



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THAÍS SILVA DE CARVALHO**

**MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Salvador  
2013

**THAÍS SILVA DE CARVALHO**

**MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo Colani.

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**THAÍS SILVA DE CARVALHO**

### **MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela disposição e disciplina na elaboração desta monografia.

A meu querido orientador, Camilo Colani, pela oportunidade de amadurecimento teórico, pelas dicas e incentivo, bem como pela confiança depositada e por acreditar na minha capacidade de desenvolvimento do presente trabalho.

A Cristiano Chaves pela inspiração, apoio e discussões enriquecedoras ao longo do curso de Direito das Famílias.

A professora Ana Thereza pela paciência, atenção e prontidão do apoio metodológico.

Aos funcionários da biblioteca Baiana de Direito pela atenção, cuidado e paciência sempre presentes nos atendimentos.

Aos meus queridos colegas de salas (hoje, com certeza, grandes amigos) pela disponibilidade, atenção e suporte metodológico e emocional.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico propõe a aplicação da mediação e arbitragem como formas alternativas de solução de conflitos no Direito de Família. Para tanto, é feito um breve apanhado histórico dos meios de solução de conflito, são estudados institutos como autotutela e a autocomposição, bem como são investigados os óbices atualmente encontrados ao acesso ao Poder Judiciário Brasileiro. Objetivando uma imersão nos métodos alternativos de solução de conflito, parte-se para uma análise da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem. Neste diapasão, são estudadas as características, princípios, técnicas e etapas de um processo de mediação, bem como a figura do mediador, sua importância e funções, buscando identificar as vantagens e benefícios do uso da mediação em relação ao processo judicial tradicional. No estudo do procedimento arbitral, são analisadas suas características, espécies de convenção, diferenças entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, procurando, igualmente, elencar as vantagens do processo arbitragem em relação ao processo judicial estatal. Como o presente trabalho está voltado ao Direito das Famílias, é feito um aprofundamento sobre o conceito jurídico de família, sua importância e princípios constitucionais, bem como sobre as características e tipos de conflitos existentes nas relações de família, perpassando por institutos como a união estável e sua dissolução, o divórcio, alimentos, guarda dos filhos, tutela e curatela. Por fim, é feita uma análise da interdisciplinariedade e multiprofissionalidade do Direito de Família, razão pela qual se conclui a pesquisa propondo o uso da mediação e da aplicação da arbitragem como formas alternativas de solucionar conflitos nas relações de família.

**Palavras-chave:** Meios Alternativos de Solução de Conflito; Mediação; Arbitragem; Relações de Família.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2 DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS</b>	<b>10</b>
2.1 AUTOTUTELA	10
2.2 AUTOCOMPOSIÇÃO	11
2.3 BREVE HISTÓRICO	12
2.4 ATUAIS ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA	14
<b>3 DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASC). DA MEDIÇÃO E ARBITRAGEM</b>	<b>17</b>
3.1 NEGOCIAÇÃO	18
3.2 CONCILIAÇÃO	18
3.3 MEDIÇÃO	19
<b>3.3.1 Características e princípios da mediação</b>	<b>20</b>
<b>3.3.2 Técnicas da mediação</b>	<b>26</b>
<b>3.3.3 Etapas da mediação</b>	<b>28</b>
<b>3.3.4 Mediador: importância e funções</b>	<b>29</b>
<b>3.3.5 Vantagens da mediação em relação ao processo judicial tradicional</b>	<b>31</b>
3.4 ARBITRAGEM	33
<b>3.4.1 Conceito e características da arbitragem</b>	<b>33</b>
<b>3.4.2 Espécies de convenção arbitral: cláusula compromissória e compromisso arbitral</b>	<b>39</b>
<b>3.4.3 Sincretismo: cláusula med-arb</b>	<b>44</b>
<b>3.4.4 Vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial tradicional</b>	<b>45</b>
<b>4 DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA</b>	<b>48</b>
4.1 CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA	48
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	49
4.3 DOS CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	50
<b>4.3.1 Características dos conflitos de família</b>	<b>51</b>
<b>4.3.2 Tipos de conflitos nas relações de família</b>	<b>52</b>
4.3.2.1 União estável	52

4.3.2.2 Divórcio e dissolução de união estável	54
4.3.2.3 Alimentos	55
4.3.2.4 Guarda dos filhos	58
4.3.2.5 Tutela e curatela	60
<b>5 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA</b>	<b>63</b>
5.1 O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO	63
5.2 DA INTERDISCIPLINARIEDADE E MULTIPROFISSIONALIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA	67
5.3 USO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	69
5.4 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	73
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa enfrentado nesta monografia é a aplicação da mediação e arbitragem nas relações de família, como métodos de solução de conflito diante de um Judiciário tão moroso e tão caro.

Neste sentido, a conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição, pautado no ganha/perde e sua obsoleta estrutura, evidenciam que o Poder Judiciário brasileiro não se mostra capaz de atender com satisfação e eficiência a demanda de seu povo. Hoje, o cidadão brasileiro busca mais que um simples acesso formal à justiça. Ele quer mais: quer efetividade e atualidade na prestação jurisdicional.

Desta forma, a escolha do tema do presente trabalho foi motivada pela atual relevância jurídica e social do uso de meios alternativos de solução de conflito, sobretudo a mediação e a arbitragem, em contraposição um Judiciário arcaico, bem como pelos benefícios e vantagens que o emprego de tais métodos pode proporcionar na solução de controvérsias oriundas das relações de família.

Como objetivo geral, o trabalho monográfico busca verificar se a mediação e a arbitragem são recursos adequados para a solução de conflitos nas relações de família, perpassando pela análise dos atuais meios alternativos de solução de conflito de modo geral. Especificadamente, pretende-se, também, avaliar o contexto e as razões que ensejaram o surgimento de tais mecanismos, identificando as vantagens do uso da mediação e da arbitragem na resolução de controvérsias em geral, bem como investigando a possibilidade da aplicação da mediação e da arbitragem como formas alternativas de solução de conflitos nas relações de família em especial.

Diante do tema proposto, o presente trabalho utilizou-se de estudo e análise de livros, manuais, revistas científicas, bem como artigos, dissertações e teses acadêmicas, tanto do âmbito jurídico, quanto do âmbito da psicologia, promovendo a confrontação e diálogo entre as fontes e informações coletadas. Portanto, pode-se dizer a metodologia aplicada no presente trabalho monográfico foi a dialética de análise doutrinária.

Com efeito, no primeiro capítulo do desenvolvimento, tem-se uma apresentação dos meios em geral de solução de conflito, um breve apanhado histórico, seu contexto



de surgimento, além da definição do conceito de autotutela e autocomposição, Tem-se uma análise da realidade do Poder Judiciário Brasileiro, suas características e atuais obstáculos encontrados pelo cidadão na busca pelo acesso à justiça.

No segundo capítulo do desenvolvimento, tem-se uma abordagem do contexto social de surgimento da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem como métodos alternativos de solução de conflitos (MASC). Neste sentido, são estudados as características e princípios que envolvem o processo da mediação, suas técnicas, etapas, função e importância da figura do mediador, além das vantagens encontradas no uso da mediação em relação ao tradicional processo judicial.

Ainda no segundo capítulo, são analisadas as características do procedimento arbitral, suas espécies de convenção, bem como a possibilidade de sincretismo da mediação e da arbitragem. Ademais, são também elencados os benefícios que um procedimento arbitral pode apresentar em relação ao processo judicial tradicional.

No terceiro capítulo, é desenvolvido o conceito jurídico de família, são tratados alguns princípios constitucionais do direito das famílias, bem como são analisados os conflitos nas relações de família, suas características e tipos, perpassando pelo estudo da união estável, do divórcio, alimentos, guarda dos filhos, tutela e curatela.

No quarto capítulo, adentra-se efetivamente no tema proposto por este trabalho. Nesta senda, traz-se o conceito da doutrina mais moderna sobre o direito de família mínimo, bem como são apresentadas a interdisciplinariedade e multiprofissionalidade existentes no direito de família, razão pela qual se conclui o trabalho avaliando a possibilidade de uso e aplicação da mediação e da arbitragem nas relações e conflitos de família.

## 2 DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Etimologicamente, a palavra “conflito” deriva do latim *conflitus*, de *conflitare*, que por sua vez significa “luta, combate, discussão”. (DALAZEN, 1994, p.50)

Sabe-se que o homem é um ser em constante conflito e, neste sentido, a humanidade sempre viveu conflitos: conflitos entre povos, entre esferas governamentais, conflitos entre culturas, entre gerações.

Ocorre que nos sistemas primitivos não existia a figura do Estado soberano que se tem hoje. Como não havia Estado, não havia quem impedisse ou coibisse impulsos individuais dos homens. Na verdade, sequer se falava em ilícito como qualificação específica de uma conduta.

Desta maneira, quando um sujeito queria alguma coisa e encontrava resistência à sua pretensão, resolvia o conflito através da violência e da força. O mais forte e astuto, na maioria das vezes, impunha sua força, fazendo prevalecer sua vontade sobre o outro, geralmente, mais fraco e vulnerável.

### 2.1 AUTOTUTELA

Ao exercício arbitrário das próprias razões, precário e aleatório de imposição de força, deu-se o nome de autotutela ou auto defesa.

Com efeito, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.27) afirmam que “são fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes”.

Destarte, como forma mais primitiva de solução de conflito, a autotutela diz respeito a uma forma de “solução” direta, que se dá entre as partes, quando os indivíduos “disputam forças”, até que se tenha o vencedor (DUMONT, 2007, p.71). Enquanto primeira forma de solução de conflito, a autotutela corresponde à manifestação do instinto animal do homem de se defender.

## 2.2 AUTOCOMPOSIÇÃO

Ainda na fase primitiva da civilização dos povos, também era possível verificar o arranjo entre as partes por meio de acordo, quando se tinha a chamada “autocomposição”.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.27), observa-se autocomposição, quando “umas das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele”.

Quando ambas as partes cedem reciprocamente, esta autocomposição bilateral ganha o nome de transação. No entanto, se somente um dos indivíduos abre mão de seus interesses, a autocomposição passa a se chamar “desistência” ou “submissão”.

Na submissão, somente uma das partes cede, sujeitando-se à vontade da outra. Na desistência, contudo, um dos litigantes renuncia total ou parcialmente seu direito, daí porque a desistência também é chamada de renúncia. Em ambos os casos, tem-se a celebração de negócios jurídicos unilaterais.

Com efeito, estas formas de solução de conflitos ainda são verificadas no Estado moderno de hoje. Neste sentido, autocomposição tende a ser muito estimulada, uma vez que o litígio chega ao fim com mais brevidade. A autotutela como regra encontra, todavia, expressa vedação no ordenamento jurídico, haja vista seu evidente caráter egoísta e ante-social.

De mais a mais, nota-se que os tradicionais mecanismos como a força, o poder e autoridade foram perdendo espaço no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais. Assim, passou-se a ter cada vez mais consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como meio método construtivo de resultados duradouros para a produção de contratos e a resolução de controvérsias (GARCEZ, 2004, p.5).

Portanto, dentre os meios de solução de conflitos, pode-se citar a autotutela (utilizada, sobretudo, pelos povos primitivos), a autocomposição (englobando a transação, a submissão e desistência), a arbitragem, a mediação e, claro, a jurisdição.

## 2.3 BREVE HISTÓRICO

Com o passar do tempo, a transação, a desistência e submissão mostraram-se insuficientes e precários para solucionar os conflitos. Ante as limitações inerentes a esses sistemas, os povos civilizados passaram a buscar soluções que fossem imparciais ao conflito e às partes. Surgiu, então, a figura dos árbitros.

Os escolhidos para dirigir uma arbitragem, geralmente, eram sacerdotes ou anciões. Os sacerdotes, porque suas soluções eram tidas como sábias e acertadas, e por causa da íntima ligação que tinham com o divino. Os anciões, por sua vez, eram vistos como experientes e conhecedores dos costumes sociais. Ademais, como estavam integrados ao grupo há algum tempo, suas decisões tendiam a não serem questionadas (GRECO FILHO, 2009, p.13).

Tem-se notícia de que, na Grécia Antiga, alguns conflitos eram submetidos a árbitros privados, quando determinadas controvérsias entre cidades gregas eram solucionadas pelas chamadas ligas enfitônicas.

Em Roma, por volta do século II a.C, surgiu a figura dos chamados *pretores*: uma espécie de magistrado romano investido de poderes extraordinários, encarregado de administrar a função de justiça da época. Os cidadãos romanos em conflitos compareciam perante o pretor e informavam sua situação. Em seguida escolhiam um árbitro (pessoa da sua confiança) e este recebia do pretor o encargo de decidir a causa. As partes, por sua vez, se comprometiam em aceitar o que viesse a ser decidido. Atenta-se que, nesta época, repudiava-se qualquer decisão gerenciada por parte do Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p.28).

Já por volta do século III d.C, os pretores passaram a adentrar o mérito dos litígios particulares, proferindo sentença sem sequer nomear os árbitros. Esta nova fase é chamada de *cognitio extra ordinem* e, como o Estado já se encontrava suficientemente forte, resolveu chamar pra si o *jus punitiois*, dando ensejo ao que se chama hoje de jurisdição: juízes estatais resolvendo diretamente os conflitos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p.27).

A absorção estatal do poder de solucionar conflitos interindividuais deu-se mediante a instauração das *cognitiones extra ordinem*, que ingressaram no sistema processual romano por volta do séc.III DC. Passou do sistema conhecido por *ordo judiciorum privatorum*, em que o julgamento era feito

pelo *judex*, cidadão privado e verdadeiro árbitro, para um sistema em que o próprio *pretor* passou a instruir o processo e julgar causa. Esse movimento, que correspondia à afirmação do poder estatal antes insuficiente para impor-se aos particulares com a marca da *inevitabilidade* (o processo era um contrato entre as partes), foi o grande responsável pelo mito da exclusividade do Estado e da jurisdição como meio de solução de conflito (DINAMARCO, 2009, p.121).

Na Idade Média, os detentores do poder jurisdicional eram os senhores feudais e a Igreja, que se encontrava associada ao Estado.

Com o passar do tempo, os monarcas começaram a perder a prerrogativa de exercício exclusivo da jurisdição e o seu monopólio passou a ser do Poder Judiciário, através dos seus órgãos, juízes e tribunais.

Desta maneira, resta evidente que a tradicional tutela jurisdicional estatal nem sempre foi a única forma de solucionar conflitos, tampouco o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa.

Com efeito, esta sólida herança cultural de Justiça institucionalizada pelo Estado fora transmitida pelas obras de direito, que somadas à prática diuturna de solução de conflitos exclusivamente mediante julgamentos e decisões estatais, são os responsáveis pela ideia de jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal (DINAMARCO, 2009, p.121).

Ocorre que a jurisdição estatal que se tem hoje é cara, tardia, ineficiente e precária na maioria dos casos. A estrutura do Judiciário Brasileiro não se mostra mais adequada à atual demanda. Com o aumento dos direitos salvaguardados constitucionalmente, cresceram também o número de litígios. O cidadão brasileiro, de modo geral, passou a querer mais da jurisdição, passando a exigir não só o direito à justiça, mas sua efetiva prestação.

Hoje, o cidadão brasileiro exige mais do Judiciário: mais efetividade, mais celeridade e satisfação jurisdicional. Com efeito, não há dúvidas de que o monopólio estatal da jurisdição sucumbiu diante da nova realidade brasileira.

Neste sentido, Paulo Costa e Silva (2009, p.19) acerta ao descrever a nova percepção do direito que vem se formando nos últimos anos, senão vejamos:

O direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um

direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais.

Ademais, a descoberta da cidadania, ao menos pelas associações representativas de direitos, fez tornar normal a busca pelo Judiciário para a solução de problemas jurídicos. No entanto, a excessiva burocracia de seus serviços tem tornado cada vez mais tormentosas estas idas ao Judiciário. João Roberto da Silva (2004, p.21) afirma que “criou-se um clima de frustrações de expectativas”.

