

ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA: UMA APRECIÇÃO DOS LIMITES E POSSIBILIDADES¹

ARBITRATION AND FAMILY LAW: NA ASSESMENT ABOUT LIMITS AND POSSIBILITIES

Marcos Alberto Rocha Gonçalves²

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo, dentro de suas limitações, apresentar uma possível apreciação crítica acerca da utilização de meios alternativos de solução de conflitos, mais especificamente a arbitragem, nas matérias atinentes ao direito de família. Para tanto, parte-se de um estudo mais abrangente, embora sintético, da arbitragem em si, com seus conceitos e, especialmente, princípios, ressaltando aqueles afeitos ao ramo do direito estudado. Em um segundo momento, o estudo pretende apontar os limites e as possibilidades, bem assim as eventuais vantagens e desvantagens, da utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos jurídicos na área ora estudada.

PALAVRAS CHAVE. ARBITRAGEM. DIREITO DE FAMÍLIA.

ABSTRACT

This paper aims, within its limitations, present one possible critical assessment on the use of alternative dispute resolution, specifically the arbitration in matters pertaining to family law. Therefore, it starts from a more comprehensive study, although synthetic, arbitration itself, with its concepts and, especially, principles, emphasizing those addicted to the branch of law study in case. In a second step, this paper intends to point out the limits and possibilities, as well as the advantages and disadvantages of using arbitration for legal disputes in the area now under study.

KEYWORDS. ARBITRATION. FAMILY LAW.

¹ Artigo recebido em 30 de abril de 2011 e aceito em 05 de maio de 2011.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Instituição de Ensino na qual, durante a graduação, foi bolsista do CNPq pelo Programa de Iniciação Científica e desenvolveu atividades de monitoria. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com pesquisa em desenvolvimento no âmbito do Direito Civil, voltada aos direitos reais e sua interlocução com a economia, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto e co-orientação do Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Advogado. pretamrcs@gmail.com

SUMÁRIO. Introdução. I. Aspectos gerais e princípios gestores da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. II. Arbitrabilidade objetiva: limites materiais à arbitragem. III. Limites e possibilidade da arbitragem no direito de família brasileiro. IV. A experiência estrangeira. Conclusão referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Conforme a expressão do art. 1º da Lei 9.307/1996, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser levados à jurisdição arbitral. Na mesma esteira, os art. 851 a 853 do Código Civil Brasileiro determinam a possibilidade de se pactuar compromisso para a solução de conflitos, vedando-se, contudo, que o objeto de tal pacto seja questões de estado, direito pessoal de família e de outras questões que não tenham caráter estritamente patrimonial³.

Em uma primeira leitura, é possível inferir da disposição normativa em sua expressão literal, a restrição da jurisdição arbitral à questões patrimoniais disponíveis. O presente estudo presta-se, por outro lado, a apresentar uma análise crítica de tal conteúdo, especialmente no que se refere ao direito de família.

Justifica-se tal análise diante da complexidade na qual se insere o direito de família, em especial suas múltiplas implicações, sejam pessoais, sejam patrimoniais. Trata-se de um dos ramos do direito com maior conexão com a autodeterminação e autonomia individual, razão pela qual pode ser válido o estudo que busque caminhos viáveis para multiplicar as formas de resolução de conflitos jurídicos nesta área.

Um possível ponto de partida da análise que se pretende aqui erigir é a percepção de que ao restringir a arbitragem apenas às questões patrimoniais disponíveis, o ordenamento jurídico brasileiro fixou apenas o conteúdo imediato passível de submissão à arbitragem, não se expressando qualquer vedação em relação a matéria jurídica da qual a controvérsia patrimonial se origina.

Vale dizer, nesta medida, que a norma legal não veda a opção pela jurisdição arbitral de matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis que tenham seu núcleo gerador em uma controvérsia própria do direito de família.

Destarte, para além deste limite interpretativo literal, o estudo que adiante se apresenta tem como escopo compreender o sentido ontológico dos princípios ligados à arbitragem e as necessidades contemporâneas relacionadas aos conflitos jurídicos no âmbito do direito de família.

É, pois, com este escopo que são traçadas as linhas que seguem, buscando por certo não apresentar conclusões apressadas, mas sim inquietações que possam, em alguma medida, contribuir ao estudo do fértil campo da solução não estatal de conflitos jurídicos.

³ Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

I. ASPECTOS GERAIS E PRINCÍPIOS GESTORES DA ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A arbitragem como forma eficaz de solução de controvérsias possui uma história tão longa quanto o próprio direito, atravessando séculos de evolução. Antes da organização de uma forma de jurisdição não pública e/ou estatal, a submissão de conflitos interpessoais à solução por um terceiro, cujas características individuais o habilitavam para tanto em cada determinado espaço e momento histórico, representava senão a única a mais eficaz forma de pacificação das relações.

