimentos de mágoa , ódio , traição etc .

Atuar nesse contexto sem o conhecimento histórico processual, técnico e mesmo psicossocial anterior acabará por constituir-se em um momento pouco salutar para a manutenção das relações sócio-afetivas envolvidas nesse conflito, pois, as audiências de conciliação nas Varas de Família para muitos genitores significam o primeiro contato na busca por sentir quem ganhará o processo.

Indo contrária a essa perspectiva limitadora e formalista, a Justiça Restauradora busca modificar o marco de início do processo de mediação nas Varas de Família na dinâmica processual brasileira, buscando não apenas preservar as relações afetivas , mas sim, restaurá-las no que estiver ao alcance dos profissionais que atuarão nesse âmbito, visando acima de tudo o melhor interesse do menor na busca por uma resolução adequada e amistosa do conflito.

Por esse viés, faz-se necessário e urgente que antes da realização de qualquer audiência de conciliação que tenha como disputa a guarda de menor, seja realizado estudo psicossocial ativo na busca pelo esclarecimento da real situação afetiva, financeira, espiritual e familiar em que este está inserido. Partindo-se desse conhecimento, urge a intervenção de profissionais habilitados tecnicamente (psicólogos e assistentes sociais) não somente na busca pela constatação daquela realidade, mas de sua modificação levando os genitores a refletirem a partir de suas próprias constatações

a cerca dos prejuízos que sofrem ou poderão sofrer os menores, caso evidenciem ou mesmo já tenham contato com a realidade objeto do processo.

A necessidade de voltar-se o olhar, em um primeiro momento, para o resgate emocional visa não somente a preservação das relações, mas, acima de tudo, a diminuição dos atritos que sobrecarregam a audiência de conciliação, bem como, servirão como auxilio aos mediadores/ juízes que compreenderão desde o inicio os pormenores e expectativas que envolvem a lide. O esclarecimento emocional por alguém técnico e imparcial trará o necessário reequilíbrio para que sejam modificados os paradigmas em que se fundamentam as lides que envolvam guarda de menores. A dinâmica processual da Justiça Restauradora prima por um direito que necessariamente terá que valer-se da interdisciplinaridade na abordagem das relações pessoais que estão em conflito. Para que a mediação se constitua em instrumento hábil e eficaz no Direito de Família urge necessariamente a busca do consenso, cooperação e não competitividade como cerne que deve pautar a conduta de todos os operadores do Direito envolvidos em tão singular função.

1.1) Princípios que Regem o Direito de Família

As mudanças de paradigmas emergentes do novo modelo principiológico da Constituição Federal de 1988 denominada por muitos doutrinadores como verdadeira "Carta de Princípios", impõe uma inversão no caráter normativo das leis em detrimento dos princípios que não mais serão secundarizados , mas servirão como verdadeiros " conformadores da Lei" (Lôbo, 2003, p.182) . Nessa esfera, todo e qualquer princípio constitucional estará necessariamente voltado para a busca do ideal de justiça como viés para o alcance da dignidade da pessoa humana em toda dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro.

No ramo do Direito de Família essa mudança foi refletida na consagração de princípios implícitos, não escritos no texto legal, mas que são decorrentes da própria essência dos princípios constitucionais quando aplicados no âmbito das relações familiares. A exemplo, os princípios da solidariedade e afetividade que são inerentes ao desenvolvimento do conceito de família e da sua proteção especial conforme previsto na Carta Constitucional de 1988.

A partir da nova ótica constitucional trazida via Constituição Federal de 1988 cumpre frisar que existirão princípios norteadores e embasadores do texto constitucional que também o serão utilizados de forma diferenciada quando para fundamentar e proteger as relações nos contextos familiares.

1.1.1) Dignidade da Pessoa Humana no Ramo do Direito de Família

Principio basilar do Estado Democrático de Direito que possui como principais vertentes a busca pelo resgate do que é digno intrinsicamente ao cidadão no exercício de sua cidadania, amparado pelos direitos humanos e justiça social, a Dignidade da Pessoa Humana reveste-se no ramo do Direito de Família no transmudar-se em princípios éticos que necessariamente deverão estar presente, pelo menos a *priori* no contexto de toda e qualquer relação familiar.

Vislumbra-se sob essa ótica a guarida de princípios que deverão levar conta a pessoa humana e sua valorização colocando-se em plano secundário o seu patrimônio ou *status* social. Na ótica do Direito de Família verificar-se-á que este princípio vem associado à ideia do ser igual, do ser solidário, características essas que deverão ser norteadoras das relações no âmbito familiar.

Na atual dinâmica que traz consigo a pluralidade de famílias, o principio da Dignidade da Pessoa Humana, reveste-se na disposição de tratamento igualitário a todo e qualquer tipo de entidade familiar . O Estado deverá promover práticas positivas em busca da garantia isonômica como reflexo do pluralismo existente no próprio Estado Democrático de Direito.