Por outro lado, sabe-se que muitos brasileiros não procuram o Judiciário. Em verdade, muitos sequer conhecem seus direitos. Outros, por mera ignorância, temem uma eventual ida ao Poder Judiciário. Existem ainda aqueles que, embora tenham conhecimento de seus direitos, deixam de pleiteá-los junto ao Judiciário, por causa das custas processuais e aos honorários advocatícios nem sempre são baixos. Além disso, há uma demora muito grande na efetiva prestação dos serviços judiciários, de modo que são inúmeras as razões que afastam o brasileiro do Judiciário.

## 2.4 ATUAIS ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça sempre foi um dilema a ser solucionado pela humanidade. Com o passar do tempo, as estruturas dos tribunais se tornaram cada vez mais lentas e congestionadas. O excesso de formalismo e rigor, bem como a possibilidade de sucessão de recursos processuais intermináveis resultou em insatisfação e descredibilidade do Poder Judiciários como uma instituição.

Mauro Cappelletti (1994, p.121/129) identifica a existência de três obstáculos para o acesso à Justiça, os quais denomina de “ondas”. O primeiro obstáculo seria o econômico, razão pela qual pugna pela adoção da assistência judiciária e dos juizados especiais como forma de combate.

A segunda onda seria caracterizada pelo caráter organizacional, resultado, pois, da sociedade de produção e do consumo em alta escala. O italiano afirma que em resposta a esse óbice estrutural marcado pelo litígio de massa e pelo grande número de demandas, surgiram as chamadas ações populares e coletivas, além das de defesa do consumidor.

A terceira onda identificada por Mauro Cappelletti (1994, p.121/129) é o obstáculo processual. Como solução, propõe o emprego de “reais alternativas que substituam os juízos ordinários e os procedimentos usuais”, como é o caso da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Neste sentido, Oriana Piske (1989, p.53) ensina que:

As sistemáticas processuais formalistas que antes representavam etapas de garantias de direitos individuais e coletivos, para um devido processo legal, hoje, em excesso, caracterizam uma justiça tardia e inconcebível deformação de valores, conceitos e atitudes, os quais devem ser repensados e modificados para atender aos reclamos da sociedade moderna.

Com efeito, sabe-se que o excesso de formalismo e de burocracia que caracterizam a justiça tradicional acabam por minar a eficácia na resolução do conflito. Neste sentido, Renata Dias de Araújo Lima (2007, p.156) ensina que:

Não se questiona a qualidade das decisões judiciais, cujo conteúdo técnico-jurídico é de merecedor reconhecimento. Não se discute, também a necessária intervenção do poder judiciário em questões de alta indagação jurídica que dependem de suas preciosas interpretações. Entretanto, vale ressaltar que apenas a formação técnico-jurídica da maioria dos magistrados, assim como o acúmulo de processos que lhes são atribuídos, impedem, na maioria das vezes, que suas decisões alcancem a essência do conflito, de modo que estes acabam sendo apenas sob a ótica jurídica, ou seja, juridicamente resolvidos, mas não realmente resolvidos.

Ademais, o que se observa na prática forense é que, quando do término de um processo judicial, embora os conflitos sejam aparentemente resolvidos e as divergências objetivamente acertadas, os conflitos, contudo, permanecem inflamados, sendo notória a insatisfação e o sentimento de injustiça e abuso de uma das partes (LIMA, 2007, p.161).

Os conflitos familiares, por exemplo, repletos de subjetividade, fogem ao alcance dos magistrados e acabam por serem desconsiderados, redundando em uma série de frustrações de ordem prática, pessoal e social. É necessário admitir, assim, a limitação da atuação do poder judiciário nesse contexto (LIMA, 2007, p.157).

Neste sentido, nota-se um movimento mundial de acesso à justiça no sentido de “desjudicialização” da resolução dos conflitos, uma vez que a justiça estatal não mais consegue atender as demandas individuais e sociais de maneira eficiente.

(LÔBO, 2010, p. 160). Outrossim, observa-se uma inclinação social de simpatia por soluções de conflitos menos burocratizadas, mais simples e com menos procedimentos.

Assim, diante desse novo contexto jurídico e do descompasso entre o Judiciário e a realidade fática, alguns indivíduos têm buscado outras formas de resolução de conflito. Esta busca é por métodos alternativos, paralelos à jurisdição estatal, mas igualmente exigíveis e executáveis como a jurisdição estatal.

Neste diapasão, a conciliação, a mediação e arbitragem, aos poucos, ganham espaço no universo jurídico brasileiro e se mostram mecanismos eficazes na redução dos prejuízos causados à sociedade pelo descompasso do sistema jurisdicional.



### **3 DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASC). DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM**

Sabe-se que, há alguns anos, a sociedade brasileira sofre os reflexos de uma forte crise do Sistema Judiciário que vem comprometendo a atuação estatal. A sobrecarga dos juízes e tribunais, bem como os problemas de falta de infra-estrutura exemplificam algumas das razões que demonstram ser cada vez mais necessária a busca por formas alternativas de solução de conflitos.

Em março de 1998, o Brasil assumiu o compromisso internacional junto aos Supremos Tribunais de Justiça Ibero-Americanos, de modernização da administração da Justiça. Com efeito, ao subscrever o compromisso em Caracas, o Supremo Tribunal Federal ratificou a necessidade e importância de se ter um Poder Judiciário independente e autônomo como instrumento de garantia dos direitos humanos, uma vez que a sociedade brasileira passava a exigir da Justiça um papel mais singular e participativo. O teor do compromisso subscrito era que:

As Cortes e Supremos Tribunais Ibero-americanos presentes nesta Reunião de Cúpula, conscientes da importância de garantir de maneira eficaz o acesso à Justiça, reconhecemos a necessidade de promover mecanismos alternos de resolução de conflitos através das seguintes políticas: 1) promover a utilização dos mecanismos alternos de resolução de conflitos; e 2) realizar as políticas mediante as seguintes ações: a) elaborar projetos relacionados com a tipificação dos assuntos que devem ser submetidos aos mecanismos alternos na resolução de conflito; b) elaborar um estudo de custos econômicos e da oportunidade dos mecanismos de solução alterna de conflitos; c) avaliar a eficiência da conciliação, da resolução de controvérsias em igualdade (juízes de paz) e da arbitragem interna e internacional; d) a criação de um sistema de conciliação e arbitragem ibero-americano; e) educar para a negociação dos conflitos, tanto os cidadãos quanto os que participarem de cada mecanismo; e f) promover a criação de Centros de Mediação como outro mecanismo de resolução alterno de conflito.

Desta forma, a utilização da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem como meios alternativos de solução de conflitos, tem produzido resultados mais satisfatórios que os da jurisdição estatal, razão pela qual o emprego desses métodos tem sido valorizado e estimulado cada vez mais.

### 3.1 NEGOCIAÇÃO

A negociação corresponde a uma forma direta de solução de conflito, onde a próprias partes, através de uma conversa, ajustam seus interesses e acertam um acordo.

Neste sentido, Francisco José Cahali (2011, p.36) ensina que:

Pela negociação, as partes devem tentar resolver suas divergências diretamente. Negociam em troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam situações de conforto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutualmente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.

Numa negociação envolvendo um contrato, por exemplo, o negociador age em respeito e atenção aos interesses de seu cliente, de modo que, até final do processo de negociação, atem-se apenas aos interesses de seu cliente. Assim, caso ao final da negociação seu cliente esteja satisfeito, o negociador terá feito um bom serviço, pouco importando a satisfação ou não da parte adversa (SILVA, 2004, p.17).

Assim, a negociação corresponde o busca pelos objetivos almejados, onde as partes, ora renunciando, ora transacionando, chegam a solução pacífica do conflito, por meio de acordo.

### 3.2 CONCILIAÇÃO

Na conciliação, tem-se a intervenção de um terceiro imparcial (conciliador) facilitando a composição entre as partes, ajudando os envolvidos a encontrar uma solução criativa para o conflito. Compete ao mediador, assim, aproximar as partes, controlar a negociação, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio entre as partes (DUMONT, 2007, p.73).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2004, p.11) esclarece que o conciliador deve interagir com as partes, apresentar soluções, buscar caminhos que ainda não haviam sido pensados por ela, fazer propostas, assumindo uma postura

verdadeiramente influenciadora no resultado daquele conflito a fim de obter a sua composição.

Contudo, embora tenha esta participação ativa e avaliadora na condução dos trabalhos, não caberá ao conciliador adentrar nos motivos ou fatores que geraram o litígio, devendo sua atuação se restringir aos limites objetivos da controvérsia, focando-se tão somente na sua pontual solução.

Desta forma, a conciliação se mostra eficaz em conflitos novos, pontuais, cuja relação entre as partes é transitória e não se prolonga no tempo. Acidentes de trânsito e responsabilidade civil, bem como relações de consumo, envolvendo consumidor e fornecedor, entre clientes e prestadores de serviços, seriam alguns exemplos (CAHALI, 2011, p.37).

No entanto, a regra geral é que o tempo dedicado às tentativas de conciliação é escasso, pelo que, na maioria das vezes, ou as partes se limitam a responder que não chegaram a um acordo antes mesmo da abertura da audiência, ou no máximo, que tentarão chegar a um acordo, quando se tem a suspensão do feito. O tempo necessário para lograr uma verdadeira conciliação é tempo do qual os tribunais, em verdade, não dispõem (SILVA, 2009, p.78).

Portanto, a conciliação representa uma estratégia de solução de conflito, quando as partes preferem buscar um acordo de maneira imediata, pondo logo fim à controvérsia ou ao processo judicial.

### 3.3 MEDIAÇÃO

Primeiramente, para compreender bem a atividade da mediação, há que se entender claramente como se dá a intervenção de um terceiro imparcial, independente e alheio à controversa. Este terceiro não dará continuidade ao paradigma de que a sociedade está acostumada de resolução “tercerizada” ao conflito.

Outro aspecto deveras importante é que a intervenção de um terceiro mediador parte do pressuposto de interesse efetivo dos mediados em buscar uma solução. Neste sentido, cabe às partes mensurar o que seja melhor para elas mesmas, uma vez se busca a mudança da própria realidade geradora do conflito.

Cumpra esclarecer, todavia, que a intervenção de um terceiro mediador nada adiantaria caso fossem mantidas noções de culpa, de punição ou arrependimento. Na mediação, em geral, não se busca determinar o certo em detrimento do errado, tampouco a quem assiste o direito ou a razão.

Na verdade, no processo de mediação, o que se pretende é uma conscientização da responsabilidade de cada um dos envolvidos. Esta responsabilidade, no entanto, não se limita àquela situação geradora do conflito, isto é, pontual, mas diz respeito também a tudo aquilo que está sendo objeto da mediação, bem como tudo aquilo que vier a ser assumido como futuro compromisso.

Ressalta-se ainda que a mediação não pode ser confundida com uma terapia ou aconselhamento, uma vez que não cabe ao mediador proferir diagnóstico, tratamento terapêutico ou enunciar parecer de sugestões para o relacionamento. Os papéis de um terapeuta e de um mediador são distintos. Para melhores esclarecimentos, vejamos mais sobre o processo da mediação em si.

### **3.3.1 Características e princípios da mediação**

O verbo latino *mediare* significa mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio. Daí surgiu o procedimento da mediação: maneira pacífica e não adversarial de resolução de conflitos, na qual indivíduos ou grupo de indivíduos, facilitados por um terceiro interventor e neutro que assiste os disputantes na decisão de suas questões, focaliza na autodeterminação das partes (RIBEIRO, 2007, p.180).

De modo geral, o principal objetivo da mediação é a aproximação das partes em busca de um ponto comum, viabilizando um acordo. Trata-se, pois, de um procedimento informal e voluntário, onde um terceiro interventor, chamado de mediador, atua de maneira muito especial, pois sem decidir, ajuda as partes a se comunicarem e acharem o melhor caminho para resolverem seus conflitos satisfatoriamente (RIBEIRO, 2007, p.179).

A mediação é, portanto, um método que procura fazer com que as partes superem suas diferenças, oferecendo oportunidade para que encontrem soluções viáveis que contemplem os interesses de todos os envolvidos (SILVA, 2004, p.16.)

Lília Maia de Moraes Sales (2010, p.1) conceitua muito bem o instituto da mediação, senão vejamos:

A mediação é um mecanismo consensual de solução de consensual de solução de conflito por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça.

Desta forma, a mediação oportuniza que as partes, através do diálogo, encontrem uma solução para o conflito. Esta solução, assim, há de ser alternativa ponderada e eficaz, satisfazendo os interesses de ambas as partes.

Na mediação, o foco é o conflito e a situação subjetiva, ou seja, a relação intensa e prolongada que as partes estabelecem. Como uma das bases da mediação é trabalhar a subjetividade do conflito, buscando a análise do lado oculto, o não dito que se esconde no conteúdo latente do conflito e que muitas vezes difere do conteúdo manifesto do conflito, a mediação permite a entrada no âmago no conflito, dessecando e examinando todos os seus aspectos (BUIIONI, 2006, p.112/114).

Desta maneira, o processo de mediação busca verdadeiramente transformar do conflito, identificando seus conteúdo e fundamento, analisando de maneira mais profunda o contexto da relação conflituosa, restabelecendo o diálogo entre as partes. Assim, deve-se visualizar o conflito como uma oportunidade de mudança de postura e melhora de comportamento.

Neste sentido, Fernanda Levy (2008, p.123) ensina que:

A mediação sugere uma mudança de paradigma, uma nova maneira de interação nos conflitos interpessoais. Traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos mediados. Incentiva um olhar para o planejamento do futuro, que se pretende tranquilo e promissor, deixando as mágoas e rancores no passado.

Ademais, na mediação, procura-se evidenciar que o conflito é natural e inerente aos seres humanos. É ele o responsável pelo progresso e pelo avanço das relações sociais. Sem a insatisfação, as situações da vida e as relações sociais estariam fatalmente estagnadas, iguais e constantes. O conflito e a insatisfação são, portanto, necessários para o aprimoramento das relações pessoais. A maneira como se

administra um conflito é que representa o caminho para o entendimento e harmonia entre as partes (SALES, 2010, p.1).

Por se tratar a mediação de um processo construtivo de solução de conflito, são as próprias partes que constroem a ideia de “justo”, é delas o ônus de construir todas as parcelas da decisão. Esta decisão, por sua vez, significará uma saída criativa e autocompositiva. Cabe ao terceiro mediador, assim, motivar as partes no intuito de facilitar a comunicação entre elas, de modo a solucionar o conflito em toda a sua extensão e profundidade.

Entretanto, Paulo Costa e Silva (2009, p.76) chama atenção de que certos conflitos não devem ser decididos por um tribunal. São casos em que a decisão em si não se mostra suficiente, sendo fundamental que partes conflitantes ultrapassem o litígio e alcancem uma composição de mútua satisfação.

Neste sentido, cumpre salientar e pontuar as principais diferenças entre o modelo adversarial tradicional e o modelo mediador. No modelo adversarial, o foco da ação está no ganho da causa, no convencimento do juiz a fim de que ele atenda a pretensão formulada. Já no modelo mediador, foca-se no consenso, no acordo, na construção de uma solução que satisfaça aos interesses de ambas as partes.

Ressalta-se que na justiça tradicional, as decisões normalmente estão embasadas na interpretação e aplicação fria da lei, o que acaba resultando, de certa forma, em ineficácia da decisão e insatisfação das partes. Por outro lado, no modelo mediador, respeitam-se os limites estabelecidos pela legislação, buscando a análise subjetiva do conflito. O resultado tende a ser mais eficaz, haja vista acreditarem as partes ser solução alcançada fruto de sua construção (LIMA, 2007, p.163).

Assim, no procedimento da mediação não se têm adversários, tampouco perdedores. A vontade e criatividade da partes é respeitada em todo o procedimento, permitindo um verdadeiro ganha-ganha, cuja solução encontrada é reflexo da satisfação mútua.