Sobre o tema, veja-se a lição de Francisco Cahali:

Arbitragem: Instituto tão antigo quanto a própria humanidade, através do qual as partes indicam um terceiro para resolver seus conflitos. Aliás, diz a história que a arbitragem em diversas civilizações teria precedido até mesmo a justiça estatal, e mesmo estruturada esta jurisdição, muitas vezes o “cidadão idôneo” dos Gregos, ou uma autoridade religiosa (estes especialmente para pessoas próximas) era preferencialmente investido de poderes para solucionar controvérsias.⁴

Ainda sobre a importância histórica do tema, Silvestre Torres afiança:

É do conhecimento do mundo jurídico que o sistema arbitral sempre se constituiu numa possibilidade de interesses, percorrendo longos caminhos desde remotos tempos, uma evolução, com forte influência do Direito Romano em que as civilizações buscavam resolver problemas. No desenvolvimento dessa idéia, a presença marcante de um árbitro para compor litígios, uma forma de realidade de justiça privada, que caminhou para uma Justiça formal, estatal.⁵

No Brasil, apesar de se ter notícia da utilização da arbitragem desde os primórdios, quando ainda do domínio colonialista português, é de se citar, apenas como interesse histórico, que a primeira legislação originariamente brasileira a tratar do tema foi o Código Comercial de 1850, que dispunha, em seu artigo 245, que as questões advindas de contratos de locação mercantil deveriam ser decididas em juízo arbitral.⁶

Diversos dispositivos legais seguiram, ao longo da história imperial e republicana, ora abrangendo, ora restringindo a utilização da arbitragem, embora sempre com os interesses voltados pela forma de organização econômica própria do Século XIX e início do Século XX.

Por outro lado, a inserção econômica do Brasil, no final do Século XX, em uma ordem econômica regida pelo capitalismo globalizado, marcada pela velocidade crescente das

⁴ CAHALI, Francisco José. Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: União Estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 78.

⁵ TORRES, Silvestre Jasson Ayres. Juízo arbitral – uma forma alternativa na solução dos conflitos. Revista *Ajuris*. V. 30, n.º 92. Porto Alegre, *AJURIS*, 1974, pg. 287. *Apud*: LUCHI, Cíntia; STRASSMANN, Karin. O instituto da arbitragem no Brasil. *Revista Jus Vigilantibus*, disponível em <http://jusvi.com/artigos/19677>. Acesso em 08/01/2011.

⁶ O texto original, revogado pela Lei nº 10.406, de 2002, dispunha: *Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.*

mudanças e do incremento das complexidades nas relações econômicas e pessoais refletiu, também, nos mecanismos de composição das controvérsias jurídicas.

Assim, dentre meios não estatais disponíveis e já desenvolvidos de solução dos litígios, a arbitragem, com sua longa história evolutiva, mostrou-se a mais facilmente adaptável a esta nova realidade, ganhando importância ainda não experimentada no ordenamento brasileiro.

Foi este impulso que possibilitou, com fundamento da Constituição Federal de 1988, a edição da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que passou a regular arbitragem no direito brasileiro contemporâneo. Acerca deste instrumento legal, Carlos Alberto Carmona leciona:

A comissão foi buscar subsídio especialmente na legislação espanhola então vigente (de 1988) e na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial da Uncitral, sem esquecer as disposições das Convenções de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975). Vale lembrar que, à época da edição da Lei de Arbitragem, apenas a Convenção do Panamá estava em vigor, graças ao Decreto nº 1.902, de 9.5.96 (o texto da Convenção foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 90, de 6.6.95); o texto da Convenção de Nova Iorque somente foi aprovador em Abril de 2002 (Decreto Legislativo nº 52, de 25.4.2002), sendo finalmente promulgada a Convenção pelo Decreto nº 4.311, de 23.7.2002.

Procurou a comissão, em alguns aspectos, não estabelecer disciplina extremamente radical para a arbitragem.⁷

Cumprido apontar que, embora a Lei 9.307/1996 não tenha inaugurado a Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso admitir que tal norma é responsável pela mais moderna sistematização do tema, aderindo em sua concepção, em considerável medida, aos modelos internacionais oriundos dos pactos e trados internacionais sobre a matéria dos quais o Brasil signatário.

Referido diploma normativo tem natureza dúplice, trazendo em seu conteúdo critérios processuais gerais importantes para garantir maior segurança e estabilidade aos procedimentos arbitrais mas, ao mesmo tempo, garante o exercício da liberdade das partes escolherem, dentre os critérios mais adequados as suas necessidades e características, a melhor forma de compor o litígio existente.

Com bem aponta Carlos Alberto Carmona, a “Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) está firmemente ancorada na autonomia da vontade das partes” sem, contudo, ultrapassar a barreira da legalidade e adentrar no espaço da arbitrariedade. Assevera Carmona:

O legislador apostou na liberdade dos contratantes, que podem escolher a lei que querem ver aplicada à solução do litígio bem como podem acolher o procedimento que julgarem mais adequado à sua disputa.

(...)

Isto não quer dizer que o processo arbitral seja descontrolado ou arbitrário (e o art. 21, parágr. 2º da Lei de Arbitragem mostra que existem princípios que não podem ser desrespeitados). Mas é preciso entender que o árbitro, tendo obrigação de fornecer às partes um excelente trabalho, no que diz respeito à

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

solução do litígio que lhe for submetido para decisão, deve ter necessariamente a possibilidade de flexibilizar até mesmo as normas regulamentares escolhidas pelas partes, de tal sorte que o processo e seus cânones não destruam as grandes vantagens clássicas da arbitragem, entre elas a celeridade!⁸

Outrossim, a normatização de 1996 garante o exercício da liberdade de opção acerca da decisão sobre determinada questão jurídica controvertida, dentro de um espectro de restrições eleitas como necessárias pelo legislador.

