

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC/SP

MARIANA FERNANDES TRIVELONI

ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2023

Mariana Fernandes Triveloni

Arbitragem no Direito de Família

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil sob a orientação do Prof. Dr. Gilberto Haddad Jabur

São Paulo

2023

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu pai, Edmilson e à minha mãe, Sandra, que sempre me incentivaram a ingressar na vida acadêmica e tornaram este sonho possível.

Após dois anos no curso de mestrado e prestes a finalizá-lo com a defesa da minha dissertação, olho para trás e vejo que chegar até aqui somente foi possível graças a estas pessoas, que merecem toda a minha gratidão.

Primeiramente, agradeço aos meus pais Sandra e Edmilson, que sempre me apoiaram e incentivaram em todos os momentos da vida. Sinto-me lisonjeada por conviver com dois professores que se dedicaram à educação, e espero construir uma trajetória tão enriquecedora quanto a deles.

Agradeço ao meu noivo Lucas, que, durante todo o curso de mestrado, compreendeu minha ausência e se manteve ao meu lado como um parceiro de vida.

Por fim, agradeço ao meu professor orientador Gilberto Haddad Jabur, cuja constante disponibilidade me auxiliou, de maneira a permitir uma visão mais humana e acolhedora do Direito de Família.

“A persistência é o caminho do êxito”

(Charles Chaplin)

RESUMO

A presente dissertação faz uma análise sobre a viabilidade da utilização da arbitragem no Direito de Família. Inicialmente, a pesquisa apresentou o Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, com sua evolução histórica, conceitos pertinentes e princípios constitucionais aplicáveis. Além disso, destacou-se o papel dos meios adequados de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e negociação, que têm sido incentivados pelas leis vigentes no país, como o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação. No entanto, o enfoque central da dissertação foi na arbitragem, abordando suas vantagens e desvantagens, características, tipos de convenção e a diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Com o objetivo de responder à questão central da dissertação, foram apresentadas alternativas para o uso da arbitragem em conflitos familiares, especialmente, em casos de divórcio com partilha de bens e alimentos entre cônjuges ou companheiros, utilizando exemplos da jurisprudência, doutrina e legislação. Como conclusão, a dissertação buscou não apenas responder à pergunta inicial, mas também apresentar as principais questões relacionadas ao tema e oferecer indicações para aumentar a efetividade da arbitragem, com o propósito de ampliar sua utilização e promover uma maior celeridade na solução das demandas familiares.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito de Família; Meios adequados para solução de conflitos.

ABSTRACT

This present master's dissertation aims an analysis about the viability of use arbitration in the field of family law as a way of loosen the search for Courts of Justice. The investigation starts with the presentation of Brazilian system family law, its history evolution, concepts and constitutional principles. Also, it was emphasized the role of the alternative dispute resolution, such as mediation, conciliation and negotiation, which are promoted by the nacional laws, as the Civil Code Procedure and the Law of Mediation. However, the heart of this dissertation, is the study of arbitration, approaching its advantages and disadvantages, characteristics, clauses and the difference between the compromise clause and the arbitration clause. To answer the mean question of the investigation, it was presented alternatives for the use of arbitration in the family law, specially in divorce. For this purpose, it was exploited exemples of jurisprudence, doctrine and law. In the conclusion, the dissertation aimed not only answer to the mean question, but also to present the key aspects related to the subject and offer suggestions to increase the efficiency of arbitration, with the purpose to amplify its use and encourage a collaborative law.

Keywords: arbitration; family law; appropriate dispute resolution

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	15
2.2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA.....	18
2.3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	23
2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	26
2.5 DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA CONSTITUÍDAS NA SOCIEDADE	27
2.6 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA.....	30
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	34
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	35
3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	40
3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	41
3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO ÀS DIFERENÇAS	43
3.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES.....	45
3.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	48
3.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	50
3.8 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	52
3.9 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	53
4 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	56
4.1 TRIBUNAL MULTIPORTAS	61
4.2 NEGOCIAÇÃO	63
4.3 CONCILIAÇÃO.....	64
4.4 MEDIAÇÃO	66
4.4.1 A Lei 13.140/2015.....	69

4.5 PRINCIPAIS PONTOS ACERCA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	72
4.6 MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	75
4.7 ARBITRAGEM.....	77
4.7.1 A evolução da arbitragem no Brasil	78
4.7.2 Características da arbitragem	80
4.7.3 Natureza jurídica	84
4.7.4 Arbitrabilidade	85
4.7.5 Dos princípios cabíveis na arbitragem.....	86
4.7.5.1 <i>Princípio da imparcialidade</i>	86
4.7.5.2 <i>Princípio do contraditório e da igualdade entre as partes.....</i>	89
4.7.5.3 <i>Princípio da livre convicção do árbitro</i>	90
4.7.5.4 <i>Princípio da Kompetenz-Kompetenz</i>	90
4.7.6 Convenção de arbitragem	91
4.7.6.1 <i>Da cláusula compromissória</i>	93
4.7.6.2 <i>Cláusula arbitral vazia</i>	96
4.7.6.3 <i>Cláusula arbitral patológica</i>	97
4.7.7 Do compromisso arbitral	100
5 ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	102
5.1 A ESCOLHA DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	104
5.2 CASUÍSTICA DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	107
5.2.1 Cláusula compromissória de arbitragem no pacto antenupcial/contrato de convivência.....	107
5.2.2 Partilha de bens entre cônjuges e companheiros.....	110
5.2.3 Dos alimentos entre cônjuges e companheiros	113
5.2.4 Liminar na arbitragem.....	115
5.3 PROJETO DE LEI Nº 4019/2008	116

5.4 VANTAGENS DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA <i>VERSUS</i> ÓBICES PARA SUA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO	118
6 CONCLUSÃO	124
BIBLIOGRAFIA	127

1 INTRODUÇÃO

A resolução de conflitos é uma parte essencial da convivência humana, e o sistema judicial tradicional nem sempre é capaz de lidar com a demanda crescente por uma solução rápida e eficiente. Nesse contexto, surgem os métodos adequados de solução de conflitos, que oferecem alternativas à via judicial para resolver disputas de maneira ágil, flexível e menos formal. Esses métodos têm se mostrado cada vez mais relevantes na contemporaneidade, à medida que as partes envolvidas buscam opções mais adequadas às suas necessidades e interesses.

Nos últimos anos, tem-se observado um crescente aumento no número de processos judiciais envolvendo questões familiares. Com a alta demanda, já mencionada, que sobrecarrega o Poder Judiciário, emerge a necessidade de se buscar alternativas para uma resposta mais ágil e eficiente a estes tipos de conflitos. Neste contexto, a possibilidade da utilização da arbitragem como método adequado de solução de disputas, no âmbito do Direito de Família, ganha evidência.

Este instituto tem se destacado por sua agilidade e flexibilidade em relação aos processos judiciais tradicionais. Oferece às partes a oportunidade de escolher um terceiro imparcial, chamado árbitro, que irá conduzir o processo de maneira mais ágil e informal, resultando em decisões mais rápidas e especializadas. No entanto, quando se trata de questões familiares, que envolvem aspectos emocionais, relacionamentos interpessoais complexos e interesses de menores, é necessário examinar cuidadosamente se a arbitragem é uma alternativa adequada.

A presente dissertação tem como objetivo investigar a possibilidade de se utilizar a arbitragem como uma ferramenta eficaz que propicie uma maior desjudicialização no Direito de Família.

No primeiro capítulo, o enfoque foi analisar o Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo o conceito de família, bem como a evolução da família ao longo da história, com o intuito de introduzir o leitor no contexto da dissertação. Além disto, apresentar a família contemporânea e as diversas formas de família constituídas na sociedade é importante para se entender melhor como o Direito de Família é dividido.

No segundo capítulo, são destacados os princípios constitucionais no Direito de Família. Na maioria das dissertações, reserva-se um espaço para analisá-los, dada a sua evidente importância. Esses princípios funcionam como bases sólidas que garantem segurança e certeza em um conjunto de juízos, com o objetivo de fundamentar decisões que, muitas vezes, vão além do que está expresso nas leis, utilizando-se conhecimentos gerais. Nesta dissertação, é necessário analisar os princípios presentes no Direito de Família, pois eles ajudam a compreender os fundamentos em que essas decisões se baseiam.

Já, no terceiro capítulo, apresentam-se os métodos adequados para solução de conflito e análise de sua viabilidade e eficácia em diversos contextos jurídicos. Esses métodos englobam uma variedade de abordagens, como a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem, cada uma com suas próprias características e benefícios. Há um destaque e maior distinção ao instituto da arbitragem, pois é o foco principal desta dissertação.

Ao considerar tais métodos de solução de conflitos, principalmente, é fundamental analisar suas vantagens, como a maior celeridade processual, a confidencialidade, a autonomia das partes e a possibilidade de preservar relacionamentos contínuos.

No quarto e último capítulo, avaliam-se os desafios e limitações da arbitragem no Direito de Família. Será preciso considerar a dificuldade de manter a confidencialidade e a privacidade das partes envolvidas, a possibilidade de desequilíbrio de poder entre os cônjuges ou ex-cônjuges e a necessidade de se garantir a participação dos filhos de forma adequada. Serão exploradas também as questões relacionadas à aplicação e cumprimento das decisões arbitrais, bem como a possibilidade de sua revisão judicial, garantindo, assim, a proteção dos direitos fundamentais e a segurança jurídica das partes envolvidas.

Portanto, esta dissertação buscará examinar criticamente a utilização da arbitragem como uma alternativa viável à desjudicialização no Direito de Família. A metodologia da pesquisa possui natureza qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, com o objetivo de desenvolver ideias a partir da análise do tema. As fontes utilizadas foram: doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito de Família encontra-se em constante mudança, com conceitos que são alterados para acompanhar a evolução da sociedade. Isso ocorre porque a família possui grande espaço e importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa evolução tem influência direta na forma como as famílias se organizam, exigindo, ao longo dos anos, uma redefinição de papéis e funções perante as leis, com o objetivo de amparar novos tipos de famílias. Tais mudanças legislativas estão diretamente ligadas à hermenêutica, que é a teoria da interpretação, pois o processo legislativo é frequentemente moroso e muitas vezes não consegue acompanhar as mudanças com a velocidade desejada.

Caio Mário da Silva Pereira explica que o Direito de Família é um material que o jurista deve colher em plena vida. Cada época vive regras que lhe são próprias. O objetivo não é desprezar o passado ou romper com as tradições já existentes, mas sim disciplinar os fatos humanos de acordo com o momento histórico vivido. O autor destaca que se a sociedade fosse estática, o Direito também seria. E a partir do momento em que se percebe esta falta de movimento, isto importaria à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da sociedade. Se a vida é contingente, da mesma forma, o Direito é mutável¹.

Embora a afirmação do autor tenha sido feita em meados de 1985, ela continua atemporal. De fato, cada época vive suas próprias regras que são adaptadas para aquele momento, mas muitas vezes as leis não conseguem acompanhar a velocidade das mudanças na sociedade. Por isso, é de suma importância que essas leis se atualizem para garantir a proteção de todos os tipos de família.

Giselda Hironaka destaca que o Direito de Família é o próprio exercício da vida e enfatiza que parece não ser possível afirmar o que a família “é”, na acepção sociológica do termo, pois para ela, as famílias sempre foram um “vir a ser”².

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. V. Forense: Rio de Janeiro, 1985, p. 01-02.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Tratado de Direito das Famílias**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 66.

Apesar de se tratar de uma relação privada entre os membros de uma mesma família, é preciso ressaltar a preponderância da ordem pública nessa esfera. Isso ocorre porque existem normas cogentes que regulamentam as relações familiares, especialmente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dedicou uma proteção especial ao instituto da família.

Silvio Venosa destaca a relevância da ordem pública no âmbito do Direito de Família, que trata das relações pessoais entre os cônjuges, pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento, entre outros temas. Isso se deve ao fato de o Estado ter interesse no direcionamento da família como célula básica da sociedade, dedicando, assim, uma proteção especial, tal como previsto na Constituição Federal³.

No entanto, é importante destacar que não há unanimidade quanto a essa posição. Há correntes doutrinárias que defendem a ideia de que as relações familiares possuem o caráter privado, pois se trata de relações que devem ser totalmente privadas, apesar do artigo 226 da Constituição Federal determinar que o Estado proteja a família.

Paulo Lobo defende que o Direito de Família é genuinamente privado, pois os sujeitos desta relação são entes privados, contudo ele assume que há a predominância das normas cogentes. Ele afirma que não há qualquer relação de direito público entre cônjuges, companheiros, pais e filhos, entre outros. Destaca que este é o ramo do Direito Civil em que a autonomia privada é menor e a intervenção legislativa é mais marcante⁴.

Por outro lado, Rolf Madaleno assevera que, embora o Direito de Família contenha preceitos de ordem pública, não se identifica com o Direito Público, pois a família, de acordo com a Constituição Federal, é considerada a base da sociedade⁵.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva lecionam que o Direito de Família faz parte do direito privado, embora receba proteção do

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 46.

⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 11.

Estado. Referida proteção é sensível e importante, uma vez que visa resguardar o grupo familiar⁶.

Nesse sentido, é importante destacar que as normas cogentes do Direito de Família prevalecem sobre a autonomia privada de seus membros, visando proteger interesses de ordem pública, como a proteção da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais dos envolvidos.

Além disso, o Direito de Família também conta com normas supletivas, que regulam situações em que as partes não estabeleceram suas próprias regras, como nos casos da disposição dos regimes de bens, direito à convivência e guarda dos filhos, por exemplo.

Dessa forma, pode-se concluir que a ordem pública se manifesta de maneira clara no Direito de Família, tendo em vista a sua importância como instituição fundamental para a sociedade e a necessidade de proteção dos direitos dos membros da família.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

Antes de se aprofundar no tema da dissertação, é de suma importância abordar o conceito de família.

Silvio de Salvo Venosa afirma que esse conceito é flutuante, visto que não há identidade de conceitos nos ramos do Direito, Sociologia e Antropologia⁷.

De acordo com Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, a liberdade para formar uma família não pode ser padronizada à luz do poder, mas dá sentido ao dever que se impõe ao Estado de resguardar os anseios de um grande projeto de vida chamado Família⁸.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família é considerada a base do Estado Democrático de Direito. No entanto, conceituar este instituto do Direito não é uma tarefa fácil, uma vez que o Código Civil não o define. Portanto, tendo

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, v. 2, 42 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 19.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*

⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume IV: família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 42.

em vista sua abrangência, o objetivo deste tópico é trazer a noção doutrinária da família.

Pontes de Miranda afirmava que, na época do Código Civil de 1916, havia uma multiplicidade de conceitos da expressão “família”.

Ora significava o conjunto de pessoas que descendiam de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes suscetíveis de um e de outra⁹.

Para o autor, o conceito de família possuía uma multiplicidade de conceitos, pois dependeriam da época em que o significado fosse de fato analisado.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, em sentido genérico e biológico, a família é o conjunto de pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral comum. Além disso, inclui-se o cônjuge, os filhos do cônjuge (ou seja, enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge¹⁰.

Na atualidade, existem diversos tipos de família que devem ser protegidos em qualquer ocasião. A partir do momento em que se conceitua determinado instituto, conseqüentemente, o limita. Contudo, é importante destacar que estas “novas” entidades familiares devem seguir os princípios consuetudinários norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 226, caput da Constituição Federal, dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Essa proteção estatal deve ser estendida a todas as camadas da sociedade que compõem a família, com o objetivo evidente de amparar e aprimorar esse instituto.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2021.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 49.

A comunidade social e política do Estado é composta por diversas células familiares que são encarregadas de amparar e aprimorar a família, como forma de assim fortalecer esta instituição política¹¹.

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, defende que a família é uma realidade sociológica e a base do Estado, um núcleo fundamental em que se encontra toda a organização social. Ele a considera uma instituição necessária e sagrada, e por isso merece a mais ampla proteção do Estado¹².

Ainda hoje, a família é considerada uma entidade sagrada, mas não estática, e está aberta a mudanças, como já foi mencionado. Com o passar dos anos, o conceito de família sofreu grandes alterações com o objetivo de abranger e adaptar as novas configurações familiares que surgiram e que não encontravam a devida proteção no ordenamento jurídico brasileiro, pois as leis não acompanham as mudanças da sociedade com tanta velocidade.

Nos dias atuais, observa-se uma ampla proteção do Estado em relação às relações familiares, sendo algo recente. Antigamente, ele não se mostrava tão presente nesse âmbito, mas, com o passar dos anos, começou a demonstrar um interesse cada vez maior nas relações familiares¹³.

No entanto, esse interesse foi se desenvolvendo de forma gradativa e, em alguns casos, não acompanhou a evolução natural da sociedade. Como exemplificação, algumas leis e normas relativas à família foram criadas com base em antigas concepções que foram e são importantes para constituição e preservação da família, contudo, não se vislumbram totalmente adaptadas para as novas entidades familiares, portanto a adaptação, em alguns casos, é necessária.

Arnaldo Rizzardo analisa a família sob uma perspectiva mais contemporânea, definindo-a como o conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo domicílio ou residência, com identidade de interesses, sejam eles de natureza material, moral ou afetiva, em uma união pública e duradoura. Essa união pode ser constituída por pais

¹¹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 39.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p.17.

¹³ LOBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 17.

casados ou em união estável, ou por um deles e seus descendentes, naturais ou adotados, ou ainda por duas pessoas do mesmo sexo¹⁴.

É fundamental compreender que as relações familiares evoluíram ao longo do tempo e que a família, na atualidade, pode assumir algumas formas não previstas nas leis, mas igualmente relevantes. Por isso, é importante que o Estado esteja atento a essa realidade e adote políticas públicas que contemplem todas as configurações familiares existentes, garantindo os direitos de cada pessoa envolvida, independentemente, de sua orientação sexual, identidade de gênero ou modelo familiar.

2.2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA

O presente tópico é de suma importância para compreender toda a evolução da família, desde os povos mais primitivos até os dias atuais, em que se observa a forte atuação do Estado como protetor das relações familiares.

A família, juntamente com o direito e a religião, é a única dimensão humana constantemente presente em todas as civilizações. Como as ciências humanas indicam, a instituição familiar é essencialmente ordenada a transformar o que parecer ser um organismo biológico em um ser humano, incluindo sua dimensão social e pessoal, mostrando, no decorrer da história, como a família desempenha um papel insubstituível nesta missão¹⁵.

Na Antiguidade, com o advento do Código de Hammurabi¹⁶, o sistema das famílias na Babilônia tornou-se patriarcal e o casamento monogâmico passou a ser a forma dominante de união, embora o concubinato ainda fosse permitido. Esse tipo de casamento era válido somente mediante contrato¹⁷.

Na Babilônia antiga, o divórcio era permitido e o marido tinha o direito de repudiar a esposa em casos de recusa ou negligência de seus "deveres de esposa e dona de casa". Qualquer um dos cônjuges podia repudiar o outro por mau

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

¹⁵ FERNANDES, André Gonçalves. **Filosofia da Família: A família como ela é**. São Paulo: Cultor de Livros, 2022, p. 144.

¹⁶ O primeiro código de leis da história. Prevaleceu na Mesopotâmia e foi criado com o intuito de ordenar as relações sociais no Império Babilônico.

¹⁷ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 13, p. 11-23, 2011.

comportamento, mas, nesse caso, a mulher deveria ter conduta ilibada, enquanto o homem, no máximo, era considerado cúmplice¹⁸.

O adultério era considerado um crime gravíssimo e os adúlteros podiam ser punidos com a morte. No entanto, o Código de Hammurabi previa o perdão do marido traído em determinadas circunstâncias. Vale destacar que as mulheres eram subordinadas aos homens na sociedade babilônica, sendo-lhes atribuídos papéis limitados e subalternos em relação aos homens.

O Código de Hammurabi previa penas severas e, muitas vezes, desproporcionais, o que representou um grande retrocesso se comparado às leis antigas. No entanto, no que se refere ao Direito de Família, é possível perceber um avanço significativo para a sociedade, devido à forma detalhada com que o Código tratava das situações cotidianas desses institutos¹⁹.

Por sua vez, as famílias gregas e romanas foram grandemente influenciadas pela religião, que era o princípio constitutivo da família antiga.

A família estava sempre unida para realizar suas preces, e cada membro possuía seu próprio túmulo. Diziam que a morte não os separava. Fustel de Coulanges afirma que: "É a segunda morada da família. Várias gerações de antepassados repousam juntos, e a morte não os separa. Nessa segunda existência, eles permanecem unidos e continuam a formar uma família indissolúvel"²⁰.

Na Grécia antiga, a família era formada a partir do casamento e permanecia monogâmica, já que a bigamia era proibida. O divórcio era permitido se o segundo casamento fosse realizado ou se um dos cônjuges fosse estéril.

Além disso, a família era patriarcal e as mulheres com um papel mais restrito ao lar. O filho mais velho era responsável pelos cultos e pela sua continuidade. No entanto, o filho não tinha parentesco com a família de origem da mãe. Ele só era parente da própria mãe porque ela estava sob o poder do pai.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. Tese de doutorado em Direito Civil Comparado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.

²⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 1961. *E-book*.

No Direito romano, a palavra "família" apresentava vários significados. O foco principal era o chefe da família e o grupo de pessoas que estava constantemente sujeito ao seu poder. No entanto, outro significado era o patrimônio familiar ou os bens que pertenciam a ele²¹.

Em sua acepção original, a "família" era a família *proprio iure*, ou seja, o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder familiar. Havia outra acepção mais recente e mais abrangente, que compreendia a "família" como todas as pessoas que estariam sujeitas aos comandos do mesmo pater famílias, se este não tivesse morrido.

O pater famílias exercia sobre os filhos o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*), que já era reconhecido pelas XII Tábuas (450-451 a.C.). Assim, ele podia vendê-los, impor castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. Naquela época, a "família" era simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional²².

Além disto, havia uma evidente predominância da vontade masculina sobre a feminina²³.

Em relação ao casamento, os romanos distinguiram duas espécies de casamento: o *cum manu* e o *sine manu*. No primeiro, a mulher saía da dependência do pater famílias para a do marido e do pater famílias da família do marido. Já o casamento *sine manu* não oferecia essa possibilidade, permitindo que a mulher continuasse sob o poder de seu próprio pater famílias, a fim de manter seu direito sucessório em sua família de origem. Os romanos acreditavam que o casamento era um ato consensual de convivência contínua. Era um fato e não um estado de direito²⁴.

Contudo, sempre houve a possibilidade de o casamento romano ser dissolvido, isto é, já existia o divórcio. No início, o divórcio só poderia ocorrer caso houvesse manifestação do marido, após a sua regulamentação, de forma solene, tal

²¹ MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.17.

²³ PAES, Elpidio Ferreira. Estrutura e evolução da família romana. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, ano V, n. 5, p. 19-25, 1971.

²⁴ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Op. cit.*

possibilidade foi aberta às mulheres, entretanto, estas perdiam o dote e a doação antenupcial, não podendo recasar-se no período de cinco anos, sob pena de infâmia²⁵.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, durante a Idade Média, as relações familiares regiam-se exclusivamente com base no direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido. As normas romanas ainda exerciam papel influente no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre cônjuges²⁶.

As normas romanas ainda exerciam uma certa influência, mas, a partir do século XI, as regras de origem germânica, como o dote, a tutela e a curatela, começaram a ganhar importância. A partir do século XIII, a Igreja passou a regular o casamento de forma mais rigorosa, instituindo a obrigatoriedade da celebração do casamento em igreja e a necessidade de publicação dos proclamas.

Foi somente a partir do século XVI que o Direito civil começou a se desenvolver, com a secularização do casamento e a criação de tribunais civis para julgar as questões familiares. Com o passar dos séculos, as normas e as práticas familiares foram modificando e evoluindo, dando origem ao Direito de família moderno.

A família apresentava uma formação extensiva e era considerada uma verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes. Seu objetivo era formar uma unidade de produção, com grande incentivo à procriação. Uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam a força de trabalho. A busca do crescimento da família, conseqüentemente, ensejava melhores condições para todos²⁷.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, verificava-se que os núcleos familiares, de um modo geral, possuíam um perfil conservador, hierarquizado e patrimonial. Além disso, possuíam formação extensiva, com amplo incentivo à procriação.

²⁵ CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. O Divórcio em Roma na Antiguidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 77, 31-37, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66939>. Acesso em: 08 abr. 2023.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 14.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 14 ed. rev. ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 43.

A partir do surgimento da Revolução Industrial, houve a necessidade de maior mão de obra. Dessa forma, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, anteriormente ocupado exclusivamente por homens, ocasionando, assim, uma redução abrupta no tamanho da família, diminuindo o número de seus membros²⁸.

Em 1948, a Carta das Nações Unidas, que foi votada pela ONU, dispunha em seu artigo XVI: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Deste artigo, destacam-se duas conclusões: a primeira é a de que a família não é apenas aquela constituída pelo casamento, protegendo também outras entidades familiares, e a segunda, é a ênfase que é dada sobre a família ser o núcleo da sociedade civil, portanto, o Estado não pode tratá-la como parte sua²⁹.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, tal estrutura familiar estava inteiramente ligada ao matrimônio. A primeira Constituição do Brasil foi outorgada, em 1824, por Dom Pedro I, e não fazia referência explícita à família ou ao casamento. Já a Constituição de 1891, embora tenha sido a primeira da República, manteve a omissão em relação à família e ao casamento.

Já a segunda Constituição da República, em 1934, dedicou apenas um capítulo à família³⁰, em seus artigos 144 a 147, os quais trataram sobre as regras do casamento indissolúvel. A partir desta Constituição, que as demais começaram a dedicar capítulos sobre a família, conferindo-lhe maior importância.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 18.

³⁰ Artigo 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Artigo 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Artigo 146 - O casamento será civil e gratuito a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Artigo 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

As Constituições que vieram posteriormente como a de 1934³¹, 1946³², 1967³³ e Emenda de 1969³⁴ defendiam em seu texto que a única forma de constituição de família seria pelo casamento, desde que indissolúvel.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o Código Civil de 1916 era o representante de uma sociedade com características fundiárias, patriarcais, hierarquizadas e com grande presença do Cristianismo, que reconhecia apenas a família fundada no casamento, pois era tido como célula fundamental da sociedade, com o objetivo de ser protegido e enaltecido pelo ordenamento jurídico como instituição independente das pessoas que o integravam³⁵.

Com o passar do tempo, outras formas de relações familiares foram se caracterizando, anteriormente consideradas informais e negligenciadas. Essas relações obtiveram posteriormente a proteção do legislador.

2.3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família sofreu profundas mudanças e, conseqüentemente, a família também mudou. O foco passou a ser a prevalência de um Direito de Família constitucionalizado, tendo como princípio basilar o da dignidade humana. A partir de então, começou-se a desconstruir a ideologia existente de que a família possuía características patriarcais, centralizada na figura paterna e patrimonial³⁶.

A Constituição Federal dispôs que a proteção do Estado seria a favor da entidade familiar, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo se originar da união estável, do casamento civil e da família monoparental.

³¹ Artigo 124 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proposição de seus encargos.