Apesar da história da mediação não ser tão atual e de confundir-se com outras técnicas de resolução de conflitos, principalmente negociação e conciliação, esta tem se destacado por corresponder de forma mais intrínseca às necessidades de relacionamento do ser humano, que em tempo de informação maciça, urge a simplicidade como a principal característica da comunicação entre os povos, a manutenção desta comunicação e por consequência do relacionamento entre os mesmos (SILVA, 2004, p.11).

Neste diapasão, a mediação pode ser identificada como um procedimento não adversarial, voluntário e confidencial de autocomposição. Não-adversarial, porque as partes não se veriam numa batalha judicial e buscariam a compreensão e satisfação recíprocas, sem necessidade de imputação de culpa ao outro. Voluntária, porque, enquanto manifestação da autonomia da vontade, a mediação ainda não exige a obrigatoriedade de sua observância. É confidencial e sigilosa, posto que, confortáveis e em segurança, as partes tenderiam a revelar questões íntimas e profundas relacionadas ao conflito (BUITONI, 2006, p.112).

A mediação deixa fluir a espontaneidade das pessoas, estimula a criatividade das partes e da sociedade. A mediação não tem uma resposta única para os conflitos, não tem uma decisão correta, porque não decide. A mediação transfere a decisão para as partes, substituindo a coatividade da decisão judicial pela liberdade de da decisão dos cidadãos (BUITONI, 2006, p.114).

Devido às suas peculiaridades, a mediação se mostra muito útil para solução de conflitos que versem sobre relações continuadas, isto é, que são mantidas apesar do problema vivenciado. Num processo de mediação, geralmente, o que está em jogo são meses ou anos de relacionamento, como as relações entre familiares e de vizinhança, por exemplo.

A mediação propõe que em breve tempo e com baixos custos, as partes construam as soluções que mais as beneficiem, de modo a procurar manter o bom relacionamento entre as mesmas. Portanto, “todas as questões comerciais, cíveis, trabalhistas e familiares podem ser submetidas à mediação” (SILVA, 2004, p.13).

Neste sentido, a mediação apresenta-se de forma multidisciplinar, abrangendo princípios de várias ciências, como o direito, a antropologia, a psicologia, a filosofia e outras. “Isto a torna mais ampla, enquanto técnica e mais abrangente enquanto ferramenta, pois não privilegia apenas o conflito, mas também o relacionamento após este” (SILVA, 2004, p.11).

O processo da mediação é regido por uma série de princípios, tais como o da autonomia da vontade das partes, o princípio da imparcialidade do mediador, da independência das partes, da não-competitividade, da credibilidade, da competência

do mediador, da confidencialidade e informalidade do processo, bem como o princípio do acolhimento das emoções dos mediados.

À luz de princípio da autonomia da vontade das partes, os sujeitos devem estar livres e conscientes quando optam pelo processo da mediação para resolução do conflito. Ademais, deve estar clara a intenção das partes envolvidas em acordarem na resolução do conflito existe. A mediação, portanto, tem caráter, voluntário, vez que é das partes a opção pela submissão a este método (DUMONT, 2007, p.75).

O princípio da Imparcialidade determina que o mediador trate igualmente as partes, sem qualquer tipo de privilégios: deve falar no mesmo tom de vez, deve oferecer o mesmo tempo para que possam discutir os problemas, sem detrimento ou benefício de uma das partes. Assim, a participação do mediador deve ser discreta, neutra e imparcial.

Com efeito, o mediador não pode permitir que seus valores pessoais interfiram na condução do procedimento. Sua atuação há de ser como um terceiro facilitador imparcial ao comportamento das partes, sempre preservando o equilíbrio de poder entre os mediados (CAHALI, 2011, p.59).

O princípio da não-competitividade significa que, na mediação, as pessoas não estão num campo de batalha, não havendo que se falar em competição. Com a mediação, não se pretende determinar uma parte vencedora e a outra perdedora, Ambas as partes devem restar satisfeitas. Através da cooperação, se buscará o consenso, de modo que ambas as partes sejam beneficiadas.

O princípio da independência, por sua vez, determina que não pode haver qualquer vínculo entre o mediador e as partes, tampouco entre os valores e ideais ligados àquela mediação. Portanto, cabe ao mediador determinar-se suspeito se eventualmente as circunstâncias colocarem em dúvida sua independência. Neste sentido, ressalta-se ainda que, excepcionalmente, à luz do princípio da autonomia da vontade das partes, é facultado aos envolvidos aceitar ou não o escolhido como mediador (CAHALI, 2011, p.59).

O princípio da credibilidade se traduz no fato de que as partes elegem a mediação para facilitar a autocomposição justamente por acreditarem neste instrumento. Cabe, portanto, ao mediador sustentar esta confiança, inclusive chamando para si a



credibilidade, agindo com transparência e liberdade durante o desenvolver do procedimento (DUMONT, 2007, p.75).

No que tange ao princípio da competência, este impõe que o mediador esteja capacitado para assumir a função, esteja especialmente qualificado para desempenhar o papel: diligente, cuidadoso e prudente. A tarefa de facilitador do diálogo é altamente complexo. Com isso, a depender do caso, a mediação pode exigir conhecimento de diversas áreas e, acaso não se mostre apto para o caso, isto é, acaso entenda que não se encontra em condições de atender as expectativas dos envolvidos, o mediador deve declinar a sua atuação (CAHALI, 2011, p.60).

A confidencialidade do processo é essencial para que as partes se sintam confortáveis no desenvolvimento da mediação e o sigilo e a confidencialidade são garantias dadas às partes de que as informações trocadas não serão divulgadas. Desta maneira, o mediador não poderá revelar para outras pessoas o que está sendo discutido (DUMONT, 2007, p.75).

Desta forma, o processo de mediação é sigiloso e o mediador possui obrigação ética de não revelar os problemas das pessoas envolvidas. O sigilo há de ser absoluto no que tange aos fatos, informações, relatos, propostas, documentos e situações trazidas na mediação. Portanto, cabe ao mediador garantir a lisura e integridade do processo de mediação. A confiança das partes surge justamente no momento em que têm certeza de que o mediador não revelará seus anseios e confissões para um terceiro.

A confidencialidade de quanto se passa na mediação é um dos seus pontos centrais que tem sido acentuado pela doutrina, que propõe que entre as partes sejam inclusivamente celebrados acordo que garantam o sigilo de toda a informação trocada. Estes, sendo incumpridos, deverão determinar a inadmissibilidade de acções judicias que os violem (SILVA, 2009, p.79).

Assim sendo, é vedado ao mediador testemunhar ou prestar qualquer tipo informação sobre o procedimento e seu conteúdo, salvo, claro, se autorizado pela partes. Esclarece-se que os artigos 229, I do Código Civil Brasileiro e o artigo 406, II do Código de Processo Civil tratam especialmente do sigilo profissional e o artigo 154 do Código Penal Brasileiro tipifica a violação deste princípio.

O princípio da informalidade, por seu turno, indica que não existem regras rígidas em sede de mediação, isto é, não existe uma única forma pré-determinada de

modelo de processo de mediação. O que existem são caminhos, são possibilidades, na quais os mediadores podem conduzir as partes a fim de otimizar a reunião da mediação.

Por fim, o princípio do acolhimento das emoções dos mediados elucidada que, como o mediador irá mergulhar nas profundezas do conflito, investigando as relações subjetivas que ensejaram as divergências, mostra-se importante atentar para a emoção do mediados. As emoções influenciam as percepções, motivam as ações, interferem na razão, transformam sensações e necessitam, portanto, de atenção seletiva (CAHALI, 2011, p.60). Deste modo, o foco da mediação é o conflito em perspectiva objetiva e pontual, perpassando pela comunicação no reconhecimento e respeito aos sentimentos das partes em face do conflito.

### **3.3.2 Técnicas da mediação**

Dentre as técnicas de comunicação que o mediador pode empregar, pode-se citar a escuta ativa, a auto-expressão e a pergunta (SILVA, 2004, p.45).

Na escuta ativa, o mediador irá se concentrar nas comunicações entre as partes: escutando atentamente os mediados e incentivando o diálogo franco. Neste sentido, a empatia do mediador é fundamental, uma vez que será através de uma postura tolerante e observadora, que o mediador conseguirá que as partes falem mais e que o nível de desenvolvimento do processo de comunicação flua com naturalidade (SILVA, 2004, p.45/46).

A auto-expressão, por sua vez, é uma técnica de comunicação que se concentra nos pensamentos, emoções, sentimentos e crenças de quem fala. Permite que cada parte, utilizando expressões em primeira pessoa, comunique seus interesses, seus pontos de vista e opiniões. Por isso se fala em sessões privadas na mediação: a confidencialidade é ferramenta essencial para abertura e acesso a informações mais íntimas. A transmissão da confiança, sua integralidade e o olhar do mediador determinarão o sucesso da auto-expressão (SILVA, 2004, p.45).

João Roberto da Silva (2004, p.45) enfatiza a importância de que os rascunhos e notas que o mediador toma ao longo das audiências sejam destruídos ao fim do

procedimento, tenham as partes chegado a um acordo ou não. Portanto, o mediador deve conduzir a mediação dentro de um contexto que se ofereça informação e apoio a ambas as partes.

A pergunta é outra importante técnica que permite a obtenção e esclarecimentos de dados. Existem as perguntas abertas e fechadas, bem como em três dimensões temporais. Das perguntas abertas resultam respostas que outorgam a possibilidade de maior informação. As perguntas fechadas, por outro lado, têm como respostas um “sim” ou um “não”. Estas são utilizadas, geralmente, para confirmação, verificação ou pontuação das mensagens passadas. Ambos os tipos de perguntas podem se referir ao passado, presente ou futuro (SILVA, 2004, p.46).

Desta maneira, seja através da escuta ativa, da auto-expressão ou da técnica de perguntas, cumpre ao mediador fazer com que suas mensagens sejam claras e precisas. A coerência e harmonia no diálogo permitirão que as “partes sejam as construtoras principais da sinergia comunicacional” (SILVA, 2004, p.46)

Com efeito, cumpre ao mediador proporcionar um momento de diálogo, de cooperação e o respeito a fim de que os próprios atores (leia-se partes) busquem uma própria solução. Portanto, ao mediador cabe promover a reflexão e o questionamento, no intuito de que, ao fim, todos saiam ganhando com o conflito e com sua resolução.

São também técnicas de mediação o Modelo de Harvard, o Transformativo e o Circular-narrativo. No modelo de Harvard, estimula-se a avaliação objetiva da situação, buscando soluções criativas em benefício mútuo. O mediador, enquanto facilitador do diálogo, utilizaria da negociação cooperativa para conciliar as partes. Para alguns doutrinadores, esta técnica, em verdade, é uma conciliação (CAHALI, 2011, p.63).

O Modelo Transformativo, por sua vez, tem finalidade pedagógica e foca-se na transformação das pessoas a fim de conscientizá-las da necessidade de respeito da posição do outro. A meta será a alteração da qualidade das relações interpessoais, através de uma participação ativa das partes, na construção de interpretações que contemplem seus valores, ponto de vistas e condutas. Neste contexto, a composição é vista como uma possibilidade e não como o objetivo principal do processo. Seria a

mediação, então, um escopo psicopedagógico e educacional, por levar os sujeitos em conflito a aprender a lidar consigo e com o outro (CAHALI, 2011, p.63).

O Modelo circular-narrativo, por fim, tem a comunicação como elemento fundamental. Neste modelo, as perguntas abertas devem ser formuladas de forma circular e reflexiva, isto é, identificadas as diferentes versões para o mesmo aspecto, busca-se construir uma versão comum. Por isto se fala em ideia circular: gravitação em torno de um ponto, com distintos olhares.

### **3.3.3 Etapas da mediação**

Não existe um padrão de procedimento pré-estabelecido ou definido por lei. O desenvolvimento do trabalho dependerá da formação do mediador, do espaço físico, bem como do tempo disponível (DUMONT, 2007, p.75).

Embora não exista uma regra que determine uma estrutura formal rígida na realização das sessões de mediação, uma organização mínima favorece a um melhor desenvolvimento do processo de mediação.

Num primeiro momento, mostra-se importante esclarecer às partes o que consiste o processo de mediação exatamente: seus os métodos, vantagens e desenvolvimento. Para tanto, algumas instituições que administram os processos de mediação costumam organizar uma sessão de pré-mediação (GARCEZ, 2004, p.43).

É justamente nesta fase preparatória de pré-mediação que o mediador irá se apresentar às partes, descrevendo suas experiências, demonstrando seu papel e função na mediação, declarando que irá respeitar as reservas e intimidade das partes no que diz respeito aos assuntos confidenciais e privados. É neste momento que o mediador terá a oportunidade de gerar mais confiança nas partes, inclusive noticiando sua autoridade e descrevendo as fases do processo de maneira sumária (GARCEZ, 2004, p.44).

Na apresentação, o mediador esclarecerá sua função enquanto de terceiro imparcial e neutro, o caráter auxiliar e de assistência de sua atuação, sua formação específica voltada para o procedimento, além de explicar às partes a importância e sentido geral da cooperação.

É nesta fase de pré-mediação que o mediador esclarecerá seu dever de sigilo absoluto no que ocorrer no processo, sua obrigação de ética e atuação profissional perante as partes, além de sua total reserva e respeito em relação aos assuntos privados e aos eventuais tratos confidenciais.

### **3.3.4 Mediador: importância e funções**

O mediador é a pessoa que auxilia na construção do diálogo durante o processo da mediação. O mediador não julga, tampouco intervém nas decisões, nas propostas, sequer oferece opções às partes, sendo responsável, portanto, tão somente pela “terapia do vínculo conflitivo”, numa tentativa de amadurecimento da relação conflituosa e reaproximação das partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem (CAHALI, 2011, p.39).

É fundamental que vai lidar com a mediação compreenda os fatores sociológicos que envolvem a situação conflituosa. A percepção destes fatores, bem como da representação que as partes envolvidas no conflito têm de certos valores, é relevante para que o mediador escolha a melhor técnica de mediação e ajude a encontrar uma solução (SILVA, 2009, p.140).

De acordo com a proposta contida na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, para o exercício da função do mediador são sugeridas, pelo menos, 120 horas de aulas teóricas seguidas de 50 horas de estágio supervisionado em curso específico.

Neste sentido, Francisco José Cahali (2011, p.62) enfatiza a necessidade de capacitação do mediador. Aduz que “por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência, e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento”.

Guiomar Marotti Dumont (2007, p.77) orienta que o mediador deve ter características como paciência, presença de espírito, discrição, firmeza e determinação, sensibilidade e compaixão.

Como uma das funções do mediador é conscientizar as partes de seus atos, condutas, atos e soluções, ele deve ser capaz de induzi-las ao reconhecimento da

posição do outro, a fim de que cada um seja respeitado em suas proposições e posições (CAHALI, 2011, p.39).

Com efeito, cabe ao mediador centralizar as discussões e auxiliar a dar forma à linguagem utilizada. O mediador funcionará como um catalisador das informações, possibilitando o diálogo das partes, através de técnicas que facilitarão o entendimento mútuo. Salienta-se que o mediador apenas auxilia na discussão, não decidindo nada (SILVA, 2004, p.16/17).

O mediador, diferentemente do juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio não está nem de um lado e nem do outro, não adere a nenhuma das partes. É um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do conflito jurídico tradicional (BUIIONI, 2006, p.111).

Mister se faz expor que apesar do papel do mediador poder variar significativamente, ele não chega ao ponto de decidir a disputa. O mediador funciona, assim, como um redutor de hostilidade, enquanto encoraja as partes a comunicarem e cooperarem entre si, reduzindo o posicionamento ganhador/perdedor.

Pode-se dizer que o mediador funciona como um coordenador dos trabalhos, instigando as partes a desenvolver a dialética e comunicação, permitindo falar sobre aquilo que não vinha sendo dito. O mediador deve fornecer aos sujeitos envolvidos no conflito os elementos para reconhecer valores relevantes à análise da relação. Adotando um comportamento passivo, o mediador deve atuar como terceiro imparcial, não sugerindo a tomada de decisões, mesmo que tenha a percepção da melhor solução do conflito (CAHALI, 2011, p.57).