Conforme se infere, os principais efeitos restritivos da norma dizem respeito à condição do sujeito que toma parte em uma arbitragem e ao conteúdo do direito a ser submetido à esta forma de jurisdição. Neste influxo, expressa-se no art. 1º da Lei: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Referida norma não se apresenta isolada no ordenamento jurídico pátrio vez que o Código Civil de 2002 aponta em seus artigos, conforme antes já mencionado, conteúdo normativo semelhante:

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Sobre a matéria, eis o entendimento de Carmona:

A arbitragem é uma técnica para solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsia – que tem natureza jurisdicional os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O novo Código Civil, nos arts. 851 e 852, reforça tal premissa (que estava suficientemente clara no primeiro artigo da Lei 9.307/96), ou seja, de que é possível fiar-se em árbitros desde que os contratantes tenham capacidade de contratar (art. 851) e desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, de direito pessoal e de família e de outras questões “que não tenham caráter estritamente patrimonial” (art. 852).⁹

Quanto ao critério subjetivo, tem-se a restrição fixada na capacidade jurídica de contratar. Tal entendimento conecta-se com a compreensão de que opção pelo procedimento arbitral perpassa pela expressão de contratualidade, vez que ambas as partes pactuam, contratam portanto, a escolha deste modo de resolução do conflito.

Desta forma, não sendo a parte capaz de expressar validamente a vontade na celebração de um ato contratual, nada mais coerente que a vedação deste sujeito à arbitragem.

No plano objetivo, por outro lado, conforme será mais detalhadamente tratado na sequência, a restrição imposta pela norma tem caráter de política legislativa. Trata-se da

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Duas palavras sobre o procedimento arbitral**. Disponível em http://www.ccbc.org.br/download/duas_palavras_sobre_o_procedimento_arbitral.pdf.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

delimitação da arbitragem a matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, restando restrito ao Poder Judiciário o monopólio quando a jurisdição das demais matérias.

Por não refletirem importância direta ao tema ora em estudo, deixa-se na sequência de analisar com pormenores outros aspectos processuais da Lei de Arbitragem, vez que tal estudo não se mostra útil às pretensões deste trabalho.

Por outro lado, para melhor se compreender as conexões possíveis entre a arbitragem e o direito de família, importante delimitar alguns dos princípios gerais que a doutrina e a experiência internacional apontam como afeitos a esta sistemática de resolução de conflitos.

Indubitavelmente o princípio gestor da arbitragem a autonomia da vontade. Por tratar-se de modalidade privada, contratual, de eleição de jurisdição, sua fundamentação nuclear não estaria calcada em outro corolário que não o da autonomia da vontade.

Somente pela expressão da vontade das partes é que se viabiliza a utilização da arbitragem, bem como é a expressão desta vontade que determina o conteúdo e a abrangência (dentro do critério legal) do que será decidido pelo árbitro.

Assim, a autonomia da vontade representa o nascedouro da submissão de determinado conflito à arbitragem, bem como é desta autonomia que se alimenta a construção do procedimento arbitral em si.

Concatenado ao princípio da autonomia da vontade, acoplam-se à solução arbitral de conflitos aqueles princípios próprios da jurisdição. Neste sentido, parece-nos útil o entendimento apresentado por Selma Ferreira Lemes ao lecionar acerca do Procedimento Arbitral:

Para ser válido e eficaz, deve garantir a tutela jurídica efetiva. No âmbito dos ordenamentos nacionais esses princípios estão presentes, geralmente, nos Textos Fundamentais (...).

No Concerto das Nações a matéria está prevista em Convenções Internacionais, Declarações e Pactos emanados de Organizações Internacionais que ressaltam os direitos à tutela jurídica e do devido processo legal.

Como corolário dos princípios previstos na Teoria da Garantia realçaremos três princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral: (i) da imparcialidade do árbitro, (ii) do contraditório e igualdade das partes e (iii) o da livre convicção do árbitro.¹⁰

Tratam-se, na realidade, dos princípios que incidem em todo procedimento jurisdicional, seja em esfera privada, seja em esfera pública, vez que sua origem remete à norma constitucional que enfeixa todo o sistema jurídico.

Outrossim, tais princípios, por sua própria natureza constitutiva, adequam-se e amoldam-se a realidade na qual estão a incidir, atuando de forma a garantir que os preceitos constitucionais próprios do ambiente jurisdicional sejam observados.

Destarte, expostas as características gerais da jurisdição arbitral, bem assim a principiologia que a delimita e constitui, o estudo ora proposto aponta para a

¹⁰ Lemes, Selma Maria Ferreira. ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal vol. 115, p 441/468, Julho/Setembro, 1992. Disponível eletronicamente em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176007/1/000469652.pdf>. p. 441-442

importância de se tentar compreender, conforme se fará na sequência, o conteúdo ontológico da delimitação material objetiva desta espécie de jurisdição.