³² Artigo 163 – A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

³³ Artigo 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Parágrafo 1º: O casamento é indissolúvel.

³⁴ Artigo 175 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Parágrafo 1º: O casamento é indissolúvel.

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. **Revista Brasileira de Direito de Família**, [s.l.], n. 39, n.p, 2007.

³⁶ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2006.

A menção à constitucionalização do Direito de Família contemporâneo se deu pelo fato das referidas mudanças entrarem em rota de colisão com os costumes, bem como com algumas disposições ordinárias que já eram codificadas, como a Lei do Divórcio, promulgada em 1977, por exemplo³⁷.

A família inscrita na Constituição Federal de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros, deixando, assim, de existir a grande família, que passou a ser nuclear formada pela tríade: pai, mãe e filhos. Com o crescimento do número de separações, divórcios e dissoluções de uniões estáveis, as famílias monoparentais e recompostas também passaram a ter relevância.

O importante é que a família contemporânea, inscrita na Constituição Federal, promulgada em 1988, não é apenas albergada pelo casamento. O artigo 226 é uma enumeração meramente exemplificativa, abarcando em seu bojo inúmeras espécies de entidades familiares. Constatamos que a tutela constitucional da família se desloca do casamento para as relações familiares decorrentes não apenas dele.

Paulo Lôbo sustenta que a família contemporânea é fundada na solidariedade, na cooperação e no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida³⁸.

Ocorreram, por conseguinte, grandes mudanças na família. A Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe três eixos que merecem destaque: as famílias plurais, igualdade de gêneros e igualdade de filiação. Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes. Foi essa Carta Magna que também alçou o princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e

³⁷ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 47.

³⁸ LOBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. Jus.com.br, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia/2>. Acesso em: 08 jun. 2023.

dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade do vínculo (art. 227, § 6º)³⁹.

Com o reconhecimento das famílias plurais, o casamento deixou de ser a única forma de constituir família, passando a se aceitar como entidade familiar a união estável e, até mesmo, as famílias monoparentais, quais sejam, aquelas constituídas por apenas um dos pais e sua prole, independentemente de vínculo conjugal.

No que tange à igualdade dos gêneros, o artigo 5º, caput, do diploma constitucional, define que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer gênero, pondo fim a qualquer discriminação entre homem e mulher e a qualquer forma de hierarquia na família.

Sobre a Constituição Federal promulgada em 1988, Maria Berenice Dias afirma que a Carta Magna instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros⁴⁰.

Por fim, com o reconhecimento da igualdade de família, todos os filhos passaram a ser protegidos, pouco importando a sua origem. A Constituição Federal, portanto, em seu artigo 226, § 6º, mudou o entendimento anterior, de que somente os filhos legítimos mereceriam proteção da lei, estendendo o reconhecimento a todos os filhos, fossem ou não oriundos do casamento. Com essa alteração constitucional, o que passou a importar foi o nascimento, e não se o filho adveio de uma relação de casamento ou não.

Com todas essas nítidas mudanças mencionadas acima, revela-se que o texto constitucional não poderia mais permanecer inalterado, principalmente no que se diz sobre as relações familiares, necessitando, assim, de drásticas modificações no conceito de família e no reconhecimento, em igualdade, de todos os tipos de filiação, como veio a ocorrer em 1988.

A coexistência de vários tipos de família permitiu a formulação do princípio da pluralidade familiar, afastando-se do modelo padrão e permitindo a livre possibilidade

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 08.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*

de cada indivíduo escolher o tipo de família que melhor se ajustasse às suas necessidades e valores⁴¹.

Por esta forma, percebe-se que a Constituição Federal logrou êxito ao identificar esta nova realidade. Formada por pessoas dotadas de anseios, necessidades e ideais que se alteram, significativamente, no transcorrer dos tempos, mas com um sentimento compartilhado, a família deve ser compreendida como um ponto de referência comum na sociedade. Pode-se dizer que a Constituição promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor.

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores.

2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

No Direito, os institutos são criados com a intenção de cumprir uma finalidade e, por isso, todos possuem uma função social, tal fato não seria diferente com o instituto família.

É de suma importância a análise da sua função social para se entender qual o papel assumido por este instituto perante a sociedade. Paulo Lobo salienta que, com o passar dos anos, sempre foi atribuída à família diversas funções, de acordo com a evolução que sofreu, seja ela religiosa, política, econômica ou procracional⁴².

Atualmente, um dos principais objetivos da família é a socialização de seus membros, tendo em vista que ela é o primeiro lugar no qual as pessoas têm suas experiências de vida.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização dos anseios e

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: Novas uniões depois da separação. 2 ed, rev e atual. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 31.

⁴² LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 18-19.

pretensões dos indivíduos. Ela não pode ser mais considerada um fim em si mesmo, mas o meio social para a busca da felicidade na relação com o outro⁴³.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que a Constituição Federal estabeleceu como tábua axiológica, como um norte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade humana, atuando como uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana⁴⁴.

A partir do instante em que se verifica que uma família vive as experiências proporcionadas pelo afeto, liberdade, igualdade, e com o objetivo de que as potencialidades presentes em cada membro sejam exaltadas, pode-se considerar que ela cumpre sua função social. Nos casos, em que tais situações acima são inexistentes, a família torna-se disfuncional, pois se parte do princípio de que as pessoas, ao constituírem uma família, estão em busca de um bem comum.

Com o passar dos anos e a evolução da sociedade, a família foi se reinventando, contudo, sempre houve a certeza de que ela era o único valor seguro ao qual ninguém queria renunciar. A função social serve para que a busca por um equilíbrio não tire dos seus membros a sua identidade.

2.5 DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA CONSTITUÍDAS NA SOCIEDADE

Já restou evidenciado que o Direito brasileiro não utiliza apenas um modelo de família. Desde o final do século XX até os dias atuais, a família nuclear é a predominante. Contudo, é importante esclarecer que a sociedade apresenta grande variedade de grupos familiares, que apesar de não estarem expressamente previstos em leis, possuem amparo legal do mesmo modo, e devem ser valorizados.

Há diversos tipos de família conceituados de variadas formas pelos doutrinadores, contudo, neste momento, nos atentaremos aos principais e mais importantes para a presente dissertação.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: famílias. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 41.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023.

De acordo com Maria Helena Diniz, didaticamente falando, há quatro espécies de família, quais sejam, a matrimonial, a não matrimonial, a adotiva e a monoparental⁴⁵.

A família matrimonial é aquela constituída pelo casamento, que até o ano de 1977 era indissolúvel.

O casamento consiste na união entre duas pessoas que, por livre consentimento, optam por compartilhar a vida, respeitando os direitos e deveres recíprocos que os vinculam.

Após a promulgação da Constituição Federal, iniciou-se uma proteção a qualquer tipo de família, não tão somente à família matrimonial.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, o termo 'família matrimonial' alude ao sentido de família constituída pelo casamento dentro dos moldes tradicionais, herdados de um período em que não havia separação entre a Igreja e o Estado, portanto, ultrapassados. Pelo fato de vivermos em um Estado laico, há grandes chances destas expressões caírem em desuso com o passar dos anos⁴⁶.

Já a não matrimonial, nomenclatura usada por Maria Helena Diniz, abrange diversos outros tipos de família, pois nada mais é do que a família informal, constituída sem qualquer formalidade, como as uniões estáveis, por exemplo.

Atualmente, a união estável está prevista no artigo 1.723 do Código Civil⁴⁷. Antes disto, era conhecida como concubinato e possuía caráter de proibição e ilegalidade. Tal mudança ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, a partir do instante em que o termo 'entidades familiares' foi utilizado, afastando-se, assim, qualquer possibilidade de recusa à situação fática que já existia e era vivenciada por diversas famílias.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 5. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 13.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2.ed. Prefácio: Min. Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. E-book.

⁴⁷ Artigo 1.723, CC: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A família adotiva é aquela estabelecida pela adoção. Contudo, de acordo com o artigo 1.596⁴⁸ do Código Civil, não se pode mais fazer tal distinção, tendo em vista que a igualdade entre os filhos é um dos princípios constitucionais presentes no Direito de Família e, por isso, considerá-la adotiva como um tipo/espécie de família, com a devida vênua aos doutrinadores que ainda a colocam em seus manuais, não se mostra mais necessário.

Igualmente, entende-se que as famílias homossexuais, que são compostas por duas pessoas do mesmo sexo, também não merecem mais tal distinção.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 4277 e ADPF nº 132 e o principal objetivo da ação era que fosse declarado como obrigatório o reconhecimento de uniões homossexuais como entidades familiares, desde que preenchidos os mesmos requisitos já previstos anteriormente para a união estável⁴⁹.

Devido a esta decisão, as uniões entre pessoas do mesmo sexo também se aplicam às regras casamento, apesar de ainda não ser garantido expressamente pela lei, pois o Código Civil não foi alterado.

Além das formas de famílias didaticamente explicadas por Maria Helena Diniz, existem outras que também são consideradas e devem ser mencionadas.

A família monoparental é aquela em que apenas um dos genitores reside com o filho. Conforme expõe Paulo Lôbo, a tutela constitucional deste tipo de família faz sentido, diante do expressivo número de entidades, na realidade brasileira atual, por diversos fatores⁵⁰.

Existe também a família recomposta ou reconstituída (em inglês conhecida como *stepfamily*) que é a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros possuem vários filhos advindos de relacionamentos anteriores⁵¹.

⁴⁸ Artigo 1.596 - Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴⁹ Além disto, em 2013 houve a promulgação da Resolução n. 175 do CNJ que impediu que os cartórios de todo o país se recusassem a converter uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em casamentos ou a celebrá-los.

⁵⁰ LOBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 91.

⁵¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.*, p. 85.

Tal dinâmica se mostra muito comum nos dias de hoje devido à quantidade de separações e divórcios que ocorrem constantemente nos relacionamentos. Com a disseminação destas rupturas, seguindo a trajetória da vida, surgem as figuras das madrastas e padrastos nessas novas relações.

Já a família ampliada ou extensa está prevista no artigo 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵². É aquela que, além de ser composta pelos pais e filhos, se estende também aos parentes de linha reta ou colaterais até 4º grau.

A família nuclear, como anteriormente disposto, é aquela composta pelos genitores e a prole. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a família nuclear é aquela mais reduzida. A ideia deste tipo de família se opõe à concepção da família extensa⁵³.

A família unipessoal é aquela composta por um único membro, ou seja, por pessoas que moram sozinhas. Contudo, com a devida vênia, este tipo de família somente deve ser considerado para garantia de direitos a esta pessoa, como a proteção ao bem de família do devedor solteiro e inscrição em programas do governo federal, pois o conceito de família baseia-se na convivência humana entre pessoas, o que não ocorre neste caso⁵⁴.

Por fim, constata-se que existem diversas entidades familiares que não estão expressamente definidas perante as leis, todavia, merecem e devem ser protegidas pela tutela estatal a todo momento. Tal estudo nesta dissertação é de suma importância, a fim de que se possa entender como funciona o Direito de Família perante todos os tipos de família existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.6 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

⁵² Artigo 25 - Parágrafo único da Lei 8069/1990: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* E-book.

⁵⁴ Da mesma forma, o trisal não é mencionado nesta dissertação. Apesar existir, não pode ser considerada como uma forma de família, eis que o ordenamento jurídico brasileiro preconiza o princípio da monogamia.

Ao longo do tempo, a família passou por modificações, adaptando-se aos dias atuais, de modo que a estrutura patriarcal e patrimonialista deu lugar a uma nova forma de família, na qual as relações afetivas se tornaram preponderantes.

Ainda, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve o surgimento de uma pluralidade de entidades familiares. Tal processo implicou na alteração de leis no sentido de incluí-las na nova realidade social.

Com o aumento de tipos de entidades familiares e o destaque maior para as relações entre os membros, o Judiciário tornou-se grande protagonista e o responsável por analisar todas as controvérsias existentes dentro do âmbito familiar, ocasionando assim, uma maior judicialização das relações familiares.

O Código de Processo Civil em seu artigo 694 dispõe que neste tipo de ação 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. Portanto, a prioridade é sempre a composição amigável.

Contudo, há indícios de que os litigantes priorizam a demanda judicial, sempre muito estressante, dolorosa, morosa e custosa do que buscar a solução da crise de maneira pacificadora e, por isso, verifica-se, na atualidade, um aumento considerável nas demandas judiciais perante as varas de família das comarcas.

As relações familiares giram, cada vez mais, em torno das exigências e expectativas criadas de forma individual referentes a cada membro. Tal realização, na sociedade da individualização, se desagrega ou se desdobra em suas próprias lógicas e se traduz em riscos e como questão exclusiva dos sujeitos, diretamente entrelaçados⁵⁵.

Ademais, muitas vezes, a judicialização das relações familiares imputa no aparecimento de questões inéditas para serem julgadas, ainda sem previsão legal,

⁵⁵ RUSCHEINSKY, Aloísio; DEMARI, Melissa. A Judicialização das Relações Familiares: uma Análise do Fenômeno na Perspectiva da Sociedade de Risco. **Mediações**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 338-359, 2016. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/21205/19370>. Acesso em: 21 set. 2023.

como, alimentos para animais de estimação, que se acumulam com ações já existentes, ocasionando, assim, uma maior morosidade para julgamento.

Não obstante, sabe-se que os litígios envolvendo as relações de parentesco, que ocorrem após a fase da separação e/ou divórcio, são as demandas mais complexas, principalmente pelo íntimo relacionamento entre as partes, que é exposto em ambiente pouco acolhedor, o que torna todo o procedimento árduo.

Exemplificando os relatos acima, anualmente, o Conselho Nacional de Justiça disponibiliza uma série de informações sobre os processos judiciais por meio da publicação intitulada "Justiça em Números". A edição mais recente abordou os dados referentes ao ano de 2022.

As ações de família encontram-se no âmbito da Justiça Estadual, que corresponde a 71% dos processos ingressados no último ano. Acerca dos assuntos mais demandados em 1º grau perante as varas, os processos de alimentos e relações de parentesco estão em quarto (1.527.103) e quinto lugar (952.701), respectivamente⁵⁶.

Tal informação comprova a grande judicialização das demandas familiares, principalmente as que envolvem menores de idade, como alimentos, guarda e regulamentação do direito à convivência.

A judicialização, frequentemente, emerge como uma expressão de discurso beligerante e da persistência do sentimento de vingança entre as partes envolvidas. Muitas vezes, as pessoas estão mais interessadas em provar que estão certas do que em resolver seus problemas de maneira rápida e eficiente. O sistema judiciário, de certa forma, satisfaz esse desejo ao conceder procedência às ações intentadas pelos litigantes.

Romualdo Baptista dos Santos e Maria Carolina Nomura-Santiago defendem que o Direito deve compreender os aspectos subjetivos que são próprios das relações familiares e tentar imprimir-lhes objetividade, com a finalidade de produzir decisões que sejam justas do ponto de vista da ordenação da vida em sociedade, mas também devem considerar os afetos que permeiam as relações familiares. A missão do Direito

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. E-book.

deve ser a de impedir que a cegueira da revanche e da vingança impeça ou dificulte a solução destes conflitos⁵⁷.

De fato, as demandas judiciais frequentemente não são adequadas para certos tipos de questões familiares, que poderiam ser resolvidas por meio de métodos apropriados de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, e até mesmo, em alguns casos, pela arbitragem, a qual será discutida em detalhes nos próximos capítulos.

⁵⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos; NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. A responsabilidade civil das partes e dos advogados por danos nos litígios de família. **Civilistica.com**, [s.l.], a. 11, n. 3, p. 9, 2022.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Apesar de as estruturas jurídico-familiares do nosso ordenamento estarem vinculadas à matriz moderna do estatuto jurídico, com poucas exceções, os princípios desempenham um papel importante, uma vez que refletem outra diretriz, trazendo premissas mais democráticas e menos rígidas. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 procuraram se adaptar à evolução social, incorporando as mudanças legislativas que ocorreram ao longo dos anos.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, tais alterações têm o objetivo de preservar a coesão familiar, bem como os valores sociais, a fim de conferir à família moderna um tratamento mais próximo da realidade em que vivem, sem esquecer das necessidades dos filhos, do afeto e, principalmente, dos interesses da sociedade⁵⁸.

Além disso, a partir das novas leis que surgiram, houve a constitucionalização do Direito de Família, uma vez que grande parte do Direito Civil se encontra na Constituição Federal de 1988, o que acabou entrelaçando os temas sociais relevantes para garantir sua efetividade.

No entanto, nem sempre foi assim. Anteriormente, mais precisamente na era positivista, os princípios eram considerados uma fonte subsidiária e integrativa do sistema do Direito positivo. A única remissão aos princípios acontecia quando havia lacuna na lei, exercendo, assim, uma função integrativa.

Isto significa, apenas na falta de legislação sobre um determinado tema, na impossibilidade de ser utilizada a analogia e na ausência de esclarecimentos sobre os costumes é que se recorria, em último caso, aos Princípios Gerais do Direito.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 10.

Paulo Lobo dispõe que os princípios não oferecem solução jurídica, partindo da premissa do “tudo ou nada”. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Em cada momento histórico, o conteúdo acerca dos princípios vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação⁵⁹.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama assegura que os princípios são mandados de otimização de caráter deontológico e admitem ponderação em sua aplicação, diferentemente das regras, que possuem a mesma característica mencionada por Paulo Lôbo, de “tudo ou nada”⁶⁰.

Os doutrinadores acreditavam que os princípios que se encontravam na legislação deveriam ser gradativamente utilizados, sendo considerados recursos subsidiários. No entanto, Norberto Bobbio defende que a situação mudou na era pós-positivista, no final do século XX, quando as novas Constituições promulgadas acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, tornando-os assim pilares normativos sobre os quais se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais⁶¹. Tal entendimento é arriscado e poderá ocasionar em prejuízos às leis já existentes.

Atualmente, as alterações introduzidas no Direito Civil, mais especificamente, em matéria de Direito de Família, visam preservar a coesão familiar, qual seja, a conexão entre os membros e os valores culturais. Nota-se, neste contexto, uma preocupação específica em ampliar o leque de proteção desse instituto jurídico.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito e proteção.

⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. [s.d.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=Sob%20o%20ponto%20de%20vista,no%20di%20reito%20dever%20de%20solidariedade>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, 2004, p. 26.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos celebrada, em 1948, buscou expressar direitos com o objetivo de proteger os destinos da humanidade, alçando a dignidade do homem como alicerce para a concretização de um futuro pacífico⁶².

A dignidade da pessoa humana, retratada na Declaração, possui o sentido de assegurar ao homem condições mínimas de respeito e existência.

Este princípio está presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁶³. De acordo com Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior:

Diz-se, com muita propriedade, que a vida e a liberdade são as expressões mais extraordinárias dessa dignidade humana, porque é na essência do ser que encontram os elementos identificadores de verdade da natureza humana. Logo, a vida humana é que tem dignidade; a liberdade do homem é que tem dignidade, tudo isso deve necessariamente refletir no anseio científico que justifica a tomada de decisão anterior à elaboração mesma da norma⁶⁴.

O princípio do respeito à dignidade humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente. (artigo 227, CF)

A Constituição Federal proclama como sendo este princípio o que possui caráter fundamental do Estado Democrático de Direito e da Ordem Jurídica. A família é de importância ímpar para a formação e reprodução de valores, pois em seu âmbito é desenvolvida a personalidade de cada ser humano e o referido princípio auxilia neste sentido, de permitir uma vida justa para todos os seus membros. Em especial, no Direito de Família, conhecido como o mais humano de todos os ramos do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, para além de ser base de todos os outros, assegura aos indivíduos o pleno desenvolvimento.

Immanuel Kant, em sua obra, procurou distinguir aquilo que tem preço, ou seja, é pecuniário, do que é dotado de dignidade, daquilo que é inestimável, que não pode ser objeto de troca. Ele afirmou:

⁶² SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. A dignidade humana retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos através da observação de Max Scheler. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 21 set. 2015. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45193/a-dignidade-humana-retratada-na-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-atraves-da-observacao-de-max-scheler>. Acesso em: 13 mar. 2023.

⁶³ Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit*, p. 160.

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade⁶⁵.

Verifica-se que a dignidade é um componente individual de cada ser humano, que irradia obrigações positivas e negativas para o Estado e a sociedade. O reconhecimento dessa dignidade, muito em destaque pela Constituição Federal de 1988, tornou-se um dos grandes objetivos do ordenamento jurídico brasileiro.

Mais do que definir e encontrar o melhor entendimento do que vem a ser dignidade humana, o que importa é proteger a pessoa: não se limitar ao discurso da igualdade, respeito, liberdade, mas promover medidas reais e efetivas para que todos, sem exceção, possam conviver em harmonia, sem a sobreposição de uns aos outros. Entender quem é a pessoa e o mundo em que vive é primordial para a construção de um indivíduo. Se for possível afirmar que o conhecimento amplo liberta sua alma, ao torná-la capaz de se autodeterminar, deve ser assegurado a ela meios viáveis capazes de capacitá-lo a esta liberdade. Mais do que nunca, Estado e sociedade devem estar presentes para assegurar tal dignidade⁶⁶.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, este é um princípio solar no ordenamento jurídico brasileiro e a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental que trata sobre a existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade⁶⁷.

Além disso, com o passar do tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana serviu de embasamento para fundamentação de decisões judiciais a fim de garantir um direito mais justo e equânime para todos.

Citando caso análogo, o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça referente à impenhorabilidade do bem de família no caso em tela em que o devedor que residia no imóvel era solteiro.

Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, E-book.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, 2004, p. 25.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 29.

Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (STJ, REsp 182.223/SP, j. 06.02.2002, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07.04.2003, p. 209, REVJUR, vol. 306, p. 83; Veja: STJ, REsp 276.004/SP (RSTJ 153/273, JBCC 191/215), REsp 57.606/MG (RSTJ 81/306), REsp 159.851/SP – LEXJTACSP 174/615 –, REsp 218.377/ES – LEXSTJ 136/111, RDR 18/355, RSTJ 143/385)⁶⁸.

A ementa acima mencionada explica que apesar da lei 8.009/1990 que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família mencionar que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar não responderá por qualquer dívida, de acordo com o ministro relator, a norma não se limita ao resguardo da família.

Por isso, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana visa o indivíduo ao invés do grupo. Portanto, ao considerar este princípio juntamente com o direito à moradia, que é um direito social e fundamental, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 364 que afirmava que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrangia também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Outro julgamento que levou em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana foi o Recurso Extraordinário nº 363889/DF, que teve como Relator o Ministro José Antônio Dias Toffoli, em que foi reconhecida a Repercussão Geral da questão constitucional discutida, admitindo a repositura de uma ação de investigação de paternidade, em que a primeira instância julgou improcedente por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

O Recurso Extraordinário foi admitido, sendo afirmado na tese que não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental, à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, tornando efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem como o princípio da paternidade responsável.

Em seu voto, o ministro relator fundamentou:

⁶⁸ STJ, AREsp 182.223/SP.

Com efeito, a Carta constitucional de 1988 fixou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República (CF, art. 1º, III). Disso decorre uma prevalência axiológica inquestionável sobre todas as demais normas da Constituição, que devem ser interpretadas invariavelmente sob a lente da dignidade da pessoa humana. Assim, é a própria dignidade da pessoa humana que deve servir de norte para a definição das diversas regras e dos diversos subprincípios estabelecidos no texto constitucional, funcionando como verdadeiro vetor interpretativo para a definição do âmbito de proteção de cada garantia fundamental. Mais do que isso: é também a dignidade da pessoa humana que deve servir como fiel da balança para a definição do peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988⁶⁹.

Em outro julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fundamentação também se baseou no princípio da dignidade humana. O REsp 1.886.554/DF, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze. Neste caso, tratava-se de uma ação de alimentos proposta pelo filho menor em face do genitor. Em 1ª instância, a ação foi julgada improcedente, pois de acordo com a magistrada, o genitor encontrava-se preso e, por isso, impossibilitado de arcar com os alimentos em prol do filho.

Em segunda instância, o recurso interposto pelo menor foi parcialmente provido para julgar procedente o pedido da exordial e condenar o réu ao pagamento de pensão alimentícia no importe de 30% do salário-mínimo.

Inconformado com a decisão, o genitor interpôs Recurso Especial alegando ter havido negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem. Além disto, requer o afastamento da condenação ao pagamento de alimentos, pois o alimentado não demonstrou o preenchimento dos requisitos do binômio necessidade-possibilidade, principalmente neste último, haja vista que o alimentante se encontra preso.

Em seu voto, o Ministro Relator fundamentou:

De início, rememora-se que o direito aos alimentos é um direito social previsto na Constituição da República de 1988 e está intimamente ligado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, remontando, ainda, ao conceito de mínimo existencial, porquanto inquestionável que os demais direitos fundamentais somente serão alcançados quando assegurado o direito básico aos alimentos. Ressalta-se, ainda, que a família passou a ser vista como um verdadeiro núcleo pautado pela afetividade, no qual se passa a vislumbrá-la não mais como família-instituição, mas como família-instrumento, pois é tratada como um meio para a concretização da

⁶⁹ RE 363889 / DF.

personalidade e da dignidade dos membros que a compõem, e não como um fim em si mesma⁷⁰.

Em outras palavras, o princípio da dignidade humana é invocado como razão de decidir, na maioria das teses encontradas atualmente neste ordenamento jurídico brasileiro, considerando que, a partir deste princípio, é possível o surgimento de novas regras para que o cidadão seja, de certa forma, mais protegido, evitando assim, maiores constrangimentos para a pessoa.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O artigo 1.513 do Código Civil dispõe: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Esse é o propósito do princípio da autonomia privada, que tutela as relações existenciais.

José de Oliveira Ascensão afirma que as pessoas têm de ser autônomas na realização dos seus fins. O autor defende que o Estado não pode substituir estas pessoas, mesmo que seja para impor o próprio bem delas, ou para prosseguir finalidades sociais⁷¹.

A autonomia privada é a liberdade de autorregulamentação negocial, ou seja, a liberdade que as pessoas têm de regular seus próprios interesses⁷². De acordo com Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, é um fenômeno que permite que o sujeito realize negócios jurídicos, principalmente contratos⁷³.

De acordo com José Ricardo Brandão Aguirre, a autonomia privada é um princípio essencial para o desenvolvimento das relações humanas, pois é considerado o alicerce básico da convivência social, caso contrário não haveria espaço para a autodeterminação das pessoas e, assim, ocasionaria o engessamento destas relações⁷⁴.

⁷⁰ REsp 1.886.554/DF

⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral - introdução, as pessoas, os bens**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Autonomia privada e direito de família: algumas reflexões**. Migalhas, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/350602/autonomia-privada-e-direito-de-familia--algumas-reflexoes-atuais>. Acesso em: 03 abr. 2023.

⁷³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 177.

⁷⁴ AGUIRRE, José Ricardo Brandão. **Responsabilidade por informações, conselhos ou recomendações nas relações entre particulares**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 35. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02082011->

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana serviu como um norte para os demais princípios, e, com isso, iniciou-se um processo de “despatrimonialização” do Direito de Família. O indivíduo passou a ser o centro da família e também da sociedade. Tal ideia multissecular trouxe a valorização do sujeito em relação ao objeto.