Cabe ao mediador, portanto, ajudar as partes a procurarem soluções para os conflitos, introduzindo técnicas, critérios e raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor da condição de cada um (SILVA, 2004, p.13)

Desta forma, num processo da mediação, o mediador deve ter a sensibilidade para identificar a origem real do conflito e capacidade para levar às partes esta percepção, a fim de que um novo olhar facilite a compreensão da controvérsia. Tal tarefa, todavia, se mostra difícil, na medida em que cada pessoa reage de forma diversa a situações indesejadas, incômodos, frustrações e lesões a seus direitos.

Daí porque, às vezes, sobretudo em razão das peculiaridades da personalidade de cada um, o perfil dos envolvidos deve ser investigado e repercutirá, sobretudo, na maneira como a mediação será conduzida (CAHALI, 2011, p.57).

Acrescenta-se que uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está influenciando as posições das partes, o que de fato está por trás do interesse de cada parte, o que João Roberto da Silva (2004, p.19) chama de “descobrir as motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas é que podem facilitar o mediador a ter acesso à informação determinante para ultrapassar o que estava a bloquear as negociações diretas.

Com efeito, o mediador terá de encontrar as razões pelas quais o processo negocial falhou e o porquê da obstrução negocial. Pode ser tratar de falha de informação, pode residir o problema na emoção ou em maus dotes negociais. O mediador fará um novo enquadramento das questões, usará uma linguagem neutra a fim de que haja um reenquadramento das pretensões e das declarações, de modo a ajudar que as partes se concentrem nas verdadeiras questões a decidir. “Um mediador é como o médico, que primeiro diagnostica a causa do problema e depois aplica o tratamento correto” (SILVA, 2004, p.20).

Destarte, reunindo teoria e prática, dentro de estilo próprio e adequado a necessidade da demanda, o mediador conduzirá o processo de forma justa. Observando os princípios que regem a mediação, o mediador deve proporcionar à partes um acordo favorável a ambas as partes e que esteja em conformidade com as normas de direito.

### **3.3.5 Vantagens da mediação em relação ao processo judicial tradicional**

As vantagens da adoção da mediação são inúmeras, sobretudo se comparada ao processo judicial tradicional. Nesta senda, João Roberto da Silva (2004, p.80) afirma que, dentre os benefícios encontrados num processo de mediação, o maior consiste na possibilidade de obtenção de um acordo vantajoso para ambas as partes envolvidas.

Francisco José Cahali (2011, p.58) destaca algumas vantagens da mediação: “economia de tempo, confidencialidade, facilitação para a compreensão dos sentimentos e emoções como parte do processo, flexibilização do procedimento e perspectiva de se evitar novos conflitos”.

Ademais, o procedimento da mediação é rápido, as partes dispõem da gestão e da solução do conflito, o enfoque dado é a composição de interesses e não a definição de direitos, a confidencialidade é total, evitando-se a publicidade do litígio e prejuízos para a continuidade das relações (...) das partes. E, como já foi dito a mediação não prejudica a adoção de outras formas subsequentes de resolução, tal como a arbitragem ou o julgamento pelo Judiciário (SILVA, 2004, p.80).

Guiomar Marotti Dumont (2007, p.77) elenca, em apertada síntese, as vantagens da utilização da mediação: a) economia – posto que menos onerosa em relação ao processo judicial tradicional; b) praticidade e fácil acesso; c) controlabilidade – uma vez que previsível e participativa; d) durabilidade das soluções – as soluções fruto de um processo de mediação tendem a ser mais duradouras, posto que reciprocamente satisfatórias; e) menos desgaste das relações; f) rapidez – quando o conflito é solucionado em poucos sessões; g) sigilo – uma vez que a participação do mediador será pautada na imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência; e h) autonomia da vontade – pois o procedimento e o mediador são escolhidos pelas próprias partes.

João Roberto da Silva (2004, p.80) enumera como vantagens da mediação. A privacidade, a eleição do terceiro e do foro pelas partes, a flexibilidade do procedimento, as soluções criativas, o alto grau de cumprimento das decisões, e as custas relativamente baratas.

Cumprе salientar que enquanto os utilizadores do sistema de justiça não se habituarem a buscar na mediação a solução do seu conflito, deve-se lhes impor, aberta ou veladamente, esse recurso. É o que a doutrina chama de mediação obrigatória ou induzida. Assim, quando as partes não tivessem qualquer vontade de cooperar, seriam submetidas à mediação obrigatória. Contudo, acaso se propusessem a uma modelação eficaz da responsabilidade das custas dos processos, seria o caso de mediação induzida.

Paulo Costa e Silva (2009, p.46) afirma acreditar que com o tempo, os cidadãos notarão que a mediação é tão eficaz e satisfatória, que ultrapassada essa fase inicial



de adaptação e conhecimento do instituto e suas vantagens, difícil mesmo será convencê-los a recorrer aos tradicionais tribunais. Assim, seja a curto ou a médio prazo, haverá uma natural interiorização dos benefícios de uma justiça construída às margens dos atos de heteronomia.

Com o tempo, as pessoas recorrerão espontaneamente aos centros de resolução de conflito não judiciais, de modo que a função jurisdicional se tornará de exercício marginal. Trata-se, pois, de uma evolução natural e progressiva: uma sociedade de tal modo madura e adulta, na qual se poderá suprir até as mediações obrigatórias e induzidas. Será neste momento, então, quando nada mais obrigar ou determinar que as partes em conflitos recorram à mediação, elas poderão afirmar que, finalmente, recorreram voluntariamente a este sistema (SILVA, 2009, p.46). Portanto, cedo ou tarde, haverá um despertar da sociedade para os benefícios de sua adoção.

### 3.4 ARBITRAGEM

Colocada ao lado da jurisdição tradicional, a arbitragem surgiu como forma alternativa de solução de conflitos. É, assim, uma forma extrajudicial de pacificação social resultante da autonomia e da vontade das partes, que de certo modo tem ajudado a desafogar o Poder Judiciário.

#### 3.4.1 Conceito e características a arbitragem

Segundo Carlos Alberto Carmona (2009, p.31), a arbitragem “trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.

Costuma-se dizer que a arbitragem é meio alternativo de pacificação social (e de solução dos conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados - o poder de decidir certo litígio a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente. Trata-se de instrumento de natureza privada – não no sentido de que o Poder Público não o possa prover, mas sim porque é instalada exclusivamente pela vontade das partes, que optam por esta via de solução de litígios – em que se busca, em um terceiro (ou terceiros) imparcial, a solução para certo conflito surgido em relações intersubjetivas. Constitui-se, também, em instrumento de ordem

convencional, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – “renunciando à tutela jurisdicional tradicional – decidindo, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos (MARINONI; ARENHART, 2102, p.151).

Assim, a arbitragem é um meio de solução de conflito onde as partes, livremente, optam por um árbitro, terceiro sem função jurisdicional, para que ele resolva a controvérsia entre as partes, através de uma sentença.

Paulo Furtado (1995, p.30) aponta como características da arbitragem: a) a existência de um atual ou potencial conflito de interesses entre dois ou mais sujeitos; b) a indicação de um terceiro alheio à querela, denominado de árbitro para solucionar o conflito; c) uma vez submetidos voluntariamente à decisão do terceiro, a solução apresentada se mostrará vinculante para as partes.

Esta (a arbitragem) tende a absorver dois tipos de conflitualidade, diametralmente opostos: a conflitualidade de baixo impacto e a conflitualidade de elevadíssimo impacto económico e financeiro que, regra geral, eclode entre empresas. Atendendo a suas características, este meio pode prestar excelentes resultados em ambos os casos, não sendo, por definição, uma jurisdição elitista (SILVA, 2009, p.85)

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2102, p.151), a tônica do procedimento arbitral está na tentativa de ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando outro mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais do que isso, a arbitragem, em verdade, pode representar o caminho para soluções mais adequadas para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de o árbitro poder ser de outra área que não a jurídica pode contribuir muito para que se obtenha uma decisão mais precisa e mais adequada.

César Fiuza (1995, p.120) elucida a noção de árbitro como sendo:

Toda pessoa natural que, sem estar investida já judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflitos entre elas surgidos, prolatando sentença de mérito.

Atualmente, o objeto de jurisdição arbitral são situações referentes a direitos patrimoniais e disponíveis, que admitam renúncia e transação. A opção pela arbitragem implica afastamento da jurisdição estatal, e se dá por meio da convenção de arbitragem.

No Brasil, o uso da arbitragem como meio alternativo de solução de conflito é voluntário, uma vez que sua obrigatoriedade fora abolida do país em 1866. Hoje em dia, a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96, que traça seus limites e regras.

O projeto de lei que culminou na lei da arbitragem, conforme ensinam Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos (p.5, 1997), derivou do estudo e empenho dos setores mais interessados da sociedade em levar a diante as novas ideias para a implantação de uma justiça mais ágil, segura e técnica, além de menos onerosa e mais informal. Foram consultadas as mais modernas legislações sobre arbitragem e foram levadas em conta as diretrizes de organismos internacionais, como as fixadas pela ONU (Organização das Nações Unidas) e pelas convenções de Nova Iorque e do Paraná.

Ressalta-se que o artigo 18º da Lei de Arbitragem determina que o árbitro é considerado juiz de fato e de direito e sua sentença não se sujeita a recurso tampouco a homologação judicial. A decisão arbitral, inclusive, é considerada um título executivo judicial, devendo ser executada pelo Estado-Juiz, caso não seja cumprida espontaneamente.

Com efeito, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha declarado a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, reconhecendo a arbitragem como meio alternativo idôneo de resolução de controvérsia, ainda existem doutrinadores que insistem em negar sua natureza jurisdicional.

Alexandre Freitas Câmara e Teori Albino Zavascki defendem que o exercício da jurisdição é monopólio estatal e que reconhecer jurisdição a um ato privado importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que, segundo eles, pertence ao Estado por força da Constituição (artigo 5º, inciso XXXV). Alexandre Câmara (2002, p.12) chega a afirmar que “o Estado não possui o monopólio da Justiça, mas possui o da jurisdição”.

Há também quem entenda que o juízo arbitral ofenderia o princípio da inafastabilidade do controle judicial, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, bem como a cláusula do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna. Contudo, alguns esclarecimentos a este respeito merecem ser feitos para que melhor se entenda o instituto da arbitragem.

Primeiramente, ressalta-se que o juízo arbitral não fere normas constitucionais, uma vez que o judiciário não fica de fora das questões jurídicas envolvidas em uma

arbitragem. A sentença arbitral deverá ser cumprida perante a jurisdição comum, bem como a execução dos honorários do(s) árbitro(s) poderá ser determinada em diretamente por juízes togados, perante Justiça Estatal em caso de eventual descumprimento.

Portanto, não há que se falar em ofensa à cláusula do devido processo legal, uma vez que o artigo 21 da Lei 9.307/96, §2º prevê expressamente que: “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das e do seu livre convencimento”.

A Lei n. 9.307/96 não conflita com os princípios da ampla defesa ou com a dupla instância de julgamento, enunciados no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna. Caso se entenda pela nulidade do procedimento arbitral, a parte interessada pode pleitear junto ao Poder Judiciário a decretação da nulidade da sentença, no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento, conforme determina artigo 33 da referida lei. Portanto, não se tem violação do princípio recursal.

Ademais, o princípio do duplo grau de jurisdição não é um princípio absoluto e não é expresso na Carta Magna, de modo que a irrecorribilidade da sentença arbitral é plenamente compreensível (COSTA, 2002, p.52).

Esclarece-se que como se trata de um prévio acordo entre as partes e de hipótese de livre escolha e confiabilidade na figura do árbitro, é plausível que não se admita voltar atrás na arbitragem, até por uma questão de segurança jurídica. Salienta-se que o instituto da arbitragem é uma opção, uma faculdade posta à disposição das partes. Sua escolha tem consequências e, em observância ao princípio da boa fé, o que venha a ser pactuado deve ser cumprido.

Ressalta-se também que a escolha pelas partes de um árbitro para solucionar seus conflitos não ofende o princípio do juiz natural. A celebração do compromisso arbitral não significa que as partes estejam renunciando ao direito de ação nem ao juiz natural. Significa apenas que as partes estão deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por um órgão estatal, para um juiz privado. Neste sentido, Nilton César Antunes da Costa (2002, p.53) explica que:

O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, as a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, atividade jurisdicional.

Em relação à natureza jurídica da arbitragem, Carlos Alberto Carmona (2009, p.45), com a autoridade de co-autor do projeto da lei de arbitragem brasileira, sustenta que “o legislador optou por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem”. Na mesma linha de entendimento, Humberto Theodoro Júnior defende que o juízo arbitral é fonte de jurisdição.

Assim, de modo geral, dentre os argumentos dos defensores da arbitragem como jurisdição, pode-se citar o fato de que a sentença arbitral é denominada título executivo extrajudicial, conforme Código do Processo Civil, artigo 475-N, inciso IV, bem como o fato de que a existência de convenção de arbitragem válida implica extinção sem resolução do mérito de um eventual processo judicial sobre o mesmo tema.

Ademais, a arbitragem é meio de pacificação social, se inicia por provocação, se desenvolve em equidistância aos interesses envolvidos e se substitui às partes. Portanto, é evidente que a arbitragem se trata de jurisdição, uma vez que estão presentes suas características: instrumentalidade, inércia, imparcialidade e substitutividade (FICHTNER; MONTEIRO, 2010, p.119).

Portanto, é indubitável a constitucionalidade da Lei 9.307/96, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitros; b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; a) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g, nulidade, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutela de urgência (artigos 22, §§ 2.º e 4.º, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei 9.307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (artigo 7º).

Desta maneira, tanto a decisão arbitral quanto a judicial são formas jurisdição e exemplos exteriorização da função jurisdicional. No entanto, a única diferença é o aspecto da confiança. Enquanto que na arbitragem o negócio jurídico processual é norteado pela confiabilidade das partes no árbitro e as partes convencionam que de antemão vão acatar a decisão ao juízo arbitral, na decisão judicial, os sujeitos não convencionam a este respeito, não elegem seu árbitro, sendo, o réu, em verdade, compelido a responder ao processo, ainda que contra sua vontade. Diante disso, é evidente que as partes lançam mão do aspecto da confiança quando se trata de um processo judicial.

A Lei de Arbitragem brasileira garante ao árbitro o pleno uso de seu poder de cognição e declara-o como “juiz de direito e de fato” no seu artigo 8º. Assim, o árbitro detém o *ius cognitio*, isto é, o árbitro exerce o poder jurisdicional através da cognição plena da causa, sendo-lhe atribuída a função de analisar, raciocinar e formar o juízo de valor sobre os fatos a partir das regras jurídicas incidentes. No entanto, o poder de *imperium* do árbitro é limitado, de modo que a execução de uma sentença arbitral é de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme determina a própria Lei de Arbitragem, no artigo 31º, e Código de Processo Civil, artigo 475-N, inciso IV.

José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro (2010, p.123/124) alertam sobre a necessidade de um regime de cooperação entre os juízos estatais e arbitral. A integração entre as duas justiças, o estado de prontidão, o sentimento de cooperação, bem como a consciência de *múnus público* exercido mostram-se necessários para convergência do interesse do particular e do Estado na busca pela efetividade da tutela do direito jurisdicionado.

Em diversas ocasiões o árbitro necessitará do auxílio do Poder Judiciário para que o processo arbitral se desenvolva com eficácia, garantindo às partes a adequada tutela jurisdicional e o efetivo acesso à justiça. Desta maneira, mostra-se fundamental que os magistrados, de modo geral, cooperem, dando suporte às providências determinadas pelos árbitros.