II. ARBITRABILIDADE OBJETIVA: LIMITES MATERIAIS À ARBITRAGEM.

Conforme já se apontou previamente, a utilização da arbitragem, no direito brasileiro, atende a um limite objetivo, qual seja, a restrição da matéria jurídica que se pode submeter a esse tipo de jurisdição.

Do que se depreende da norma legal, acima já demonstrado, a jurisdição arbitral, no ordenamento brasileiro, está circunscrita ao âmbito dos “direitos patrimoniais disponíveis”¹¹.

Direitos patrimoniais disponíveis são assim definidos, conceitualmente, por 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 livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objetivo 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 contendentes.¹²

Ainda acerca do conceito de direitos patrimoniais disponíveis, é ainda mais restritivo o entendimento de José Maria Rossani Garcez:

São legalmente indisponíveis aqueles direitos que se refiram a litígios que dependam exclusivamente de sentença judicial, como é o caso do inventário de bens localizados no Brasil (art. 89 do CPC), daqueles relativos aos processos de insolvência, ao estado e capacidade das pessoas (art. 92 do CPC); que tenham natureza alimentar, falimentar, fiscal, causas de interesse da Fazenda Pública, relativas a acidentes de trabalho e a resíduos (§1º do art. 3º da Lei n.º 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que façam parte de litígios em que, necessariamente, interfira o Ministério Público, como nas questões de interesse de incapazes, relativas ao estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposição de última vontade, ou que se relacionem a ações envolvendo litígios coletivos pela posse de terra rural, ou naquelas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte (art. 82 do CPC).¹³

¹¹ Lei 9.307/1996, art. 1º e Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 852.

¹² CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 56.

¹³ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 79.

A evolução do direito não nos permite, porém, fixar como estanque o conceito de direito patrimonial disponível, nem tampouco autoriza a construção interpretativa de tal conceito em bases fixadas apenas na *mens legis*. Toda norma jurídica, em sua concepção, por mais simples que seja, é interpretada posto que “la interpretación es una pieza indiscartable en el cumplimiento y en la aplicación de cualquier norma jurídica”¹⁴. Isto porque, para compreensão do mundo ao seu redor, para tornar factível sua existência, o homem precisa necessariamente de uma interpretação que, a princípio, é aquela que herdamos de nossos antecessores a qual, com o desenrolar do tempo, vamos colorindo com matizes pessoais à luz do contexto histórico-estimativo.¹⁵

Esta teleologia axiológica, para além das características ontológicas do fenômeno jurídico, nos conduz à necessidade de uma lógica particular que é a *lógica do razoável* na expressão de Siches. Assim, ao aplicar a norma ao caso concreto deve-se buscar aquela que gere os efeitos mais convenientes de acordo com os valores do próprio ordenamento, a finalidade e os objetivos da norma.

É possível concluir, do que acima se expôs, que o conceito de direito patrimonial disponível, próprio do critério objetivo de arbitrabilidade, deve atender à finalidade da expectativa normativa, vale dizer, a finalidade que se espera da norma na formatação dos conflitos.

No caso da arbitragem em matéria de família, tema que ora se estuda, este entendimento é verdadeiramente relevante.

Nada obstante, como se terá a oportunidade de melhor se apresentar na sequência, a demanda social e cultural contemporânea clama por soluções rápidas e eficazes dos conflitos familiares e aponta para a leitura do conceito de direito patrimonial disponível de maneira distinta daquela verificada pelo paternalismo judicial próprio dos Séculos XIX e primeira metade do Século XX.

Se antes a figura do Estado era essencial para a manutenção dos princípios gestores da Família tida como ideal e adequada para aquela sociedade, naquele momento histórico, a contemporaneidade aponta para uma Família voltada para o interesse dos sujeitos em si considerados, cujos conflitos e composições demandam cada vez menos a presença de um Estado centralizador e cada vez mais a ascendência da expressão da vontade dos sujeitos.

A partir de tais idéias, tem-se na arbitragem um mecanismo importantíssimo de composição dos conflitos, sendo imperioso que a expressão da norma legal que regula tal mecanismo seja interpretada à luz da concretização esperada para o direito.

Isto exposto, é possível avançar, conforme se pretende na parte que segue, para um estudo objetivado dos limites da arbitragem em direito de família, tomando o que aqui se expôs como premissa desta tarefa.

Uma vez fixadas estas premissas, bem assim expostos os princípios gestores desta forma de solução de conflitos, os capítulos que seguem prestam-se a leitura da construção doutrinária e da experiência estrangeira acerca do tema.

O intuito das partes finais do trabalho é apontar, de forma aberta, uma possível verticalização do tema, especialmente para o fim de contextualizar temporal da disciplina estudada.

¹⁴ SICHES, Luis Recaséns. **Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965. p. 6.

¹⁵ No dizer de Siches: “*El hombre hace siempre las mismas cosas; pero a esto hay que agregar que esas mismas cosas las hace siempre de diversa manera, en virtud de la historicidad esencial.*” SICHES, Luis Recaséns. *Op. cit.* p. 138.