1.1.2) Principio da Solidariedade Familiar

Decorrente do principio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade reveste-se de conteúdo eminentemente ético quando aplicada ao contexto das relações familiares. Ser solidário, em seu significado literal corresponde a comprometer-se, ser reciproco com outras pessoas. No Direito de Família, o Estado deixou evidente tal principio a partir da obrigação de deveres recíprocos entre os integrantes da família.

A proteção da infância é, em primeiro lugar, dever da família, posto que, necessariamente aos pais cabe o dever de assistência aos filhos. Em contexto semelhante, o dever de amparo às pessoas idosas traz em seu núcleo dever solidário, ético e moral correspondendo apenas a uma contrapartida àquele(a)s que outrora foram os mantenedores de determinado núcleo familiar seja através do seu labor e do desempenho de atividades do lar.

O casamento traz consigo a ideia de comunhão de vidas nascendo desse cerne a obrigação entre ex- cônjuges do dever da solidariedade em prover os meios básicos

necessários para a manutenção das necessidades básicas do outro quando da dissolução do vínculo matrimonial nos casos em que fique comprovado a dependência econômico financeira.

Nos vários moldes em que se apresenta, o principio da solidariedade constitui-se em verdadeiro núcleo formador de toda e qualquer instituição familiar, pois, eleva as relações afetivas fazendo com que estas tenham como cerne o prestar assistência mesmo quando os vínculos são dissolvidos, a exemplo, o matrimônio.

1.1.3) Principio da Afetividade

No Direito de Família a afetividade reveste-se na vontade e pré-disposição entre as pessoas que possuem uma relação de afeto em constituírem uma família, em estabelecerem uma comunhão de vidas. Nesse contexto, apesar de ser algo subjetivo e, por vezes, inerente ao aspecto pessoal através do qual as pessoas se inter-relacionam, o principio da afetividade, nesse sentido: para Saul Tourinho Leal (2014, p.575):

> O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para comunidade e para o individuo. (LEAL, 2014, p.575)

Apesar de tratar-se de sentimento intimo e subjetivo inerente ao aspecto particular do cidadão, nem por isso o Estado estará isento de efetuar prestações positivas no sentido de promover a felicidade para que haja reflexo no bojo das relações familiares. São quatro fundamentos essenciais que constituem-se o núcleo do principio da afetividade na Constituição Federal de 1988:

> Igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227§ 6º; b) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 § 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos , com a mesma dignidade da família(CF 226 § 4º); e d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta do adolescente e do jovem (LÔBO, 2010, p.47)

Os exemplos supracitados trazem como núcleos condensadores a ideia de afeto interligada ao contexto da dignidade da pessoa humana, pois, pressupõe-se que os direitos acima elencados são oriundos da ideia de direitos humanos a serem

resguardados na órbita objetiva formal do cidadão, de modo que, ocorre a sua prevalência quando em conflito com outros direitos de cunho patrimonial.

1.1.4) Principio da Liberdade

A liberdade no Direito de Família está em intrínseca relação com as opções feitas pelos indivíduos no que concerne às características e particularidades que irão pautar o desenvolvimentos de duas relações afetivas no âmbito relacional e do convívio familiar.

Nessa esfera estão inseridos as várias espécies de liberdade que se refletem nos vários dispositivos legais que compõe o Código Civil, dente estes, o que permite ao cidadão optar pelo tipo de regime de bens na vigência do casamento (art. 1639,§ 2º), a necessidade de o adotado, desde os 12 (doze) anos de idade, concordar com a adoção (Art.45,§ 2º ECA).

Aliado a essas garantias no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente têm-se a liberdade de opinião e expressão (art. 16, II) e a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA, art. 16, inciso V do ECA).

Todos esses dispositivos que primam pela liberdade oferecem a oportunidade de optar-se entre aquilo que se quer e deseja como forma de expressão maior das opções realizadas pelos indivíduos no âmbito das relações familiares, tratando-se de uma garantia o exercício da liberdade de prerrogativas que fundamentarão as relações afetivas como decorrentes do principio da dignidade da pessoa humana inerente ao Estado Democrático de Direito.

1.1.5) Principio da Igualdade e Respeito à Diferença

A igualdade no ramo do Direito de Família se reflete de forma coesa e cristalina no desempenho do Poder Familiar, na atualidade, no que se refere à criação dos filhos. Destaca-se que o grande marco de obrigação constitucional principiológica encontrou guarida, ainda, no artigo 5º, I , ao dispor que “ homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Rompe-se o elo histórico social que se propagou no tempo e espaço atribuindo às mulheres funções secundárias e de subordinação perante a figura dos seus maridos. Dentro da atual dinâmica familiar, ambos possuem direitos e deveres tanto no cumprimento das funções conjugais, como também no exercício do Poder Familiar, os quais são refletidos na necessidade de mútua colaboração (art. 1567 do CC).