O juízo estatal deve atuar em conjunto com o arbitral, dando assistência às medidas adotadas pelo árbitro. A eficácia da arbitragem, nesse particular, depende substancialmente da cooperação e suporte a ser prestado pelo Poder Judiciário. É preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes. Essa cultura é fundamental para a boa prática e regular condução do processo arbitral (MARTINS, 1999, p.370).

Deste modo, para a efetividade e credibilidade do instituto, é de extrema importância que o Judiciário brasileiro compreenda a arbitragem como uma complementação à sua atividade jurisdicional e não como sua subtração. Deve-se enxergar sua prática como forma extrajudicial de pacificação social que colabora para o desafogamento do próprio Poder Judiciário.

### **3.4.2 Espécies de Convenção arbitral: Cláusula compromissória e Compromisso arbitral**

Em sentido amplo, a convenção arbitral é o acordo por meio do qual as partes optam por submeter à decisão de árbitros os conflitos presentes e futuros havidos na relação concreta que as une. O objetivo é afastar a jurisdição estatal e outorgar aos árbitros eleitos o poder de conhecer o direito.

A Lei 9.307/1996, em seu artigo 3º, determina que, através da convenção de arbitragem, as partes interessadas acordam submeterem a solução de seus litígios a juízo arbitral, seja por meio de previsão contratual de cláusula compromissória, seja através da celebração de um compromisso arbitral.

Assim, a Lei 9.307/96 preferiu tratar a convenção de arbitragem como gênero, dividindo-a em duas espécies: a cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) e o compromisso arbitral.

O traço em comum é que ambas têm aptidão para afastar o poder decisório da autoridade judicial, uma vez que, presente a convenção de arbitragem, um eventual processo judicial sobre o mesmo tema deverá de ser extinto, sem resolução do mérito, conforme determina o artigo 267, VII do estatuto processual civil brasileiro.

A cláusula compromissória, por sua vez, é caracterizada pelo momento de seu surgimento: anterior a existência do conflito (SCAVONE JUNIOR, 2010, p.77).

Com efeito, as cláusulas arbitrais costumam estar previstas quando da celebração de contratos, contendo previsão no sentido de que eventuais litígios entre as partes contratantes serão dirimidos perante um juízo arbitral. Os compromissos arbitrais, no entanto, geralmente são celebrados quando já se está diante de um conflito efetivo.

O artigo 853 do Código Civil determina que “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”. Desta forma, presente a cláusula arbitral, os contratantes se obrigam a submeter seus futuros e eventuais conflitos que possam surgir à solução arbitral.

Cumprir registrar a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, conforme ilustra o artigo 8º da Lei de Arbitragem: caso seja alegada a

invalidade do contrato, esta alegação não contaminará a cláusula compromissória e eventual conflito daí surgido, será submetido à apreciação de um juízo arbitral, mesmo que se discuta, sem sede prejudicial, validade ou invalidade do contrato.

Ademais, exige-se que a cláusula compromissória seja sempre estipulada por escrito, seja no corpo do próprio contrato ou em documento apartado. Desta forma, presente a cláusula compromissória e surgindo algum conflito por ela referido, qualquer dos interessados poderá invocar o outro a se sujeitar a arbitragem, por via escrita ou por qualquer meio de comunicação (com prova de recebimento), indicando-lhe dia, hora e local para ser firmado o compromisso arbitral (artigo 6º da Lei 9.307/1996). Todavia, alertam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2012, p.360) que estas formalidades serão dispensadas no caso de cláusula cheia, uma vez que os requisitos para a arbitragem já estarão contemplados no instrumento.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2012, p.360) resumem que:

Admite-se que quando da celebração de um contrato estipule-se a cláusula – chamada de cláusula compromissória – de que os futuros e eventuais litígios que decorrem do contrato devem ser submetidos à arbitragem. Mas quando o conflito já existe – e assim não é incerto e eventual no futuro -, deve-se firmar compromisso de arbitragem, definindo-se precisamente – como exige a lei de arbitragem – os limites da matéria que se pretende submeter à arbitragem.

Com efeito, a cláusula compromissória deve ser elaborada de modo a permitir a imediata instauração da arbitragem, sem que a intervenção judicial seja necessária. No entanto, cláusulas redigidas sem grande cuidado ou por profissionais não familiarizados com o instituto podem acabar exigindo o concurso do Poder Judiciário para permitir o início do processo arbitral.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2012, p.358/359) informam sobre a possibilidade da cláusula compromissória estar cheia ou vazia:

Cheia será a cláusula em que estão determinados todos os elementos essenciais para a instauração da arbitragem (podendo ainda prever outros requisitos, facultativos para instalação do juízo arbitral); vazia será a cláusula em que tais elementos não estão contemplados, ficando a estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária, ou seja, para serem fixados no compromisso arbitral.



Desta maneira, para que seja uma cláusula compromissória cheia, devem estar presentes todos os elementos essenciais para instauração da arbitragem, isto é, para que esteja completa, a cláusula deve indicar o regulamento arbitral escolhido pelas partes ou, no mínimo, deve prever o procedimento de nomeação dos árbitros. Assim, estando “cheia”, a cláusula será suficiente para afastar a jurisdição do juiz togado, dispensando desde já a necessidade da eventual celebração de compromisso arbitral.

Por outro lado, na cláusula compromissória vazia, a estipulação efetiva da arbitragem só acontecerá em momento posterior, posto que os elementos essenciais para sua instauração não foram indicados. Assim, embora a cláusula compromissória “vazia” retire competência do juiz togado, ela ainda obriga o interessado a recorrer ao Poder Judiciário para que haja a instituição judicial da arbitragem. É o que determina o artigo 7º da referida Lei.

Diferentemente da cláusula arbitral, o compromisso arbitral corresponde à celebração de uma convenção de arbitragem quando as partes já estão diante de um conflito. Assim, através do compromisso arbitral, os sujeitos pactuam que o conflito existente entre elas será dirimido através da solução arbitral (SCAVONE JUNIOR, 2010, p.82).

Com efeito, além da diferença tópica (a cláusula está sempre inserida em contrato ou a ele aderida), existe ainda a diferença temporal entre as espécies de convenção de arbitragem. Enquanto que a cláusula compromissória se refere ao futuro (conflito eventual e incerto), o compromisso arbitral regula o presente, uma vez que tem como pressuposto a existência de um conflito real e atual.

Esclarece-se ainda que o compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial. Sendo judicial, o compromisso será firmado nos autos da própria demanda que tramita perante o judiciário, no momento em que as partes decidirem colocar fim ao processo judicial em andamento, acordando em submeter o conflito à arbitragem. Também será hipótese de compromisso judicial, quando houver sentença de procedência do pedido de execução específica da cláusula compromissória, nos casos de instauração compulsória da arbitragem (FICHTNER; MONTEIRO, 2010, p.85).

Em sendo o compromisso extrajudicial, tratar-se-á de um acordo firmado depois do conflito, mas antes da propositura de ação judicial, podendo ser por instrumento público ou por escrito particular e assinado por duas testemunhas para que o ato tenha validade (SCAVONE JUNIOR, 2010, p.82). De uma forma ou de outra (judicial ou extrajudicial), o compromisso precisa ser celebrado por escrito, sob pena de nulidade do ato, conforme alertam José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro (2010, p.85).

O artigo 10 da Lei de Arbitragem exige que o compromisso arbitral contenha: a) nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; b) nome, profissão e domicílio do(s) árbitro(s) ou identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros, se for o caso; c) a matéria que será objeto da arbitragem; e d) o lugar em que será proferida a sentença arbitral. O artigo 11, por sua vez, prevê alguns elementos facultativos que também podem constar no compromisso.

José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro (2010, p.86) elucidam que parte da doutrina nacional frequentemente discute sobre a dispensabilidade do compromisso arbitral para a instauração do processo. Contudo, os autores ressaltam que “é preciso extirpar de vez da consciência jurídica nacional a ideia de que a cláusula compromissória representaria uma obrigação de firmar um compromisso arbitral”. A obrigação resultante da cláusula arbitral é o de instituir a arbitragem, não havendo entre eles qualquer relação de preliminar-definitivo. Neste sentido, vejamos:

A cláusula compromissória bem elaborada dispensa a celebração do compromisso arbitral, razão pela qual, na prática atual, a cláusula arbitral assumiu a posição de maior destaque no universo da arbitragem. (...) haja vista a auto-suficiência da cláusula compromissória, o compromisso arbitral passa a desempenhar papel secundário, já que, por força do artigo 5º da Lei, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas (FICHTNER; MONTEIRO; 2010, p.89).

Ratificando a auto-suficiência da cláusula compromissória cheia e a consequente dispensa de celebração do compromisso arbitral para a instauração da arbitragem José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro (2010, p.95) concluem que:

Pode-se dizer que a arbitragem tanto pode ser instaurada pela celebração do compromisso arbitral quanto, simplesmente, pela presença de cláusula compromissória cheia, razão pela qual a ação prevista nos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem somente será necessária se estiver diante da cláusula compromissória vazia, pois, nas outras duas hipóteses, faltará interesse processual do autor de provocar a máquina do Poder Judiciário para a instauração da arbitragem.

Edoardo Flavio Ricci (2004, p.102) ensina que para compreender a função e utilidade do compromisso arbitral, é necessário observar seu conteúdo essencial de certificação do nascimento de efetivo conflito entre as partes. Enquanto na cláusula tem-se a simples previsão de eventuais lides, referentes a um contrato, o compromisso arbitral, por outro lado, certifica que determinada lide efetivamente surgiu, fixando seu objeto. Assim, o compromisso é útil na ausência de cláusula compromissória, para afastar o poder decisório de uma autoridade judiciária e reservar a jurisdição arbitral para solucionar a lide.

Em relação à sentença arbitral, as partes podem convencionar prazo específico para sua promulgação. No entanto, caso não haja uma expressa previsão, a regra é que sua apresentação seja em até seis meses contados da data da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, conforme dispõe o artigo 23 da Lei 9.307/96.

Frisa-se que a emissão da sentença é definitiva, não se permitindo, via de regra, nenhuma espécie de recurso. Apenas nos casos específicos previstos no artigo 32 da Lei 9.307/96, tem-se a possibilidade de anulação da sentença arbitral através de ação anulatória específica.

Em relação a executividade das sentenças arbitrais, Paulo Costa e Silva (2009, p.95) ensina que:

Se, na execução, não está em causa a resolução de qualquer litígio – razão pela qual os litígios que surjam no contexto da execução não a integram, em sentido formal, sendo tramitados em apenso – mas tão somente o desenvolvimento das medidas necessárias à satisfação da obrigação exequenda, a questão radica na legitimidade para a prática de actos de autoridade.

Desta forma, como os atos de execução implicam o exercício de poderes de autoridade de execução, as decisões arbitrais deverão ser executadas nos tribunais judiciais.

### **3.4.3 Sincretismo: cláusula med-arb**

Sabe-se que tanto a mediação quanto a arbitragem são formas alternativas de solução de conflito. Na primeira, o terceiro assistirá às partes na composição; na segunda, todavia, o terceiro irá também impor uma solução heterônoma. Desta maneira, na prática foi-se criando uma forma sincrética de resolução de controvérsias: a chamada med-arb, isto é, a mediação seguida de arbitragem (SILVA, 2009, p.127).

João Roberto da Silva (2004, p.78) ensina que na mediação-arbitragem, as partes acordam que um terceiro conduzirá processo de medição envolvendo toda a disputa ou parte dela, e depois arbitrará as questões pendentes. Assim, o procedimento da med-arb possui duas fases distintas.

Num primeiro momento, o mediador intervém no sentido de lograr uma conciliação. Realizará reuniões com cada uma das partes, com as duas, focando nas questões verdadeiramente importantes. Contudo, se ao final desta fase, as partes não tiverem chegado a um acordo, caberá ao mediador proferir uma decisão. Desta forma, será nesta segunda fase de sentenciamento que o mediador irá empregar os poderes jurisdicionais que as próprias partes lhe atribuíram (SILVA, 2009, p.128).

Salienta-se que a mesma pessoa do mediador poderá ou não exercer também a função de árbitro. Acaso a cláusula med-arb determine que a mesma pessoa assumirá as duas funções, ter-se-á o sincretismo dos processos e agilização no alcance da solução para o conflito (SILVA, 2004, p.78).

Paulo Costa e Silva (2009, p.127) aponta como vantagens da med-arb o encurtamento do tempo da decisão do conflito, uma vez que, não chegando as partes a um consenso, será o mediador a ditar uma solução. Como o mediador já conhece os contornos exatos do litígio, não será necessário renovar a produção de informação e de prova para que se profira uma decisão. Ademais, sabendo que o procedimento levará necessariamente à composição do conflito, seja por acordo ou por decisão determinada pelo mediador-árbitro, as partes farão de tudo para que no processo de med-arb surjam as informações mais importantes.

### **3.4.4 Vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial tradicional**

Para permitir uma análise comparativa entre a arbitragem e o processo judicial tradicional, pode-se citar uma série de vantagens que demonstram a utilidade e eficácia do procedimento arbitral.

Com efeito, sabe-se que no Brasil o fluxo judicial é lento, congestionado e caro. Na arbitragem, contudo, os custos são menores e o prazo para emissão de sentença é menor. Ademais, enquanto a arbitragem diz respeito a um procedimento confidencial e privado, o processo judicial é público, ressalvados os casos que correm em segredo de justiça.

No procedimento arbitral, observa-se uma flexibilidade na escolha dos árbitros, do procedimento, da entidade para administrar o processo e na lei a ser aplicada, uma vez que as partes podem escolher árbitros especializados e efetivamente adequados ao seu conflito. O uso da arbitragem também tem demonstrado menor impacto na continuidade do relacionamento entre as partes. Além disso, na arbitragem, existe a possibilidade de escolher um local neutro em relação ao domicílio das partes e ao local de execução do contrato.

O juízo arbitral encarta-se nesse contexto, porque o seu uso, a princípio, poderá evitar desgastes pela demora da solução dos litígios, o que muitas vezes provoca um desestímulo para aqueles que pretendem ter uma resposta do Judiciário. Outrossim, a razão primordial e precípua de sua adoção deriva do fato de que nele são abandonadas solenidades formais, lançando-se mão do expediente da equidade e da livre escolha da lei a ser aplicada pelo árbitro. Ademais, o próprio caráter neutro da figura do árbitro que é designado, livremente, pelas partes, garantindo a imparcialidade e mais justiça nas decisões (FURTADO, BULOS, p.12, 1997).

Dados apontam uma maior espontaneidade quanto ao cumprimento de sentença arbitral do que àquelas determinadas pelo juiz togado, o que de certa maneira, contribui para uma maior efetividade do procedimento arbitral em relação ao travado judicialmente perante o Estado-juiz (GARCEZ, 2004, p.76).

As audiências arbitrais são realizadas com menos solenidade do que as audiências realizadas perante os juízes estatais, vigorando a sobremaneira o princípio da oralidade. Assim, as partes podem se dirigir ao árbitro, sem maiores temores ou

intermediários, participando ativamente do processo e fazendo-se ouvir diretamente pelo seu julgador.

O processo arbitral é, de certo modo, independente e único. A condução por entidades e árbitros privados, que não estão sujeitos aos expedientes e pautas de cartórios ou tribunais, faz da arbitragem um procedimento singular e com maior autonomia, como bem pontua José Maria Rossani Garcez (2004, p.77).

Na maioria das vezes, a arbitragem é um procedimento célere, posto que a Lei 9.307/96 prevê expressamente no artigo 23 que a sentença arbitral deve ser proferida em seis meses, se outro prazo não for convencionado pelas partes. Esta demora maior se justificará quando, por exemplo, se tratar de litígios mais complexos que exijam uma arbitragem mais prolongada e adequada às exigências do caso concreto (CAHALI, 2011, p.25).

Estatísticas demonstram que no processo judicial a expectativa de espera é de cerca de cinco anos para prolação de decisão de 1º grau. Já no procedimento arbitral, via de regra, a sentença é proferida em apenas um ano.