III. LIMITES E POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.

A limitação da arbitragem, no Brasil, à matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis já restou exposta, por mais de uma perspectiva, nas linhas acima traçadas. Não obstante, essa limitação, conforme também já se apontou, submete-se à construção hermenêutica própria da natureza dinâmica do direito.

Com efeito, as matérias presentes nos conflitos familiares não possuem uma única natureza, nem tampouco geram consequências unidimensionais. Dito de forma diversa: os conflitos de família produzem efeitos tanto na esfera pessoal quando na esfera patrimonial, sendo muitas das vezes verdadeiramente difícil determinar um critério de distinção absoluto entre tais efeitos.

É esta multidimensionalidade que impulsiona a construção de critérios interpretativos acerca da utilização da arbitragem na seara jurídico-familiar, conforme bem aponta Francisco Cahali:

Por sua vez, restrito o litígio a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrente de relações familiares, inexistente óbice legal, tanto no Direito de Família, como na legislação sobre arbitragem para a utilização deste expediente na solução dos conflitos (arbitrabilidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva). Situação clara a se sustentar a viabilidade do juízo arbitral é aquela relativa à partilha de bens decorrentes da dissolução do casamento e da união estável. Podem, então, os companheiros, no exercício da autonomia da vontade, de comum acordo, reservar a solução de conflito relativo à partilha de bens à arbitragem.¹⁶

É possível afirmar, portanto, que mesmo tratando-se de conflito típico de direito de família, desde que se faça presente a hipótese de compreensão patrimonial do direito em litígio, torna-se possível a utilização da arbitragem, sendo que se fixa como compreensão patrimonial de um direito a possibilidade de expressa-lo de forma negocial, possibilitando ao seu titular a faculdade de a ele renunciar.

Referido entendimento torna-se mais claro ao se tomar o exemplo do direito de percepção de alimentos pelos cônjuges. Conforme afirma Cahali, a construção doutrinária e jurisprudencial fixou tal direito como renunciável, sendo possível, assim, submete-lo à arbitragem. Eis a lição do mencionado Professor:

Já a obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável tem certo toque de disponibilidade, uma vez nascido o respectivo direito pelo rompimento da relação, nunca antes da dissolução.

Tanto assim é que, embora polêmica a questão, há precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a eficácia da renúncia em acordo de separação consensual, embora a orientação até então prevalecente validasse a disposição do direito apenas com o divórcio.

Possível a renúncia aos alimentos – grau máximo de disponibilidade de um direito – mais fácil sustentar a arbitrabilidade da pensão.

¹⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*

Porém, a questão deve ser vista, também, sob outra ótica – a natureza patrimonial decorrente do direito aos alimentos, pois só arbitrável o direito patrimonial disponível.

E, assim, tem-se que os efeitos patrimoniais derivados da obrigação alimentar, ou seja, o valor da pensão propriamente dito, e não o reconhecimento do direito de percebê-la ou a obrigação de honrá-la é matéria que pode ser objeto de arbitragem.¹⁷

O entendimento acerca da possibilidade de utilização de arbitragem para o tratamento de matéria relativa a direitos patrimoniais originados em conflitos de direito de família não se restringe à doutrina.

Embora ainda de modo tímido, o Poder Judiciário brasileiro via, passo a passo, melhor compreendendo os benefícios possíveis da utilização da arbitragem para as questões envolvendo controvérsias de direito de família, seja por auxiliar na diminuição do crescente número de processos que aguardam por julgamento por muito tempo, seja por melhor atender os interesses dos jurisdicionados.

Não é outro o sentido da decisão que adiante se expõe, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

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 de arbitragem deve ser respeitada pela jurisdição estatal como qualquer convenção privada. Evidente que nas se afasta o 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 provido.¹⁸

Adicionalmente, reforçando o entendimento acerca da disponibilidade relativa aos alimentos prestados entre os cônjuges, entrou em vigor em 4 de janeiro de 2007 a Lei 11.441, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

A mencionada norma acresceu ao Código de Processo Civil o Art. 1.124-A, com o seguinte texto:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Mencionada norma rompe com o monopólio estatal para o modificação do status jurídico atribuído com o casamento, seja em relação à própria condição matrimonial, sem em relação ao nome ou ainda as questões patrimoniais advindas do casamento.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ TJ-SP. AI 501.512-4/4-00. Julgado em 30/05/2007.

A abertura sistêmica imposta pela mudança legal possibilita, ao mesmo tempo, reinterpretar a regulação acerca da arbitragem, sendo possível defender, ainda que se sujeitando a críticas, a abrangência da arbitragem para os mesmos correlatos temas apontados no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil.

Tem-se, assim, uma possibilidade interpretativa não de burlar ou descumprir a norma estampada pela Lei 9.307/1996, mas sim de interpretá-la de modo integrativo e sistêmico, atendendo às necessidades contemporâneas e garantindo que o direito seja um instrumento de concretização do ideal de justiça e efetividade dos melhores interesses individuais, extremamente relevante no âmbito do direito de família.