Um exemplo da existência do princípio da autonomia privada no âmbito do Direito de Família são os pactos antenupciais⁷⁵. A autonomia concedida aos nubentes permite que eles escolham um dos regimes de bens previstos no Código Civil, bem como optem por um regime misto. Esta livre escolha é permitida, desde que não disponha contra a lei.

Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochardo Teixeira defendem que a autonomia que visa assegurar os espaços de decisões pessoais em questões íntimas, torna-se cada vez mais importante, tendo em vista como estão as relações pessoais atualmente. Por exemplo, com a pluralidade das entidades familiares, há a necessidade de deixar livre que as pessoas escolham qual tipo de família cada um constituirá ou a forma mais adequada de exercer o planejamento familiar, desde que respeite as normas constitucionais e infraconstitucionais. Os autores afirmam que resguardar os espaços de maior intimidade do ser humano deve ser tratado como prioridade⁷⁶.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Este princípio encontra-se disposto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal⁷⁷. No capítulo destinado à família, há menção expressa a ele, quando se trata

115409/publico/Tese_de_Doutorado_Joao_Ricardo_Brandao_Aguirre_Versao_Integr.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

⁷⁵ De acordo com Maria Helena Diniz, o pacto antenupcial é firmado pelos nubentes, que são os interessados no seu regime de bens e considerados aptos a estipulá-lo, desde que tenham habilitação matrimonial. Como se admite em nosso direito, o casamento por procuração poderá ser firmado pelo mandatário, que, obviamente, se sujeitará ao estabelecido pelo mandante, pois, se foi investido de poderes especiais para o casamento sob o regime comunitário, não poderá adotar, mediante pacto, outro diverso *In*: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 5. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 62.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**, v. 6. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 14.

⁷⁷ Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

sobre o dever imposto à sociedade e ao Estado, bem como à criança, ao adolescente e aos idosos.

A solidariedade projetou-se para o mundo jurídico como uma categoria ética e moral e significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade; cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social⁷⁸.

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que, por sua vez, é a superação do modo de pensar e viver a sociedade, a partir da análise dos interesses individuais. Um evidente exemplo de solidariedade em prol dos filhos corresponde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta.

Conforme afirma Rolf Madaleno, a solidariedade é princípio oxigênio das relações familiares e afetivas, tendo em vista que estes vínculos somente podem se sustentar e se desenvolver se estiverem em um ambiente recíproco de cooperação entre os membros, com o objetivo de se ajudarem a todo momento⁷⁹.

A partir da Constituição Federal de 1988, que a solidariedade foi concebida como uma diretriz de conduta a ser seguida por todos, principalmente dentro do âmbito familiar, transformando, assim, o Estado em mais democrático e socialmente capaz de beneficiar todas as pessoas.

Conforme já informado, a solidariedade no âmbito familiar pode ocorrer de diversas formas, entre elas, o dever de solidariedade entre cônjuges baseado na mútua assistência, conforme artigo 1.566 do Código Civil⁸⁰.

Este dever de mútua assistência entre os cônjuges pautado pela solidariedade é aquele em que o bem-estar deve imperar para que os membros possam extrair uns

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. [s.d.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=Sob%20o%20ponto%20de%20vista,no%20di%20reito%20dever%20de%20solidariedade>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁷⁹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 101.

⁸⁰ Artigo 1.566 - São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

dos outros o melhor possível. Tal dever parece óbvio, pois tais atitudes são inerentes ao casamento. No momento em que as pessoas se casam, esse dever surge naturalmente. Sem a devida doação, o casamento não se desenvolve como deveria e sua função social não seria alcançada. O cônjuge solidário é aquele que potencializa as qualidades do seu parceiro e o incentiva, sempre em busca do melhor desenvolvimento da família.

Além deste dever, a aplicabilidade direta do princípio da solidariedade perfaz a obrigação alimentar, após o divórcio, como nos casos em que um dos cônjuges necessite de alimentos com o intuito de se recolocar no mercado de trabalho, por exemplo.

Destaca-se que nestas situações, a depender do caso concreto, há a necessidade de arbitramento de alimentos por um período determinado, ou seja, os alimentos transitórios. Mesmo após o divórcio, o dever de solidariedade entre os ex-cônjuges não se extingue após o fim do casamento, pois ele se impõe.

Em vista disso, verificam-se as diversas nuances em que tal princípio está presente, e se reitera sua importância como princípio fundamental para a construção e evolução constante da sociedade.

3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

Somente, a partir da Constituição Federal de 1988, que houve o devido destaque para o princípio da igualdade, seja entre homem e mulher ou entre filhos de qualquer origem.

A partir de então, houve uma grande transformação, uma vez que anteriormente a mulher era escanteada dentro das relações, fossem elas no âmbito familiar ou perante a sociedade. O Código Civil de 1916 preservava o homem proprietário, testador e contratante e, protegido pelo pátrio poder, tinha a liberdade para decidir, pois as relações eram desiguais.

Este princípio da igualdade entre gêneros foi elevado a um princípio fundamental e está presente no artigo 5º, inciso I e artigo 226, inciso I da Constituição Federal de 1988⁸¹.

O disposto nos artigos mencionados na Carta Magna, promulgada em 1988, pode ser considerado como uma reparação histórica em favor da mulher, tendo em vista que, a partir do instante em que a mulher conseguiu mudar a visão que o mercado concebia sobre ela, bem como se colocar como um sujeito de direitos, iniciou-se uma grande e importante mudança nos paradigmas sociais.

Apresenta-se também a igualdade entre os filhos, que do mesmo modo surgiu após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Está previsto no artigo 227, parágrafo 6º desta lei e presente no artigo 1.596 do Código Civil⁸².

Este princípio surgiu com o intuito de superar a antiga discriminação de filhos que existia no Código Civil de 1916, em seu artigo 332, que dispunha: “o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que este princípio veda a distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão, além disso, permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento, proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima e, por fim, veda designações discriminatórias relativas à filiação⁸³.

⁸¹ Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁸² Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Artigo 1.596 - Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 23.

Finalmente, há também a igualdade entre cônjuges e companheiros, tendo em vista que, se inexistente hierarquia entre casamento e união estável, não existe qualquer justificativa para que o Código Civil tenha atribuído deveres distintos entre eles.

A Constituição Federal de 1988 não desnivelou a união estável, ao determinar que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. Isto é uma opção ou poder potestativo, pois os companheiros são livres para participarem de sua entidade familiar da forma que melhor desejarem, com todos os direitos, ou convertê-la em outra, se também assim quiserem⁸⁴.

3.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Este princípio está presente no artigo 226, parágrafos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988⁸⁵ e pôde ser considerado uma mudança revolucionária acerca da compreensão do Direito de Família.

Cumprido destacar que o legislador apenas normatizou o que já existia em diversas famílias, contudo não encontravam, até então, proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da promulgação da Carta Magna, o modelo de família era único. Família era aquela que decorria do casamento, a chamada família matrimonializada. Após, verificou-se a inclusão de outras espécies de família, como a união estável e a família monoparental, com o intuito de romper com o modelo familiar fundado no casamento.

Apesar de parte da doutrina considerar o referido artigo como uma norma de clausura, ou seja, delimita as entidades familiares que são objeto de proteção do Estado, tal afirmação, contudo, não é adequada, dado que o artigo possui um rol exemplificativo. Logo, o legislador apenas apresentou exemplos de quais outros tipos de família poderiam ser considerados como entidades familiares.

É evidente que outros tipos de entidades familiares existem além daquelas já previstas e não, necessariamente, ligadas ao Direito. Rodrigo da Cunha Pereira afirma

⁸⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁵ Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

que: “A vida como ela é vem antes da lei jurídica”⁸⁶. A asserção é verdadeira, pois não é possível que a lei exponha todos os tipos de entidades familiares, pois há mudanças constantes na sociedade. A rapidez com que as mudanças ocorrem é diferente e mais veloz do que as mudanças realizadas pelas leis.

A fim de clarificar o narrado até então, verifica-se que em acórdão recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento conduzido pelo voto do desembargador relator Alcides Leopoldo, utilizou-se deste princípio para fundamentar uma de suas decisões. Eis a ementa:

UNIÃO ESTÁVEL – Reconhecimento da União Homoafetiva "Post Mortem" – Entidade familiar - A existência da união homoafetiva como entidade familiar, está presente em nosso ordenamento jurídico desde a vigência da Constituição Federal de 1988, ainda que o Supremo Tribunal Federal a tenha declarado apenas posteriormente, interpretando a norma constitucional – Caracterização – Reconhecida a união estável, o direito sucessório deve ser julgado pelo Juízo do Inventário, inclusive acerca do eventual direito real de habitação, se for o caso, sendo incompetente o Juízo Cível, e inadmissível a inovação recursal quanto ao reconhecimento do direito do requerente sobre a totalidade dos bens e exclusão da colateral, ou apreciar nestes autos a suspensão do processo do inventário – Recurso do autor desprovido e provida em parte a apelação da ré. (TJ-SP - AC: 10127410220218260008 SP 1012741-02.2021.8.26.0008, Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 21/07/2022, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/07/2022)⁸⁷

No caso em tela, demonstra-se que a ação versava sobre o reconhecimento de união homoafetiva “*post mortem*”, e o desembargador relator utilizou-se do princípio discutido para embasar sua decisão de considerar esta união como entidade familiar. Destaca-se que ele menciona que este tipo de família está presente desde 1988, apesar do Supremo Tribunal Federal ter referendado apenas posteriormente, dando assim, interpretação à norma constitucional.

É de suma importância destacar que uma parte da doutrina minoritária⁸⁸ considera como entidade familiar as famílias simultâneas ou paralelas, que são aquelas em que o homem, que é casado ou já vive em união estável, parte em busca de novos relacionamentos, sem deixar de lado aqueles já constituídos. Contudo,

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 199.

⁸⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1012741-02.2021.8.26.0008 SP 1012741-02.2021.8.26.0008. Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 21/07/2022, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709742903/inteiro-teor-1709743038>. Acesso em: 03 abr. 2023.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (Coord.) **Famílias paralelas**. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 01, 2014, p. 59.

cumprir destacar que tal posicionamento fere o princípio da monogamia e o dever de fidelidade, em regra, presentes nas relações entre cônjuges ou companheiros e que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal entendeu da mesma forma e negou direitos à estas famílias simultâneas, decidindo sobre o Tema 529 de Repercussão Geral (RE: 1.045.273/SE) “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia previsto no ordenamento constitucional brasileiro.”

A ementa dispôs:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserida no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Cumpra destacar que, apesar da tentativa de inclusão destas famílias simultâneas, estas não devem ser abarcadas pelas entidades familiares, pois afetaria a própria constituição da relação conjugal, o intuito das pessoas optarem por se unir para constituição da família.

Sendo assim, cabe destacar que, apesar de alguns doutrinadores defenderem o contrário, o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui características monogâmicas e suas leis seguem desta forma, não cabendo o reconhecimento de uniões simultâneas como entidades familiares.

Existem debates acerca de se considerar família e entidades familiares conceitos sinônimos ou não. A doutrina minoritária afirma que não são, pois devido à hermenêutica constitucional, nada que está na lei está exposto à toa, por isso, se o legislador mencionou os dois termos foi devido à diferença existente entre eles.

Este princípio se mostra relevante pelo fato de, caso não fosse considerado, estaria colocando as demais famílias em um lugar de proibição, de não reconhecimento e de ilegalidade. Portanto, tornou-se de suma importância que qualquer grupo, que se entenda como família e possua vínculo afetivo, seja representado de alguma forma.

3.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Este princípio não está expresso na Constituição Federal de 1988 como os demais. É considerado por grande parte da doutrina como implícito, contudo, não é unânime sua inclusão no rol de princípios advindos do Direito de Família.

Maria Helena Diniz considera ser um princípio decorrente do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar⁸⁹.

De acordo com Rolf Madaleno, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor. Devido a isso, a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, apenas

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 15.

variando na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto⁹⁰. Portanto, tal princípio fundamenta-se na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida presentes na família⁹¹.

Ricardo Calderón assevera tal informação ao argumentar que a partir daí, a ligação afetiva foi adotada como socialmente suficiente com o destaque para a frase “pai é quem cria”⁹².

O grande impulso deste princípio se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que já possuía valores consagrados e, assim, houve uma grande evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro. Com a afetividade, a família recuperou a função que existia em suas origens mais remotas, a de um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida⁹³.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Lara Antunes de Souza defendem que o afeto é um valor, em outras palavras, uma consideração ética de como a família deve ser. Afirmam que não há imperatividade jurídica, mas vinculação de diretriz moral de destaque e relevância. Por conseguinte, o afeto não pode ser utilizado isoladamente pelo Direito ou ser considerado vinculante para o genitor, pois ninguém tem a obrigação de amar e o Direito não tem poder de obrigar alguém a sentir afeto por outrem. Contudo, isto não significa que o afeto não tenha lugar no Direito. Como dito, a norma contém valores que devem ser considerados relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, defender o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva não traz o mesmo significado que defender o afeto como um valor jurídico. Os autores afirmam que: “O Direito não pode encampar valores sociais como normas, mas deve encampá-los nas normas, que são coisas bastante distintas”⁹⁴.

⁹⁰ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 106.

⁹¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p 76.

⁹² CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 3. ed. Belo Horizonte. Editora Forense. 2023. *E-book*.

⁹³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p 77.

⁹⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Lara Antunes de. Da afetividade à responsabilidade: o pretenso “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 398-419, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/68527417/Da_afetividade_%C3%A0_responsabilidade_o_pretenso_princ%C3%ADpio_jur%C3%ADdico_da_afetividade_no_Direito_de_Fam%C3%ADlia_frente_ao_princ%C3%ADpio_da_repara%C3%A7%C3%A3o_integral_DoI_10_5020_23172150_2012_p_398_419. Acesso em: 28 mar. 2023.

Entretanto, existem autores que discordam da transformação da afetividade em princípio. Caio Morau defende que os deveres sejam firmados sobre compromissos objetivos e não sobre sentimentos, no caso, o afeto. Ainda, declara que a afetividade diz respeito às percepções íntimas e subjetivas do indivíduo e o direito ocupa as relações sociais de maneira objetiva, devido a isto, para ele, soa inadequado o seu emprego principiológico⁹⁵.

De fato, verifica-se que o afeto deve ser considerado um sentimento e imputá-lo a uma norma, de maneira objetiva, talvez não seja a forma mais adequada, tendo em vista que pode transformar-se em uma forma arbitrária de obrigar a presença do afeto em todas as relações, o que deveria ser intrínseco, mas não é.

Fernando Simão pontua de forma bastante interessante:

Os afetos são ilimitados, mas aqueles que contam com a proteção jurídica o são e sempre serão. Se toda a forma de amor vale a pena (e vale), se qualquer forma de amor vale amar, com elas o direito pode não se preocupar, respeitando a autonomia privada, mas deixando de fora do alcance das normas do direito de família relações que ultrapassem os limites mínimos impostos ou determinados por lei⁹⁶.

Verifica-se que a concepção contemporânea da família é aquela ligada a um lugar que possibilita a realização dos afetos. Um lugar seguro em que os membros da família possam buscar o desenvolvimento de seus membros, potencializá-los e, assim, uni-los cada vez mais.

3.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

De acordo com Paulo Lôbo, este princípio significa que a criança deve ter seus interesses tratados como prioridade, pelo Estado, família e sociedade, além da elaboração de políticas públicas, conforme está disposto no artigo 227, caput, da Constituição Federal⁹⁷.

Segundo Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochardo Teixeira, a contar do momento em que o menor adquire discernimento, ele passa, de forma gradual, a ter

⁹⁵ MORAU, Caio. **Casamento e afetividade no Direito Brasileiro**: Uma análise histórico-comparativa. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 145.

⁹⁶ SIMÃO, Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s.l.], v. 1, p. 61-79, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/121/115>. Acesso em: 22 jul. 2023.

⁹⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 81.

direitos e deveres. Por isso, o princípio deve ser interpretado conforme o caso concreto, para realizar potencialmente os direitos fundamentais da população infantojuvenil⁹⁸.

No mesmo sentido, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior afirmam que este princípio é abrangente e propositivo com o objetivo de encaminhar pais, educadores, órgãos públicos e privados a agirem ativamente em prol dos menores e reconhecerem a situação privilegiada deles. Quanto ao convívio familiar, o princípio opera de maneira a encontrar a solução adequada a cada caso concreto, de acordo com a peculiaridade de cada membro da família envolvido na disputa judicial⁹⁹.

Porém, a origem deste princípio é encontrada no direito inglês e se vincula ao instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra e que servia como uma prerrogativa do Rei e da Coroa com o objetivo de proteger àqueles que não tinham autonomia para tal ato.

Tania da Silva Pereira assevera que, após a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que ocorreu em 1989, o Brasil incorporou, em caráter definitivo, este mencionado princípio em seu ordenamento jurídico, com características que norteiam as modificações das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente¹⁰⁰.

Cumprir destacar que antigamente, principalmente antes desta Convenção, a criança – inclui-se o adolescente – era considerada objeto de direito, isto é, apenas as crianças consideradas em situação de risco que eram protegidas pela lei, como crianças órfãs, por exemplo.

Caso houvesse algum tipo de conflito, o interesse primordial seria o dos genitores ou responsáveis, que ocupavam um lugar hierarquicamente superior a seus filhos menores. Com o passar dos anos, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) houve a inversão de papéis e a criança tornou-se sujeito de direitos,

⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Op. cit.*, p. 18.

⁹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. 2020. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

ou seja, a pessoa mais merecedora de tutela no ordenamento jurídico e com absoluta prioridade comparativamente aos demais membros da família¹⁰¹.

Desde a promulgação da Constituição Federal, a jurisprudência vem tentando aplicar o conceito deste princípio aos casos concretos. Em pesquisa meramente exemplificativa, perante o Superior Tribunal de Justiça, nos últimos dois anos, verificou-se que o princípio do melhor interesse da criança é sempre mencionado em litígios que versam sobre guarda, principalmente para justificar ou não a concessão da guarda compartilhada¹⁰².

Portanto, constata-se que este princípio, bem como os demais, foram adaptando-se aos fatos sociais que surgiam, a cada momento, exigindo, assim, o reconhecimento de novos direitos que garantissem o melhor interesse da criança, a convivência harmoniosa e o respeito entre os envolvidos¹⁰³.

3.8 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Estes princípios estão dispostos no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que declara: “§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

O planejamento familiar defende que o casal decida livremente sobre a concepção ou contracepção, cabendo ao Estado apenas propiciar políticas públicas com o objetivo de proteger este direito.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.565, igualmente, trata sobre o assunto. Nele está disposto que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”.

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁰² AgInt no AREsp 1927903 PR 2021/0200580-0; REsp 1911099 SP 2020/0323659-9; REsp 1838271 SP 2018/0273102-3; REsp 1878041 SP 2020/0021208-9.

¹⁰³ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2000, p. 202.

Acerca do princípio da paternidade (parentalidade) responsável, de acordo com Rafael Guimarães de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel, pode haver mais do que uma conotação. Primeiramente, em relação à autonomia da pessoa em ter ou não filhos e, assim, tornar-se “responsável” e a responsabilidade fática da relação paterno-filial, ou seja, o dever parental¹⁰⁴.

É evidente que os pais têm a obrigação de prover a assistência moral, material, intelectual e afetiva dos filhos. Cabe destacar que, atualmente, o princípio também é conhecido como parentalidade responsável, pois o cuidado com o filho deve ser de ambos os genitores.

Antigamente, este princípio era somente ligado aos pais, pois era mais comum que eles deixassem de prover a subsistência do filho, ao invés das mães e, devido a isso, houve a necessidade de transformar este princípio em norma constitucional com o intuito de evitar tal comportamento.

Ainda, cumpre mencionar o reconhecimento jurídico da multiparentalidade. Ela é uma das relevantes questões que decorre do reconhecimento jurídico da afetividade, sendo situações existenciais nas quais uma pessoa possui vínculo de filiação com dois ou mais pais (ou duas ou mais mães) concomitantemente¹⁰⁵.

O caso concreto que marcou a decisão do STF ocorreu em Santa Catarina, na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e, conseqüentemente, da análise da Repercussão Geral nº 622, foi aprovada a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

3.9 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. **Pequenos Escritos Interdisciplinares: Direito, Família, Sexualidade & Sociedade em conexões**, [s.l.], v. 2, p. 34, [201-?]. Disponível em: <https://www.famesc.edu.br/biblioteca/pesquisa-producao-cientifica/DIREITO,%20SEXUALIDADE%20E%20SOCIEDADE%20-%20V.%202.pdf#page=27>. Acesso em: 04 abr. 2023.

¹⁰⁵ CALDERÓN, Ricardo. *Op. cit.*

Este princípio está previsto no artigo 227, caput da Constituição Federal e artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também está expresso no artigo 1.513 do Código Civil.

É a relação afetiva duradoura entre os membros da família, em virtude dos laços de parentesco ou não, no ambiente comum¹⁰⁶. A convivência familiar é um direito fundamental e indispensável para a formação do ser humano.

É dentro do ambiente familiar que a criança e adolescente se veem inseridos e pertencentes de fato à uma família. A partir desta percepção, é que eles buscam sua própria identidade e começam a se preocupar com os demais membros. Não obstante, a participação e o convívio com a família extensiva são de suma importância para o menor, uma vez que, a partir desta fase, inicia-se o entendimento quanto à tradição familiar e criação do vínculo afetivo entre os parentes.

Ainda, em casos em que os pais não residem juntos, há o direito de visitas, nomeado como direito à convivência familiar, no caso do genitor que não possui a guarda.

Não obstante, é importante destacar que o direito dos membros a esta convivência familiar vai além da relação entre pais e filhos. Esta convivência mencionada também busca alcançar os idosos e os jovens.

À medida que exploramos os princípios fundamentais que norteiam o Direito de Família no capítulo anterior, torna-se evidente a importância de uma abordagem sensível e equitativa nas questões familiares. Esses princípios, que servem como alicerce para o entendimento das relações familiares e a tomada de decisões judiciais, são essenciais para a construção de um sistema de justiça que atenda às necessidades e valores das famílias.

No entanto, é crucial reconhecer que, em muitos casos, a complexidade das dinâmicas familiares e a natureza emotiva das questões envolvidas podem tornar a resolução de conflitos desafiadora por meio dos processos tradicionais de litígio. É precisamente nesse ponto que entram em cena os métodos adequados de solução

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 79.

de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem, que serão exploradas em detalhes neste capítulo.

Dessa forma, enquanto os princípios do Direito de Família orientam nossas perspectivas e moldam nosso entendimento, a aplicação eficaz desses princípios, regularmente, exige a consideração de abordagens alternativas que visam à resolução pacífica e eficiente dos conflitos familiares. Neste próximo capítulo, examinaremos como esses métodos adequados podem ser empregados para alcançar um equilíbrio entre a justiça e a harmonia nas relações familiares.

4 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Inicialmente, é importante destacar que a expressão “métodos alternativos de solução de conflitos” advém da correspondente homônima em língua inglesa “*alternative dispute resolution*” (ADR). Ela representa uma variedade de métodos de resolução de disputas distintos do julgamento que se obtém ao final de um processo judicial conduzido pelo Estado¹⁰⁷.

Contudo, há algum tempo vem se entendendo que, em muitos casos, tais métodos representam a função natural, adequada, legítima, efetiva e justa à disputa. Devido a isso, não é possível enquadrá-los em “alternativos”, mas sim “adequados” ou até “apropriados”.

Após esta pequena introdução acerca da nomenclatura, é imprescindível trazer a breve história destes métodos. Ao longo dos anos, a sociedade tem experimentado uma série de transformações significativas, particularmente, no que diz respeito às relações interpessoais. À medida que os seres humanos são compelidos a compartilhar espaços e coexistir uns com os outros, inevitavelmente, surgem conflitos.

A simples existência de um direito de cooperação entre as pessoas e os bens não foi e não é suficiente para dirimir os conflitos existentes, devido a isso surge a insatisfação, que é um fato antissocial, que afasta o indivíduo, independentemente, de ter ou não direito ao bem pretendido¹⁰⁸.

Nas civilizações primitivas, a primeira solução de conflitos foi a autotutela, método em que se buscava a justiça privada individual como forma de acerto de contas entre as partes. Nessa época, o Estado não era forte, por isso a autotutela era considerada uma alternativa viável às pessoas e suas respectivas famílias¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. Resolução de disputas: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de.; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Orgs). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. Curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 16.

¹⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 41.

¹⁰⁹ SILVA, Fernando Cunha. Importância da arbitragem para efetivação da justiça no Brasil. **Revista Jurídica Logos**, [s.l.], ano 7, n. 7, jun. 2014.

Depois da autotutela, surgiu-se a autocomposição¹¹⁰, que consiste no sacrifício total ou parcial de interesse de uma ou ambas as partes. Pertencem a este grupo, a desistência, a submissão e a transação.

Com o passar do tempo, a autocomposição, juntamente com os outros métodos pertencentes ao mesmo grupo, mostrou-se insuficiente para a solução dos litígios e, com isso, a resolução de tal desavença passou a ser entregue ao terceiro imparcial ao qual coube a solução. Surgiu, assim, a figura dos árbitros.

Os primeiros registros a respeito da arbitragem datam da civilização babilônica, aproximadamente 3000 anos antes de Cristo. Quando ocorria um litígio entre as pessoas, as formas de solução passavam pelo meio privado. Entretanto, a marca principal e mais utilizada era a resolução por meio da autotutela, como forma de vingança, já mencionada¹¹¹.

Na Grécia Antiga, a arbitragem era utilizada para soluções de conflitos entre cidades-Estado, as chamadas ligas enfitônicas e para conflitos privados. O árbitro era conhecido como “*diaitetai*”. Eram escolhidos pelas partes; poderiam ser um rei, um magistrado, um homem público¹¹².

A primeira menção à arbitragem no Direito Romano ocorreu na Lei das XII Tábuas; o árbitro era indicado pelo magistrado e considerado alguém com o desempenho para uma função cívica, conhecido como *arbiter*. Ele não era chamado para resolver o conflito, papel pertencente ao magistrado. Cabia-lhe apenas a aplicação do direito estabelecido pelo magistrado ao caso concreto, pela análise de suas circunstâncias fáticas. Sua atuação ocorria da mesma forma que a de um assistente da magistratura pública, visto que não fora nomeado pelas partes¹¹³.

¹¹⁰ Cumpre salientar que, além da autocomposição, existe a heterocomposição, que, nas palavras de Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, é a forma de resolução do litígio por meio da intervenção de uma pessoa que está fora do conflito original e que, ao fim e ao cabo, efetivamente apresentação a solução. Em vez de as partes isoladamente ajustarem o deslinde, o conflito é submetido a um terceiro, que toma decisão.

¹¹¹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação: Conciliação e negociação**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 58.

¹¹² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, conciliação e Tribunal Multiportas**. 8.ed. São Paulo, RT, 2020, p. 32.

¹¹³ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. O “Árbitro” na Antiguidade: Releitura crítica de uma história de arbitragem. **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.2, n.2, p. 11-40, jan-jun 2021.