Enquanto que no processo judicial, a regra é que os processos e atos judiciais sejam públicos, conforme determina os artigos 155, *caput* do Código Processual Civil e artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal de 1988, na arbitragem, o transcurso de um de um procedimento arbitral se dá de maneira confidencial e privativa.

Vale ressaltar ainda os indubitáveis benefícios que a especialização dos árbitros pode trazer às partes. O conhecimento técnico e específico, a intimidade com o assunto, bem como a experiência profissional extrajudicial com casos similares fazem do árbitro um *expert* para solução daquele conflito. Esta especialização dos árbitros se contrapõe ao conhecimento jurídico do juiz de Direito, nomeado por sorteio, geralmente especialistas em matérias de natureza processual e restritas ao âmbito de Direito.

Com efeito, no sistema tradicional de jurisdição estatal, são exigidas formalidades e observância de determinados preceitos que acabam por dificultar e obstruir a marcha processual. Sobretudo o tempo é o principal inimigo da efetividade da tutela jurisdicional e a permanência de situações indefinidas se mostra angustiante e enseja a infelicidade pessoal (DINAMARCO, 2009, p.32).

Ao lado da morosidade em que tramitam os processos, o alto custo também constitui óbice ao acesso à justiça. Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra “taxa de congestionamento” de cerca de 71% dos processos, além de apontar como valor médio de cada processo na Justiça Estadual o importe de R\$ 1.848,00.

Dentre os meios alternativos de solução de controvérsias, o presente trabalho se propõe ao exame da mediação e da arbitragem especialmente nas relações de família, vistos como campos férteis e de vasta utilidade diante da realidade jurisdicional brasileira.

Abrem-se os olhos agora, todavia, para essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2009, p.31/32).

Ademais da eficiência e dos êxitos alcançados através do procedimento da arbitragem, a agilidade como se dá a resolução do conflito, bem como o baixo custo e a razoável satisfação pessoal de ambas as partes são as mais significativas vantagens do uso da arbitragem.

É necessário esclarecer que a assimilação do instituto a arbitragem, com as características que lhe são próprias, exige-se da sociedade brasileira uma mudança em direção a uma maturidade jurídica.

Dentre os desafios atuais em relação ao aprimoramento do instituto da arbitragem, José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro (p.116, 2010) destacam sobre a necessidade de: a) aumentar o grau de conscientização dos atores sociais quanto aos efeitos jurídicos e econômicos quando se celebra uma convenção de arbitragem; b) evitar que tentativas oportunistas e “arapucas arbitrais” manchem e fraudem os reais objetivos legais do instituto; c) caracterizar a arbitragem como meio efetivo de solução de conflito, na qual as garantias processuais fundamentais sejam respeitadas; d) garantir o adequado tráfego de decisões proferidas em arbitragem sediadas no Brasil e no exterior; e) definir os limites de atuação e colaboração entre o Poder Judiciário e o árbitro.

## 4 DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A família foi, é e sempre será o núcleo fundamental de toda e qualquer sociedade. É ela a responsável pela estruturação, formação e desenvolvimento dos sujeitos. A Constituição Federal, inclusive, reconhece sua importância no artigo 226 ao afirmar que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Nela os sujeitos nascem, crescem e se humanizam. É no seio familiar, portanto, que se experimentam as relações e conflitos mais íntimos e complexos da existência de um ser.

### 4.1 CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA

A família representa o retrato da sociedade, seu tempo, lugar e circunstâncias. Transcende, assim, o fenômeno biológico e propõe a realização pessoal de seus membros. Para Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.17), “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.

Neste sentido, Silvio Rodrigues (2000, p.11) ensina que “a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer”.

O passar dos anos fez com que o conceito de família-instituição evoluísse para o conceito família-instrumento. Explica-se. Antes matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental e biológica, a família era vista como uma unidade de produção e reprodução, com caráter estritamente institucional. Hoje, não mais.

À luz dos preceitos constitucionais, a família brasileira atualmente é vista como uma unidade socioafetiva, de caráter instrumental à promoção da dignidade da pessoa humana e à igualdade substancial de seus membros. Hoje a família há de ser plural e democrática, hetero ou homoafetiva, biológica ou socioafetiva, pouco importando estas duas últimas classificações.



## 4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Pode-se dizer que os princípios representam os valores fundamentais de um sistema jurídico e são fundamentais na construção de uma ciência e suas bases. Constituem, assim, proposições genéricas que orientam a organização de um sistema jurídico de um modo geral. Atualmente, o estudo da principiologia tem ganhado força em razão da sua extensão previsão constitucional.

Com efeito, o moderno direito de família é regido por princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade, da solidariedade, da pluralidade e da igualdade.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de família, Maria Berenice Dias (2010, p.63) afirma que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.48) afirmam que “a família existe em razão de seus componentes, e não estes em razão daquela, valorizando de forma definitiva e incontestável a pessoa humana”. Na família, portanto, cada um de seus membros deve ter o pleno desenvolvimento pessoal e social respeitado e pautado em ideais de pluralidade, humanidade e solidariedade recíproca.

Para Maria Helena Diniz (2011, p.37), o princípio da liberdade é fundado: a) no livre poder de constituir uma comunhão familiar, seja via casamento, seja via união estável; b) na liberdade do casal quanto ao planejamento familiar; c) na livre aquisição e administração do patrimônio familiar e, conseqüentemente, na liberdade de escolher o regime de bens mais conveniente; e d) na liberdade de escolha do modelo de formação educacional, cultural e religiosa do casal e da prole.

O princípio da solidariedade familiar, por sua vez, não só traduz a afetividade necessária que une os membros da família, como também concretiza uma especial

forma de responsabilidade social aplicada à família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.93).

Em atenção ao respeito do princípio maior da dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar ratifica a ideia de amparo entre todos os familiares, de assistência moral e material recíproca, justificando, por exemplo, a obrigação de alimentar entre parentes e o poder familiar que é exercida em face dos filhos menores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.93).

No que concerne ao princípio da igualdade substancial dos filhos, também apelidado de princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, tem-se a “absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotivos” (GONÇALVES, 2011, p.24).

Desta maneira, para uma melhor compreensão do Direito das Famílias e das relações que dele resultam, é essencial que seus princípios sejam devidamente analisados, de modo a possibilitar uma interpretação bem articulada e fundamentada.

#### 4.3 DOS CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Sabe-se que o pluralismo das relações familiares resultou em mudanças na estrutura da sociedade. Consagrou-se a igualdade de seus membros, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do matrimônio e o aprisionamento da família aos moldes restritos de casamento foi rompido. Portanto, hoje, o elemento distintivo da família é a presença de um vínculo afetivo entre as pessoas, a ponto de terem projetos de vida e propósitos em comum (DIAS, 2011, p.43).

A família contemporânea pós-moderna está pautada no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre seus membros e na preservação da dignidade deles (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.41). Desta maneira, enquanto transmissão da cultura e formação da pessoa digna, a família deve ser compreendida como um

sistema democrático, um espaço aberto ao diálogo entre seus membros, onde se almeja a confiança entre seus membros.

#### **4.3.1 Características dos conflitos de família**

Sabe-se que os problemas nas relações de família não são simplesmente problemas jurídicos, mas também problemas políticos, sociológicos e morais. Neste sentido, imissões provindas dessas áreas propagam-se no plano jurídico, perturbando, de certa forma, a disciplina legal da instituição (GOMES, 1993, p.19).

Com efeito, as controvérsias de natureza familiar são essencialmente afetivas, psicológicas e geralmente envolvem sofrimento. Uma família em crise acaba tornando seus membros vulneráveis, sendo necessária, assim, uma tutela com enfoque não apenas jurídico, mas também cognitivo e comportamental.

Na maioria das vezes, os conflitos de natureza familiar necessitam da ajuda de um terceiro, geralmente um advogado, encarregado de postular junto ao Estado a solução para aquele conflito. Ocorre que as partes terminam por atribuir à figura do juiz o dever de dizer o direito, de determinar a quem assiste a razão, o que, muitas vezes, implica atribuir culpa a um dos envolvidos.

Infelizmente, no cotidiano forense, ainda é muito comum se deparar com magistrados que de certa forma acomodados seguem a letra fria dos dispositivos legais. No entanto, uma aplicação da fria da letra da lei pode vir a violar direitos fundamentais das partes envolvidas no conflito familiar, como a liberdade, a dignidade, intimidade e privacidade dos sujeitos.

Ocorre que, atualmente, o direito de família tem assumido nova postura e a família brasileira passou a ser vista como instituição e centro irradiador da dignidade da pessoa humana, razão pela qual vem ganhando maior relevância e atenção dos juristas.

### **4.3.2 Tipos de conflitos nas relações de família**

Como se sabe, os conflitos e as disputas nas relações de família são inúmeros, variando a gravidade e a intensidade de família para família. Em verdade, os conflitos e abalos internos familiares deveriam ser considerados naturais e inerentes a qualquer laço familiar. Ocorre que eles tendem a ser vistos de maneira negativa, o que acaba dificultando sua resolução.

#### **4.3.2.2 União estável**

À luz do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1998, é possível visualizar a união estável como uma situação de fato existente entre duas pessoas desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, caracterizando uma entidade familiar (FARIAS: ROSENVALD, 2012, p.514). Esta união prolongada, sem casamento, também pode ser chamada de “companheirismo” ou “união livre” (GONÇALVES, 2013, p.605).

A Lei n. 9.278/96 no artigo 1º identificou como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua estabelecida com o objetivo de constituição familiar. Para Caio Mário da Silva Pereira (2010, p.585), no entanto, há de existir uma duração razoável, a sucessão de fatos e eventos, bem como a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, sua notoriedade, enfim, uma soma de fatores subjetivos e objetivos que possam definir a situação como sendo uma união estável.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.429) sintetizam quatro elementos caracterizadores essenciais da união estável, a saber: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família. Publicidade da convivência refere-se à ideia do casal ser reconhecido socialmente como uma família, em convivência pública, a fim de afastar eventuais relacionamentos “clandestinos” e “furtivos”. A continuidade da relação, por sua vez, contrapõe-se aos relacionamentos e paixões fugazes, sem ânimo de definitividade ou permanência.

Para os referidos autores, outro elemento essencial para a caracterização da união estável é a estabilidade e a convivência duradoura que permitem a sua diferenciação do fenômeno moderno denominado de “ficada”. Assim, uma vez que o casal vive uma relação pública de companheirismo, ele deve também ter a finalidade imediata de constituição de uma família, como se casados fossem, distanciando-se assim da instabilidade de um simples namoro.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.515), no entanto, a união estável nasce de um simples fato jurídico (convivência duradoura com *intuitu familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar. O companheirismo, portanto, desfrutaria da mesma proteção e importância que é dispensada a qualquer outro núcleo familiar, distinguindo-se do casamento, tão somente pela inexistência das formalidades legais.

O artigo 1.724 do Código Civil regula as relações pessoais entre os companheiros, dispondo que “as relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Assim, os três primeiros constituem direitos e deveres recíprocos do casal. O dever de fidelidade está implícito nos de lealdade e respeito.

Com efeito, os companheiros também têm o dever de zelo mútuo e assistência impostos aos cônjuges. Devem também considerar a individualidade do outro, respeitando a liberdade, honra, intimidade e dignidade do companheiro. Ademais, os deveres de guarda, educação e sustento da eventual prole subsistem independentemente da união dos pais (GOLÇALVES, 2013, p.628/629).

Ressalta-se que a Lei 9278/96 prevê ainda em seu artigo 5º, parágrafo 2º, a possibilidade de “contrato escrito” relativo à administração do patrimônio comum do casal. Este “contrato” pode ser firmado na constância da vida em comum, bem como lhe serem atribuídos efeitos retroativos. Como se trata de um negócio jurídico de uma relação de fato, sua eficácia pressupõe a capacidade e livre consentimento das partes. O referido documento pode ainda prever outras questões que envolvam o relacionamento, desde que, obviamente, não contrarie regras legais tampouco princípios de ordem pública (PEREIRA, 2010, p.586).

Notório, portanto, que o legislador acertou ao reconhecer efeitos familiares às uniões livres que somente carecem das formalidades de um cartório civil. Desta maneira,

para que se identifique uma família nos atuais moldes da Constituição Brasileira, basta que, de modo geral, as pessoas envolvidas cumpram com os papéis familiares típicos de afetividade e solidariedade recíprocos.

#### 4.3.2.2 Divórcio e dissolução de união estável

A lei não pode compelir sujeitos a ter vida em comum, de modo que o Estado não pode proteger e defender a família a ponto de obrigar a convivência entre cônjuges. Nesta esteira, o legislador de 2002 previu duas hipóteses para a separação judicial litigiosa: a pedido de qualquer um dos cônjuges e qualquer que seja o tempo do casamento.

A separação como modalidade de pôr fim à sociedade conjugal, sem, no entanto, romper o vínculo matrimonial, não existe mais. Foi banida do sistema jurídico pátrio com o advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 (DIAS, 2011, p.304).

O divórcio é o meio voluntário de dissolução do casamento. O meio não voluntário é a morte de um ou de ambos os cônjuges (LÔBO, 2010, p.144).

Com efeito, o fim da vida em comum implica rompimento dos deveres conjugais e dos companheiros, de modo que com o término da vida não haveria mais que se falar em fidelidade, tampouco em comunicabilidade dos bens adquiridos desde então (DIAS, 2011, p.319).

No entanto, o divórcio não atinge os efeitos já produzidos pelo casamento, uma vez que o dissolve para o futuro. Assim, com o divórcio, há a dissolução do vínculo matrimonial civil e a cessação dos efeitos civis do matrimônio. Estes, por sua vez, implicam rompimento completo e definitivo do vínculo matrimonial e extinção das limitações da capacidade resultante do matrimônio. Uma vez divorciados, as partes podem vir a casar de novo (GOMES, 1993, p.275).

A sentença que decreta a separação produz efeitos a partir de seu trânsito em julgado. Todavia, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) assegura à sentença da separação efeitos retroativos à data da separação de corpos. Em face desse permissivo legal, a jurisprudência tem ido além, atribuindo os mesmos efeitos do rompimento do casamento à separação de fato.

Atendendo ao reclamo da comunidade jurídica brasileira, bem como ao pleito da sociedade quanto à desjudicialização das separações conjugais nos casos em que não houvesse litígio, a Lei n. 11.441/2007 tornou possível que o divórcio e a separação sejam feitos pela via administrativa, mediante escritura pública. Esta escritura pública deve expressar a livre decisão do casal acerca da partilha dos bens comuns, o valor e o modo de pagamento dos alimentos de um cônjuge para o outro (ou sua dispensa), bem como a eventual alteração do nome para o de solteiro (GONÇALVES, 2013, p.237).

Esclarece-se que o procedimento administrativo de divórcio consensual perante o tabelião deve ser assistido por um advogado (comum ao casal ou não). Este será o responsável pela proteção dos interesses recíprocos, evitando o sacrifício de garantias jurídicas em momento tão delicado da vida de qualquer pessoa (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.451).

O legislador acertou ao facilitar a vida daqueles em que o casamento não era mais o projeto afetivo de suas vidas. A possibilidade de dissolução do casamento a qualquer tempo representa o direito de não mais permanecer casado. Assim, a descomplicação do divórcio materializa o direito de liberdade do homem de autodeterminação, reconhecida no artigo 226, parágrafo 6º da Carta Magna.

#### 4.3.2.3 Alimentos

Todo indivíduo tem direito à subsistência. No entanto, para aqueles que não podem prover a sua subsistência, o Direito prevê que a sociedade lhes propicie a sobrevivência. É o caso do direito social à alimentação que se reflete na obrigação de alimentar resultado da solidariedade familiar constitucionalmente assegurada.

Uma vez que é dever da família prover o sustento, a educação, o lazer e cultura de seus membros, é evidente que a obrigação alimentar decorre de uma solidariedade familiar que, por sua vez deriva da própria solidariedade social, afirmada no artigo 3º da Carta Magna.