Por fim, resta apontar como vantagem da utilização da arbitragem em conflitos de direito de família. Para tanto, recorremos ao entendimento de Francisco Cahali que, embora tratou especificamente de questão envolvendo União Estável, não se afasta dos resultados e premissas de outras questões de direito de família:

Com efeito, através dela, permite-se aos interessados obter, com maior presteza, e por vezes com custos reduzidos, a definição de litígios sem percorrer os sinuosos caminhos do Poder Judiciário. Principalmente nas questões familiares, a morosidade da prestação jurisdicional representa fator de extremo desgaste, comprometendo, como se sabe, por longo período, a estabilidade emocional dos envolvidos, sua produtividade profissional e, o que é pior, transferindo aos filhos pesada carga de frustrações e sofrimentos com efeitos nocivos para a formação psíquica do menor ou adolescente. Exclusivamente no aspecto econômico, também é grande a lesão. Veja-se, por exemplo, que a indisponibilidade de ativos financeiros, veículos e mesmo imóveis, no prolongado curso da ação, em decorrência de propositura de medida cautelar ou tutela antecipada visando a resguardar futura partilha, prejudica, e muito, a ambos os interessados, pela corrosão do valor no tempo. Por outro lado, em decorrência do expressivo número de processos, sabe-se da reduzida disponibilidade de tempo dos magistrados a ser destinada às exigentes questões de família, impedidos nossos julgadores, também nessas circunstâncias, de dedicar a maior atenção reclamada pelos feitos dessa natureza, pela casuística e diversidade de valores, interesses e direitos em discussão. Assim, considerando o perfil da arbitragem, em que o árbitro mais se envolve com o conflito em exame, podendo se aproximar intensamente das partes objetivando alcançar a solução amigável, encontramos nesse procedimento uma ótima opção, em diversas situações, para superar litígios decorrentes da união estável. Figure-se a submissão expressa dos companheiros presunção de condomínio sobre todo patrimônio adquirido a título oneroso durante a união, pela cumplicidade e participação conjunta nos projetos familiares. Na adversidade da relação, porém, deixam a critério do árbitro a definição da partilha, com aptidão para promover, inclusive, direta ou indiretamente, a avaliação do patrimônio para esta finalidade, podendo privilegiar a equidade e equilíbrio das partes, em detrimento da exatidão aritmética das parcelas destinadas a cada um¹⁹.

¹⁹ CAHALI, Francisco José. Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: união estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 82

Eis, assim, as razões pelas quais mostra-se importante repensar o uso da arbitragem no direito de família, tratando-se do tema a partir de uma visão voltada o melhor interesse dos envolvidos, concatenado com a compreensão de justiça contemporânea.

IV. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.

Do que acima se expôs acerca do tema da arbitragem em matéria de direito de família, seus limites e as possibilidades construtivas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, emerge a conclusão de que o tema é ainda pouco desenvolvido, podendo-se avançar cientificamente para uma mais eficaz disposição deste instrumento jurídico.

A experiência estrangeira, por outro lado, aponta para países onde matéria está há muito incorporada aos ordenamentos jurídicos, apresentados resultados práticos importantes no que se refere à melhora da prestação jurisdicional.

Veja-se, como exemplo inicial, o ordenamento jurídico japonês, cuja estruturação típica das famílias romano-germânicas o aproxima da sistemática presente no direito brasileiro.

Há no país oriental massiva adoção da mediação e da arbitragem para a resolução dos conflitos na esfera familiar, sendo que a busca pelo poder judiciário restringe-se às hipóteses de total ausência de convergência de vontades.

Sobre o tema, segue a lição de Cláudia Lima Marques:

Perante a cultura japonesa, de resolver de forma interna e discreta os problemas familiares (FROMONT, 1994, p. 134-135), não é de espantar que existam no país duas “formas” privadas consensuais ou mediadas de dissolução do casamento, sem qualquer presença do Estado no que se refere à declaração de vontade, que é apenas comunicada por meio do registro a posteriori no cadastro administrativo do prefeito ou do distrito ou vila rural (Arts. 1 e 16 do Kosekihô).

Efetivamente, o Código Civil Japonês (*Kasai Geppô*) prevê, do Art. 763 ao Art. 768, essas formas de divórcio consensual, seja por aceitação simples de uma das partes da “declaração de divórcio” pelo outro (art. 765), seja por mediação por terceiro, em casos mais complexos, seja mediação voluntária ou obrigatória (que Nishitani denomina *Schlichtungs- und Zwangschlichtungsscheidung*) (NISHITANI, 2002, p. 50). O divórcio judicial, com auxílio do juiz, está previsto nos Arts. 770 a 791 e é efetuado perante o Tribunal de família. O Art. 819 do Código civil japonês estabelece as regras sobre guarda de menores e registro no cadastro de família (MARUTSCHKE, 1999, p. 2 et seq.).

(...) Assim, em 1999, 91,46% dos divórcios realizados no Japão foram divórcios “privados”, extrajudiciais conforme determina o § 764 c/c § 739 do Código Civil Japonês (*Kasai Geppô*); 7,73% dos divórcios ocorreram por arbitragem/mediação e somente 0,81% por decisões judiciais *stricto sensu*. Em seu texto de 2002, Nishitani (2002, p. 49) adiciona ainda mais dados, informando que, em 1997 e 1998, 90,93% dos divórcios no Japão eram

privados, somente 8,24% ocorreram por mediação voluntária e 0,4% por mediação imposta e 0,80% apenas eram divórcios judiciais.²⁰

Registra-se, portanto, que a solução privada dos conflitos faz parte da natureza cultural dos jurisdicionados japoneses, transformando, pela necessidade e pelo uso, os instrumentos jurisdicionais para a contemplação dessas características culturais, inclusive a arbitragem.