O artigo 160 da primeira Constituição brasileira continha um dispositivo acerca da arbitragem, que possibilitava a nomeação de juízes árbitros nas ações cíveis e nas penais civilmente intentadas. Suas sentenças eram executadas sem recurso, se assim o convencionassem as partes¹¹⁴.

No direito moderno, há a presença da conciliação, negociação, mediação e arbitragem. Esta última somente logrou êxito de fato com a promulgação da Lei n. 9.307/96 em que foi instituída a Lei de Arbitragem. Antes dela, o referido instituto já se materializava no Brasil, embora sem regulação específica e apenas seguindo alguns parâmetros que já existiam em leis anteriores¹¹⁵ sobre outros assuntos.

A intensa busca pela utilização dos métodos adequados de soluções de conflitos incentivou a ampliação do acesso à justiça, antes demasiadamente caracterizado pela via jurisdicional.

De acordo com Ivan Aparecido Ruiz:

Entende-se que é equivocado pensar que o “Acesso à Justiça” só possa ser alcançado pela via da jurisdição estatal, pelo Poder Judiciário. Esse pensamento é verdadeiro, quando se está na presença da chamada jurisdição necessária, pois, neste caso, entende-se que a intervenção do órgão jurisdicional estatal é indispensável, cabendo a ele, portanto, a missão de pacificação social, enquanto Poder integrante da estrutura estatal e constitucional, e a mais ninguém. A palavra final na solução dos conflitos de interesses é dele. Aí se dá o chamado controle jurisdicional indispensável, necessário¹¹⁶.

É importante destacar que a busca pelo Judiciário sempre foi vista como a primeira opção para os indivíduos, e a consequência disto foi a beligerância entre as partes, além da morosidade processual e a dificuldade de solução desses litígios, tornando-se, assim, uma medida não atrativa, com demorada resolução e, na prática, ineficaz.

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

¹¹⁵ Constituição Imperial de 1824; Código Comercial de 1850; Código Civil de 1916; Código de Processo Civil de 1940 e 1973.

¹¹⁶ RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 10 maio 2023.

Kazuo Watanabe explica que o mecanismo amplamente utilizado pelo Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que ocorre por meio de sentença proferida pelo juiz. A prevalência desse critério, conhecido como a "cultura da sentença", resulta no aumento constante do número de recursos, o que explica o congestionamento não apenas das instâncias ordinárias, mas também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Além disso, observa-se um crescimento na quantidade de execuções judiciais, que são conhecidas por serem demoradas e ineficazes, representando um ponto fraco do sistema de Justiça¹¹⁷.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover elenca diversos motivos para a dificuldade ao acesso à Justiça:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros")¹¹⁸.

As dificuldades enfrentadas no momento em que as partes buscam o Judiciário, relacionam-se à qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e sua efetividade. Cândido Rangel Dinamarco afirma que não adianta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sem a modificação interna com o intuito de aprimorar a ordem processual, habilitando-a a oferecer, assim, resultados úteis e satisfatórios aos que buscam a demanda judicial¹¹⁹.

Desde a consolidação dos Estados modernos, difundiu-se a convicção de que o método mais apropriado para a resolução justa desses conflitos seria aquele

¹¹⁷ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo: RePro**, [s.l.], v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.) **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 114.

proporcionado pelo próprio Estado, por intermédio do sistema jurisdicional e do processo judicial¹²⁰.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 77,3 milhões de processos em tramitação, ou seja, aguardando uma solução definitiva. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Logo, se forem desconsiderados estes processos, havia em andamento, ao final do ano, o absurdo número de 62 milhões de ações judiciais¹²¹.

Em uma simples conta aritmética, o Brasil possui uma média de pouco mais de 5 milhões de proposituras de ações judiciais por mês. Isso reflete a fala acima, de que até nos dias atuais, o Judiciário é visto por muitos como o único meio viável para a solução de conflitos. A atuação de especialistas em demandas contenciosas é mais procurada do que em demandas preventivas. Há um evidente afastamento do público quando ocorre a menção a uma tentativa extrajudicial, frequentemente, menos custosa e vantajosa.

A cultura do litígio está enraizada de maneira tão contundente na sociedade, que as pessoas não procuram métodos que possam solucionar seus conflitos de modo fácil e objetivo. Insistem no confronto.

Em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2021. Houve aumento em 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em 2021, em relação ao ano anterior. Nesse indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais¹²².

Todavia, verifica-se um freio no aumento das demandas judiciais, que vinham crescendo desde 2009. Tal fato coincide com a evidenciação dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Em 2018, pela primeira vez, houve redução no volume de casos pendentes, fato que se repetiu por ainda mais dois anos, em 2019 e

¹²⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de Disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Aberto de.; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Orgs). *Op. cit.*, p. 13.

¹²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. E-book.

¹²² *Ibidem*.

2020. Ressalte-se que se vivenciou um período pandêmico, no qual todas as demandas de diferentes áreas foram afetadas e sofreram com mudanças. O Poder Judiciário vem registrando quedas constantes de processos em tramitação, revelando, aos poucos, um processo gradativo de “desjudicialização” das demandas.

Desde que houve o incentivo a outros métodos que poderiam suprir a lacuna deixada pela morosidade do Poder Judiciário, constatou-se certa autonomia destes novos métodos, cuja principal característica era o desligamento do sistema jurídico público.

A negociação, conciliação, mediação e a arbitragem são os meios mais usualmente conhecidos. Os três primeiros caminham na trilha da autocomposição, enquanto a arbitragem é um instrumento de heterocomposição.

4.1 TRIBUNAL MULTIPORTAS

O Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 125 de 29.11.2010 que trata sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

A esse Poder foi direcionada a função de garantir o acesso à justiça e, com isso, a tarefa de implantar e gerenciar os meios adequados de solução de conflitos, com o objetivo de distribuir a justiça e, assim, de alguma forma, poder desafogar o Judiciário.

A partir de então, houve a consolidação do Tribunal Multiportas no território brasileiro, acima mencionado, tendo em vista que é um sistema fornecido pelo Estado em favor da sociedade, com diversas alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, valorizando, especialmente, os mecanismos de pacificação, e não mais restringindo todo o processo na sentença judicial¹²³.

De acordo com Aline de Toledo Rossi, o conceito do Tribunal Multiportas é oriundo do direito norte-americano e consiste na ideia de que o Poder Judiciário possuiria inúmeras “portas” para solucionar os conflitos apresentados pela sociedade. Cada um dos métodos seria uma das portas, inclusive o Judiciário, lugar adequado

¹²³ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 64.

em inúmeros casos. A decisão adjudicada seria uma das portas, a conciliação outra porta, a mediação, outra, e assim por diante. Esse ponto de vista objetiva modificar a cultura já enraizada de que a única via possível para a solução de conflitos é o Poder Judiciário¹²⁴.

A Resolução mencionada ressalta que a eficiência do sistema operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário. Além disto, a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social e devido a isso, houve a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento a estes mecanismos¹²⁵.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho sustenta que com o amparo do Código de Processo Civil, o Sistema Multiportas se apresenta como uma solução possível e eficaz para efetivar o acesso à justiça. A partir do momento que os litigantes são menos adversários e mais cooperativos, há evidentes ganhos que podem até ultrapassar as partes envolvidas e ocasionar o fortalecimento da cidadania através da promoção da paz social, da justiça e da solidariedade, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹²⁶.

O comportamento do Judiciário demonstra a intenção de se preservar tais métodos no início do processo. O Código de Processo Civil, em seu artigo 3º ¹²⁷, parágrafos 2º e 3º dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos, bem como tais métodos sempre serão incentivados por juízes e outras partes importantes no curso do processo.

A Ministra Nancy Andrighi discursou neste sentido:

Insisto que devemos investir incessantemente, ainda que sob a forma de catequese, na imprescindível mudança de mentalidade dos Juízes de direito

¹²⁴ ROSSI, Aline de Toledo. Considerações sobre os aspectos legais da mediação e da conciliação judiciais. **Revista de Direito Privado**, [s.l.], v. 96, p. 251-269, dez. 2018.

¹²⁵ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 67.

¹²⁶ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC**. Migalhas, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 03 out. 2023.

¹²⁷ Artigo 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. *In*: BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial de Justiça. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

a quem serão direcionados eventuais pedidos de providências em favor da adoção de formas alternativas de solução de conflitos, porque o hábito que nos atrela ao formalismo e ao tecnicismo, que orientam o Código de Processo Civil, poderá frustrar os objetivos perseguidos pelos procedimentos diferenciados¹²⁸.

O acesso à justiça ainda é considerado um caminho tortuoso, visto que a morosidade e o elevado valor das custas processuais afastam o brasileiro do Judiciário, pois, na maioria das vezes, estes necessitam de celeridade em busca da demanda jurisdicional. Contudo, a política pública apresentada contribui para o desenvolvimento da conciliação e da mediação e incentiva a pacificação dos conflitos.

O Judiciário não possui mais condições de sustentar a quantidade de demandas propostas diariamente. Há a necessidade de que outros métodos ocupem espaços anteriormente vazios, conforme a Ministra Nancy Andrichi defende que este tempo seja lembrado pelo despertar de uma nova referência de vida, com o objetivo de pacificação social que requer uma mudança na mente e no coração para buscar, desse modo, uma humanização da Justiça¹²⁹.

4.2 NEGOCIAÇÃO

A negociação é um meio extrajudicial cabível para a solução de conflitos e ocorre quando as próprias partes buscam solucionar a controvérsia.

De acordo com Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, a negociação não apresenta necessariamente a figura de um terceiro alheio ao conflito, que atue de modo a melhor posicionar as partes. O que ocorre é a incursão de um conjunto de técnicas praticadas pelas próprias partes com o objetivo de se remediar uma situação de crise e oferecer a melhor resposta para o caso. A negociação, sob nenhum aspecto, é um fim em si mesma¹³⁰.

Neste sentido, Luiz Antônio Scavone Júnior afirma que a negociação pode ser conceituada como o conjunto de atos que visam a solução de conflitos das mais

¹²⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Formas alternativas de soluções de conflitos**, 2005. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20seccionado-formas%20alternativas%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos.doc. Acesso em: 01 maio 2023.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Op. cit.*, p. 21.

variadas espécies, como os conflitos pessoais, profissionais, políticos, diplomáticos, familiares, jurídicos, trabalhistas, empresariais, comerciais etc¹³¹.

Mas não é só. Francisco Gomes de Matos afirma que “negociar significa administrar emoções, prevenir e solucionar conflitos”. Ainda, assevera que esta técnica é resultante de um acordo e devido a isso, há a presunção da existência de uma base comum de interesses em razão da qual as pessoas são levadas ao diálogo. Sem ele, não há como iniciar uma negociação e assim inviabiliza a busca pelo resultado eficaz¹³².

Para o sucesso de uma negociação deve-se produzir um acordo sensato, se existir essa possibilidade de acordo; deve ser eficiente e aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton defendem que um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende os interesses legítimos das partes, na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes e é duradouro, além de levar em consideração os interesses da comunidade¹³³.

Apesar de a cultura do litígio ainda persistir com destaque, antes de propor uma ação, o foco deve ser na busca pela negociação, de modo que a abordagem preventiva ganhe força e evidencie os benefícios advindos de uma solução pacífica de conflitos, principalmente no âmbito do Direito de Família que será melhor abordado em futuro capítulo.

4.3 CONCILIAÇÃO

A conciliação envolve a intervenção de um terceiro imparcial, conhecido como conciliador, que atua na tentativa de resolver o conflito. O conciliador sugere possíveis soluções, mas não possui autoridade para impor sua decisão de forma compulsória sobre as partes, ao contrário de um árbitro ou juiz togado.

¹³¹ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: Mediação, conciliação e negociação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 277.

¹³² MATOS, Francisco Gomes de. **Negociação e conflito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 3.

¹³³ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Trad: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 22.

O papel do conciliador é propor uma transação. A atuação e a prática dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos são baseadas em uma série de valores pessoais que devem ser afastados para compreender e auxiliar as partes a encontrarem seu próprio caminho¹³⁴.

Nas palavras de Maria Lúcia Pizzoti:

Conciliação é uma forma nova, ágil e extremamente diferenciada de prestar-se a jurisdição, trazendo as partes para uma audiência. Na presença do conciliador, conversarão entre si e farão a proposta. Se aceita, a proposta é homologada no mesmo dia pelo juiz, pondo fim ao processo, sem que haja recurso ou qualquer tipo de burocracia¹³⁵.

A conciliação é uma alternativa viável para a solução dos conflitos, evitando, dessa maneira, o congestionamento do Judiciário, uma vez que as próprias partes buscam a solução para suas divergências. Ao optarem pela autocomposição, as partes têm maior probabilidade de resolver suas demandas. O conciliador desempenha o papel de facilitador, promovendo a aproximação e comunicação entre elas¹³⁶.

Ademais, na conciliação não há a intenção de investigar profundamente as origens e os sentimentos envolvidos na disputa judicial que permeiam as relações entre as partes. O foco está exclusivamente na solução do conflito em questão, de modo que as partes, juntamente com o conciliador, compreendam que o acordo é a melhor maneira de finalizar o processo¹³⁷.

No tocante à classificação da conciliação, ela poderá ocorrer de maneira judicial e extrajudicial. A primeira ocorre no curso do processo, melhor dizendo, a partir do momento em que as partes litigantes alcançam um acordo de vontades, este é homologado pelo juiz. Com o fim da ação e a sentença homologatória, torna-se um título executivo judicial.

Já a conciliação extrajudicial é a que se dá por meio de contrato, a que a lei designa por transação, em que os sujeitos de uma obrigação em litígio se conciliam

¹³⁴ GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 22.

¹³⁵ PIZZOTI, Maria Lucia *apud* GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 22.

¹³⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 43.

¹³⁷ HOTOTIAN, Andrea. Revisitando o instituto da mediação e da conciliação: Análise sob a nova ordem processual e social. **Revista de Processo**, [s.l.], v. 330, p. 417-439, 2022.

mediante concessões mútuas. Esse acordo nascendo, dar-se-á por escrito, com a assinatura dos envolvidos e ainda com duas testemunhas o assinalando. Será um título executivo extrajudicial¹³⁸.

Percebe-se que as conciliações judiciais são mais comuns do que as extrajudiciais, pois o processo litigioso recebe maior atenção do que o processo preventivo. No início, as pessoas costumam buscar ações judiciais e, posteriormente, durante o curso do processo, tentam chegar a um acordo.

No entanto, verifica-se um incentivo por parte do Poder Legislativo e do Poder Judiciário para se promover o aumento do uso da conciliação, uma vez que se trata de um método mais célere e que proporciona resultados imediatos, tendo em vista que encerra o litígio.

4.4 MEDIAÇÃO

A mediação consiste em outro meio adequado de soluções de conflitos, em que um terceiro imparcial atua na facilitação da comunicação entre os envolvidos com o objetivo de que eles possam, a partir da percepção estendida da situação de fato, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. Não obstante, esta técnica configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa, diferentemente da arbitragem¹³⁹.

Neste sentido, Francisco José Cahali afirma que “a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.”¹⁴⁰

Glaucia Falsarella Foley e Flávio Croce Caetano esmiúçam as características que diferem a mediação da conciliação. O mediador, diferentemente do conciliador, não auxilia as partes e nem as direciona para um acordo. Neste método é imprescindível que seja promovida uma reflexão sobre as circunstâncias do conflito e com isso, iniciar um diálogo entre os envolvidos. Segundo eles, a partir do momento em que as partes percebem o protagonismo que lhes é conferido, na busca da

¹³⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Meios extrajudiciais de solução de conflitos:** manual dos MESC's. 2. ed. Barueri: Manole, 2022, p. 51.

¹³⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 189.

¹⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 89.

construção do consenso, “a mediação empodera e emancipa, na contramão da nossa cômoda cultura de terceirizar problemas para que alguém mais sábio ou mais habilitado resolva para nós”¹⁴¹.

O mediador é um coordenador dos trabalhos, além de instigar as partes a desenvolver a dialética e comunicação e permitir que discutam sobre aquilo que não vinha sido dito, fornecendo assim elementos para reconhecer valores relevantes à análise da relação. Ainda, deve haver a sensibilidade do mediador para identificar a real origem do conflito e com isso, ter a capacidade de levar as partes a esta percepção, para que o novo olhar acarrete a uma mudança de comportamento que facilite na solução da controvérsia¹⁴².

Em muitos casos a sentença judicial não favorece nenhuma das partes e, devido a isto, a mediação ocupa um espaço de suma importância pois tem o condão de garantir o acesso à justiça, bem como pode ser considerado um mecanismo que também pode se somar à atividade jurisdicional¹⁴³.

Essa tendência reflete uma mudança positiva na abordagem dos conflitos, priorizando o entendimento mútuo e a busca por acordos, em vez de depender exclusivamente do litígio e do sistema judicial. O equilíbrio entre abordagens consensuais e litigiosas promove a flexibilidade e a adaptabilidade no tratamento de disputas, resultando em uma busca mais eficiente por soluções justas e adequadas para as partes envolvidas.

Sob a mesma ótica acima apresentada, Ana Carolina Squadri explica a real posição que a mediação ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, pois equilibra a relação entre o consensual e o litigioso. Ela afirma que "o Judiciário brasileiro está entre os dois sistemas, tendo em vista que, com uma mão soluciona a controvérsia

¹⁴¹ FOLEY, Gláucia Falsarella; CAETANO, Flávio Croce. **Justiça para todos** – Juíza Gláucia Falsarella Foley e Flávio Croce Caetano. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/justica-para-todos-2013-juiza-glaucia-falsarella-foley>. Acesso em: 19 maio 2023.

¹⁴² CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁴³ MACHADO, Anna Catharina Fraga. A mediação como meio eficaz de solução de conflito. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

por intermédio da coerção e, com a outra, procura remediar os conflitos por meio do consenso entre as partes.”¹⁴⁴

A mediação é frequentemente empregada nos conflitos relacionados às relações familiares, uma vez que as partes possuem um vínculo pré-existente antes da ocorrência do problema a ser solucionado. A principal distinção entre a mediação e a conciliação reside no fato de que o objetivo do terceiro imparcial, nesse método, é atuar como um facilitador do diálogo, enquanto o conciliador busca soluções para a resolução da demanda.

O efetivo destaque concedido à mediação no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, conforme já mencionado com a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça que a tratou como uma política pública e introduziu o Tribunal Multiportas.

Com a Resolução houve a criação de uma rede de tratamento adequado dos conflitos, com regras bem definidas para a implantação e funcionamento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, além da exigência de capacitação dos conciliadores e mediadores.

Contudo, é importante destacar que existe também a mediação privada, que ocorre da mesma forma que a mediação judicial, só que se realiza longe do Judiciário.

Este tipo de mediação possui vantagens em comparação à mediação judicial, como evitar a judicialização do conflito, busca de soluções mais rápidas, maior controle pelas partes, custos previsíveis e controlados, privacidade e autonomia da vontade.

Cumprido destacar que a mediação privada pode ser realizada, a qualquer momento, e não inviabiliza o acesso ao Judiciário, caso seja necessário. Existem duas formas de utilização da mediação privada, quais sejam, a mediação *ad hoc* e a mediação institucional.

A primeira é aquela em que as próprias partes procuram diretamente um mediador capacitado para conduzir todo o procedimento, sem a participação de

¹⁴⁴ SQUADRI, Ana Carolina. Mediação Judicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 269.

câmaras de mediação. A segunda forma ocorre quando as partes interessadas buscam uma câmara ou um centro privado de mediação.

A partir do momento em que se verifica que a principal proposta é a modificação da cultura da sentença para a cultura do consenso, é imprescindível que as pessoas deixem de acreditar que somente sob o manto do Estado, dentro da estrutura do Poder Judiciário, é possível resolver os conflitos. Se não, o Poder Judiciário continuará sobrecarregado. O Estado continuará arcando com todas as despesas dessa judicialização. E os contribuintes continuarão a financiar a máquina estatal¹⁴⁵.

4.4.1 A Lei 13.140/2015

O ápice do fortalecimento deste método ocorreu com a promulgação da Lei 13.140/2015 que trata sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Cumprir destacar que a ideia de estabelecer em lei a mediação não é nova. A partir da década de 90, algumas regras esparsas mencionavam a utilização da mediação especialmente na área trabalhista¹⁴⁶. Apesar de sua baixa aplicabilidade, a sensibilização sobre a pertinência da mediação começou a ser sentida por força de diversas contribuições doutrinárias¹⁴⁷.

Em 2013, o Senado, mantendo a base do PLS nº 517/11¹⁴⁸, acrescentou vários pontos de dois novos projetos, o PLS nº 405/13¹⁴⁹ e o PLS nº 434/13¹⁵⁰. Desse conjunto

¹⁴⁵ RENNÓ, Leandro; GONÇALVES, Ana Maria Maia. **As vantagens da mediação privada**. Migalhas, 23 nov. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269610/as-vantagens-da-mediacao-privada>. Acesso em: 07 out. 2023.

¹⁴⁶ A mediação no âmbito trabalhista era prevista no Decreto 1.572, de 28 de julho de 1995. Além disto, a Medida Provisória n. 1.950-70/2000 também tinha previsão, bem como a Medida Provisória n. 1.982-76/2000, no artigo 4º, ao dispor sobre impasses na participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, indica a utilização dos mecanismos de mediação e arbitragem para a solução do litígio.

¹⁴⁷ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

¹⁴⁸ Projeto de Lei do Senado que instituía e disciplinava o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos.

¹⁴⁹ Projeto de Lei do Senado que dispunha sobre a mediação extrajudicial.

¹⁵⁰ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 434, de 2013**. Dispõe sobre a mediação. 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114908>. Acesso em: 08 jun. 2023.

de esforços resultou o PLS nº 517/11¹⁵¹ que seguiu para a Câmara dos Deputados no final de 2013 e que ali tramitou como PL nº 7.169/2014. Após a aprovação de algumas emendas, houve o retorno ao Senado no ano de 2015. Foi aprovado em regime de urgência pelo Senado e após sanção presidencial, converteu-se na atual Lei da Mediação¹⁵².

A referida Lei n. 13.140/2015¹⁵³ trata sobre a mediação entre particulares como outro meio de solução de controvérsia além da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Muitos são os princípios norteadores da mediação. Há evidente preocupação do legislador quanto à questão principiológica haja vista que sempre houve menção a eles, seja na Resolução n. 125/2010, na Lei n. 12.140/2015 e também no Código de Processo Civil.

A lei traz em seu artigo 2º os princípios que deverão orientar a mediação (também podem ser aplicados na conciliação), quais sejam, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, busca de consenso, confidencialidade e boa-fé. Cumpre salientar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 166 também expõe os mesmos princípios.

Ainda, o artigo 3º e seus parágrafos da lei especial ora comentada dispõem que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, quais sejam, questões de família. Tal mudança foi necessária em razão dos êxitos obtidos em sessões de mediação em conflitos familiares. No parágrafo 2º há a determinação de que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

¹⁵¹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011**. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>. Acesso em: 08 jun. 2023.

¹⁵² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 68.

¹⁵³ BRASIL. **Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

Além disso, o parágrafo primeiro deste artigo alerta que a mediação pode versar sobre todo o conflito ou apenas parte dele, da mesma forma que já ocorre no procedimento arbitral.

Com a promulgação da lei nota-se um grande avanço no aparato legislativo brasileiro, pois houve uma melhor estruturação da mediação como um método alternativo para solução de controvérsias, ocasionando melhores condições para sua aplicabilidade¹⁵⁴. Contudo, a possibilidade dos direitos indisponíveis admitirem transação com a concordância do Ministério Público no âmbito da mediação inicia um questionamento sobre uma interpretação extensiva que permita o mesmo comportamento acerca da arbitragem, que será melhor discutido no capítulo a seguir.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que os acordos feitos referentes à direitos indisponíveis transacionáveis podem ser alcançados nas vias judicial e extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial este não produzirá os efeitos, sendo assim, “a homologação é condição da eficácia do acordo”¹⁵⁵.

O artigo 23¹⁵⁶ da referida Lei tem pertinência direta com o artigo 3º, parágrafo segundo, porque trata sobre o pacto de mediação. Neste artigo, há a possibilidade de inserção de cláusula contratual em que as partes se comprometam a não iniciar o procedimento judicial ou arbitral por certo prazo ou até o implemento da condição. É o escancaramento da técnica da advocacia colaborativa.

Com tal cláusula, pode ser alegado que o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional fica comprometido, contudo, é importante destacar que no parágrafo único do artigo mencionado tal fato não se aplica às medidas de urgência

¹⁵⁴ DUTRA, Maristela Aparecida. **Arbitragem para solução de conflitos no direito de família**. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2018, p. 89. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21161/2/Maristela%20Aparecida%20Dutra.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

¹⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Art. 3º. *In*: XAVIER CABRAL, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe. (coords.) **Lei de Mediação Comentada Artigo por Artigo**. Dedicado à memória da professora Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 24.

¹⁵⁶ Artigo 23 - Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

em que o acesso ao Judiciário é imprescindível a fim de se evitar o perecimento do direito.

A mediação judicial, ela está prevista no artigo 24¹⁵⁷. A obrigatoriedade da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos já estava prevista na Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Para compreender o papel destes centros judiciários é de suma importância entender o conceito do acesso à justiça. De acordo com Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi, o acesso à justiça, que se encontra no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, deve ser interpretado não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas também como uma garantia à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada¹⁵⁸.

Ainda, os autores defendem que os cidadãos devem ser ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsia com outros, mas também em situações que impedem o pleno exercício da cidadania¹⁵⁹.

Portanto, a criação do CEJUSC visava a facilitação ao acesso à uma justiça eficiente, além da necessidade de prestação de serviço de qualidade com o principal objetivo de ampliar a utilização dos métodos consensuais de solução de controvérsias.

4.5 PRINCIPAIS PONTOS ACERCA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Neste tópico tratar-se-á sobre os pontos mais importantes acerca da conciliação e mediação presentes no Código de Processo Civil.

A Lei de Mediação é contemporânea ao Código de Processo Civil tendo em vista que ambos foram criados em 2015. O CPC é datado de 26 de março de 2015 e

¹⁵⁷ Artigo 24 - Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁵⁸ WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. Art. 24. *In*: XAVIER CABRAL, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe. (coords.) *Op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

a lei de mediação é de 26 de junho de 2015. Contudo, esta última entrou em vigor antes (dezembro de 2015) daquele (março de 2016).

Ao analisar a exposição de motivos do referido Código percebe-se que o objetivo da legislação processual era a efetivação, a própria eficiência do processo, amparada nos valores da Constituição Federal, como forma de possibilitar a devida segurança ao acesso à Justiça, respeitando, assim, as garantias processuais já sedimentadas e conquistadas pelo ordenamento jurídico¹⁶⁰.

Já havia a preocupação do legislador com o aumento da demanda judicial e na tentativa de um desafogamento do Judiciário, os juristas da comissão alertaram:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais¹⁶¹.