A palavra “alimento” tem, em direito, acepção técnica. Na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os “alimentos”

compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa...  
(MIRANDA, 1983, p.207).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.673) ensinam que “juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”. No entanto, a característica da necessidade não é a única a ser levada em conta para fixação de alimentos. Assim, deve-se tomar como pressuposto o binômio necessidade-possibilidade, à luz proporcionalidade e razoabilidade da prestação alimentar.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.760) ensinam que nos alimentos devem estar incluídas tanto as despesas ordinárias como as extraordinárias, isto é, tanto os gastos com alimentação, habitação assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, como também gastos em farmácias, vestuários escolar, material da escola. Somente não estariam alcançados os gastos supérfluos, luxuosos ou decorrentes de vícios pessoais. Assim, sob a expressão “alimentos” estão envolvidos todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana do alimentando.

Neste sentido, tendo em vista que são destinados à preservação da integridade física e psíquica de quem os recebe, os alimentos possuem caráter personalíssimo, de modo que não admitem cessão, gratuita ou onerosa, tampouco compensação com outras dívidas. Com efeito, o crédito alimentício é impenhorável e tem preferência de pagamento em caso concurso de credores (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.762).

Carlos Roberto Gonçalves ensina que (2013, p.511) “a obrigação de prestar alimentos é transmissível, divisível, condicional, recíproca e mutável”. Transmissível, porque o Código Civil de 2002 no artigo 1.700 dispõe que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.694”. No entanto, embora comporte divergências, a maioria doutrinária entende que esta obrigação alimentar transmitida se limita às forças da herança.

Em relação à divisibilidade dos alimentos, tem-se que cada devedor responde por sua quota-parte. Assim, havendo quatro filhos em condições de sustentar o ascendente, este não poderá exigir somente de um deles o cumprimento da obrigação por inteiro (GONÇALVES, 2013, p.515).



Maria Berenice Dias (2011, p.517/518), contudo, vai além e entende que a divisibilidade do dever de alimentos não consegue desconfigurar a natureza solidária da obrigação, de modo que os cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes e o Estado estão também obrigados a alimentar solidariamente, nos casos de crianças, adolescentes e idosos.

Ademais, a fixação de alimentos está condicionada aos recursos que dispõe a pessoa obrigada na proporção da necessidade do alimentando, isto é, os alimentos devem ser prestados sem desfalcar o necessário para o sustento do alimentante, e serão devidos, em geral, quando o parente que os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo trabalho a sua própria manutenção. Assim, na fixação dos alimentos não se pesa não só as condições pessoais e sociais do alimentante, como também as do alimentando (PEREIRA, 2010, p.533/534).

Com efeito, a obrigação de prestar alimentos é recíproca, posto que também mútuo é o dever de assistência, de modo que a pessoa que se apresenta hoje na posição de credor, amanhã poderá ser credora, e vice e versa. Ademais, o artigo 1.696 do Código Civil de 2002 dispõe que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e os ex-cônjuges, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.758).

Por fim, a mutabilidade da obrigação alimentar consiste na variabilidade e alterações que os alimentos podem sofrer em razão das diversas circunstâncias, como nos casos de efeitos inflacionários, mudança financeira do alimentante ou do alimentado. Nestas hipóteses, a lei permite que se proceda à alteração e adequação da pensão, mediante ação revisional ou de exoneração (GONÇALVES, 2013, p.522).

Ressalta-se ainda que o artigo 1.707 do Código Civil Brasileiro consagra a irrenunciabilidade dos alimentos, admitindo-se apenas que o credor não exerça o direito (DIAS, 2011, p.523). Desta maneira, a eventual ausência postulação de alimentos em juízo há de ser interpretada apenas como falta de exercício, não significando sua renúncia. Por outro lado, observa-se que a renúncia a alimentos futuros ainda não é admitida pelo ordenamento brasileiro.

Portanto, a obrigação de prestar de alimentos materializa a preocupação do legislador em tutelar a pessoa humana, sua dignidade e o direito social à

alimentação. Com efeito, a fixação de alimentos precisa ser compatível com a condição social das partes, bem como garantir-lhes a manutenção de uma vida digna.

#### 4.3.2.4. Guarda dos filhos

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando nos casos de separação de fato ou de direito dos pais (DIAS, 2011, p.442). No entanto, a separação dos cônjuges/companheiros não pode significar separação de pais e filhos. Assim, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores de 18 anos (LÔBO, 2010, p.186).

Com efeito, o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a para o centro da tutela jurídica. A concepção de criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos fez com que sua dignidade, respeito e convivência familiar prevalecessem sobre os interesses dos pais em conflito. Assim, a eventual separação dos pais não pode comprometer a convivência familiar. O fim da convivência entre os pais não pode implicar a cessação da convivência entre pais e filhos, ainda que passem a viver em residências ou cidades distintas (LÔBO, 2010, p.186).

Sente sentido, a psicologia ensina que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe. A criança tem o direito de ter contato com os dois, de modo a usufruir das duas linhagens de origem, cultura, posição social e religião. É, portanto, da criança o direito de ter a ambos os pais e não ser forçada a tomar nenhuma decisão que implique culpa ou sobrecarga emocional do outro genitor. Assim, sempre que necessário, a criança deve ser ouvida, sem jamais ser levada a nenhuma escolha difícil ou traumática (LÔBO, 2010, p.186).

Desta maneira, mais do que direito preferencial de um pai contra o outro (visão tradicional da guarda), a proteção dos filhos constitui direito primordial deles e direito/dever de cada um dos pais. O direito à guarda pode ser vista como o direito ao contato e convivência com os filhos. É a forma que se tem de preservar os

respectivos poderes familiares, bem como o direito de acesso e compartilhamento recíproco na formação dos filhos (LÔBO, 2010, p.187).

Em apertada síntese, pode-se dizer que “a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho” (LÔBO, 2010, p.187).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.597) ensinam que, em geral, são quatro as modalidades de guarda: unilateral ou exclusiva, alternada, compartilhada ou conjunta e a chamada nidação ou aninhamento. A guarda unilateral é a modalidade mais comum e difundida no Brasil. Diz-se exclusiva quando apenas um dos pais detém a guarda, passando o filho a morar no mesmo domicílio do seu guardião, cabendo ao outro pai o direito de visitas. Diz-se alternada quando há sucessão da exclusividade da guarda entre o pai e a mãe, isto é, quando eles revezam alternadamente os períodos exclusivos de guarda.

O artigo 1.583, parágrafo 2º e incisos, do Código Civil dispõe que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-las e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação.

No entanto, cumpre salientar que, para fins legais, melhores condições não se confundem, necessariamente, com melhores condições financeiras. Deve-se observar o conjunto de fatores (afetivos, sociais e econômicos) que demonstrem que as situações existenciais sejam mais adequadas ao desenvolvimento moral, educacional e psicológico do filho. Assim, deve-se levar em conta o menor impacto emocional e afetivo para o filho, assegurando a manutenção do seu cotidiano e atual estrutura de vida (LÔBO, 2010, p.190).

Na modalidade de guarda compartilhada, não há exclusividade no seu exercício, de modo que tanto os pais quanto a mãe são responsáveis pela condução da vida dos filhos e detém conjuntamente o poder familiar sobre a prole. A nidação, por seu turno, é uma espécie de guarda pouco comum no Brasil, mas corriqueira em países europeus. Com os pais já separados e para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra, ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, de modo que serão os pais que se revezarão na companhia dos filhos. Como os pais moram em casas diferentes e a prole em um terceiro lar, mostra-se

necessário que os pais sejam ricos ou financeiramente fortes para manter a demanda de três residências (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.598/599).

Esclarece-se que, atualmente, prefere-se a guarda compartilhada em detrimento da unilateral. Esta, no entanto, é determinada quando os pais não conseguem chegar a um acordo. Pode acontecer da determinação da guarda exclusiva nos casos em que esta resulta no melhor interesse dos filhos. Ademais, é possível também que o tempo de convivência do filho seja dividido entre os pais, quando se terá a guarda alternada e o filho passará a viver alternadamente na residência de um e de outro (LÔBO, 2010, p.201).

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade de gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio de cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravesse no processo de separação (LÔBO, 2010, p.198).

Como a família é o espaço de integração social, deve ser um ambiente seguro para a boa convivência e desenvolvimento de seus membros. Deste modo, o eventual fim da convivência dos pais não pode comprometer o direito da criança de conviver e fazer parte do dia a dia de ambos.

#### 4.3.2.5 Tutela e curatela

Para a assistência e representação de menores que não estejam sob a autoridade dos pais, a lei prevê a tutela. Esta compreende, assim, os poderes investidos a alguém para a proteção do menor que a família não lhe pode dispensar, seja porque perdeu seus pais, seja porque não os conheceu, sejam porque foram desconstituídos do pátrio-poder (GOMES, 1993, p. 379).

Tutela é o poder conferido por lei, ou segundos princípios seus, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os menores que estão fora do pátrio

poder. Tutor é o que foi nomeado para exercer a tutela (MIRANDA, 1983, p.253/254).

Com efeito, nos casos de falecimento dos pais, em sendo estes declarados ausentes ou em caso perda do pátrio poder, os menores são postos em tutela. Trata-se, pois, de um múnus público, correspondendo, assim, a uma alta missão de caráter social, cujo exercício a lei exige que seja conferido à pessoa idônea, de conduta irrepreensível (GOMES, 1993, p.381/385).

Orlando Gomes (1993, p.379) ensina que o “como o fim da tutela é substituir o pátrio-poder, o instituto recebe uma estrutura de caráter jurídico-familiar”. Neste sentido, a pessoa a quem é confiado o encargo de proteger e administrar os bens do menor é chamado de *tutor*, cabendo a este reger a pessoa do menor, representá-lo e velar por ele. Ao menor sob tutela dá-se o nome de *pupilo* ou *tutelado*.

Tratando-se de absolutamente incapaz, deve o tutor representar o menor em todos os atos da vida civil. Em sendo relativamente incapaz, deve o tutor assistir o seu pupilo nos atos em que for parte, tal como o pai faria (GOMES, 1993, p.381).

Cumprido esclarecer, no entanto, que a lei proíbe ao tutor a prática de determinados atos. Esta proibição manifesta-se nos negócios jurídicos em que o tutor poderia sobrepor seus interesses aos do pupilo, isto é, quando o tutor poderia obter vantagem em detrimento dos interesses que sua posição lhe incumbe de preservar e proteger o menor (GOMES, 1993, p.386).

Sendo assim, há situações em que o conflito de interesses é presumido pela lei, tais como: a) a aquisição de bens de bens móveis, mesmo que por interposta pessoa ou em hasta pública; b) a alienação dos bens do menor a título gratuito; c) aquisição de crédito ou direito contra o órfão, por negócio em que figure como cessionário. Estas proibições são taxativas e a prática desde atos implica sua nulidade (GOMES, 1993, p.387).

Do mesmo modo, a curatela também se destina à regência de pessoas incapazes, cuja incapacidade, todavia, não resulta da idade. Trata-se, pois, de instituto autônomo à tutela.

A curatela tem duplo alcance. Ora é deferida para reger a pessoa e os bens de quem, sendo maior, está impossibilitado, por determinada causa de incapacidade de o fazer por si mesmo, ora para a regência de interesses que não podem ser cuidados pela própria pessoa, ainda que esteja no gozo

de sua capacidade. A primeira tem caráter permanente; a outra é necessariamente temporária. É da curatela dos adultos incapazes que os tratadistas se ocupam preferencialmente ao estudarem o instituto. Nesta modalidade, constitui um ofício que deve ser exercido para a proteção e representação dos que não se acham em condições de agir juridicamente por si próprios, seja em relação a todos os negócios, seja em relação, tão-somente, aos patrimoniais (GOMES, 1993, p.395).

Dá-se o nome de curado àquele que exerce a curatela ou *curadoria* e de *curatelado* ou *interdito* àquele que está sob curatela (GOMES, 1993, p.395/396).

Com efeito, a decisão que determina interdição pode concluir pela a incapacidade permanente e absoluta ou pela incapacidade relativa e temporária. Na primeira, ter-se-á curadoria plena; na segunda, curatela limitada. Neste sentido, a curatela é classificada de acordo com a pessoa, o grau de incapacidade e o comprometimento do discernimento apresentados.

Conforme dispõe o artigo 1.177 do Código de Processo Civil, a curatela é instituída através do procedimento especial de jurisdição voluntária, chamado de interdição, sendo necessário, portanto, o parecer do Ministério Público sobre o caso.

Desta forma, vê-se que tanto a tutela como a curatela são medidas assistenciais que visam proteger os interesses e dignidade dos assistidos, tendo como fundamento comum o dever de solidariedade que se atribui aos parentes, ao Estado e à sociedade de modo geral.

## 5 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Sabe-se que os conflitos de família, antes se serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais e, na maioria das vezes, envolvem sofrimento, razão pela qual os conflitos nas relações de família nem sempre necessitam da intervenção do juiz ou do Estado para serem solucionados. Inclusive, muitos juízes costumam se questionar sobre o efetivo papel que desempenham nesses conflitos, conscientes dos limites do Judiciário (LÔBO, 2010, p.46).

### 5.1 O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO

Silvio Rodrigues e grande parte da doutrina defendem a ideia de que “dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual” e que “as normas de Direito de Família são quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares”. Neste sentido, sustentam ainda que “o interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado” (RODRIGUES, 2000, p.11).

No entanto, este cenário de super intervenção do Estado nas relações de família vem sendo alterado diante do movimento de limitação da presença do Estado nas relações de família que se pauta na proteção constitucional dedicada à pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.157)

Com a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a autonomia privada vem perdendo a conotação de exclusivamente patrimonial (típica do período do Estado Liberal), passando a ser aplicada também nas relações extrapatrimoniais (ALVES, 2010, p.136).

Ademais, com o novo perfil traçado pela nova constituição, a família deixa de ser vista como uma entidade estatal, e passa a se tornar uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação está voltada para a felicidade de seus membros, para a implementação de sua dignidade e direitos fundamentais. Com a Nova Carta Magna de 1988, a família ganhou novos contornos, passando a

ser vista como uma entidade social, o que por sua vez, autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmbito (ALVES, 2010, p.136).

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática (PEREIRA, 2006, p.158).

Neste novo contexto, o artigo 226, *caput*, da *Lex Fundamentalis*, ganha especial destaque ao dispor que a família é base da sociedade (e não do Estado), merecendo, portanto, especial proteção (e não o monopólio da sua regulamentação) do Estado (ALVES, 2010, p.136).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.159) observam um atual movimento de afirmação de uma mínima intervenção do Estado nas relações afetivas e familiares, o qual a doutrina denominou de Direito das Famílias Mínimo ou fenômeno de privatização da família ou desinstitucionalização da família.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.104) afirmam que:

Não cabe, portanto, ao Estado intervir na estrutura familiar da mesma maneira como interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desde tipo de agressão estatal.

Outrossim, o Código Civil Brasileiro, no artigo 1513, ao prescrever que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, optou pela aplicação da autonomia privada, determinando que a sociedade e Estado respeitassem e reconhecessem tanto a família, enquanto unidade, bem como os seus membros individualizadamente.

Sendo assim, neste novo contexto jurídico de valorização da autonomia privada, a eventual interferência estatal no seio familiar, somente se mostra legítima e justificável, se tiver como fundamento a proteção de sujeitos vulneráveis, como é o caso da criança, do adolescente e do idoso (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.156/157).



Neste diapasão, Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p.140) afirma que, uma vez admitida a autonomia privada nas relações de familiares, o Direito de Família há de ser considerado modalidade do Direito Privado, senão vejamos:

Assentada a possibilidade de aplicação da autonomia privada nas relações familiares, consolida-se, em definitivo, a colocação do Direito de Família como modalidade do Direito Privado. É certo que, como célula básica da sociedade, a família merece especial proteção do Estado, o que deve permitir a intervenção do Estado por meio de normas cogentes nesta seara. Destarte, normas desta espécie não devem restringir a autonomia privada, pois atualmente é o indivíduo o centro da família e da sociedade.