Nos países com origem jurídica anglo-saxã, a seu turno, o uso da arbitragem em matéria de direito de família é ainda mais proeminente, sendo os Estados Unidos aquele no qual a arbitragem é a mais largamente utilizada.

Neste aspecto, Sandra Regina Vilela, citada por Francisco Cahali, assevera:

Nos EUA a arbitragem pode ser instituída em questões que envolvam direito disponível e é utilizada em larga escala nas separações e divórcio. A razão do grande crescimento da utilização da arbitragem nos EUA reside no fato de que neste país existe um grande número de câmaras arbitrais especializadas em direito de família, o que leva ao término do conflito com mais celeridade que as vias judiciais, com uma boa qualidade de decisões.²¹

A larga utilização da arbitragem em matéria de direito de família impulsionou a produção pela *American Academy of Matrimonial Lawyers*, em março de 2005, de uma lei modelo a respeito do tema, com a seguinte justificativa:

On March 12, 2005 the American Academy of Matrimonial Lawyers Board of Governors adopted a Model Family Law Arbitration Act based on the Revised Uniform Arbitration Act (RUAA), as recommended by its 2004 Arbitration Committee. The Committee had also examined the Proposed Model Marital Arbitration Act, the Uniform Arbitration Act (UAA) and legislation in jurisdictions that allow family law arbitration in making its recommendation.

The AAML, in adopting the Arbitration Committee report, also recommends model forms and rules, largely based on the American Arbitration Association (AAA) commercial arbitration rules, perhaps the most widely used arbitration rules in the United States. The AAA international commercial arbitration rules, the AAA Separation Agreement rules, the National Association of Securities Dealers rules, and the AAML Matrimonial Arbitration Rules also suggested ideas for rules.

The Model Act is not intended to amend substantive law. It offers an additional procedure for resolving family law issues besides, *e.g.*, litigation, settlement, mediation, collaborative procedures or other alternative dispute resolution (ADR) techniques. Once parties sign an agreement to arbitrate, they must carry out its terms in accordance with arbitration legislation and forms

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 1, n. 162, p. 91-113, abr./jun. 2004. p 95.

²¹ VILE LA, Sandra Regina. **Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – Arbitragem, Mediação e Juizado Especial**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=1093996109> Acesso: 17.10.2008, p. 06. *apud* CAHALI, Francisco José. Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: união estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 82-82.

and rules they select. The Model Act and its rules also provide for other ADR methods if parties contract for them.²²

Importante observar que por possuir uma organização federativa na qual a independência dos estados é relevante, encontram-se nos Estados Unidos diversas formas de tratamento da questão, com a evidente tendência de possibilitar a arbitragem nos conflitos de direito de família de maneira ampla.

No estado de Indiana, por exemplo, conforme dispõe o *Indiana Code* no Título 34, artigo 57, Seção 5, Capítulo 2, a matéria arbitrável é a mais ampla possível, incluindo pensão alimentícia entre os cônjuges, pensão alimentícia para os filhos, guarda e visitação dos filhos, partilha de bens, suporte das despesas fiscais oriundas do divórcio (o que seria equivalente, em nosso sistema, ao excesso de meação), suporte das despesas com a arbitragem, etc²³.

Na Carolina do Norte, por outro lado, a arbitragem em matéria de família é permitida em espectro menor, porém regulada em lei específica, denominada *North Carolina Family Law Arbitration Act*:

§ 50-42. Arbitration agreements made valid, irrevocable and enforceable.

(a) During, or after marriage, parties may agree in writing to submit to arbitration any controversy, except for the divorce itself, arising out of the marital relationship. Before marriage, parties may agree in writing to submit to arbitration any controversy, except for child support, child custody, or the divorce itself, arising out of the marital relationship. This agreement is valid, enforceable, and irrevocable except with both parties' consent, without regard to the justiciable character of the controversy and without regard to whether litigation is pending as to the controversy.²⁴

Dos exemplos citados, resta evidenciado que, seja pela extensão da matéria sujeita à arbitragem, seja pela forma objetiva pela qual o tema é tratado pela norma regulamentadora (mesmo tratando-se de uma cultura jurídica cuja positivação não representa o cerne da construção do ordenamento jurídico, é possível ter-se presente a importância e o desenvolvimento da matéria.

A experiência internacional demonstra, desta maneira, que a utilização da arbitragem em litigiosos de família representa forma eficaz de solução dos conflitos de forma adequadas aos interesses presentes, especialmente no que se refere à particularidade deste ramo, em especial quanto às questões afeitas à intimidade e a privacidade.

CONCLUSÃO

²² Disponível em <http://www.aaml.org/library/publications/21215/model-family-law-arbitration-act/model-family-law-arbitration-act-1-10>, endereço eletrônico no qual se pode consultar o inteiro teor da Lei Modelo mencionada.