É evidente a preocupação do referido Código quanto ao incentivo aos meios adequados para a solução dos conflitos, evitando assim a propositura de ações perante o Judiciário em razão do que houve uma transformação de mentalidade. Logo em seu artigo 3º ¹⁶², parágrafos 2º e 3º, houve a valorização de tais meios, tendo em vista que está disposto que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; ali também se determinou que estes métodos sejam estimulados pelos operadores do direito, inclusive no curso do processo judicial.

Além do incentivo aos métodos adequados, nota-se o acolhimento à cultura da pacificação no artigo 6º, em que dispõe que todos devem colaborar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Não obstante, o artigo 139, em seu inciso V, também do Código de Processo Civil, reforça que o juiz deve promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

¹⁶⁰ HOTOTIAN, Andrea. *Op. cit.*, 2022.

¹⁶¹ EXPOSIÇÃO de motivos do Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

¹⁶² BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 maio 2023.

Já no artigo 165, *caput* determinou-se a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, tais centros são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além do desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Nota-se, novamente, a reiteração do incentivo à autocomposição, já mencionado no artigo 24 da Lei de Mediação no tópico acima.

O parágrafo 4º do artigo 166 dispôs sobre a livre autonomia dos interessados, tendo em vista que a autocomposição é uma opção para a solução dos conflitos, não podendo ser imposta. O respeito à autonomia privada é requisito essencial e ninguém pode ser obrigado a ingressar ou permanecer em mediação¹⁶³.

Outra importante mudança que ocorreu no Código foi a integração do mediador e do conciliador ao sistema processual e estrutura do Poder Judiciário, como auxiliares da justiça¹⁶⁴. Tal fato demonstra que os facilitadores assumem o ônus e o bônus da inclusão.

Os ônus podem ser considerados como algumas restrições previstas aos conciliadores e mediadores de atuação como advogados em juízos que desempenhem suas funções. Além disso, a impossibilidade de serem árbitros e testemunhas, bem como de representar ou patrocinar qualquer das partes em relação à qual atuado como mediador no prazo de um ano a contar do término da última audiência.

Já os benefícios trazidos com a integração dos mediadores e dos conciliadores são a remuneração da atividade realizada, bem como a possibilidade de maior capacitação e de agregar maior conhecimento em prol da sociedade que utilizará a mediação ou a conciliação.

É imprescindível que os conciliadores e mediadores sejam capacitados, pois, assim, há uma evidente melhora no serviço prestado, possibilitando que mais pessoas tenham acesso à justiça de forma eficiente.

Por fim, deve-se destacar o artigo 334 do Código de Processo Civil que trata da obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou mediação. O artigo

¹⁶³ ROSSI, Aline de Toledo. *Op. cit.*, 2019.

¹⁶⁴ CAHALI, Francisco José. CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 76.

prevê que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação.

Há discussão acerca de tal obrigatoriedade. Alguns doutrinadores afirmam que sua imposição na fase inicial contribui, em tese, para a economia processual, pois se o acordo for feito, o processo necessariamente se extinguiria¹⁶⁵.

Neste sentido, Elpídio Donizetti:

O seu efeito prático reside na possibilidade de composição entre as partes sem a necessidade de prévia apresentação de resposta pelo réu, o que, sem dúvida, incentiva o diálogo e aumenta as chances de solução amigável, porquanto na maioria das vezes a peça de defesa apenas acirra os ânimos e instiga o prolongamento do litígio¹⁶⁶.

Por outro lado, os críticos à obrigatoriedade, como Daniel Amorim Assumpção das Neves, afirmam que não há sentido lógico ao obrigar-se a presença das partes em uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação. Assevera que determinar uma sanção para devido ao não-comparecimento atenta contra o constitucional direito de ir e vir e cria um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido. Além disso, a realização de maneira obrigatória das audiências poderá congestionar a pauta de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento¹⁶⁷.

4.6 MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A mediação familiar consiste em uma intervenção orientada a assistir as famílias na reorganização da própria relação familiar, seja para evitar o divórcio, seja para tratar da partilha de bens ou dos alimentos, ou ainda de guarda e ou visitas, ou até mesmo de desavenças cotidianas. Suas principais finalidades são: oferecer um contexto de maior estruturação à família no qual o mediador apoie os familiares na

¹⁶⁵ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e o princípio da cooperação. *In*: RODAS, João Grandino et al. *Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. Curitiba: Prismas, 2018, p.17.

¹⁶⁶ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 305.

¹⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção das. **Novo Código de Processo Civil: Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 241.

gestão do conflito com a vantagem de poder negociar o acordo e procurar soluções mais apropriadas à especificidade de sua situação¹⁶⁸.

Neste mesmo sentido, afirma Lisa Parkinson:

A mediação familiar é usada, basicamente, para ajudar casais em vias de separação, a chegarem a um acordo mutuamente aceitável. Todos os membros da família devem ser levados em consideração - crianças, adolescentes, avôs, avós e, ainda, padrastos e madrastas. A mediação ajuda os membros da família tanto nos momentos de crise quanto nos momentos de transição, melhorando a comunicação entre eles e fazendo com que os acordos sejam estabelecidos e as relações mantidas, especialmente entre pais e filhos¹⁶⁹.

O artigo 694 do Código de Processo Civil regulamenta o procedimento adequado nas ações de família e destaca que todos os esforços serão empreendidos para solução consensual da controvérsia, devendo o juiz, inclusive, dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Verifica-se a preocupação do legislador em solucionar a resolução consensual de conflito acerca do Direito de Família, tendo em vista o relacionamento das partes. A mediação busca o restabelecimento da relação minimamente saudável entre as partes. Ainda, o artigo 696 dispõe que serão realizadas quantas sessões de mediação forem necessárias para dirimir o conflito¹⁷⁰.

O desassossego do Judiciário em buscar alternativas para que os conflitos se resolvam de forma mais sadia e menos traumática principalmente em casos que envolvem relações familiares só beneficia o relacionamento entre as partes, além de desafogar, na maioria das vezes, o próprio Judiciário, evitando assim demandas que causam morosidade e grandes custas.

A mediação familiar tem se expandido no mundo inteiro e vêm obtendo excelentes resultados. Seja como uma forma de prevenir a propositura da ação e assim atuando no espaço extrajudicial, como um filtro, com o intuito de reflexão dos conflitos, evitando confrontos destrutivos a longo prazo, assim como ajudando a melhorar a comunicação entre os envolvidos. Nos casos em que o litígio já está

¹⁶⁸ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e conciliação**. 4 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019, p. 128.

¹⁶⁹ PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 39.

¹⁷⁰ ROSSI, Aline de Toledo. *Op. cit.*, 2019.

instalado, ela permite uma reavaliação do conflito e imprime a possibilidade de novos rumos para a vida de todos¹⁷¹.

4.7 ARBITRAGEM

A arbitragem é uma alternativa privada para solução de conflitos pela qual uma ou mais pessoas recebem seus poderes de uma convenção privada, sem intervenção estatal, cuja decisão assume a mesma eficácia da sentença judicial. É colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor¹⁷².

Dario Moura Vicente sustenta que a arbitragem é uma forma de administração da justiça que se distingue daquela administrada pelos tribunais estaduais, fundamentalmente pelo fato de que a base da jurisdição dos árbitros - pelo menos no caso da arbitragem voluntária - é o consentimento das partes em disputa¹⁷³.

De acordo com Francisco José Cahali, a arbitragem deve ser considerada um meio adequado de resolução de disputa, no qual, as partes capazes e de comum acordo, diante do litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro ou um colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial¹⁷⁴.

Neste mesmo sentido, defende Luiz Antonio Scavone Júnior:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida¹⁷⁵.

Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Marcelo Mazzola sustentam que a arbitragem é uma forma alternativa de resolução de conflitos que ocorre de forma

¹⁷¹ GALANO, Mônica Haydée. Mediação Familiar. In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. Conciliação e Mediação: ensino em construção. (Orgs.) 2 ed. São Paulo: IPAM, 2019, p. 645.

¹⁷² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307-96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

¹⁷³ Na versão original: Arbitration is a form of administration of justice that is distinguished from that administered by State courts fundamentally in that the basis of the arbitrators' jurisdiction – at least in the case of voluntary arbitration – is the consent of the parties in dispute. VICENTE, Dário Moura. **Requirements for the enforceability of arbitral awards: a comparative overview**. Cambridge Handbook of judicial control of arbitral awards, Cambridge University Press, 2020, p. 84-96.

¹⁷⁴ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁵ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: Mediação, Conciliação e Negociação. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 02.

paralela à jurisdição estatal. Os autores consideram vias distintas, autônomas e independentes, mas que se interconectam em algumas situações. Consideram uma rede jurisdicional colaborativa¹⁷⁶.

Já José Antônio Fichter, Sérgio Nelson Manheimer e André Luís Monteiro defendem que qualquer conceituação acerca da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro deverá fazer referência a quatro elementos fundamentais, quais sejam, o meio de solução de conflitos, o respeito à autonomia privada entre as partes, o poder de decisão do árbitro e a coisa julgada material¹⁷⁷.

As disposições legais acerca da arbitragem estão previstas na Lei 9.307/96¹⁷⁸, além das modificações trazidas pela Lei 13.129/2015¹⁷⁹ que ampliou o âmbito da arbitragem e dispôs sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral, entre outras mudanças.

4.7.1 A evolução da arbitragem no Brasil

Em solo brasileiro, a arbitragem surgiu pela primeira vez, na Constituição de 1824 (Constituição do Império) em seu artigo 160¹⁸⁰ ao estabelecer que as partes podiam nomear juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem.

Em 1850, o Código Comercial¹⁸¹ também mencionava a arbitragem como um meio adequado de soluções de conflitos e era considerada prática mandatória em alguns casos específicos.

¹⁷⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; MAZZOLA, Marcelo. *Op. cit.*, p. 279.

¹⁷⁷ FICHTER, José Antônio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 30.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília-DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

¹⁸⁰ Artigo 160 - Nas cíveis, e nas penaes (*sic*) civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

¹⁸¹ BRASIL. **Decreto No 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. Disponível em:

Em 1916, o Código Civil previu o estabelecimento do procedimento arbitral. Já em 1934, na Constituição Federal¹⁸² (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil) assegurava à União a competência para legislar sobre as regras que disciplinavam a arbitragem.

Já no Código de Processo Civil, em 1973, havia a previsão da convenção de arbitragem e do compromisso arbitral como forma de extinção do processo, mais precisamente no artigo 267¹⁸³.

Somente a partir da Constituição de 1988 que a arbitragem começou a tornar-se um princípio fundamental para a solução de litígios de forma pacífica. Ainda assim, ela era mais utilizada em contratos internacionais assinados no Brasil, tendo em vista que no exterior já era um instituto utilizado com maior frequência.

A Lei de Arbitragem trouxe inovações ao regramento anterior, no caso, o Código Civil de 1916, como conferir à jurisdição arbitral sua independência, dispensando, assim, a homologação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral. Além disso, a sentença arbitral possui caráter de título executivo extrajudicial.

Ainda, a referida lei confere à cláusula compromissória a força vinculante, o que impede o acesso à jurisdição estatal, a partir do momento em que as partes optam pela arbitragem. Esta é outra inovação que anteriormente não estava prevista.

Em pesquisa realizada em 2022 por Selma Ferreira Lemes referente ao biênio 2020/2021 com as oito câmaras arbitrais mais conhecidas do Brasil restou demonstrado que houve um aumento no número de arbitragens entrantes de 2019 para 2020, de 289 para 333, um aumento de 15,22%. De 2020 para 2021, houve uma diminuição 333 para 322, uma diminuição de 3%¹⁸⁴.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm#:~:text=Determina%20a%20ordem%20do%20Juizo%20no%20Processo%20Commercial. Acesso em: 07 out. 2023.

¹⁸² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 07 out. 2023.

¹⁸³ Artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VII - pelo compromisso arbitral; VII - pela convenção de arbitragem.

¹⁸⁴ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em números**. Pesquisa 2020/2021 realizada em 2022. Disponível em: https://infograficos-est.valor.com.br/pdf/2022_08_16_PESQUISA_Final.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

No que concerne às arbitragens em curso no período de 2019 a 2021, registrou-se um aumento de 967 para 1047 casos, correspondendo a um incremento de 7,99%¹⁸⁵. Tais dados evidenciam inequivocamente um crescente interesse na utilização da arbitragem ao longo desses anos, fenômeno este atrelado, em grande medida, à crescente notoriedade que o referido instituto vem alcançando. Todavia, é imperativo ressaltar a considerável discrepância entre os números que caracterizam o Poder Judiciário em comparação com os da arbitragem.

Diante desse contexto, destaca-se a importância de reconhecer que a arbitragem não deve ser encarada como um método destinado a aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário. Pelo contrário, sua função precípua reside em oferecer alternativas para a resolução de conflitos, apresentando-se como um meio distinto e eficaz, porém complementar, ao sistema judiciário tradicional.

4.7.2 Características da arbitragem

Este instituto possui algumas características peculiares como a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo como o litígio será resolvido; possibilidade de escolha do árbitro pelas partes; a celeridade e a economia processual dos procedimentos; confidencialidade; título executivo judicial formado pela sentença arbitral e utilização do instituto apenas, para direitos patrimoniais disponíveis por pessoas capazes de contratar¹⁸⁶.

Inicialmente, é importante tratar sobre a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes, conforme artigo 2º¹⁸⁷ da Lei de Arbitragem, que evidentemente preconiza a maior autonomia da vontade das partes. Além da escolha do árbitro, as partes poderão optar pelo procedimento mais adequado e pelo direito material a ser aplicado na solução do litígio.

Yuri Maciel Araújo afirma que esta liberdade conferida às partes é tão ampliada, que não somente podem eleger a sede, o idioma, os julgadores e o procedimento a

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ DUTRA, Maristela Aparecida. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁸⁷ Artigo 2º - A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

ser adotado (tendo a faculdade de optar, inclusive, por lei processual específica), como, no plano do direito substantivo, têm a prerrogativa de escolher, de comum acordo, a própria lei material que incidirá sobre a controvérsia, “desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, conforme parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Arbitragem¹⁸⁸.

As partes podem livremente escolher a legislação que irá regular a questão de fundo da arbitragem, e sua simples escolha não pode ser considerada uma ofensa à ordem pública. Pedro Batista Martins sustenta:

A lei escolhida ou o mero exercício da opção, não viola, necessária e antecipadamente, os bons costumes e a ordem pública. O que pode vir a violar tais princípios é a decisão proferida pelo árbitro com base na lei escolhida pelas partes. A lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública ou aos bons costumes. Sua aplicação que poderá violar estes pressupostos do direito¹⁸⁹.

É importante destacar que a partir do momento em que a sentença arbitral é proferida em outro país, ela não produz efeitos, imediatamente, os mesmos efeitos que uma sentença prolatada no Brasil. Há a necessidade de homologação da referida sentença alienígena conforme disposto no artigo 34¹⁹⁰ da lei. Ainda, o julgamento da referida ação de homologação se dá por delibação, em que a análise da corte é limitada à forma e não se avalia o mérito do decidido.

Em casos de não respeito à ordem pública, a sentença arbitral poderá ser anulada.

Além disso, o procedimento arbitral é considerado mais flexível comparado ao procedimento jurisdicional. Tal característica é primordial para o instituto da arbitragem ser considerado mais vantajoso e mais célere do que a propositura de demandas judiciais, em muitos casos.

A flexibilidade mencionada é um dos caminhos para a busca da decisão final de forma satisfatória, de forma que se possa gerar paz social e eliminar de forma definitiva o conflito em questão. Assim, o fato de os sujeitos não estarem limitados a

¹⁸⁸ ARAÚJO, Yuri Maciel. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁹ MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.

¹⁹⁰ Artigo 34 - A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei; Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

um rito burocrático e formal e terem ampla liberdade para expor suas razões, contestar as teses contrárias e produzir todas as provas necessárias à instrução do feito, facilita a melhor compreensão possível dos fatos e dos direitos controvertidos¹⁹¹.

No mesmo sentido defende José Antônio Fichter, Sérgio Nelson Manheimer e André Luis Monteiro:

Na arbitragem o procedimento é mais flexível (*tailor-made proceedings*), por natureza. Essa característica é sumamente importante por dois motivos concatenados: (i) possibilidade de moldar o procedimento arbitral às características específicas da causa e, por conseguinte, (ii) possibilidade, caso haja necessidade, de reduzir as diferenças de cultura processual (background processual) entre partes advindas de diferentes sistemas jurídicos. As partes, em outras palavras, podem moldar na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou mesmo no curso do processo arbitral, o procedimento que melhor lhes aproveita¹⁹².

Cumpram-se destacar que, de acordo com o artigo 21¹⁹³, *caput*, da Lei de Arbitragem, o procedimento arbitral pode ocorrer de três formas: pode-se criar um procedimento especialmente para a solução dos seus litígios; pode-se reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional (ou a regras de processo constantes de algum código ou lei); ou se pode deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento¹⁹⁴.

Carlos Alberto Carmona defende que o primeiro critério não é o mais usual, pois raramente as partes, na cláusula compromissória - que será mais bem analisada em outro tópico - preocupam-se em estabelecer um procedimento específico que poderá ser utilizado para a solução de suas futuras controvérsias¹⁹⁵.

O segundo critério é considerado mais seguro refere-se ao regulamento de um determinado órgão arbitral, incorporando tais regras à convenção arbitral. A última, a possibilidade de delegação do próprio árbitro, também não é pouco utilizada, tendo em vista que as opções do árbitro poderão causar surpresas entre as partes, o que prejudicaria o andamento do procedimento arbitral. Também esta não é a escolha

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 54.

¹⁹² FICHTER, José Antonio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁹³ Artigo 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

¹⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 291.

mais frequente entre os usuários da arbitragem, tendo em vista as opções do árbitro em matéria procedimental podem causar surpresa e insegurança.

Acerca do procedimento arbitral, este inicia-se no artigo 19¹⁹⁶ da Lei de Arbitragem, a partir do momento em que o árbitro aceitar a nomeação, se for único, ou por todos, se forem vários.

O desenvolvimento da arbitragem, em suma, ocorre em três fases: fase postulatória, fase instrutória e a fase decisória. Na primeira, após a identificação do conflito, com a delimitação do objeto, o solicitante apresenta as alegações iniciais com o objetivo de fundamentar os respectivos pedidos.

A parte contrária também apresentará suas alegações iniciais já se utilizando da defesa de seus interesses. Após tais manifestações, forma-se o contraditório, da a exemplo do que ocorre com a contestação.

Na fase instrutória, as partes deverão contribuir de forma ativa para a produção de provas a fim de ser seu direito preservado. Cumpre destacar que não há distribuição legal do ônus da prova neste tipo de procedimento.

Na fase decisória, o árbitro prolata a sentença. Ela é o pronunciamento do árbitro ou do tribunal arbitral para encerrar o procedimento. É considerado o ápice da arbitragem, eis que se consoma integralmente a prestação jurisdicional buscada pelas partes ¹⁹⁷.

Não cabe recurso à sentença arbitral. Além disto, a partir do momento em que a sentença for proferida dá-se fim à arbitragem, conforme artigo 19¹⁹⁸ da Lei mencionada. A cópia da sentença será entregue a cada uma das partes, mediante recibo ou outro meio de comunicação. A sentença constitui um título executivo judicial.

¹⁹⁶ Artigo 19 - Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. § 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

¹⁹⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 343.

¹⁹⁸ Artigo 29 - Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Em relação ao fato de a arbitragem permitir apenas sua utilização para direitos patrimoniais disponíveis, esta característica será melhor abordada nos capítulos seguintes.

4.7.3 Natureza jurídica

Há muitos anos mantinha-se a discussão acerca da natureza jurídica do instituto da arbitragem. A divisão de entendimentos ocorria, pois, alguns doutrinadores defendiam a teoria privatista (ou contratual) e outros, a publicista (ou jurisdicional).

A teoria privatista vê na arbitragem apenas um negócio jurídico. Há o entendimento de que o instituto representa apenas uma extensão do acordo firmado entre as partes. A atribuição concedida ao árbitro para que decida, nada mais é do que o cumprimento do que fora contratado. Portanto, o vínculo criado entre o árbitro e as partes é meramente contratual¹⁹⁹.

Já a teoria publicista confere à arbitragem a natureza jurisdicional. O Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e também ao árbitro para que resolvam o conflito. Portanto, os árbitros são os verdadeiros juízes e, devido a isso, seria reconhecida uma jurisdição extraordinária e de caráter público²⁰⁰.

Além destas teorias mais defendidas, há também a teoria intermediária ou mista e a teoria autônoma. A primeira utiliza-se dos fundamentos da teoria privatista e da publicista. Há a defesa de que, mesmo sendo considerado um negócio jurídico realizado entre as partes, não há como a arbitragem ser desenvolvida fora de um sistema jurídico. Enquanto, a teoria autônoma identifica no instituto em questão uma forma de solução de conflitos, completamente independente e desvinculada de qualquer sistema jurídico.

Com a promulgação da Lei de Arbitragem e do Código de Processo Civil encerrou-se a polêmica existente acerca da natureza jurídica da arbitragem. Fredie Didier Júnior defende que a arbitragem está relacionada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à arbitragem

¹⁹⁹ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 130.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 131.

é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal²⁰¹.

Neste sentido dispõe José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro. Os autores também defendem que a arbitragem possui natureza jurisdicional.

(i) A jurisdição não é mais monopólio estatal; a lei pode legitimamente delegar o exercício da função pública jurisdicional a árbitros quando compatível com a Constituição; (iii) a arbitragem detém as mesmas características da jurisdição estatal; (iv) a sentença arbitral adquire a qualidade de coisa julgada; (v) a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial; (vi) a sentença arbitral doméstica independe de homologação judicial; e (vii) a decisão arbitral não está sujeita a revisão de fundo pelo Poder Judiciário²⁰².

Assim, a solução da divergência acerca da natureza jurídica aponta, atualmente, que a arbitragem possui natureza jurisdicional, tendo em vista que a própria legislação (seja ela o CPC ou a Lei de Arbitragem) reconhece o árbitro como um juiz de fato e de direito, transformando assim sua decisão acerca do litígio em título executivo judicial.

4.7.4 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade é uma condição pela qual um determinado caso se enquadra ou não aos fatos de uma disputa para determinar se a controvérsia em questão é passível de ser discutida no âmbito arbitral²⁰³. Ela pode ser objetiva ou subjetiva.

A arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre “o quê” pode ser submetido ao processo arbitral, em outros termos, busca saber se o objeto em questão pode ser discutido na esfera arbitral, além de sua licitude e determinabilidade. A lei fala em direitos patrimoniais disponíveis. Essa disponibilidade mencionada se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição²⁰⁴.

²⁰¹ DIDIER JR, Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (Versão da Câmara dos Deputados - Dep. Paulo Teixeira). **Rev. TST**, Brasília, v. 79, no 4, out/dez 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁰² FICHTER, José Antônio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Op. cit.*, p. 45.

²⁰³ FINKELSTEIN, Claudio. A Questão da Arbitrabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, [s.l.], v. 24, 2006-2007.

²⁰⁴ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p, 141.

Enquanto na arbitrabilidade subjetiva, analisam-se as partes envolvidas, ou seja, quem poderá se submeter ao instituto. Como por exemplo, a convenção arbitral envolvendo menor incapaz, mesmo representado pelo pai, possui restrição, pois envolve direitos indisponíveis. Além disto, tendo em vista que o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica, isto também seria um impeditivo para a utilização da arbitragem com menores incapazes.

Com o intuito de aprofundar a discussão sobre o tema, abordaremos a questão da arbitrabilidade exclusivamente em demandas familiares, a fim de determinar em quais circunstâncias a arbitragem pode ser empregada como uma alternativa para a resolução de conflitos, evitando, dessa forma, o ingresso de ações judiciais

4.7.5 Dos princípios cabíveis na arbitragem

Da mesma forma que ocorre no processo civil convencional, existem princípios que regem a arbitragem. Eles encontram-se mencionados no artigo 21, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem²⁰⁵. Entretanto, cabe salientar que existem outros princípios implícitos no procedimento arbitral, que servem também para as ações perante o Judiciário, como a autonomia privada - já discutida anteriormente, a boa-fé processual, a ampla defesa, razoável duração do processo, entre outros.

Estes princípios atingem o processo arbitral como um todo, não apenas o procedimento arbitral, pois o intuito é tutelar a relação jurídica que se instaura entre partes e árbitro, e não apenas a forma e a sequência dos atos que serão praticados por uns e outros.

No presente momento, tratar-se-ão apenas dos mencionados na referida lei.

4.7.5.1 Princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade é pressuposto de validade para a formação da relação processual ou até a própria arbitragem. É de suma importância que as partes

²⁰⁵ Artigo 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

sejam julgadas por uma pessoa que não esteja envolvida no conflito, oferecendo assim a elas as mesmas condições.

De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a primeira condição para que os árbitros possam exercer sua função dentro do processo é se colocar entre as partes e acima delas²⁰⁶.

Além disso, os árbitros não são advogados das partes. Mesmo quando indicados por uma das partes, não há um árbitro da parte X ou outro árbitro da parte Y. Eles devem guardar o mesmo comportamento ético e jurídico, ou seja, a imparcialidade, a neutralidade e a independência²⁰⁷.

O árbitro é o terceiro indicado pelas partes para solucionar determinada controvérsia. O arbitrador é a pessoa indicada pelos contratantes para assim integrar o negócio jurídico. Portanto, este não decide a controvérsia entre as partes, apenas auxilia na eliminação de opiniões diversas.

Carlos Alberto Carmona afirma que a diferença entre o árbitro e o arbitrador é importante, porque o primeiro soluciona de fato um litígio, impondo sua decisão de forma autoritária, enquanto o segundo, integra, com sua vontade, o negócio jurídico incompleto, limitando-se a composição de interesses conflitantes ²⁰⁸.

Os árbitros devem ser pessoas capazes e que gozem da confiança das partes, conforme disposto no artigo 13 ²⁰⁹ da Lei da Arbitragem. Portanto, qualquer pessoa capaz poderá ser árbitro. A maioria da doutrina ²¹⁰ defende que, necessariamente, a indicação deverá recair sobre uma pessoa natural, sendo inaceitável a eleição de pessoa jurídica.

²⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 76.

²⁰⁷ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Princípios Fundamentais da Arbitragem**. 1996. p. 23; Acesso em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32678/Princ%C3%ADpios_Fundamentais_Arbitragem.doc.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

²⁰⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 228.

²⁰⁹ Artigo 13 - Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

²¹⁰ Carlos Alberto Carmona, Francisco José Cahali, Selma Ferreira Lemes, Joel Figueira Jr, etc.

A confiança no talento, qualificação, dedicação e conhecimento específico é um requisito de suma importância e tem impacto direto na segurança do sistema, até pelo fato da instância ser única no procedimento arbitral ²¹¹.

De acordo com Giovanni Ettore Nanni, a confiança é a pedra angular da arbitragem. Exige a lei que, o árbitro possua credibilidade, até como requisito indispensável e assim transmita a crença necessária de que dispõe de predicados para julgar o caso concreto. E devido à obrigação *intuito personae* que advém da investidura do árbitro, sua nomeação há de inspirar confiabilidade, até pelo encargo ser muito específico e possuir grande relevância para os interesses dos envolvidos. Por isso, as partes têm de acreditar que o indicado reúne conhecimento e credibilidade suficientes a fim de julgar o caso concreto, respaldando a celebração do contrato de árbitro²¹².