A mudança de postura demandou, necessariamente, da figura dos maridos, uma contrapartida na criação dos filhos com uma participação mais ativa ao ponto de o Código Civil dispor em seus artigos 1583 e 1584 que nenhum dos genitores tem prevalência na guarda, e, consequentemente, educação dos filhos . Atendendo aos ditames de uma nova postura familiar em que pais e mães desempenham tarefas e dividem responsabilidades em franca e visível igualdade, o Código Civil buscou resguardar os menores de possíveis limitações ao exercício da guarda primando-se pela convivência salutar e de direito com ambos os genitores.

Se antes o exercício da guarda era atribuído, na maioria das vezes, à figura materna por estar associada à ideia de dever decorrente do exercício da maternidade. Na atualidade, a Lei impõe a Guarda Compartilhada como forma de primar pela igualdade entre ambos os pais no que se refere à importância e papel que exercem na vida dos seus filhos resguardando-os de possíveis alienações parentais que venham a suplantar as relações afetivas entre filhos e pais, e, entre mães e filhos.

Tal evolução legislativa constitui-se em verdadeira ferramenta de preservação do melhor interesse do menor, posto que, terá a garantia de convívio com ambos os genitores reforçando as suas afetividades parentais tanto com a mãe como também com o pai, de forma a evitar-se que o sentimento de posse do menor por vezes empreendido pela genitora no exercício da guarda unilateral, acabem por fazer refletir no desenvolvimento salutar e igualitário das relações afetivas entre genitores no seio familiar.

2) A MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA ENSEJADORA DA MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS NO RAMO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

2.1) Conceito e elementos formadores da Mediação.

Ao verificar-se o contexto de formação histórica da mediação no Brasil e em outros países, a exemplo, os Estados Unidos, verificar-se –à que por vezes mediação é utilizada como sinônimo de conciliação. Contudo, conforme abaixo será explicitado apesar das diferenças sutis estas fazem grande diferenças quando o objeto da lide compreender um conjunto afetivo que necessariamente deverá ser levado em consideração .

> A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada

> dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2015,p.174)

Levando em consideração outros aspectos que buscam destacar a necessidades das partes envolvidas participarem ativamente na busca por uma alternativa viável Àguida Arruda Barbosa afirma que a mediação constitui:

> (...) um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos. (BARBOSA, 2015, p.54)

Contudo, há que se destacar que, tanto na teoria como também na prática, o que se verifica no cotidiano das Varas de Família no Brasil e Maranhão limita-se tão somente a designação de audiências conciliatórias com vistas à tentativas de realização de acordo , o que não pode ser visto como aplicação do método de mediação em sua essência, posto que, ambas possuem diferenças. Nesse sentido:

> A diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo , ou seja ,as partes , mesmo adversárias , devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. (SALES, 2003, p.38)

Há que se destacar, ainda, que no contexto da mediação existem alguns princípios que lhe são inerentes, a exemplo, a autonomia da vontade e da decisão informada que terá como soberana a vontade expressada por uma pessoa plenamente capaz nos termos da lei , a informalidade e independência são verificadas por não possuir a mediação regras fixas ou mesmo uma forma exigível para a condução do consenso . Nesse contexto, pode ser verificado a possibilidade de várias reuniões com cada uma das partes ou mesmo com ambos na busca por uma alternativa viável.

No âmbito da aplicação no Direito de Família, os princípios mais relevantes correspondem a busca pelo consenso, cooperação e não competitividade. A atuação do mediador será no sentido de esclarecer que não existem partes contrárias e em oposição, mas sim, partes que buscam construir alternativas que sejam satisfatórias na busca pelo consenso. Para tanto, o mediador deve valer-se de técnicas e estratégias, sem abrir mão da imparcialidade, para conduzir o procedimento de forma produtiva.

2.3) A mediação no Brasil como fonte de pacificação familiar e social.

A mediação enquanto método a ser aplicado de forma correta e eficaz no âmbito das Varas de Família no Brasil e Maranhão, principalmente nas lides que envolvam disputa pela guarda de menores, surge no contexto de necessária reavaliação por parte do Poder Judiciário acerca dos métodos existentes na busca não somente pela formação de um acordo que em algumas situações é imposto pelo Juiz de Direito, mas acima de tudo, o referido método o resgate das relações afetivas familiares e parentais.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2005, p. 80) define a medição familiar como um acompanhamento das partes na organização de seus conflitos, objetivando uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito. Portanto, a decisão é tomada pelas partes, que orientadas por um mediador, resgatam a responsabilidade suas escolhas. Sendo uma complementação da via judicial que qualifica as decisões, tornando-as mais eficazes e as partes comprometidas com o resultado.