²³ **IC 34-57-5-2 - Family law arbitration authorized; family law arbitration procedures:** Sec. 2. (a) In an action: (1) for the dissolution of a marriage; (2) to establish: (A) child support; (B) custody; or (C) parenting time; or (3) to modify: (A) a decree; (B) a judgment; or (C) an order (disponível em: <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title34/ar57/ch5.html>)

²⁴ Disponível em <http://www.ncbar.org/media/20668/commissiontaskforcespecialreport.pdf>

Vários são os fatores que impulsionam, cada vez mais, a opção pela via não judicial para composição de conflitos. Embora mais frequente nas relações jurídico-econômicas, também os outros ramos do direito tem sido discutidos, cada vez mais frequentemente, por meios alternativos de jurisdição.

No âmbito do direito de família, a escolha pela via não judicial pode ser compreendida, especialmente, pelo caráter de personalidade e pela preservação da intimidade dos envolvidos, além da grave crise de morosidade para qual atravessa o Poder Judiciário brasileiro.

Trata-se de um sintoma de que na sociedade brasileira contemporânea há cada vez menos espaço para a intervenção do Estado nas relações íntimas do sujeito, quer seja porque busca-se preservar tal intimidade, quer seja porque as relações íntimas pessoais são, também, relações econômicas que se resolvem não mais no âmbito e com o espírito que ilumina a racionalidade do Poder Judiciário nas Varas de Família.

Destarte, é preciso que o direito dê conta, tanto quanto possível, desta nova realidade, que marcha em permanente evolução. Neste sentido, o presente estudo propôs, dentro de suas limitações, apontar, ainda que superficialmente, um dos caminhos que a doutrina está a desenvolver para que o direito cumpra seu papel.

Assim, ao buscar conciliar o regramento jurídico da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro às questões próprias do direito de família, verificou-se a presença de expressa limitação normativa, reduzindo o âmbito de atuação da arbitragem às questões patrimoniais advindas dos conflitos jurídicos na seara do direito de família.

Nada obstante, a compreensão hermenêutica do direito nos permite repensar as categorias jurídicas para atribuir a elas suas verdadeiras e legítimas funções, tornando-as efetivas à pacificação dos conflitos. Nesta singra é que se pode imaginar uma reinterpretação da norma jurídica, elasticendo seu conteúdo e adequando-a a realidade a qual se destina.

Abre-se, pois, a possibilidade de apreender a relação entre direito e fato a partir de uma perspectiva sistêmica, concretizando a norma a partir da leitura das necessidades reais.

No âmbito do presente estudo tal perspectiva significa compreender que a realidade do direito de família indica a possibilidade da utilização da arbitragem nas questões patrimoniais disponíveis mas, também, naquelas questões já abarcadas pela Lei 11.441/2007, que retirou o monopólio do Poder Judiciário para a decretação de divórcio e fixação de pensão alimentícia.

Trata-se, por evidente, de hipótese a ser melhor lapidada e sujeita, por certo, a ser rechaçada pela doutrina mais autorizada. Não obstante é, sem dúvida, um possível caminho interpretativo que dá ao direito função mais eficaz diante das necessidades contemporâneas.

Espera-se, por fim, que o presente trabalho possa ter contribuído, em alguma medida, com o estudo da arbitragem e do direito de família, tendo cumprido seu papel caso tenha trazido à luz algum questionamento relevante nestes ramos do pensamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José. Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: União Estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Dois palavras sobre o procedimento arbitral**. Disponível em http://www.ccbc.org.br/download/duas_palavras_sobre_o_procedimento_arbitral.pdf.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LEMES, Selma Maria Ferreira. ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal vol. 115, p 441/468, Julho/Setembro, 1992. Disponível eletronicamente em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176007/1/000469652.pdf>.

MARQUES, Cláudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 1, n. 162, p. 91-113, abr./jun. 2004.

SICHES, Luis Recaséns. **Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, Silvestre Jasson Ayres. Juízo arbitral – uma forma alternativa na solução dos conflitos. *Revista Ajuris*. V. 30, n.º 92. Porto Alegre, AJURIS, 1974, pg. 287. *Apud*: LUCHI, Cínthia; STRASSMANN, Karin. O instituto da arbitragem no Brasil. **Revista Jus Vigilantibus**, disponível em <http://jusvi.com/artigos/19677>. Acesso em 08/01/2011.

VILELA, Sandra Regina. **Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – Arbitragem, Mediação e Juizado Especial.** Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=1093996109>. Acesso: 17.10.2008.

IC 34-57-5-2 - Family law arbitration authorized; family law arbitration procedures:

Sec. 2. (a) In an action: (1) for the dissolution of a marriage; (2) to establish: (A) child support; (B) custody; or (C) parenting time; or (3) to modify: (A) a decree; (B) a judgment; or (C) an order (disponível em: <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title34/ar57/ch5.html>)

<http://www.aaml.org/library/publications/21215/model-family-law-arbitration-act/model-family-law-arbitration-act-1-10>

<http://www.ncbar.org/media/20668/commissiontaskforcespecialreport.pdf>