O árbitro necessariamente precisa possuir grande conhecimento sobre o tema em questão e possuir experiência na área, principalmente em litígios mais complexos. Tal expertise faz diferença em todo o procedimento.

No parágrafo 6º do artigo 13 está disposto que no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

Segundo Luiz Antônio Scavone Júnior tais deveres consistem:

- a) Imparcialidade, ou seja, o árbitro não deve estar envolvido com os contendores, o que não se confunde com neutralidade, vez que neutro é aquele que não toma partido de qualquer dos litigantes numa discussão. É evidente que o árbitro toma partido na sentença arbitral, mas, mesmo assim, tomará partido sem estar envolvido com as partes, vem que, se isso ocorrer, ele estará impedido.
- b) Independência. Os árbitros devem estar distantes das partes, ainda que gozem, como de fato gozam, de sua confiança e por elas tenham sido indicados.
- c) Competência. Os árbitros devem conhecer a matéria que lhes é submetida, além de ostentarem experiência, de acordo com os critérios estabelecidos pelas partes para indicação do árbitro.
- d) Diligência, o que significa que o árbitro deve agir com cuidado, zelo e aplicação na busca da solução arbitral do conflito.
- e) Discricção. Tendo em vista este dever, imposto por lei, o árbitro deve manter total sigilo daquilo que tem conhecimento em razão da arbitragem, de tal sorte que as partes podem incluir na cláusula ou no compromisso arbitral - sem descartar as regras da entidade especializada - a obrigação em razão do seu mister²¹³.

²¹¹ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 213.

²¹² NANNI, Giovanni Ettore. Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato *intuito personae* de árbitro. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 1041, p. 19 - 53, jul/ 2022.

²¹³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 123-124.

Estes deveres são de suma importância para que o árbitro atue de maneira adequada e respeitando os ditames éticos de sua função. A imparcialidade deve ser mantida em todo o procedimento, não devendo usurpar qualquer possibilidade de defesa de qualquer parte. Tudo isso sem se manter “inativo” ou descompromissado. A independência do árbitro acompanha a imparcialidade, a fim de manter a distância em relação às partes. Esta distância, não significa, sob nenhum aspecto, uma posição em que se perceba a ausência de compromisso. Quanto à diligência, o árbitro deve atuar de forma cautelosa e com zelo na melhor busca pela solução do litígio. Por fim, a discricção do árbitro é fundamental a fim de se evitar a exposição de informações sigilosas²¹⁴.

O árbitro também tem o dever de revelação, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 14 ²¹⁵ da lei de regência. O dever de revelação existe necessariamente para garantir que as partes tenham um julgamento imparcial e sem qualquer interferência externa. É dever que persiste durante as fases pré-arbitral e arbitral, o que significa que os acontecimentos relevantes, que podem repercutir na arbitragem, devem ser sempre prontamente informados às partes, sob pena de responsabilidade civil do árbitro e até mesmo de invalidade da sentença²¹⁶.

Por fim, após breve análise sobre os árbitros e, conseqüentemente, sobre sua atuação, restou demonstrado o quão importante é sua figura, imprescindível para o deslinde da própria arbitragem.

4.7.5.2 Princípio do contraditório e da igualdade entre as partes

O mencionado princípio é representado pelo binômio informação-possibilidade de manifestação, visto por muitos como um corolário do devido processo legal. É o direito que as partes têm, em qualquer momento do processo, de ter ciência dos atos processuais que ocorrem e, assim, poderem reagir²¹⁷.

²¹⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Op. cit.*, p. 72.

²¹⁵ Artigo 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

²¹⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 251-252.

²¹⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 09.

Nas palavras de Selma M. Ferreira Lemes, este princípio equivale ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral. Ele encontra ressonância no aforismo romano *audiatur et altera pars*, que equivale ao princípio da audiência bilateral ou do contraditório. O árbitro não pode decidir sobre uma pretensão sem ouvir a outra parte. Às partes devem ser dadas as mesmas oportunidades para manifestarem-se quanto às provas produzidas e documentos juntados pela outra parte²¹⁸.

Por intermédio da informação e possibilidade de reação, é que se permite que, durante todo o arco do processo arbitral, as partes possam produzir suas provas, aduzir suas razões e agir em prol de seus direitos, fazendo com que suas razões sejam levadas em conta pelo julgador ao decidir²¹⁹.

4.7.5.3 Princípio da livre convicção do árbitro

Este princípio destaca o respeito que deve existir acerca do convencimento do árbitro principalmente da prova. O árbitro possui competência e capacidade para valorar os fatos e provas que lhe são apresentados de forma livre e a partir de um exame livre, chegar à solução que ele entenda mais justa para o litígio em questão, de forma fundamentada e motivada.

A partir do momento em que o árbitro encontra a solução para o conflito, sua decisão deve ser motivada e pública, de forma a possibilitar que as partes tenham o controle da decisão, com o objetivo de não pairar dúvidas.

4.7.5.4 Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

Está previsto no parágrafo único²²⁰ do artigo 8º da Lei de Arbitragem. De acordo com Nelson Nery Júnior:

Define-se *Kompetenz-Kompetenz* como o direito de um tribunal de decidir sobre sua competência de maneira a vincular tribunais de outras jurisdições e repartições administrativas. A decisão de um tribunal revestido de

²¹⁸ LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem:** princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. [20-?]. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

²¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 297.

²²⁰ Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Kompetenz-Kompetenz vincula a jurisdição concorrente, inclusive se negar a via legal²²¹.

Este princípio funda-se na concentração e exclusividade de poderes que são conferidos aos árbitros para decidirem acerca de todas as matérias e questões submetidas em convenção arbitral ao conhecimento da jurisdição privada, inclusive decidir acerca de sua própria competência²²².

O próprio Superior Tribunal de Justiça já possui relevante jurisprudência com o objetivo de prestigiar o princípio mencionado. A Corte Especial do Tribunal já entendeu que “ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologanda, que atende ao princípio ‘*Kompetenz-Kompetenz*’, sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente ad proprium nutum, frustrar a arbitragem avençada”.

A Primeira Seção do Tribunal também já decidiu que “vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência”³¹³. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que “nos termos do artigo 8.º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão”²²³.

4.7.6 Convenção de arbitragem

²²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Convenção de arbitragem e compromisso arbitral - Aplicabilidade do princípio Kompetenz-Kompetenz. **Soluções Práticas de Direito**, [s.l.], v. 5, p. 71-150, set. 2014.

²²² FIGUEIRA JR, Joel. *Op. cit.*, p. 248.

²²³ *Ibidem*.

A convenção de arbitragem é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam a solucionar os litígios, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal²²⁴.

Esta convenção está presente no artigo 3º da Lei de Arbitragem que dispõe que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Ou seja, diante do fato da arbitragem não ser obrigatória, as partes chegam conjuntamente à conclusão de optar por tal instituto, por meio da convenção de arbitragem.

A referida lei estabelece determinados requisitos para a validade da convenção de arbitragem e outras tantas exigências para o correto desenvolvimento do procedimento arbitral, com objetivo de apenas garantir a legitimidade da arbitragem, como via que as partes podem livremente optar para que determinadas controvérsias sejam solucionadas²²⁵.

A convenção de arbitragem é um gênero que se divide em duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. O traço em comum é que ambas têm como o condão de extinguir o provimento jurisdicional, afastando assim o poder decisório da autoridade, uma vez que, se houver existência de um processo judicial sobre o mesmo assunto, este deverá ser extinto sem a análise do mérito²²⁶.

Cumprido destacar que a convenção de arbitragem só pode ser alterada ou desfeita por acordo entre as partes.

Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola, a convenção de arbitragem é o ajuste pelo qual as partes acordam em submeter-se à solução de um conflito envolvendo direito disponível ao juízo arbitral. Os autores afirmam que esta convenção tem um efeito positivo e negativo, o primeiro é direcionado às próprias partes, em que elas devem se submeter o conflito à

²²⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4 ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 25.

²²⁵ MARINONI, Luis Guilherme. Função do compromisso arbitral. **Soluções Práticas**, [s.l.], v. 2, p. 569 - 586, out/2011.

²²⁶ DUARTE, Maristela Aparecida. *Op. cit.*, p. 107.

arbitragem. Enquanto o segundo, é dirigido ao Estado e significa que “é vedado ao Poder Judiciário a apreciação do mérito da controvérsia submetida à arbitragem”²²⁷.

Selma Ferreira Lemes explica que a cláusula compromissória inserida em contrato e o compromisso arbitral tem por objetivo afastar a apreciação da controvérsia pelo Judiciário, deslocando-se assim, obrigatoriamente para o juízo arbitral, seja por árbitro único ou por um colegiado de árbitros denominado de tribunal arbitral ²²⁸.

Algumas de suas características são: a necessidade de ser escrita, a vedação de conteúdo genérico, a autonomia perante a relação jurídica e a sua acessoriedade. Não se admite convenção de arbitragem oral. Não pode ser vaga, pois afetará diretamente o objeto da arbitragem. É autônoma em face da relação principal, pois tem seus requisitos próprios e regula pontos distintos. É acessória, pois só existe porque há uma outra relação jurídica, a principal. Só se pactua uma convenção de arbitragem, em qualquer uma de suas espécies, pois há uma demanda por vir, certa ou incerta, presente ou futura²²⁹.

Nos próximos tópicos será mais bem aprofundada as demais espécies da convenção de arbitragem.

4.7.6.1 Da cláusula compromissória

A cláusula compromissória somente começou a ser utilizada com maior frequência após a Lei de Arbitragem, pois antes disto, ela não era disciplinada em nenhum código. Ela está prevista no artigo 4º ²³⁰ da referida lei e pode ser inserida nos contratos conforme vontade das partes, em que convencionam e se comprometem a

²²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; MAZZOLA, Marcelo. *Op. cit.*, p. 305.

²²⁸ LEMES, Selma Ferreira. **Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem. Características, Efeitos e Funções.** [20-?]. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

²²⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 158.

²³⁰ Artigo 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

submeter à jurisdição privada os litígios porventura surgidos e decorrentes do próprio contrato em questão. Ou seja, a arbitragem será utilizada em controvérsias futuras.

Não obstante, como já informado, ela deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, presente no § 1º.

Luis Fernando Guerrero sustenta que ela também poderá ser celebrada com vistas ao passado, pois pode ser realizado um adendo no contrato que originou o litígio, incluindo a respectiva cláusula, por exemplo²³¹.

A partir do momento em que a cláusula é escrita, normalmente sua confirmação também será grafada e no próprio instrumento que representa o negócio jurídico realizado. Contudo, em situações peculiares, sua aceitação poderá ser verbal, tácita ou presumida. Francisco José Cahali afirma que a “cláusula compromissória poderá ser reconhecida mesmo ausente a assinatura das partes, se as circunstâncias fáticas comprovarem a aceitação do pacto pelos contratantes”²³².

No § 2º a referida lei confere uma especial proteção aos contratos de adesão²³³, eis que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

É de suma importância distinguir o tratamento destinado ao contrato de adesão nas relações de consumo e ao contrato de adesão chamado de genérico, para outras relações jurídicas que não são as consumeristas. Isto se deve ao fato de o Código de Defesa do Consumidor prever em seu artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória da arbitragem”²³⁴.

²³¹ GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 27.

²³² CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 161.

²³³ De acordo com Carlos Alberto Carmona, os contratos de adesão se caracterizam-se os pela desigualdade entre as partes contratantes.

²³⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília-DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

Estas diferenciações ocorrem no intuito de proteger a parte mais hipossuficiente da relação, no caso, os consumidores. Entretanto, determinar a expressa anuência do adquirente confere a ele uma certa proteção em casos em que há grande disparidade entre os contratantes. Além disto, assegurar que a manifestação da vontade seja feita de forma consciente.

Retornando a análise acerca da cláusula compromissória, o artigo 853 do Código Civil dispõe que: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Ao firmarem a cláusula compromissória, as partes buscam um sentimento de confiança de que, quando da superveniência de algum fato controverso, ambas serão encaminhadas ao processo arbitral. Esse liame de confiança permeia o próprio processo de arbitragem, estabelecendo e ditando as regras de condutas das partes entre si, destas com os árbitros e de todos com a instituição arbitral e vice-versa²³⁵.

A partir do momento em que há a cláusula compromissória no contrato ou em documento apartado e surge um determinado conflito, qualquer dos interessados poderá invocar o outro a se sujeitar à arbitragem, por via escrita ou por outra forma de recebimento, conforme disposto no artigo 6º ²³⁶ da Lei de Arbitragem.

Estas formalidades são afastadas em caso de cláusula compromissória cheia, que é aquela em que já estão dispostas as regras sobre a forma de instituir e processar a arbitragem, seja pela inclusão de tais regras na própria cláusula, seja se reportando às regras de uma instituição arbitral.

A redação deste tipo de cláusula busca assegurar sua higidez e é uma preocupação constante entre os operadores. Eventuais vícios ou imprecisões podem impedir a viabilização da arbitragem quando do surgimento do conflito²³⁷.

²³⁵ FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 168.

²³⁶ Artigo 6º - Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o artigo 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

²³⁷ MAIA NETO, Francisco; RENNÓ, Leandro; CREMASCO, Susana Santi. Capítulo II - Da convenção de arbitragem e seus efeitos. *In*: MOTA JR, Aldemar et al. **Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo**. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015, p. 18.

4.7.6.2 Cláusula arbitral vazia

A cláusula arbitral vazia, também conhecida como em branco, é aquela que traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, isto é, a parte se vincula a celebrar compromisso arbitral sobrevinda controvérsia quanto à determinada matéria do contrato. Entretanto, não institui certos regramentos essenciais para se iniciar a arbitragem, como por exemplo câmara arbitral e nomeação de árbitros.

Sobre a cláusula vazia, Carlos Alberto Carmona assevera que:

A cláusula vazia é aquela que não indica método ou critério para a nomeação de árbitros na hipótese de surgimento de litígio decorrente de determinada relação jurídica. Cingem-se as partes a afirmar que, em caso de litígio, recorrerão à solução arbitral. Tal cláusula, embora produza o efeito de afastar a competência do juiz togado, não é suficiente para levar à instituição do juízo arbitral, de modo que se os contendentes não chegarem a bom termo quanto à forma de nomear o árbitro (ou o painel arbitral) será necessário o recurso ao Poder Judiciário para a instituição da arbitragem²³⁸.

Importante destacar que mesmo que a cláusula seja considerada vazia, a renúncia à jurisdição estatal já existe e, devido a isto, esta mera iniciativa já vincula as partes. Entretanto, não haverá a imediata instauração da arbitragem, pois as características da cláusula impedirão que ela seja provocada imediatamente.

Neste caso, as partes deverão instituir um compromisso arbitral para ajustar a referida cláusula.

Inicialmente, a busca por esse compromisso será feita por provocação extrajudicial da parte interessada à outra. Caso tal maneira não ocorra, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Carlos Alberto Carmona também discorda com o disposto na referida lei:

Disse o legislador mais do que devia: o compromisso não é imprescindível para a instauração da arbitragem, de tal sorte que bastaria que as partes indicassem o árbitro (ou os árbitros), para que este (ou estes), aceitando o encargo, pudesse dar início ao processo arbitral. Isso dispensaria, inclusive, a reunião das partes em local certo, lugar imposto, em princípio, pelo

²³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 112.

contratante que tomar a iniciativa de notificar o adversário, o que pode ser fonte de abuso. De fato, podem ocorrer dificuldades operacionais que porão a perder as vantagens da solução arbitral: na arbitragem internacional, uma das partes poderá ser sobremaneira prejudicada se tiver de deslocar-se para firmar o compromisso, enquanto na arbitragem nacional pode o interessado notificar o adversário para firmar o compromisso em local de sua exclusiva conveniência, a dano do outro contratante²³⁹.

Se a parte convocada não comparecer, ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa²⁴⁰. Isto está previsto no parágrafo 1º da Lei de Arbitragem.

Caso haja resistência de uma das partes para instituição da arbitragem, a parte interessada poderá requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo, a fim de se lavrar o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim e, finalmente, a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral, conforme previsto no artigo 7º ²⁴¹ da Lei de Arbitragem.

4.7.6.3 Cláusula arbitral patológica

Em 1974, Frédéric Eisemann publicou o artigo “*La clause d’arbitrage pathologique*” e criou o termo cláusula arbitral patológica.

A cláusula arbitral patológica é aquela com redação contraditória, incongruente, confusa ou de difícil interpretação. Este tipo de cláusula poderá comprometer a efetivação da própria arbitragem devido às informações erradas, como por exemplo,

²³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 144.

²⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília-DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

²⁴¹ Artigo 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

indicação de instituição inexistente, indefinição na indicação da instituição, entre outras possibilidades.

Em casos que evidentemente existirem tais tipos de cláusulas, o objetivo principal será buscar a salvação da arbitragem, quando for possível, desde que a dúvida não recaia sobre a vontade das partes em se submeterem ao procedimento arbitral.

Em decisão recente, o Tribunal de São Paulo decidiu da seguinte maneira:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ASSEMBLEIA – ALEGAÇÃO DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ARTS. 485, VII, E 337, X, CPC, C.C. LEI Nº 9. 307/96 – CASSAÇÃO DA SENTENÇA – CLÁUSULA ARBITRAL VAZIA – Cláusula que apenas faz menção à arbitragem, sem, no entanto, dispor sobre elementos mínimos de regulamentação, inviabilizando-se por completo a instauração do juízo arbitral – Cláusula arbitral que se apresenta vaga e imprecisa, não sendo eficaz para afastar a jurisdição estatal – Sentença terminativa que deve ser cassada, com determinação de retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do processo – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 10069616720198260100 SP 1006961-67.2019.8.26.0100, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 24/11/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 25/11/2020)²⁴²

O caso em tela trata-se de uma ação declaratória de nulidade de assembleia proposta por uma empresa contra outras duas. A autora, empresa do ramo civil, procurou uma das ré a fim de viabilizar a edificação e vendas das unidades autônomas de um empreendimento, tornando-se, assim, a junção da autora com a ré em uma segunda ré.

As partes formalizaram um “Acordo de Acionistas da Sociedade Incorporadora Residencial Sandri S/A”. Ocorre que, foi realizada uma Assembleia Geral Extraordinária em que só uma ré estava presente, e entendendo que poderia se valer como representante da autora, por meio de procuração assinada, decidiu-se pela diluição das cotas da empresa autora.

A autora, ao saber disto, enviou notificação às corrés a fim de declarar nulo o ato e, por isso, ingressou com a demanda judicial.

²⁴² SÃO PAULO. **Apelação Cível: AC 1006961-67.2019.8.26.0100 SP**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Desembargador Relator: Sérgio Shimura. Publicação: 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1131802571>. Acesso em: 14 out. 2023.

Em sua defesa, os réus alegaram, preliminarmente, existência de convenção de arbitragem no Acordo de Acionistas, sendo, no entanto, vazia, uma vez que não continha os elementos essenciais da convenção arbitral. Porém, invocaram sua validade com base no princípio da “*favor arbitralis*”, de modo que se deve interpretar a cláusula favoravelmente à convenção da arbitragem, como vontade das partes, extinguindo-se a ação sem julgamento de mérito.

O Juízo de 1ª instância extinguiu a ação sem resolução do mérito, acatando a preliminar aventada pelos réus, da existência de convenção de arbitragem no presente caso.

A autora interpôs apelação e alegou que a cláusula mencionada não constituía convenção de arbitragem, mas simples eleição do foro da comarca de São Paulo para solucionar qualquer questão que dependa de intervenção judicial. Ainda, afirmou que a cláusula é vazia quanto à arbitragem, pois remete a pacto inexistente, de modo que a única conclusão possível é que a vontade das partes se referia à eleição do foro, com competência da justiça comum.

O Desembargador Relator concordou com o recurso interposto pela autora e salientou: “No caso em debate, nota-se que se trata de cláusula arbitral vazia ou patológica, inviabilizando-se por completo a pronta instauração do juízo arbitral. É extremamente vaga e imprecisa, não sendo eficaz para afastar a jurisdição estatal”. Destacou, ainda, que sequer havia elementos mínimos indicativos da real vontade das partes quanto às cláusulas arbitrais.

O recurso comportou provimento para anular a sentença, reconhecendo-se a inexistência de cláusula de arbitragem e, devido a isto, os autos foram devolvidos ao Juízo de 1º grau para análise do mérito da ação e devido prosseguimento.

Conforme já explicitado, na cláusula arbitral patológica deve constar no mínimo indícios acerca do interessa das partes em se submeterem ao procedimento arbitral, o que no presente caso, não foi demonstrado, pois sequer havia uma cláusula que travava expressamente sobre a convenção de arbitragem. Portanto, a necessidade de se entender o caso concreto é de suma importância para assim verificar a real intenção das partes no momento da assinatura do acordo e em qual circunstância tal fato ocorreu, a fim de evitar maior prejuízo para as partes.

4.7.7 Do compromisso arbitral

Já o compromisso arbitral é o que realmente dá ensejo à abertura do concreto procedimento de julgamento da lide por árbitros, ou seja, por julgadores não investidos da jurisdição estatal²⁴³. Ele está previsto no artigo 9º ²⁴⁴ da mencionada lei. Pode ser judicial, em que é celebrado nos autos em que a demanda já está iniciada, ou extrajudicial, realizado por intermédio de um instrumento público ou particular, por documento escrito e com duas testemunhas.

A diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é que na primeira o litígio é genérico, objetivando resolver um número não definitivo ou não definido de divergências, determináveis, futuras e eventuais, enquanto no segundo, o conflito é específico, buscando a solução de situações existentes e definidas.

O artigo 10 ²⁴⁵ da Lei de Arbitragem traz exigências específicas (requisitos formais) para a validade do compromisso arbitral, como: a) o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; b) o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; c) a matéria que será objeto da arbitragem; e d) o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Ainda, o artigo 11 da referida lei trata sobre os elementos facultativos do compromisso arbitral, quais sejam: a) local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; b) autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; c) prazo para apresentação da sentença arbitral; d) indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; e) declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e f) fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Trata-se de um rol meramente

²⁴³ THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. v. II. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 545.

²⁴⁴ Artigo 9º - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

²⁴⁵ Artigo 10 - Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

exemplificativo, restando às partes decidirem sobre os demais pontos que considerarem relevantes.

Cumprido destacar que o compromisso arbitral pode ser extinto em consenso pelas partes antes mesmo da instauração da arbitragem, seja pela transação quanto ao objeto do conflito ou para devolver ao juízo estatal o conhecimento da matéria e seguir. O artigo 12²⁴⁶ elenca possibilidades de extinção do compromisso arbitral que independem da vontade das partes da referida lei.

O compromisso arbitral também pode ser aditado, diante da autonomia que as partes possuem para decidirem e assim, revisar as regras anteriormente impostas.

²⁴⁶ Artigo 12 - Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

5 ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Verifica-se uma busca incessante para desburocratizar e simplificar os mecanismos de solução de conflitos. Por um lado, para assegurar maior autonomia privada nas relações familiares e, de outro, para agilizar e descomplicar os mecanismos para solução dos litígios, limitando, dessa maneira, a intervenção do Estado²⁴⁷.

Um ponto altamente significativo é que esta limitação se deu com a desjudicialização do divórcio e do inventário. Tal mudança ocorreu, após o advento da Lei nº 11.441/2007²⁴⁸, que permitiu que o divórcio e o inventário fossem feitos por intermédio de escritura pública, desde que não houvesse filhos menores ou incapazes e as partes estivessem de acordo.

Com o passar do tempo, esta informalidade das relações conjugais e convencionais tornaram-se cada vez mais evidentes. Com isso, os limites preservaram uma “reserva de intimidade”, com o objetivo de promover os princípios constitucionais, somente evidenciando a necessidade de intervenção quando partisse dos próprios cônjuges, e fosse impossível a solução entre as partes²⁴⁹.

Independentemente de ser correta ou não, tal informalidade é um fato que deve ser analisado da mesma forma que a busca pela facilitação na resolução dos conflitos. Verifica-se que a arbitragem, principalmente a ser utilizada no Direito de Família, ganha força com o passar dos anos.

Conforme debatido no capítulo anterior, de acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), os litígios cabíveis são apenas os relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre partes capazes de contratar. Além disso, o artigo 852 do Código Civil dispõe que é vedada a arbitragem para solução de questões de

²⁴⁷ DELGADO, Mário Luiz. Arbitragem no Direito de Família e das Sucessões: Possibilidade e causuística. *In*: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Direito em Debate*. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 255-290.

²⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília-DF, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

²⁴⁹ MULTEDO, Renata Vilela; DE MORAES, Maria Celina Bodim. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, [s.l.], a. 5. n. 2. 2016.

estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Quando há conflitos familiares, há o costume destes embates ocorrerem simultaneamente com outros institutos jurídicos como divórcio, guarda, convivência familiar, alimentos, partilha de bens etc. Por isso, até os dias atuais, consideram-se estes tipos de discussão como aqueles inseridos na categoria dos “direitos indisponíveis”, portanto, incabíveis de serem solucionados pela via arbitral.

No entanto, o Direito de Família está incorporado em uma situação complexa, tendo em vista que ao seu redor, notam-se múltiplas implicações, sejam pessoais ou patrimoniais. É um dos ramos do direito com maior conexão com a autodeterminação e autonomia individual, razão pela qual se faz necessário buscar outras formas de multiplicar as resoluções de conflito²⁵⁰.

Tais restrições atreladas aos temas familiares inviabilizaram muitas opções negociais ou jurisdicionais durante o tratamento jurídico. Estes obstáculos, ainda vigentes, reduzem o espaço de transação e obstam a entrada destes métodos diferenciados para a solução do conflito, como no caso da arbitragem. A especialidade da temática familiar acabou por resultar em uma limitação de escolhas e estipulação de determinadas posições, limitando, deste modo, o julgamento dos conflitos familiares somente junto aos órgãos estatais. O entendimento prevalecente é que isso não seria passível de transação por parte dos envolvidos²⁵¹.

Ainda, existem resistências por parte da comunidade arbitral, com base em dois em dois argumentos centrais: o primeiro se apoia na ideia de indisponibilidade de todo e qualquer direito subjetivo de família, mesmo de natureza patrimonial, o que retiraria dos litígios emergentes dessas relações jurídicas o requisito objetivo da arbitrabilidade.

²⁵⁰ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: Uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 01, n. 14, p. 251-267, 2011.

²⁵¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Ressignificação da indisponibilidade dos direitos**: transigibilidade e arbitrabilidade nos conflitos familiares. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Paraná, Curitiba, 2022, p. 155.

Quando as partes buscam a solução do litígio familiar, logo há a menção à mediação, muito utilizada no Direito de Família e, aparentemente, mais adequada para a questão. Contudo, neste capítulo, será debatido como a arbitragem pode ser uma alternativa para a desjudicialização e celeridade para finalização das controvérsias.