Apesar de atuar como terceiro imparcial ao mediador cabe construir caminhos possíveis na busca pela construção de um acordo onde as partes sairão satisfeitas e buscarão manter seus vínculos afetivos ou mesmo éticos. Nesse sentido:

> [...] é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes , produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas [...]. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão , descaracteriza a mediação , pois, a igualdade de oportunidade do dialogo é imprescindível a esse procedimento. (SALES, 2003, p.48)

No ramo do Direito de Família, a mediação surge como uma aliada à morosidade e ineficiência do sistema judicial, pois, os processos serão mais céleres, e, para além disso , a amenização ou mesmo restauração das relações afetivas da entidade familiar refletirão em segurança jurídica e paz social.

O Direito de Família por sua peculiar condição necessita de cuidados especiais, tutelados juridicamente, contribuindo a mediação para que as partes entendam que não necessitam ser adversárias, que podem ser aliadas, buscando soluções conjuntas aos problemas que se apresentam. O mediador tem o papel fundamental de conseguir sensibilizar ambas as partes, em especial, se houverem filhos.

Ante a presença de tantos elementos sentimentais, exige-se por parte dos operadores do Direito envolvidos no tratamento da controvérsia familiar, além de uma sensibilidade acentuada, uma formação diferenciada para que possam lidar eficazmente com as perdas e as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais. A

interdisciplinaridade revela-se, então, necessária para a compreensão da situação dos indivíduos: com o aporte da psicanálise, da psicologia, da assistência social e da sociologia, podem ser mais bem valoradas as questões sociais e as condições psicológicas das partes, bem como ser mais bem compreendida sua realidade. (Tartuce, 2015, p. 207).

É essencial disponibilizar elementos para que os membros da família possam reforçar tal instituição de forma que ela mesma supra suas necessidades, sem precisar delegar a solução de suas crises a terceiros.

3) O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA BUSCA POR GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA E DOS OPERADORES DO DIREITO NA PROPAGAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO FORMA EFICAZ E CÉLERE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Às instituições do Sistema de Justiça, bem como, aos operadores do Direito cabe buscar, em sua prática cotidiana, métodos que visem propiciar aos jurisdicionados uma solução célere e eficaz na busca pela resolução de conflitos que envolvam demandas familiares, bem como, outras que causem desgastes emocionais e físicos aos envolvidos.

A morosidade da Justiça e o excesso de demandas que envolvem conflitos familiares acabam por refletir, de sobremaneira, no arrefecimento das relações afetivas familiares, principalmente, no que diz respeito à aplicação da Lei Compartilhada . No contexto das Varas de Família no Município de São Luís, Estado do Maranhão, por vezes, os mediadores, conciliadores ou mesmo juízes não se utilizam de técnicas de imparcialidade, e, tampouco, buscam disponibilizar tempo na busca pela construção da alternativa mais viável que busque resguardar, acima de tudo, o principio do melhor interesse do menor .

Nessa esfera, constitui-se em exceção a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada com vistas à resguardar a igualdade entre genitores no desempenho de suas parentalidades . Verifica-se *in loco* que , por vezes, o reflexo da sociedade patriarcalista que desde sempre atribuiu funções determinadas a pais e mães acaba por refletir-se nas decisões que emanam de algumas Varas de Família no Municipio de São Luís, as quais, em nítida afronta a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada, acabam por secundarizar o papel dos genitores paternos na vida dos seus filhos refletindo-se em limitação da divisão de responsabilidades e tempo de convívio.

As Instituições do Sistema de Justiça que possuem o poder decisório e fiscalizatório nas lides que tenham por objeto a guarda acabam por trazer enraizadas perspectivas que muitas vezes refletem o senso comum no aspecto de resguardar os poderes inerentes ao exercício da maternidade atribuindo-lhe um arcabouço de Direitos, em contrapartida , o exercício da paternidade responsável reflete-se na regulamentação aos finais de semana como forma de "permissão" graciosa que pode ser a qualquer momento cerceada.

Busca-se refletir obre a necessidade de uma atuação conjunta entre as Instituições que compõem o Sistema de Justiça e os operadores do Direito bo sentido de exigir a aplicação da mediação como método eficaz que busca acima de tudo a preservação das relações afetivas e aplicação da Lei da Guarda Compartilhada por resguardar o principio do melhor interesse do menor que é a convivência habitual e duradoura com ambos os genitores .

3.1 Compreensão do Poder Familiar e da necessária aplicação da Lei de Guarda Compartilhada a partir da igualdade de exercício de deveres e responsabilidades entre pais e mães.

A evolução de uma sociedade reflete-se na ruptura de processos que refletem parcelas de liberdades que acabam por legitimar uma nova ordem que se estabelece a partir de um contexto familiar. Nessa esfera, surge a necessidade de reconhecer-se que as mudanças nos paradigmas sociais também necessitam de reconhecimento no ordenamento jurídico como forma de demonstração do estabelecimento de uma nova ordem que amplia-se a partir da garantia das liberdades que trazem em seu interior as ideias de igualdade como fruto de uma mudança histórica oriunda de um contexto de lutas e busca por garantias.