5.1 A ESCOLHA DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, para compreender a possibilidade do uso da arbitragem no Direito de Família e sua respectiva escolha é necessário analisar a arbitrabilidade agora nas relações jurídicas familiares.

Por mais que a arbitragem seja um mecanismo privado de solução de conflitos e por mais que o processo arbitral seja uma representação do privilégio dado à autonomia privada, não se pode esquecer que o seu sucesso depende, outrossim, do seu reconhecimento pelos Estados soberanos, por isso, é necessário ampliar a arbitrabilidade em determinados conflitos²⁵².

De acordo com Luis Fernando Guerrero, na arbitrabilidade encontram-se aquelas questões passíveis de serem solucionadas pela arbitragem. Pode ser tanto objetiva quanto subjetiva. Assim, para se verificar se uma demanda é arbitrável devem-se examinar não só o seu objeto, mas também os sujeitos que nela estão envolvidos²⁵³.

Atualmente, conforme já destacado, a arbitragem só poderá ser utilizada no âmbito do Direito de Família, se os conflitos possuírem características patrimoniais e forem direitos disponíveis.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser

²⁵² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 220.

²⁵³ GUERRERO, Luis Fernando. **Arbitragem e processo arbitral**. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (coords.). 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 275.

livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes²⁵⁴.

Há reservas para a aplicabilidade da arbitragem, todavia, a própria lei de mediação faz referência a direitos indisponíveis que podem ser transigíveis, ampliando, assim, as matérias sujeitas à mediação. Da mesma forma se deve interpretar a arbitragem²⁵⁵.

Acredita-se frequentemente que os conflitos familiares são intrinsecamente carregados de emoções intensas, levando a uma suposição equivocada de que os direitos discutidos nesses processos são inalienáveis. No entanto, tal suposição não encontra respaldo na legislação pátria, seja no Código Civil, seja na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96). Além disso, é importante notar que nem todos os direitos subjetivos nas relações familiares, sejam eles de natureza patrimonial ou não-patrimonial, são considerados indisponíveis. O segundo argumento diz respeito à resistência em aceitar árbitros, em sua configuração atual, como solucionadores de litígios familiares. Essa resistência pode surgir pelo temor de que a sentença arbitral possa ser anulada com base no artigo 32, inciso I, da Lei 9.307/96, ou devido à falta de afinidade temática com as demandas específicas dessa área especializada do Direito Privado²⁵⁶.

É importante enfatizar que nem todos os direitos regulados pelas relações familiares possuem característica de indisponibilidade e, por isso, há a necessidade de melhor detalhamento. Devido a isto, é necessário que sejam estabelecidos critérios para indicação de quais direitos indisponíveis possam ser objeto de transação ou discutidos pela via arbitral.

Diante da complexidade já mencionada em que o Direito de Família está inserto, é necessário discutir se, ao se restringir a arbitragem apenas às questões

²⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 36.

²⁵⁵ DUTRA, Maristela Aparecida. *Op. cit.*, p. 183.

²⁵⁶ DELGADO, Mário Luiz. **Notas sobre a arbitragem no Direito de Família e o PL 3.293/2021.** Conteúdo Jurídico, 04 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/processo-familiar-notas-arbitragem-direito-familia-pl-32932021>. Acesso em: 22 out. 2023.

patrimoniais disponíveis, não se está impossibilitando a ampliação do instituto nas relações familiares.

Ricardo Calderón manifesta-se no sentido de que o Direito de Família possui características peculiares, pois envolve questões de afeto e íntimas dos integrantes do núcleo familiar. Devido a isso, as questões familiares surgem mescladas com pitadas sentimentais decorrentes dos respectivos relacionamentos. O autor afirma: “A afetividade se espraia para as questões financeiras, o que faz com que, no momento do conflito, em muitos casos, as decisões não sejam exclusivamente racionais”²⁵⁷.

Gustavo Tepedino e Daniela Tavares Peçanha destacam as vantagens para utilização da arbitragem no Direito de Família:

No âmbito das relações familiares e sucessórias, a utilização da arbitragem apresenta numerosas vantagens, dentre as quais se destacam a especialidade dos julgadores, a confidencialidade e a maior velocidade para a solução das disputas, minimizando-se, assim, os sofrimentos das partes em pendências que se prolonguem após a ruptura da relação afetiva²⁵⁸.

Contudo, existem oposições ao uso da arbitragem no Direito de Família, mesmo que se trate de direito patrimonial de família, pelo fato de os litígios entre as partes trazerem elementos existenciais, com sentimentos e afetos, o que ocasionaria o afastamento deste cunho patrimonial.

Com a devida vênia, ousa-se discordar de tal posicionamento. Quando se entende e defende que o sistema judiciário é o único método para resolver esses conflitos familiares, há a imposição de uma visão que pressupõe que a litigiosidade e a demora serão predominantes na maioria dos casos.

O uso da arbitragem no Direito de Família deveria ser ampliado, uma vez que facilitaria diversas demandas e evitaria igualmente a judicialização do conflito, permitindo que as partes se compusessem de forma mais amigável. Ainda, as diretrizes de liberdade positiva e a autonomia concedida às partes devem prevalecer

²⁵⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Resignificação da indisponibilidade dos direitos: transigibilidade e arbitrabilidade nos conflitos familiares. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Paraná, Curitiba, 2022, p. 208.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Daniela Tavares Peçanha. Métodos Alternativos de Solução de Família e Sucessão no Brasil e a Sistemática de Cláusulas Escalonadas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 34-35.

no trato das questões patrimoniais disponíveis, não sendo cabível o paternalismo estatal que impeça as escolhas, mesmo que se trate de relacionamentos familiares.

5.2 CASUÍSTICA DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste tópico serão discutidos os pontos acerca da utilização da arbitragem nas demandas que envolvem o Direito de Família.

5.2.1 Cláusula compromissória de arbitragem no pacto antenupcial/contrato de convivência

Inicialmente, cumpre destacar a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em pacto antenupcial. Para as pessoas casadas, o pacto antenupcial é instrumento hábil a conter a cláusula arbitral, podendo regular detidamente como será o encaminhamento de eventual litígio para esta via de solução. É crescente a admissão da possibilidade de inclusão de outras matérias no pacto para além da mera escolha de regime bens, até mesmo com a inclusão de cláusulas existenciais, o que já restou referendado até mesmo por diversos enunciados interpretativos²⁵⁹.

Em 2021, foi aprovado o enunciado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal que tratava sobre o tema. De acordo com o enunciado 96, é válida a inserção da cláusula compromissória em pacto antenupcial e em contrato de convivência²⁶⁰.

A justificativa para a aprovação é a de que se considera plenamente válida e eficaz a inserção de cláusula compromissória no pacto antenupcial e no contrato de união estável, desde que o objeto trate de direitos patrimoniais disponíveis, da mesma forma que o artigo 1º da Lei de Arbitragem e o artigo 104²⁶¹ do Código Civil dispõem, tendo em vista a licitude do objeto, é um requisito geral de validade dos negócios jurídicos.

Não obstante tais justificativas, o artigo 190 do Código de Processo Civil também permite a inclusão da cláusula compromissória em pactos antenupciais e

²⁵⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit., 2022, p. 204.

²⁶⁰ O contrato de convivência, é usualmente celebrado por escritura pública e é um instrumento apto para conter a previsão da cláusula compromissória. Os conviventes podem deliberar sobre as suas escolhas patrimoniais, inclusive, podem eleger regime de bens por esta via.

²⁶¹ Artigo 104 - A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

contratos de convivência, pois define que em direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ainda de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O pacto antenupcial cumpre as características de um negócio jurídico de Direito de Família. Não é um contrato, que visa dar vestimenta jurídica a uma relação puramente econômica, mas sim um negócio jurídico de direito de família, já que lida com aspectos patrimoniais ligados direta e intimamente à finalidade da sobrevivência familiar²⁶².

Na mesma Jornada mencionada, houve a aprovação de outro enunciado referente ao tema, qual seja, o enunciado 105 que dispõe: “É possível a inserção da cláusula compromissória em acordo submetido à homologação judicial”.

A justificativa apresentada foi a seguinte:

Nada impede a inserção da cláusula compromissória em acordo submetido à homologação judicial. E nessa hipótese, qualquer litígio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, e que surja após a homologação e exaurimento da jurisdição estatal, na fase de cumprimento do acordo judicial, será submetido à arbitragem.

Em qualquer acordo judicial homologado pelo Juiz de Família, é possível a inserção da cláusula compromissória, cujo objeto restringir-se-á aos litígios patrimoniais futuros relativos ao cumprimento do acordo. A convenção de arbitragem fará com que eventual pretensão de modificação do acordo por qualquer das partes seja submetida, previamente, ao juízo arbitral, retirando da jurisdição estatal a competência até mesmo para a revisão do acordo por ela própria homologado²⁶³.

Verifica-se que em qualquer acordo judicial homologado pelo juízo competente, no caso, o do Direito de Família, é possível a inserção da cláusula compromissória.

²⁶² BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: Uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **RJLB**, [s.l.], ano 2, n. 1, 2016.

²⁶³ *Ibidem*.

É admitida a arbitrabilidade de temas relacionados ao Direito de Família, os quais deverão gozar de disponibilidade e patrimonialidade, mas sem que se encontre qualquer óbice apenas pelo fato de o conflito decorrer de uma relação familiar²⁶⁴.

Esta cláusula compromissória poderá ser inserida no pacto antenupcial, que detalhará o ingresso à via arbitral, por exemplo, como já explicado. Atualmente, é muito comum o planejamento matrimonial em que as partes realizam diversos acordos, sendo possível, nesse caso, a inserção da arbitragem.

Em casos de união estável, é realizado o contrato de convivência, celebrado por escritura pública e que produz efeitos similares ao do pacto antenupcial. Neste caso, os conviventes poderão acordar sobre diversos pontos da união, inclusive acerca da possibilidade da arbitragem para discutir a questão patrimonial.

Em sua obra “Contrato de Convivência na União Estável”, Francisco José Cahali sustenta:

[...] que a utilização do juízo arbitral só se mostra viável para solucionar as questões exclusivamente patrimoniais da união estável, impondo que sejam necessariamente observados os requisitos próprios para a instituição contratual deste procedimento, previstos na Lei n. 9.307/96, retirando desta forma de julgamento a apreciação a respeito da caracterização da relação.

Assim, mesmo estipulada cláusula em contrato de convivência, instaurado o conflito, no compromisso arbitral deverá constar o reconhecimento da união estável em determinado período, indicando, precisamente, “a matéria que será objeto da arbitragem”, sob pena de obstar a aptidão de solução da pendência por meio desse instituto²⁶⁵.

Se já houve a demonstração da possibilidade de inserção de cláusula compromissória nas situações acima mencionadas, também é possível a estipulação de convenção de arbitragem nas escrituras de divórcio. Além da disponibilidade e patrimonialidade dos interesses em jogo, somente são possíveis se houver consenso entre as partes e não houver filhos menores.

A inserção da convenção de arbitragem demonstra a concretização da autonomia dos membros da família, cada vez com maior destaque e incentivo para

²⁶⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Op. cit.*, 2022, p. 203

²⁶⁵ CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251.

que a resolução do conflito se dê de maneira mais vantajosa e célere para os envolvidos.

5.2.2 Partilha de bens entre cônjuges e companheiros

A possibilidade da utilização da arbitragem para tratar a partilha de bens decorrentes da dissolução de casamento ou da união estável é também defendida por Francisco José Cahali, pois as partes estão no exercício da autonomia da vontade²⁶⁶.

Neste tipo de relação entre cônjuges ou entre companheiros, não há que se falar em direitos patrimoniais indisponíveis. Todos os direitos subjetivos que surgem de relações jurídicas patrimoniais entre parceiros são disponíveis. Portanto, a discussão envolvendo direito dos cônjuges de partilhar bem adquirido, na constância do casamento, pode ser submetida à arbitragem, tanto em cláusula compromissória inserida na convenção matrimonial, previamente ou após o casamento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o Agravo de Instrumento n. 501.512-4/4-00 de 2007 no sentido de a arbitragem ser via cabível para revisão da partilha de bens em separação judicial:

ARBITRAGEM - Determinação pelo árbitro de realização de perícia contábil na empresa do recorrente - Possibilidade - Partes que elegeram o Tribunal Arbitral de São Paulo para solução do litígio que versa sobre a revisão de partilha de bens em separação judicial - A instituição da arbitragem deve ser respeitada pela jurisdição estatal como qualquer convenção privada - Evidente que não se afasta do controle do Poder Judiciário a apreciação da regularidade do processo de arbitragem, que como todo ato jurídico está sujeito a ser invalidado - Providência requerida que deverá ser postulada no órgão perante o qual se processa a arbitragem - Decisão mantida - AGRAVO NÃO PROVIDO²⁶⁷.

No presente caso, as partes elegeram o Tribunal Arbitral de São Paulo como tentativa de solucionar o litígio sobre a revisão da partilha de bens em separação judicial, medida esta que é permitida, pois trata-se de direito disponível.

²⁶⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2020, p. 467.

²⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 501.512-4/4-00**. Desembargador Relator: Elcio Trujillo. 7ª Câmara Cível de Direito Privado, julgado em: 30 maio 2007. In: RANZOLIN, Ricardo (org.). *Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/429-cabimento-de-arbitragem-para-julgamento-de-partilha-de-bens-decorrente-de-dissolucao-de-uniao-estavel.html>. Acesso em: 20 out. 2023.

Em outra situação, em apelação sob número 70042776849 julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Grande Sul, o relator manteve o mesmo entendimento:

APELAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA FEITA POR SENTENÇA ARBITRAL. Partilha de bens por dissolução de união estável, feita pelas partes através de sentença arbitral, é suficiente para que se dê por resolvida a questão. Eventuais alegações relativas à validade da sentença arbitral devem ser deduzidas em ação própria, se for do interesse das partes. NEGARAM PROVIMENTO²⁶⁸.

No caso em tela, antes do ajuizamento da demanda, as partes buscaram a Câmara de Mediação e Justiça Arbitral Regional e lá entabularam acordo que foi homologado por sentença arbitral, que se tratava sobre a partilha dos bens adquiridos durante a união estável.

Em sentença judicial, apenas foi dissolvida a união estável, mantendo-se os termos da partilha já realizados pela via arbitral. Contudo, o ex-companheiro discordou da partilha feita em sede arbitral, pois alegou prejuízo e, ainda, nulidade, por não ter sido representado por advogado.

O desembargador relator discordou do posicionamento apresentado pelo apelante. Em seu voto expressa-se: “Ora, se o acordo extrajudicial particular de partilha feito pelas partes é válido e eficaz, com muito mais razão e propriedade deve ser considerado como válido e eficaz a partilha feita por sentença arbitral.”²⁶⁹

De fato, não há que se falar em nulidade da sentença, mas neste caso, em arrependimento de uma das partes em relação ao acordo formalizado. A sentença arbitral já homologada não pode ser novamente discutida perante o Poder Judiciário, a não ser se padecesse de algum vício, o que não foi o caso.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 2020, o REsp nº 1.882.567²⁷⁰ no qual uma das partes, arrependida com os termos da homologação do acordo de partilha de bens de dissolução de união estável pela via arbitral, buscou a

²⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70042776849. Desembargador Relator: Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, julgado em: 04 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/20266353>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1.882.567/GO. Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 05 ago. 2020. In: RANZOLIN, Ricardo (org.). Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/429-cabimento-de-arbitragem-para-julgamento-de-partilha-de-bens-decorrente-de-dissolucao-de-uniao-estavel.html>. Acesso em: 09 jul. 2023.

propositura da ação anulatória de sentença arbitral, alegando que havia incompetência do juízo arbitral, pois as partes possuíam um filho menor de idade.

O ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino desconsiderou tal alegação, pois sobre o menor nada foi analisado no acordo, partilhados, apenas, os bens decorrentes da união estável, o que é pacificamente aceito pela jurisprudência e doutrina.

Todavia, pouco tempo depois, no mesmo, ano, em acórdão proveniente do julgamento da apelação nº 1034650-66.2018.8.26.0506, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, negou-se provimento ao recurso, confirmando a sentença que extinguiu o pedido de homologação da partilha em divórcio realizada por meio extrajudicial. A ementa foi a seguinte:

Apelação. Homologação de acordo envolvendo partilha de bens em divórcio no âmbito extrajudicial. Inconformismo da autora. Descabimento. Partes que firmaram entre si “termo de divórcio consensual”, perante a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Atos de divórcio e inventários que devem ser realizados judicialmente, por meio da constituição de uma relação jurídica processual, ou na forma extrajudicial, mediante lavratura de escritura pública feita por um notário. Entendimento dos artigos 610, §§ 1º e 2º, e 731 a 734 e Parecer nº 406/217-J da Corregedoria Geral de Justiça (Processo nº 2017/1123797). Sentença mantida. Recurso improvido, com observação²⁷¹.

Em seu voto, o desembargador defendeu que a partilha de bens no divórcio, ainda que consensual, só poderia ser feita mediante ajuizamento de ação perante o juízo competente para matéria de família ou por meio de escritura pública, com a participação obrigatória de um advogado.

De fato, o divórcio só pode ser realizado de forma judicial perante o juízo competente e de forma extrajudicial perante o cartório por meio de escritura pública.

Não houve, porém, qualquer menção quanto à possibilidade de ser discutida apenas a partilha de bens perante a via arbitral. O Ministério Público se manifestou sobre a impossibilidade da arbitragem neste caso:

[...] Como o vínculo matrimonial não é direito patrimonial disponível, fica evidente que, por falta de atribuição legal, todo o procedimento realizado pelo mediador ou árbitro está maculado por nulidade absoluta, defeito que não

²⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível n. 1034650-66.2018.8.26.0506**. Desembargador Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. *In*: RANZOLIN, Ricardo (org.). Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/429-cabimento-de-arbitragem-para-julgamento-de-partilha-de-bens-decorrente-de-dissolucao-de-uniao-estavel.html>. Acesso em: 09 jul. 2023.

admite correção a qualquer título ou o aproveitamento dos atos praticados, tornando inócua eventual invocação do princípio da economia processual ²⁷².

Não obstante, já se caminha no sentido de que a partilha de bens pode ser feita pelo juízo arbitral, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial disponível. Neste caso, de fato, o divórcio não poderia ser realizado pela via arbitral, contudo, o acórdão poderia manter os termos já fixados da partilha de bens.

5.2.3 Dos alimentos entre cônjuges e companheiros

Os alimentos decorrentes do poder familiar são indisponíveis e irrenunciáveis, portanto, excluídos da matéria arbitral. Entretanto, em relação aos alimentos devidos entre cônjuges e companheiros, a discussão vem sendo aceita na via arbitral, pois o valor tem nítido caráter patrimonial, questionando-se apenas o *quantum* e a forma do cumprimento da obrigação, em pecúnia ou *in natura*.

Neste sentido, manifesta-se Francisco José Cahali, que, no entanto, sustenta que o Judiciário é o melhor local para resolução desta controvérsia, apesar de ser permitida a discussão da quantia pela via arbitral:

Assim, acabamos por nos curvar à admissibilidade, em princípio, da fixação da pensão alimentícia no juízo arbitral, sempre no pressuposto de se verificar a capacidade civil das partes e a convergente disposição no sentido de existir a respectiva obrigação. Porém, temos dificuldade em vislumbrar proveito expressivo às partes nesta situação. E na prática, preferimos deixar esta matéria ainda aos cuidados do Poder Judiciário²⁷³.

Contudo, Mario Delgado discorda do referido posicionamento, a partir do momento em que, para ele, já existe um entendimento consolidado da ampla renunciabilidade e, assim, o grau máximo de disponibilidade acerca dos alimentos entre cônjuges e companheiros. Para o autor são perfeitamente arbitráveis, não apenas o *quantum* ou a forma de pagamento dos alimentos conjugais ou convivenciais, mas também o próprio direito de os perceber por ocasião do rompimento do vínculo²⁷⁴.

A irrenunciabilidade dos alimentos não deve ser levada em consideração entre cônjuges e companheiros, uma vez que muitas vezes se percebe a renúncia por uma

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ CAHALI, Francisco José. *Op cit.*, p. 470.

²⁷⁴ DELGADO, Mário Luiz. Arbitragem no Direito de Família e Sucessões: possibilidades e casuística. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Direito em Debate**, São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 255-290.

das partes à respectiva cobrança. Portanto, concordamos com o posicionamento apresentado, uma vez que, ao respeitar a autonomia de vontade das partes, não se justifica qualquer restrição quanto à discussão de alimentos entre cônjuges e companheiros.

Situação diversa ocorre em relação aos filhos. Tendo em vista que a criança ou o adolescente são absolutamente ou relativamente incapazes, não podem firmar a cláusula compromissória, mesmo que representados ou assistidos, por se tratar de um negócio jurídico bilateral que extrapola os poderes atribuídos aos pais. Essa possibilidade, portanto, esbarraria nos limites de arbitrabilidade subjetiva, dada a incapacidade dos titulares do direito²⁷⁵.

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça de Alagoas decidiu nesse sentido no Agravo de Instrumento nº 0800176-17.2020.8.02.0000²⁷⁶. Eis a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. AFASTADA, IMPOSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO POR INTERMÉDIO DE ARBITRAGEM. DEMANDA DE TRATA DE DIREITO PERSONALÍSSIMO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, CAPUT DA LEI N. 9.307/96 E ART. 852 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER ALIMENTAR DOS AVÓS. CARÁTER SUBSIDIÁRIO E COMPLEMENTAR. NÃO COMPROVADA A INSUFICIÊNCIA DOS GENITORES. DECISÃO QUE CONSIDEROU A INCIDÊNCIA DOS ALIMENTOS SOBRE VALORES DECORRENTES DE FGTS E VERBAS RESCISÓRIAS. NECESSIDADE DE ENCAMINHAMENTO DE OFÍCIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO FGTS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso em tela, o recurso foi interposto pela parte autora. Em primeira instância, houve o deferimento da tutela de urgência pleiteada pelo autor para fixação dos alimentos provisórios. Porém, afastou-se a responsabilidade do avô paterno para arcar com tal obrigação.

²⁷⁵ COELHO, Fernanda Rosa; ELEUTHÉRIO, Dáley Azevedo de Castro. Limites objetivos da arbitragem no direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 22-34, 2022.

²⁷⁶ ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Agravo de Instrumento n. 0800176-17.2020.8.02.0000. Desembargador Relator: Domingos de Araújo Lima Neto. 3ª Câmara Cível. 18 jun. 2020. *In*: RANZOLIN, Ricardo (org.). *Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/430-inarbitrabilidade-de-conflito-que-envolva-alimentos-tratando-se-de-direito-personalissimo.html>. Acesso em: 12 jul. 2023.

Em contrarrazões, os agravantes alegaram, em caráter preliminar, a incompetência do Poder Judiciário para decidir sobre o assunto, tendo em vista que havia cláusula de arbitragem no acordo feito pelas partes.

O desembargador, todavia, manifestou-se no seguinte sentido: “filio-me ao entendimento de que não é possível a celebração de arbitragem no âmbito de alimentos, considerando tratar-se de questão relativa a direito personalíssimo, sem cunho patrimonial”²⁷⁷.

O entendimento do desembargador se coaduna com aquele defendido pela doutrina²⁷⁸, pela Lei de Arbitragem²⁷⁹ e pelo Código Civil²⁸⁰. Portanto, não há que se falar em discussão de alimentos referente aos filhos perante a via arbitral.

Evidentemente, há pontos que poderiam ser mais bem utilizados pela arbitragem e, desse modo, acelerar a solução das controvérsias pela via extrajudicial, desafogando o Judiciário. No entanto, a doutrina ainda possui ressalvas quanto à essa ampliação.

5.2.4 Liminar na arbitragem

A Lei de Arbitragem permite que o árbitro defira as tutelas de urgência incidentais que entender pertinentes.

O artigo 22-A dispõe que antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Neste caso, antes de instituída a arbitragem, as partes podem solicitar a um juiz togado, de forma judicial, a fim de esclarecer a necessidade e, principalmente, a existência de convenção de arbitragem.

No prazo de 30 dias, o juiz tomará as medidas necessárias para a instalação da arbitragem, conforme previsto no parágrafo único do artigo 22 da referida lei.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ Questões familiares, como os alimentos, não podem ser decididas por meio da arbitragem, por tratar de direito indisponível.

²⁷⁹ Artigo 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁸⁰ Artigo 841 - Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Contudo, em casos em que a arbitragem já foi instituída, cabe aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário, tendo os árbitros competência para deferir ou não o pedido²⁸¹.

A jurisdição do árbitro é completa para o conhecimento de todas as questões relativas ao conflito. Contudo, há a ausência de poder coercitivo ou de poderes de execução de medidas, já que são privativos do Judiciário. Caso a medida não seja atendida espontaneamente, deverá ser solicitada a cooperação do juízo estatal para a efetivação, de maneira forçada, que foi determinada pelo árbitro²⁸².

Assim que o árbitro deferir o pedido, ele expede carta arbitral, que acompanha a prova de nomeação do árbitro e sua aceitação para função, para que a decisão seja efetivada pelo Poder Judiciário, que determinará o imediato cumprimento.

Cumprir destacar que o juiz deve se limitar à análise dos aspectos formais e determinar o cumprimento da decisão do árbitro. Não cabe a invasão de competências.

5.3 PROJETO DE LEI Nº 4019/2008

Logo após o advento da lei²⁸³ que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, houve a elaboração do Projeto de Lei nº 4019/2008, de autoria da então deputada Elcione Barbalho, que defendia a alteração do artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, para que a separação e o divórcio litigioso pudessem ser discutidos por meio desse método. A alteração seria a seguinte:

Parágrafo único. A separação litigiosa e o divórcio litigioso poderão ser objeto de arbitragem, mediante compromisso arbitral firmado pelas partes, salvo quando houver filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo a sentença arbitral dispor sobre a descrição e à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e, ainda, quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento (NC)²⁸⁴.

²⁸¹ Artigo 22-B - Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

²⁸² CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2020, p. 324.

²⁸³ Lei n. 11.441 de 2007.

²⁸⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n. 4074/2008**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para permitir a separação litigiosa e o divórcio litigioso por meio de convenção de arbitragem, salvo quando

Verifica-se que esse Projeto de Lei foi apresentado há mais de 15 anos²⁸⁵. Ele possui trâmite dificultoso e conta com a rejeição de diversos legisladores e órgãos responsáveis.

O Comitê Brasileiro de Arbitragem emitiu um parecer²⁸⁶ manifestando-se contrário ao projeto de lei. Explicou a discordância em três razões: a primeira, pelo artigo 1º da Lei de Arbitragem, já define os casos em que se pode utilizá-la. Ainda, defendem que a interpretação sobre o fato de os litígios mencionados abrangerem ou não direito patrimonial disponível não é pacífico no Superior Tribunal de Justiça e a Lei de Arbitragem não é o ambiente adequado para trazer essa definição. Caso as partes assim concordarem, podem adotar o procedimento com o panorama legislativo atual, sem a necessidade de alteração na referida lei.