A expressão Poder Familiar reflete a mudança de postura adotada pelo Código Civil na busca por refletir a igualdade oriunda do exercício de proteção exercido pelo homem e pela mulher em relação aos filhos. No contexto histórico de evolução do conceito, apenas em 1962 reconheceu-se no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade jurídica da mulher quando a Lei nº 4.121 de 1962 (Estatuto da mulher casada), trouxe em seu bojo como fundamento, o exercício equilibrado do pátrio poder, em que o pai exerceria este com o auxílio da mulher e não mais sozinho.

Destaca-se que a modificação da nomenclatura foi reflexo da mudança empreendida no seio da sociedade com vistas à quebrar os grilhões da sociedade patriarcalista que, por vezes, relegava o papel da mulher ao esquecimento. Dentro da nova perspectiva principiológica do ordenamento vigente, o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges bem como, ao princípio da proteção integral dos filhos menores, deu luz a um novo papel a fim de que se desse uma função protetiva aos filhos.

Sob essa nova perspectiva, Waldyr Grissard Filho (2013):

> Delimitando, então, o conceito, pode-se dizer que o poder familiar – a questão terminológica será examinada adiante – é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. (FILHO, 2013)

Ao analisar o contexto de modificação terminológica, Maria Berenice Dias (2015, p.461) afirma:

> A Constituição Federal(5º, I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher . Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226, § 5º) , outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O ECA , acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção , com mais características dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.. (DIAS, 2015, p.461)

Ao criticar a expressão Poder Familiar, Silvio Rodrigues (2004, p.355) afirma que o Código Civil pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo , que, antes de um poder, representa obrigação dos pais e não da família como o nome sugere.

Nesse viés grande parte da doutrina afirma tratar-se o poder familiar de um múnus tratando-se mais de um dever/ função familiar. Nesse aspecto ganha simpatia da doutrina a expressão autoridade/ responsabilidade parental para demonstrar que trata-se de uma garantia ao principio da proteção integral das crianças ,adolescentes e jovens. Sob tal perspectiva, estes serão sujeitos de direitos e deverão dar legitimidade ao exercício da autoridade dos pais.

Para Oliveira (2002, p.31) o Poder Familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse dos filhos.

Urge destacar que a modificação do eixo agregador de poder para dever acabou por gerar deveres aos pais que não estão adstritos apenas a supressão de necessidades advindas da esfera econômica, mas também, àquelas oriundas da esfera afetiva, moral e espiritual dos filhos.

Com base em tais prerrogativas têm-se que o Poder Familiar será irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Desta feita, todos os filhos menores de 18 anos estão sujeitos ao poder familiar exercido pelos pais.

Ao ser regulamentado no interior do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Poder Familiar tanto na legislação supracitada, em seus artigos 21 a 24, bem como no Código Civil nos artigos 1630 a 1638 remete ao contexto do direito à convivência familiar e comunitária. Para além disso, em seu artigo 21 o ECA determina que esse poder será exercido em igualdade de condições pelo pai e a mãe na forma da legislação civil.

Nessa esfera, outra mudança de paradigma no contexto da dinâmica familiar no Brasil acabou por refletir-se em seu ordenamento jurídico, pois, o exercício do poder familiar independe da existência de vinculo matrimonial ou mesmo consenso entre os genitores . O homem, nesse ínterim, buscou desempenhar a paternidade responsável na busca pelo reconhecimento ao convívio e à guarda requerendo para si o direito de conviver, gerir a educação e criação dos filhos, dentre outros.

Conquanto os cuidados infantis fossem tratados como inerentes à personalidade feminina, com base na concepção de amor materno, isto é, de que todas as mães seriam capazes de oferecer atenção, amor e cuidados insubstituíveis às crianças observa-se, em contrapartida, uma tendência dos homens em romper com a figura tradicional de pai, cujo papel na família era essencialmente de provedor, o qual se relacionava com os filhos de forma autoritária e distante. Os pais contemporâneos tem se desdobrado na busca de maior participação no cotidiano familiar e, notadamente, no cuidado e atenção com os filhos, procurando maior proximidade com as crianças, participando ativamente de suas atividades escolares, de lazer, educação e desenvolvimento. O modelo de pai tradicional - apenas de provedor - tem dado lugar a uma figura participativa e mais envolvida com todas as questões familiares.

> Nos últimos tempos muito se avançou para a mudança desse quadro. Contudo, reiteradamente a ideia subjacente parece ser a de que a mãe é figura imprescindível, enquanto o pai é dispensável na criação dos filhos. No entanto, podemos dizer que um dos determinantes do ajustamento da criança

> à separação dos pais e à vida em geral é o envolvimento ininterrupto dela com ambos os genitores (CONRADO, 2015, p.50)

Buscando primar por garantir a convivência com ambos genitores, ainda que tenha havido a dissolução da sociedade conjugal, mais uma vez fez-se necessário a regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro como forma de resguardar e garantir que esse direito ficasse a salvo de qualquer imposição arbitrária que viesse a refletir a ideia de que o pai é uma figura dispensável na criação dos filhos , para tanto , houve a necessidade de edição da Lei de Guarda Compartilhada buscando garantir aos pais o direito de compartilhar os deveres e responsabilidades inerentes ao cotidiano dos filhos.

Ocorre que, apesar de passados mais de 03(três) anos desde sua edição , a referida Lei ainda é vista com ressalvas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro , refletindo-se esse preconceito nas Varas de Família de São Luís em decisões que secundarizam o papel do genitor na vida dos filhos em nítida assunção da visão patriarcalista que atribui à figura materna os desvelos na educação.

3.3 O papel do Mediador Judicial e a necessidade de conhecimento técnico na busca por procedimentos eficazes.

O papel, ainda que distorcido do mediador nas lides familiares nas Varas da Família de São Luís, acaba, por vezes, a refletir condutas antagônicas na busca por vencer resistências e obstáculos , por vezes, regados pelo sentimento de ruptura , ira ou mesmo aptidão para alienar como forma e meio de vingança.

No exercício de tão complexa tarefa, exige-se sensibilidade e habilidades que irão buscar o reestabelecimento do dialogo e a modificação do olhar acerca dos papeis desempenhados por cada individuo. Acerca do perfil exigido para o mediador na atualidade :

> o mediador deve representar um novo profissional: ele não pode agir como advogado (porque a hipótese não é de mera subsunção dos fatos às normas e porque ele não pode ser parcial em sua atuação); não pode agir como psicólogo (porque a escuta não tem como finalidade propriamente terapêutica, e, sim, didática); não pode agir simplesmente como um medico que ouve e delimita um diagnostico (porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse); como se percebe, o mediador fica em uma posição incomoda por não se encaixar no modelo de nenhuma das profissões existentes. (VEZZULLA,2001, p.43/44)

Há premente necessidade que o mediador que deverá atuar nas Varas de Família tenha um preparo cientifico de natureza interdisciplinar, dado que as controvérsias costumam envolver complexos elementos que comprometem a assunção das respectivas responsabilidades pessoais. Há nítida carência no que se refere a conciliadores ou mediadores realmente capacitados nas Varas da Família na Comarca de São Luís, posto que, tampouco, existem dados confiáveis acerca da capacitação e conhecimento técnico que possuem os mediadores que atuam nas referidas Varas .

3.4 O advogado como ator principal na mudança de paradigma no âmbito da mediação na aplicação da Lei de Guarda Compartilha nas Varas de Família.

O dinamismo da Advocacia da Atualidade impõe ao operador do Direito a busca incessante por novas perspectivas e formas de resolução de conflito que busquem necessariamente ir de encontro a morosidade do Poder Judiciário oferecendo como bônus o menor desgaste possível psicológico e financeiro na busca por bem atender e satisfazer os anseios de uma clientela que cada vez mais se utiliza do principio do acesso ao Poder Judiciário como forma de fazer resguardar direitos em algum contexto cerceados .

Buscando atender aos ditames dessa nova realidade , o Advogado que atua nas Varas de Família de todo país deve possuir para além do conhecimento técnico , a disponibilidade em saber lidar com toda a carga afetivo-emocional que determinadas lides irão exigir . O exercício do escutar , ponderar , esclarecer e constatar torna-se , de sobremaneira, importante no Ramo do Direito de Família , pois, trará a humanização necessária na busca pela solução que representará em benefícios emocionais aos menores que estejam envolvidos nessa disputa .

Todas as possibilidades sejam elas consensuais ou litigiosas deverão ser esclarecidas, de forma a atuar o advogado nessa esfera, na busca pela mediação como perspectiva que irá poupar-lhe esforços desnecessários e permitirá o exercício de mecanismos que possam ser produtivos na busca pela alternativa nem sempre mais econômica, em termos de pagamento de honorários , mas a que será mais célere e buscará promover a paz no núcleo familiar .

Para tanto, revestir-se do papel de pacificador corresponde a esclarecer as verdades jurídicas , bem como, delinear e enumerar quais as implicações decorrentes da do buscar o acordo ou primar pelo litigio.

Em certas hipóteses, percebendo as limitações decorrentes das parcas razões de seu cliente, é importante que o advogado cogite com ele sobre as vantagens de assumir possibilidades e evitar derrotas públicas sobre a pertinência da adoção de meios consensuais. Nesse cenário, o advogado pode e deve funcionar como um eficiente agente da realidade.

Constitui dever do advogado, nos termos do art. 2º, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios".

Atribui-se à figura do Advogado o principal papel na busca por fazer da mediação uma realidade no âmbito das Varas de Família do Brasil, pois, a nova dinâmica da Justiça Restauradora no Direito de Familia está em absoluta consonância à noção de efetiva pacificação social. O advogado deve ser, antes de tudo, um negociador, um eficiente gerenciador de conflitos, não mais se revelando pertinente a figura do advogado excessivamente beligerante. Urge, assim, uma visão aberta para permitir sua aderência a novos princípios e formas de atuação.