De fato, o artigo 1º da referida lei já define os casos em que a arbitragem pode ser utilizada. Contudo, apesar de não ser pacífica no Superior Tribunal de Justiça, a interpretação acerca dos direitos patrimoniais disponíveis ou não, as leis devem caminhar neste sentido, tendo em vista que grande parte da doutrina concorda com a abrangência mencionada no projeto apresentado.

A segunda razão justifica-se especificamente para os casos de definição de pensão alimentícia, tendo em vista que, de acordo com o comitê, o Superior Tribunal de Justiça tem a posição de que a assistência material mútua constitui tanto um direito como um dever para ambas as partes, e que tal direito não pode ser renunciado durante a relação conjugal, pois tem previsão expressa na lei civil. Essa classificação implica a impossibilidade de disposição sobre a pensão alimentícia de maneira *ex ante* o que poderia afetar diretamente a eficácia de eventual cláusula compromissória, em contrariedade ao texto do PL.

Sobre a segunda razão apresentada, ousa-se discordar parcialmente. Ao relembrar o conceito do compromisso arbitral, verifica-se que é pela convenção que

houver interesse de incapazes. Brasília-DF, 2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=596411&filename=PL%204019/2008. Acesso em: 12 jul. 2023.

²⁸⁵ Atualmente o projeto se encontra “Aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)”.

²⁸⁶ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Parecer contrário ao PL 4019/2008 que altera a Lei nº9.307, de 23 de setembro de 1996, para permitir a separação litigiosa e o divórcio litigioso por meio de convenção de arbitragem, salvo quando houver interesse de incapazes. 26 maio 2019.

as partes decidem submeter-se à arbitragem, após a inauguração de determinado conflito e o projeto de lei prevê esta hipótese. Em casos em que as partes já separadas de fato decidem utilizar-se da arbitragem para discussão acerca dos alimentos entre si, ela deve ser considerada válida. Não haveria qualquer óbice. Contudo, caso a cláusula compromissória seja assinada antes da separação, deve ser considerada inviável, tendo em vista que a renúncia não poderia ocorrer durante a relação conjugal.

O projeto de lei é claro ao dispor acerca apenas do compromisso arbitral e não da possibilidade de inserção de cláusula compromissória, antes do término da relação conjugal. Por isso, a justificativa apresentada pela Comissão Brasileira de Arbitragem pode ser afastada, pois há a possibilidade de discussão de alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros que somente ocorreria com a separação de fato do casal.

A terceira e última razão é acerca dos erros técnicos da proposta apresentada e que ferem o direito da arbitragem. A redação proposta obrigaria o árbitro, em sua sentença, a “dispor sobre a descrição e à [sic] partilha dos bens comuns, à [sic] pensão alimentícia e, ainda, quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento”. Ocorre que tal redação impediria as partes de gozar da sua autonomia da vontade e adotar o procedimento arbitral para resolver, por exemplo, apenas a definição da partilha dos bens, sem a necessidade e obrigatoriedade de o árbitro definir todos os aspectos indicados.

Novamente, com a devida vênia, ousa-se discordar de forma parcial. Para que o dispositivo legal permita que o interessado exerça sua autonomia da vontade, basta a inclusão da expressão “se quiser” ou “facultado ao interessado”. Tal obrigação mencionada seria facilmente substituída por simples adaptações que não interfeririam, de maneira grave, no projeto de lei a ponto de impedir sua aprovação.

Portanto, verifica-se que o projeto de lei apresentado é interessante e sua aprovação facilitaria a desjudicialização e desburocratização com o intuito de tornar o procedimento mais célere e compatível com o divórcio extrajudicial feito perante os Tabelionatos de Notas.

5.4 VANTAGENS DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA *VERSUS* ÓBICES PARA SUA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO

O instituto da arbitragem possui diversas vantagens que o destacam comparativamente dos demais, principalmente a respeito da discussão acerca de direitos patrimoniais advindos de relações familiares.

A celeridade é uma das principais vantagens sobre a arbitragem. O procedimento é muito mais célere do que o processo judicial. O objetivo de se buscar um novo método alternativo para a solução dos conflitos de forma extrajudicial ocorreu pela grande morosidade presente no Poder Judiciário. As partes tendem a procurar o litígio com mais facilidade do que o acordo, devido a isso, as demandas judiciais crescem exponencialmente.

A confidencialidade é ainda outra vantagem do instituto. Apesar das demandas relacionadas ao Direito de Família se submeterem ao segredo de justiça, as outras, no âmbito cível, a ele não se submetem. Enquanto, na arbitragem, qualquer discussão é confidencial.

No procedimento arbitral, a flexibilidade na escolha dos árbitros, do procedimento, na própria entidade que administra o processo são vantagens ao comparar-se ao Poder Judiciário. O uso da arbitragem, até mesmo, tem demonstrado menor impacto na continuidade do relacionamento entre as partes²⁸⁷.

Atualmente, houve o aumento da discussão acerca da inserção das cláusulas escalonadas. Elas preveem que as partes podem submeter a causa a distintos mecanismos de consenso extrajudiciais, como etapas prévias à eventual arbitragem²⁸⁸.

As cláusulas escalonadas são também nomeadas como cláusulas combinadas ou multietapas (*multi-tired clauses*), que combinam com procedimentos a serem cumpridos pelas partes, quando ocorre o surgimento de uma disputa, e antes de eventual instauração da arbitragem²⁸⁹. Melhor dizendo, tais cláusulas escalonadas são muito utilizadas em situações em que as partes acordam primeiramente a solução

²⁸⁷ DUTRA, Maristela Aparecida. *Op. cit.*, p. 115.

²⁸⁸ FERREIRA, Ana Betina Pires da Costa. Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem. **R. Bras. Al. Dis. Res. – RBADR**, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 21-36, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.1.

²⁸⁹ *Ibidem*.

pela mediação e, depois, pela arbitragem, sendo conhecidas como med-arb e arb-med.

A cláusula escalonada arb-med consiste em um método de resolução de conflitos multietapas que combina arbitragem seguida por mediação de maneira incidental. Já a med-arb compreende a previsão contratual na qual as partes convencionam que controvérsias que venham a surgir entre elas serão dirimidas por meio de dois métodos combinados – mediação e arbitragem – e em duas etapas: em uma primeira fase por meio da mediação, seguida por uma segunda, com utilização da arbitragem, caso a primeira não tenha sido palco de acordo entre as partes²⁹⁰.

Fernanda Rocha Levy defende que a instauração destas cláusulas proporciona uma riqueza de combinações à disposição das partes, potencializa a escolha adequada do meio de resolução do conflito. Para mais, exige orientação jurídica, fortemente, especializada para que o modelo eleito, realmente, espelhe o objetivo maior das partes em resolver a controvérsia por meio da inclusão de um meio amigável, sem representar risco de sua ampliação ou, pior, de judicialização²⁹¹.

Esta inserção das cláusulas também é cabível nas questões relativas aos conflitos familiares, tendo em vista que já é aceita a possibilidade da mediação, inclusive bastante incentivada pela Lei de Mediação e pelo Código de Processo Civil. A tentativa de solucionar o conflito inicialmente pela mediação, por exemplo, ou até pela própria negociação, antes de se buscar a via arbitral, incentiva a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos e pode ser incluída no pacto antenupcial e contrato de convivência.

Gustavo Tepedino e Daniela Peçanha defendem a inclusão de tais cláusulas escalonadas de mediação e arbitragem, pois elas traduzem acordos e são eleitas pelas partes em pactos antenupciais e de convivência, em testamentos e convenções específicas, nos quais a solução de conflito deve ser submetida, necessariamente, a etapas escalonadas de negociação, de mediação e de solução extrajudicial²⁹².

²⁹⁰ LEVY, Fernanda Rocha. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 73.

²⁹² TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Daniela. Métodos Alternativos de Solução de Família e Sucessão no Brasil e a Sistemática de Cláusulas Escalonadas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

No tocante aos óbices para o efetivo implemento, Ricardo Calderón destaca:

Não se ignora que, pontualmente, podem ocorrer situações de vulnerabilidade ou desigualdade extrema que possam exigir uma análise particular destas questões, mas estas eventuais excepcionalidades podem ser equacionadas pelos demais mecanismos de defesa do nosso sistema e, a princípio, não são empecilhos para a arbitragem no direito de família de forma geral²⁹³.

Outra desvantagem relevante e que pode surgir como um grande obstáculo é o elevado valor para a implementação da arbitragem, especialmente, para ex-casais que não possuem condições financeiras de despendere de alta quantia.

Acredita-se que a cultura adversarial predominante entre as partes litigantes seja um dos principais obstáculos para a efetiva implementação da arbitragem, mesmo quando se trata de questões relacionadas ao Direito de Família. É necessário um incentivo mais robusto para promover a utilização de métodos adequados de solução de conflitos, inclusive por meio do desenvolvimento de leis mais abrangentes nesse sentido.

Outro ponto relevante e que apresenta um empecilho para a implementação da arbitragem, é a própria lei, pois não acompanhou as mesmas premissas apresentadas na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), em seu artigo 3º:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Verifica-se que, na mediação, pode-se discutir direitos indisponíveis, mas transigíveis, se as partes estiverem em consenso, devendo ser homologado em juízo, exigindo, assim, a oitiva do Ministério Público.

No entanto, em rápida comparação entre os institutos, verifica-se a possibilidade da mediação discutir direitos indisponíveis que são transigíveis e encontram-se em consenso entre as partes, pois exige a homologação do juízo, bem

RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 32.

²⁹³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Op. cit.*, 2022, p. 201-202.

como a oitiva do Ministério Público, que funciona como um fiscal da lei e protetor dos interesses dos menores incapazes.

Para que haja uma equiparação entre os institutos da mediação e da arbitragem, é necessário compreender que, caso fosse permitido que ela abordasse questões relacionadas a direitos indisponíveis transigíveis, seria necessário um "acompanhamento" ou "supervisão" por parte do Ministério Público, o que não ocorre atualmente.

Considerar a inclusão do Ministério Público nas arbitragens de questões familiares é atualmente inviável, devido à sobrecarga de funções do órgão dentro do próprio Poder Judiciário. Embora a ideia seja interessante, seria necessário criar condições mais favoráveis para sua implementação, de modo a se preservarem as características da arbitragem e se transformarem os litígios em acordos, buscando se preservar, ao máximo, os vínculos entre as partes envolvidas.

O que se verifica é que até a própria mediação merece ser melhor fomentada no ordenamento jurídico brasileiro, com a devida distinção entre os temas familiares disponíveis e os passíveis de transação, tendo em vista as limitações deste instituto já mencionadas anteriormente.

A partir do momento em que as partes deparam com diversas alternativas para a solução de seus conflitos, cabe ao advogado analisar o que se ajusta melhor ao caso concreto e, dessa forma, refletir sobre o procedimento cabível. O Direito de Família é, repita-se, complexo e multifacetado.

Ricardo Calderón ressalta que, até o presente momento, estes institutos parecem apresentados como uma encruzilhada, diante da dificuldade de serem condensados. Porém, a figura apropriada seria a de vasos comunicantes, de modo que as partes e os profissionais pudessem trafegar pelos diversos meios de solução de disputas e permitisse direcionar cada aspecto do litígio a cada um dos respectivos métodos²⁹⁴.

²⁹⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Op. cit.*, p. 227.

Em suma, a possibilidade da arbitragem em demandas familiares representa uma alternativa de desjudicialização e visa aliviar a carga do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que promove maior comunicação e interação com outros métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Ademais, é importante que haja maior incentivo por parte de estudiosos e da legislação, para permitir a aplicação dos institutos do Direito de Família na arbitragem, buscando aprimorar esse mecanismo e permitindo que consensos sejam alcançados.

6 CONCLUSÃO

Em um mundo em constante evolução, a busca por meios mais eficientes e adequados para resolver disputas tornou-se imperativa. Os métodos adequados de solução de conflitos emergem como uma resposta fundamental a essa necessidade, oferecendo abordagens flexíveis e personalizadas para enfrentar uma variedade de litígios. A análise abrangente desses métodos revela uma série de conclusões que reforçam seu papel crucial na moderna administração da justiça.

Primeiramente, a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem demonstraram sua capacidade de proporcionar soluções ágeis. Em comparação com o sistema judicial tradicional, conhecido por sua morosidade, esses métodos podem levar a resoluções mais rápidas, atendendo, assim, às expectativas das partes envolvidas. Esse fator é, particularmente, relevante em ambientes jurídicos onde a celeridade é essencial, como nos conflitos empresariais ou familiares.

Além da velocidade processual, os métodos adequados também contam com a vantagem de permitir um maior controle das partes sobre o processo e o resultado. A mediação e a negociação, por exemplo, possibilitam que as próprias partes participem ativamente da busca por soluções, propiciando um senso de autodeterminação e colaboração. Já a arbitragem viabiliza a escolha de árbitros especializados, suscitando decisões mais informadas e imparciais.

Ao longo desta dissertação, a investigação minuciosa acerca da possibilidade do uso da arbitragem, no Direito de Família, trouxe à tona uma reflexão profunda sobre os desafios e as vantagens dessa alternativa de resolução de conflitos em um ramo do Direito tão sensível e complexo. A análise cuidadosa das particularidades familiares, aliada à compreensão dos princípios norteadores da arbitragem, evidencia a relevância de se considerar essa modalidade extrajudicial como uma alternativa viável para aliviar a sobrecarga do judiciário e buscar soluções mais céleres e especializadas para os litígios familiares.

Fica claro que a arbitragem, como método extrajudicial, tem demonstrado sua efetividade em diversas áreas do Direito, sobretudo naquelas de natureza patrimonial ou comercial. Sua rápida tramitação e a possibilidade de escolher árbitros especializados são aspectos que a tornam uma opção atraente para disputas que

envolvem questões de divisão de bens, contratos e obrigações pecuniárias no âmbito familiar. Ao permitir que as partes escolham um profissional com expertise no tema, a arbitragem pode proporcionar decisões mais informadas e, conseqüentemente, mais justas.

No entanto, quando se trata de litígios familiares que envolvem o interesse de menores ou tocam em questões emocionais e afetivas, a aplicação da arbitragem se torna mais delicada. A proteção dos direitos das crianças e a necessidade de assegurar o seu bem-estar exigem uma abordagem sensível e uma atenção especial durante o processo de resolução de conflitos. A preservação do interesse das partes vulneráveis, a garantia da sua participação adequada e a proteção contra possíveis abusos são desafios que devem ser enfrentados com cautela e responsabilidade.

Portanto, a viabilidade da arbitragem no Direito de Família dependerá sempre de uma análise criteriosa do caso concreto, considerando a natureza da disputa, as expectativas das partes envolvidas e, principalmente, o melhor interesse dos menores, quando aplicável. A opção pela arbitragem deve ser tomada de forma consciente e informada, respeitando a autonomia das partes e garantindo que o processo seja conduzido de forma ética e transparente.

Nesse contexto, torna-se evidente a importância dos métodos adequados de solução de conflitos como uma resposta ao crescente acúmulo de processos judiciais, que têm afetado negativamente a prestação jurisdicional. A promoção e o incentivo ao uso da mediação, negociação, conciliação e arbitragem são essenciais para que o sistema jurídico possa enfrentar os desafios atuais e buscar uma justiça mais ágil e eficaz.

Esses métodos, quando adequadamente aplicados, contribuem para a desjudicialização de disputas, possibilitando que as partes encontrem soluções personalizadas e mais satisfatórias para seus conflitos, evitando o desgaste emocional e financeiro de um processo judicial prolongado.

Conclui-se, portanto, que a arbitragem pode ser uma opção válida para determinadas questões familiares, desde que seja aplicada com a devida atenção às particularidades do Direito de Família e respeito aos princípios e interesses envolvidos. A busca por um sistema de justiça mais ágil e acessível passa,

necessariamente, pela valorização e ampliação dos métodos adequados de solução de conflitos, trazendo, assim, benefícios tanto para o Judiciário quanto para a sociedade como um todo. A união do poder público, da sociedade civil e dos operadores do Direito é fundamental para fomentar uma cultura de resolução pacífica de controvérsias, em busca de uma sociedade mais justa, equânime e harmoniosa.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, José Ricardo Brandão. **Responsabilidade por informações, conselhos ou recomendações nas relações entre particulares**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 35. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02082011-115409/publico/Tese_de_Doutorado_Joao_Ricardo_Brandao_Aguirre_Versao_Integr.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. **Agravo de Instrumento n. 0800176-17.2020.8.02.0000**. Desembargador Relator: Domingos de Araújo Lima Neto. 3ª Câmara Cível. 18 jun. 2020. *In*: RANZOLIN, Ricardo (org.). *Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/430-inarbitrabilidade-de-conflito-que-envolva-alimentos-tratando-se-de-direito-personalissimo.html>. Acesso em: 12 jul. 2023.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Formas alternativas de soluções de conflitos**, 2005. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20seecionado-formas%20alternativas%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos.doc. Acesso em: 01 maio 2023.

AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. Tese de doutorado em Direito Civil Comparado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.

BARBOZA, Heloísa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2000.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Pacto Antenupcial: Uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico**. *RJLB*, [s.l.], ano 2, n. 1, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial de Justiça. Brasília-DF, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília-DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília-DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1.882.567/GO. Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. j. 05.08.20. *In*: RANZOLIN, Ricardo (org.). **Arbipedia. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/429-cabimento-de-arbitragem-para-julgamento-de-partilha-de-bens-decorrente-de-dissolucao-de-uniao-estavel.html>. Acesso em: 09 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília-DF, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4074/2008**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para permitir a separação litigiosa e o divórcio litigioso por meio de convenção de arbitragem, salvo quando houver interesse de incapazes. Brasília-DF, 2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=596411&filenome=PL%204019/2008. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 maio 2023.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e o princípio da cooperação. In: RODAS, João Grandino et al. (Coords.). **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. Curitiba: Prismas, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, conciliação e Tribunal Multiportas**. 8.ed. São Paulo, RT, 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Forense. 2023.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Ressignificação da indisponibilidade dos direitos: transigibilidade e arbitrabilidade nos conflitos familiares**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Paraná, Curitiba, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307-96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e conciliação**. 4 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fernanda Rosa; ELEUTHÉRIO, Dáley Azevedo de Castro. Limites objetivos da arbitragem no direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 22-34, 2022.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC**. Migalhas, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 03 out. 2023.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Parecer contrário ao PL 4019/2008 que Altera a Lei nº9.307, de 23 de setembro de 1996, para permitir a separação litigiosa e o divórcio litigioso por meio de convenção de arbitragem, salvo quando houver interesse de incapazes**. 26 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. O Divórcio em Roma na Antiguidade. **Revista Da Faculdade De Direito**, São Paulo, v. 77, p. 31-37, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66939>. Acesso em: 08 abr. 2023.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 14 ed. rev. ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

DELGADO, Mário Luiz. Arbitragem no Direito de Família e das Sucessões: Possibilidade e causuística. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Direito em Debate**. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 255-290.

DELGADO, Mário Luiz. **Notas sobre a arbitragem no Direito de Família e o PL 3.293/2021**. Conteúdo Jurídico, 04 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/processo-familiar-notas-arbitragem-direito-familia-pl-32932021>. Acesso em: 22 out. 2023.

DIDIER JR, Fredie. **A arbitragem no novo Código de Processo Civil** (Versão da Câmara dos Deputados - Dep. Paulo Teixeira). Rev. TST, Brasília, v. 79, n. 4, out/dez 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acesso em: 11 jun. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 5. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 5. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DUTRA, Maristela Aparecida. **Arbitragem para solução de conflitos no direito de família**. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2018, p. 89. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21161/2/Maristela%20Aparecida%20Dutra.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

EXPOSIÇÃO de motivos do Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

FERNANDES, André Gonçalves. **Filosofia da Família: A família como ela é**. São Paulo: Cultor de Livros, 2022.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Trad: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FOLEY, Glaucia Falsarella; CAETANO, Flávio Crocce. **Justiça para todos – Juíza Gláucia Falsarella Foley e Flávio Crocce Caetano**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/justica-para-todos-2013-juiza-glaucia-falsarella-foley>. Acesso em: 19 maio 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: famílias. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2023.

GALANO, Mônica Haydée. Mediação Familiar. In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. **Conciliação e Mediação**: ensino em construção. (Orgs.) 2 ed. São Paulo: IPAM, 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. **Revista Brasileira de Direito de Família**, [s.l.], n. 39, n.p, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda Compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.) **Mediação e Gerenciamento do Processo**: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. O “Árbitro” na Antiguidade: Releitura crítica de uma história de arbitragem. **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.2, n.2, p. 11-40, jan-jun de 2021.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação**: Conciliação e negociação. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: Novas uniões depois da separação. 2 ed, rev e atual. São Paulo: Editora RT, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: Uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 01, n. 14, p. 251-267, 2011.

FERREIRA, Ana Betina Pires da Costa. Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem. **R. Bras. Al. Dis. Res. – RBADR**, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 21-36, jul./dez. 2021.

FICHTER, José Antônio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Tratado de Direito das Famílias**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família paralelas. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 01, 2014.

HOTOTIAN, Andrea. Revisitando o instituto da mediação e da conciliação: Análise sob a nova ordem processual e social. **Revista de Processo**, [s.l.], v. 330, p. 417-439, 2022.

JUSTIÇA FEDERAL. Corregedoria da Justiça Federal. Centro De Estudos Judiciários. **Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. 2021. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justicafederal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-deestudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-delitigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 07 jul. 2023.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais**. Direito brasileiro e comparado. [20-?]. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

LEMES, Selma Ferreira. **Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem**. Características, Efeitos e Funções. [20-?]. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em números**. Pesquisa 2020/2021 realizada em 2022. Disponível em: https://infograficos-est.valor.com.br/pdf/2022_08_16_PESQUISA_Final.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

LEVY, Fernanda Rocha. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. [s.d.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=Sob%20o%20ponto%20de%20vista,no%20direito%2Fdever%20de%20solidariedade>. Acesso em: 21 mar. 2023.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 13, p. 11-23, 2011.

MACHADO, Anna Catharina Fraga. A mediação como meio eficaz de solução de conflito. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.) . **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAIA NETO, Francisco; RENNÓ, Leandro; CREMASCO, Susana Santi. Capítulo II - Da convenção de arbitragem e seus efeitos. In: MOTA JR, Aldemar et al. Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. Função do compromisso arbitral. **Soluções Práticas**, [s.l.], v. 2, p. 569 - 586, out/2011.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MATOS, Francisco Gomes de. **Negociação e conflito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família, v. 2, 42 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

MORAU, Caio. **Casamento e afetividade no Direito Brasileiro**: Uma análise histórico-comparativa. São Paulo: LiberArs, 2020.

MULTEDO, Renata Vilela; DE MORAES, Maria Celina Bodim. A privatização do casamento. **Civilistica.com**, [s.l.], a. 5. n. 2. 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato intuito personae de árbitro. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 1041, p. 19 - 53, jul/ 2022.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. Da afetividade à responsabilidade: o pretensão “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 398-419, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/68527417/Da_afetividade_%C3%A0_responsabilidade_o_pretensao_princ%C3%ADpio_jur%C3%ADdico_da_afetividade_no_Direito_de_Fam%C3%ADlia_frente_ao_princ%C3%ADpio_da_repara%C3%A7%C3%A3o_integral_DoI_10_5020_23172150_2012_p_398_419. Acesso em: 28 mar. 2023.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: volume IV: família e sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção das. **Novo Código de Processo Civil**: Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. **Pequenos Escritos Interdisciplinares: Direito, Família, Sexualidade & Sociedade em conexões**, [s.l.], v. 2, p. 34, [201-?]. Disponível em: <https://www.famesc.edu.br/biblioteca/pesquisa-producao-cientifica/DIREITO,%20SEXUALIDADE%20E%20SOCIEDADE%20-%20V.%202.pdf#page=27>. Acesso em: 04 abr. 2023.

PAES, Elpidio Ferreira. Estrutura e evolução da família romana. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, ano V, n. 5, p. 19-25, 1971.

PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V. Forense: Rio de Janeiro, 1985.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2.ed. Prefácio: Min. Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. 2020. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Art. 3º. In: XAVIER CABRAL, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe. (coords.) **Lei de Mediação Comentada Artigo por Artigo**. Dedicado à memória da professora Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70042776849**. Desembargador Relator: Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, julgado em: 04 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/20266353>. Acesso em: 20 out. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSI, Aline de Toledo. Considerações sobre os aspectos legais da mediação e da conciliação judiciais. **Revista de Direito Privado**, [s.l.], v. 96, p. 251-269, dez. 2018.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 10 maio 2023.

RUSCHEINSKY, Aloísio; DEMARI, Melissa. A Judicialização das Relações Familiares: uma Análise do Fenômeno na Perspectiva da Sociedade de Risco. **Mediações**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 338-359, 2016. Disponível em:

<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/21205/19370>. Acesso em: 21 set. 2023.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A arbitragem no direito de família. IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade. **Anais [...]**, p. 361-369. IBDFAM, Araxá, 2013.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Princípios Fundamentais da Arbitragem**. 1996. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32678/Princ%C3%ADpios_Fundamentais_Arbitragem.doc.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

SANTOS, Romualdo Baptista dos; NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. A responsabilidade civil das partes e dos advogados por danos nos litígios de família. **Civillistica.com**, [s.l.], a. 11, n. 3, p. 9, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1034650-66.2018.8.26.0506. Desembargador Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. *In*: RANZOLIN, Ricardo (org.). Arbipedia. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. Arbipedia, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/429-cabimento-de-arbitragem-para-julgamento-de-partilha-de-bens-decorrente-de-dissolucao-de-uniao-estavel.html>. Acesso em: 09 jul. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível: AC 1012741-02.2021.8.26.0008 SP 1012741-02.2021.8.26.0008**. Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 21/07/2022, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709742903/inteiro-teor-1709743038>. Acesso em: 03 abr. 2023.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: Mediação, conciliação e negociação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. A dignidade humana retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos através da observação de Max Scheler. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 21 set. 2015. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45193/a-dignidade-humana-retratada-na-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-atraves-da-observacao-de-max-scheler>. Acesso em: 13 mar. 2023.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. Resolução de disputas: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. *In*: SALLES, Carlos Aberto de.; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Orgs). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: Curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SILVA, Fernando Cunha. Importância da arbitragem para efetivação da justiça no Brasil. **Revista Jurídica Logos**, [s.l.], ano 7, n. 7, jun. 2014.

SIMÃO, Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s.l.], v. 1, p. 61-79, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/121/115>. Acesso em: 22 jul. 2023.

SQUADRI, Ana Carolina. Mediação Judicial. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Autonomia privada e direito de família**: algumas reflexões. Migalhas, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/350602/autonomia-privada-e-direito-de-familia--algumas-reflexoes-atuais>. Acesso em: 03 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito de Família, v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

VICENTE, Dário Moura. **Requirements for the enforceability of arbitral awards**: a comparative overview. Cambridge Handbook of judicial control of arbitral awards, Cambridge University Press, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Daniela. Métodos Alternativos de Solução de Família e Sucessão no Brasil e a Sistemática de Cláusulas Escalonadas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. v. II. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo: RePro**, [s.l.], v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. Art. 24. *In*: XAVIER CABRAL, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe. (coords.) **Lei de Mediação Comentada Artigo por Artigo**. Dedicado à memória da professora Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.