Para otimizar a eficiência dos mecanismos autocompositivos, a participação do advogado pode ser valiosa; o fomento à adoção do meio consensual pelo cliente habilitado a orientar, sanar duvidas, conferir a viabilidade de pactos e alertar quanto a elementos úteis à sua exequibilidade.

No primar pela aplicação da Lei de Guarda Compartilhada deve o advogado funcionar como verdadeiro interessado na busca pela preservação dos direitos do menor primando pela busca por garantir uma convivência mutua entre o menor e seus genitores como reflexo máximo de que sua principal tarefa foi realizada no interior daquele conflito , resgatar as relações afetivas como forma de prevenir traumas e reflexos de violência futura.

3.5 O Papel do Ministério Público na busca pela preservação do interesse do menor .

Nas lides que tramitam nas Varas de Família de todo o Brasil , por vezes, a figura do Ministério Público ora corresponde a fiscal da lei , ora como representante

daqueles que são incapazes e necessitam de uma atuação efetiva na busca por resguardar os seus direitos de possíveis flagrantes violações.

Nessa esfera , como custus legis em ações que envolvam a disputa de guarda de menores , o Ministério Público estará adstrito a verificação dos requisitos propostos em Lei de modo a visualizar se os principais objetivos e função nela propostos serão contemplados através do acordo ora proposto ou mesmo da decisão ora tomada .

Busca-se dar voz ao principal aspecto que se constitui no eixo definidor da Guarda Compartilhada que resume-se de forma ampliada na "pluralização das responsabilidades"(Dias,2015, p.525) que irá gerar uma divisão equitativa de laços de afetividade , impedindo a prática da alienação parental ou outras formas de violência que podem surgir no processo de separação .

Resguardar-se tal aspecto é primar pela aplicação correta da Lei de Guarda Compartilhada com vistas a " colocar um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual"(Leite, 2003,p. 287) . Jungido de tal função, busca-se uma atuação mais eficaz por parte do Ministério Público no que diz respeito a verificação da dinâmica irrestrita na qual muitas decisões e acordos vêm sendo tomados sem estarem realmente revestidos da característica primordial que é resguardar o interesse do menor na busca pelo exercício igualitário da corresponsabilidade parental por ambos os genitores .

3.6 O Juiz na Dinâmica da Lide Familiar : Humanizar para Conciliar .

O típico receio de participar de qualquer audiência em juízo já traz consigo os calafrios noturnos que são refletidos em olheiras profundas que , por vezes são regadas a lágrimas que trazem consigo dores da separação , reflexos da traição e a expectativa de que naquele dia crucial as partes terão a nítida ou equivocada sensação de quem sairá com a função de cuidar única e exclusivamente do filho.

Atuando na esfera acima descrita, repleta de carga emotiva , os juízes de direito, por vezes , sucumbem ao excesso de demandas , a necessidade de produzir conciliações ou decisões em lotes e acabam por esquecer que o conflito ali exposto irá ter reflexos eternos na vida de um terceiro que ainda não possui plena capacidade civil para exprimir suas vontades .

Atitudes pró-ativas no sentido de deixar confortável as partes não retira do juiz o seu caráter de imparcialidade. Do contrário, facilita o decorrer da negociação em torno

do objeto que poderá ou não ser conciliada, a Guarda Compartilhada. A busca por esclarecer os ditames da lei e a dinâmica em que deverá ser aplicada não corresponde a julgar antecipadamente , mas sim, a buscar criar uma esfera em que as relações afetivo familiares sejam reiteradas como necessidade de promover-se a proteção do menor no convívio com os genitores .

Para tanto, a necessidade de humanizar-se em busca de promover uma esfera de elevação dos valores éticos intrínsecos ao Direito de Família , levará o juiz a buscar valer-se da necessidade premente de humanizar para conciliar . Para tanto, a aplicação da Lei de Guarda Compartilhada deverá vir , de fato, pautada na divisão de responsabilidades e na participação ativa dos genitores nas decisões que envolvam a vida do menor . Ser juiz na Vara da Família corresponde a ser por natureza um definidor na pacificação ou não de um conflito que irá ser refletido no futuro de um menor.

4. ESTUDO DE CASO: A DIFÍCIL ARTE DE CONCILIAR: A GUARDA NOMINALISTA COMO FATOR IMPEDITIVO PARA A MEDIAÇÃO E A CORRETA APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA NAS VARAS DE FAMÍLIA DE SÃO LUÍS.

Partindo-se da análise diária, via exercício da advocacia nas varas de família de de São Luís, verifica-se e detecta-se os principais óbices a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada nas lides que envolvam disputa pela guarda de menores. Cumpre destacar que são 03(três) anos de observações que visam tão somente clamar para que o princípio do melhor interesse do menor prevaleça tendo como amparo a Cosntituição Federal e, também , a Lei de Guarda Compartilhada.

Buscando definir o tipo de guarda que , na atualidade, vislumbra-se nas decisões e sentenças oriundas das Varas de Família , percebeu-se a inexistência de um enquadramento doutrinário que pudesse relatar com fidelidade o que representam tais decisões no que se refere ao tipo de guarda , bem como, aos dispositivos legais que estão sendo utilizados para fundamentá-las .

Surgiu, então, a necessidade de uma nomenclatura que viesse a expressar a "falsa guarda compartilhada" que vem sendo aplicada nas decisões oriundas de algumas varas de família na Comarca de São Luís . Para tanto buscou-se cunhar a expressão de Guarda Nominalista ,posto que , o nominalismo corresponde a doutrina que não admite a existência do universal (conceito abstrato), nem no mundo material, nem no

mundo inteligível. Nessa esfera , os nominalistas eliminam a realidade das coisas abstratas e universais.

Os principais aspectos sobre os quais se fundamentam a guarda compartilhada , a exemplo, a divisão de responsabilidades e convívio, nas decisões que envolvem disputa de menores acabam por ser eliminados do cotidiano das relações afetivas dos menores fazendo com que haja uma verdadeira prevalência do exercício parental materno sobre o paterno .

Em inúmeras audiências de conciliação, vislumbra-se a figura do juiz imparcial sendo relativizada quando se confronta com pleitos de pais que exigem uma maior participação e divisão de responsabilidades na vida dos filhos. A guarda nominalista aplicada concede aos pais vistas regulamentadas semanais sem quaisquer poder de decisão ou divisão de responsabilidades acerca da vida dos seus filhos.

Por vezes , diante da inconteste realidade , o fiscal da lei acaba por reafirmar e reiterar a prática da guarda nominalista sob a argumentação de que a regulamentação de visitas 03(três) dias na semana em um período do dia já se constitui na aplicação da Lei de Guarda Compartilhada, posto que , à figura paterna só é dado o direito de regulamentação de visitas .

Nessa esfera nitidamente patriarcalista, tem-se a inexistência de quaisquer perspectiva de mediação , visto , a total desvantagem social do genitor na busca por fazer cumprir a lei . A regra, passa a ser exceção cunhada com a falsa ideia que o acordo ou mesmo decisão ali produzida reveste-se dos reais aspectos e características da Guarda Compartilhada .

Urge uma mudança de paradigma na busca por fazer prevalecer o principio do melhor interesse do menor como fruto primordial da principal finalidade que toda e qualquer modalidade deve se fundamentar : a busca por um convívio salutar que irá propiciar a esse menor o desenvolvimento de relações afetivas salutares com ambos os genitores .

CONCLUSÃO

A partir das observações oriundas da atuação enquanto operadora do Direito , verifica-se no contexto das Varas de Famílias de São Luís a inexistência da mediação como prática na busca por construção de conflitos que envolvam disputa de menores . Apesar da existência da audiência de conciliação que reveste-se de tal finalidade, esta limita-se por vezes a atuação do conciliador que não possui habilidades técnicas para

atuar na referida realidade, e, tampouco, dispõe de ferramentas que possam auxiliá-lo nessa difícil tarefa , o que acaba por obstar e arrefecer os ânimos das partes em litigio quanto à guarda de menores.

Segue-se como fator de impedimento para que a mediação seja uma prática eficaz e célere nas Varas de São Luís , o fato da aplicação distorcida de Lei de Guarda Compartilhada o que acaba por gerar uma prevalência do exercício da guarda pela figura materna , relegando-se ao secundarismo o papel do pai na vida dos menores . Reveste-se a guarda compartilhada de aspectos distorcidos gerando uma verdadeira guarda nominalista , posto que , não existe no cotidiano diário do menor que é possui o convívio diário necessariamente vinculado à figura de um único genitor.

Nessa esfera , faz-se necessário uma atuação em conjunto tanto por parte das Instituições do Sistema de Justiça, como também, por parte dos operadores do Direito em primar pela mediação na resolução dos conflitos familiares como forma de preservações das relações afetivas , refletindo-se no âmbito de aplicação da Lei de Guarda Compartilhada na preservação do principio do melhor interesse do menor com vistas à propiciar o exercício da corresponsabilidade parental por ambos os genitores.

BIBLIOGRAFIA

DA ROSA, Conrado Paulino. In Nova Lei de Guarda Compartilhada, Ed Saraiva, 2015;

DIAS , Maria Berenice. **Manuel de direito de famílias**.10ªed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais ,2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade** . Rio de Janeiro: ABDR, 2014.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar .In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Direito da Familia e o Novo Código Civil .3ª ed.Belo Horizonte : Del Rey, 2003 p. 182.

LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. Famílias.3ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva .Da adoção .In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.151.

OLIVEIRA, José Lamartine C de : MUNIZ , Francisco José F: Curso de direito de família.4ª ed. Curitiba: Juruá,2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28 ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol.6.

SALES, Lilia Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos** . Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis** .2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática** . Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2011.