De modo geral, vê-se que hoje a doutrina é quase unânime em reconhecer a natureza privada do Direito de Família. Paulo Lôbo (2010, p.42) chega a afirmar que “o direito de família todavia não pertence ao direito público, mas ao direito privado: assim, pelo tipo de relações que compreende, relativamente aos aspectos e setores mais reservados e íntimos, ‘mais privado’, (...) da pessoa da comunidade familiar”.

Portanto, o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si (...). O direito de família é visceralmente composto de direitos pessoais, ainda que a patrimonialização fomentada pelo individualismo liberal se lhos toldasse, em sua trajetória histórica. A realização da pessoa humana e de sua dignidade familiar é sua finalidade. Nada é mais privado que a vida familiar (LÔBO, 2010, p.41/42).

Com efeito, não se pode confundir o papel do Estado de fiscalização e controle com a limitação da vontade e da liberdade dos indivíduos no que tange à seara de Família. A fixação de limites na intervenção do Estado nas relações familiares é fundamental para conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes da ordem familiar, bem como para possibilitar a igualdade de exercício dos seus direitos (ALVES, 2010, p.140/141).

Portanto, em sendo a família uma entidade democrática, plural e aberta, que busca a promoção da dignidade de seus membros, a regra a ser observada é a de incidência da autonomia privada, de modo a permitir que cada indivíduo cultive e desenvolva relações afetivas da maneira que mais lhe interessar (ALVES, 2010, p.140).

Esta permissão ao livre exercício do afeto na entidade familiar significa privilegiar os mais diversos direitos fundamentais dos cidadãos, quais sejam: a liberdade de

planejamento familiar, a liberdade de formação dos filhos, a liberdade de escolha e extinção da entidade familiar, liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar, dentre outras (ALVES, 2010, p.143/144).

A partir desta concepção de intervenção mínima do Estado no âmbito do Direito de Família, é possível concluir que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral de liberdade dos membros da família.

Com o advento da Lei n. 11.441/2007, o legislador avançou na direção da tutela da privacidade, retirando da exclusividade da intervenção judicial o divórcio e a separação. Quando os cônjuges estiverem de acordo em relação aos alimentos, à partilha dos bens e ao uso ou não do prenome de um pelo outro, o processo judicial já pode ser dispensado, permitindo que as partes exerçam plenamente sua autonomia e desejos, através da separação mediante escritura pública (LÔBO, 2010, p.45).

Ademais, a Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso X, exalta a preservação da privacidade das pessoas, sobretudo em relação à intimidade, à honra, imagem e vida privada ao patamar de direitos fundamentais invioláveis. Deste modo, à luz destes princípios, a família há de ser considerada um espaço de privacidade por excelência (LÔBO, 2010, p.45).

O redimensionamento do papel da família, na sociedade atual, aponta para um retorno ao privado, para a descoberta da função primária da família, a utilidade, além da necessidade, das relações de família com sua carga afetiva e sua função protetiva (LÔBO, 2010, p.45).

Portanto, como regra geral, o Estado não deve ingerir no âmago familiar, tampouco sufocar as relações familiares. Deve o Estado, ao contrário, permitir o exercício da efetiva liberdade afetiva por parte de seus membros, bem como a comunhão plena de vida.

## 5.2 DA INTERDISCIPLINARIEDADE E MULTIPROFISSIONALIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA

Atualmente, se questiona quais seriam as melhores técnicas para administração dos problemas de natureza familiar, uma vez que as causas de família requerem sensibilidade e conhecimento específico, bem como a participação de outros setores que não somente o jurídico para que o conflito seja resolvido de forma mais eficaz e efetiva.

Neste diapasão, é recomendável uma abordagem multidisciplinar em relação ao conflito familiar, permitindo que um terceiro imparcial venha a participar da construção da solução do conflito. Com efeito, este terceiro deve saber transitar entre o direito e as ciências da psique para a facilitação do procedimento.

Sem prejuízo de sua autonomia disciplinar, e sem perder o foco da natureza jurídica das relações familiares, o direito de família não mais pode ser compreendido de modo isolado sem o contributo de outras áreas do conhecimento que têm a família como objeto de estudo. De forma que há necessidade de considerar os estudos na sociologia da família, na psicologia da família, na psicanálise em geral, na economia da família, na demografia das famílias, na antropologia, na história e na ética social, na pedagogia da família, na ciência genética, na bioética. Até porque, segundo os que pretendem uma ciência da família, a unidade de vida familiar somente pode ser compreendida de forma limitada pelas disciplinas isoladas (LÔBO, 2010, p.35).

Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p.180) esclarece que nas causas de família tem-se uma a maior dificuldade de se impor uma solução às partes, já que as relações familiares são sempre permeadas pelo desejo, aspecto subjetivo que qualifica o litígio familiar.

Corroborando esse posicionamento, Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p.55/57) assim dispõe:

Nas relações de Direito de Família, o elo determinante é o amor, o afeto, que está vinculado ao desejo, ao sujeito do inconsciente (...). Consumir objetivos de desejos não significa satisfazer o desejo, até porque sua fisiologia é querer sempre mais. Daí a definição de Lacan: o desejo é desejo de desejo. A necessidade pode e deve ser satisfeita. A vontade, às vezes. O desejo, nunca. É que é impossível satisfazê-lo. Ele sempre demandará outra satisfação (...). A ilusão da completude nos move em direção à realização dos desejos e à procura de objetos que preencham o que falta em nós. O outro pode significar apenas um objeto da nossa ilusão, de tamponamento da incompletude. Quando o amor acaba, e esses restos vão parar na Justiça, o litígio judicial muitas vezes significa apenas uma

maneira, ou uma dificuldade de não se deparar com o desamparo. Assim, uma demanda judicial é também um não querer deparar-se com o real do desamparo estrutural. Essas noções trazidas pela Psicanálise emprestam ao campo jurídico, particularmente ao Direito de Família, uma ampliação e compreensão da estrutura do litígio e do fundamento dos atores e personagens da cena jurídica e judicial (...). Nas relações jurídicas e judiciais, o desejo, a vontade e a necessidade se entrelaçam, confundem-se e podem provocar injustiças. Por exemplo, em um pedido de pensão alimentícia, a discussão objetiva é entre a necessidade de quem vai receber e a possibilidade de quem vai pagar. Entretanto, quando a relação entre os sujeitos ali envolvidos está mal resolvida, a objetividade se desvirtua a partir de elementos e registros inconscientes. Quem paga, sempre acha que está pagando muito e quem recebe sempre acha que está recebendo pouco (...). Paga-se menos que a necessidade como se esse menos fosse uma punição pelo fim da conjugalidade. Vê-se aí que o desejo, o inconsciente interferem no direito, no “dever-ser”, ao relativizar a necessidade, ou escamotear a possibilidade, alterando assim o curso de uma discussão que deveria ser apenas no campo da objetividade. O Judiciário e os advogados tornam-se instrumentos de busca da realização de um desejo inconsciente, cujo processo vem travestido uma outra cena, que é da ordem da subjetividade. Compreender essa outra cena é não permitir ser instrumento de satisfação do desejo oculto (...).

Desta maneira, tem-se claro que os conflitos familiares demandam uma atuação conjunta de profissionais da área jurídica e da área da saúde mental. Devidamente treinados e formados como mediadores, advogados, psicólogos e psicanalistas devem unir forças em um único sentido, cada qual explorando suas habilidades específicas para solução do problema (LIMA, 2007, p.160).

Sendo assim, é evidente que ciências como a psicanálise, psicologia, pedagogia, antropologia, educação, sociologia e a assistência social se relacionam intimamente com o conflito familiar, pois a utilização deste multipluralismo de serviços é fundamental para uma composição segura e eficaz.

Neste contexto de multidisciplinariedade, os institutos da Mediação e da Arbitragem se apresentam como uma solução palpável, inteligente, executável e moderna também para as questões familiares. Com efeito, esses institutos existem desde tempos remotos, de modo que não constituem uma inovação. Aqui no Brasil, contudo, eles têm se mostrado uma solução um tanto quanto inovadora.

### 5.3 USO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Sobretudo nas relações de família, a mediação oferece enfoques especiais, uma vez que é levada em consideração não apenas a complexidade da causa como também a importância dos objetos de disputa, como os filhos, os bens da família, a subsistência das partes e seus valores pessoais. Ademais, por contar com a ajuda de profissionais capacitados que auxiliam na composição das partes, sem as formalidades de um processo judicial tradicional, o procedimento da mediação possibilita o atendimento específico e especial da demanda familiar.

Esclarece-se que a mediação como meio alternativo de solução do conflito familiar surge nos Estados Unidos, na década de 1970, se espalhando também para o Canadá, Reino Unido e resto da Europa (NEVES, 2004, p.132).

O processo de mediação numa relação de família oportunizará que um terceiro imparcial e qualificado intervenha e facilite a comunicação entre os conflitantes, permitindo que os próprios envolvidos encontrem uma solução possível, duradoura e mutuamente aceitável.

A base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade, não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade, não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos da realidade (SILVA, 2004, p.15).

Como a mediação se funda na linguagem ternária e na inclusão de um terceiro, ela abre espaço para a comunicação e a complexidade, para a pluralidade e a multiplicidade de possibilidades, permitindo que a solução do litígio atenda aos interesses de ambos os envolvidos, sem perdas, apenas ganhos (ALVES, 2010, p.178/179).

Esta dinâmica intersubjetiva, por seu turno, permite a humanização do acesso a Justiça, na qual prevalece a conjunção aditiva “e” em contraposição à conjunção alternativa “ou”, típica linguagem binária. Esta linguagem binária, todavia limitada, prevê apenas o *sim* ou *não*, o *tudo* ou *nada*, o *culpado* ou *inocente*, o *procedente* ou

*improcedente*, enfim, prevê apenas a linguagem da imposição (ALVES, 2010, p.179).

Durante a mediação familiar, o mediador irá incutir verdades às partes litigantes e conscientizá-las de seus direitos e deveres no contexto conflitivo, possibilitando que elas alcancem a solução que lhes seja mais adequada, confortável e justa, contribuindo, assim, para a reorganização da vida pessoal e familiar dos sujeitos (LIMA, 2007, p.160).

Neste sentido, João Roberto da Silva (2004, p.53) ensina que em matéria de família, a mediação tem como objeto a família em crise, quando seus membros se tornam vulneráveis e se faz necessária uma estrutura de apoio profissional, permitindo que, através de confrontações, desenvolvam a consciência de seus direitos e deveres. Assim, a mediação cria condição para que o conflito familiar seja resolvido com o mínimo de comprometimento da estrutura psico-afetiva de seus integrantes, podendo ser vista como uma técnica eficiente para desobstruir os trabalhos das varas de família e nas de sucessões, uma vez alcançará uma solução mais fácil, rápida e menos onerosa.

Com efeito, a mediação permite que as partes reconstruam as relações que se desgastaram ao longo do tempo devido às discórdias e divergências de opiniões; permite que as partes refaçam os laços através de um diálogo maduro; permite transformar pontos divergentes em pontos comuns, valorizando não só cada um dos envolvidos, como também o instituto da família em si e os menores que normalmente estão envolvidos nas disputas entre os pais (LIMA, 2007, p.27).

Nesta senda, a mediação familiar ensina os casais a separarem-se e ao mesmo tempo seguir exercendo sua responsabilidade de pai e mãe, possibilitando que os filhos mantenham uma relação adequada com os pais após a fim do relacionamento entre eles. A mediação oferece, assim, um ambiente pacificador para que as negociações se desenvolvam sem enfrentamentos, de modo a oferecer ao casal um modelo de trabalho baseado na autodeterminação, onde a decisão obtida seja a opção mais viável e adequada para todo o grupo familiar (SILVA, 2004, p.54).

Modelando e esfriando o desejo, o mediador possibilitará que as partes construam uma solução efetiva e racional para o litígio, evitando-se, assim, o ressurgimento da

lide e o oferecimento de eventual demanda ao Poder Judiciário (ALVES, 2010, p.181).

A mediação é um processo que emprega o enfoque cognitivo comportamental com vistas ao presente e ao futuro. A mediação deve conduzir, necessariamente, a uma aprendizagem e transformação individual. Deve servir de oportunidade de reconstrução da forma e da identidade dos mediados (SILVA, 2004, p.55).

Com efeito, tratando-se de mediação, o primeiro aspecto a ser levado em conta é que a intervenção de um terceiro mediador na relação parte do pressuposto do efetivo interesse dos mediados em buscar a solução, de modo que cabe às partes mensurar o que será melhor para elas mesmas. Portanto, é dos envolvidos o movimento de pela mudança da realidade geradora do conflito, traduzida na procura pela resolução.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.69) afirmam que “a mediação apresenta-se, destarte, como mecanismo auxiliar relevante para o julgamento das causas de família, aproximando a ciência do Direito da realidade viva da vida”.

Na mediação familiar, o mediador deve estar capacitado, sendo mais indicada a participação de profissionais como psicólogos, terapeutas e assistentes sociais. Sua capacitação deve envolver estudo teórico e prático, deixando-o ciente do seu papel de facilitador da comunicação, conduzindo a mediação de forma a garantir que as pessoas dialoguem, discutam seus conflitos e encontrem a solução conscientemente.

O uso da mediação é crucial nestas relações em que o impacto emocional do conflito é elevado. Ademais, a carga de afetividade, sexualidade e emoção que permeiam os conflitos humanos, sobretudo o Direito das Famílias, somadas à proteção constitucional da privacidade dos envolvidos, constituem fortes argumentos para o uso da medição familiar.

Gustavo Klor Müller Neves (2004, p.133) ensina que o caráter preventivo e resolutório da mediação se mostra muito útil na administração da vida conjugal e do exercício compartilhado do pátrio poder e na eventual separação do casal, o mediador desempenhará importante papel facilitador da fixação da guarda, dos alimentos na divisão do patrimônio.

Com efeito, o caráter inovador e criativo da mediação adaptado à situação específica dos interessados e da família contribui enormemente para a comunicação do casal, principalmente, porque o processo de mediação favorece a identificação e o preenchimento de conceitos indeterminados como “interesse do menor” e “interesse do cônjuge”, que ganharão concreções distintas, de acordo com as nuances e particularidades de cada caso, de modo que se atenda à formação de um direito o para o caso concreto (NEVES, 2002, p.134).

A mediação na área do conflito familiar pode ajudar os cônjuges, por exemplo, a superar e resolver questões que abrangem contextos variados, tais como: a) melhorar a comunicação entre as partes; b) maximizar a exploração de alternativas de solução para as questões disputas; c) propiciar a consecução de um acordo considerado juntos por ambos; d) estabelecer um modelo de resolução de conflito para o futuro relacionamento da família dentro da nova conformação; etc (RIBEIRO, 2007, p.185).

Como na mediação familiar o objetivo é ajudar o casal a terminar a relação de maneira amigável e pacífica, os pontos a serem discutidos (e que compreenderão termo de acordo) abrangerão o regime de convivência, a guarda dos filhos, a eventual pensão alimentícia, etc.

Ademais, os conflitos familiares por si só já são desgastantes e demasiadamente sofridos, sendo desnecessário agravar tal situação, levando-a a apreciação do Poder Judiciário. Sem contar que as varas de família solucionam tão somente o aspecto legal do conflito, sem, contudo, ter habilidade para solucionar outros elementos intrínsecos no conflito (OLIVEIRA, 2007, p.196).

Esclarece-se que a institucionalização da mediação extrajudicial voltada para as demandas trazidas no processo civil busca potencializar a possibilidade de resolução de conflitos independentemente da atuação do juiz estatal, o que de certa maneira, terminaria diminuindo substancialmente o tempo e a sobrecarga da máquina estatal judiciária, além de estimular a participação popular na concretização da justiça e na pacificação social.

Registra-se que na Inglaterra e nos estados do Texas e Flórida nos Estados Unidos, já se tem legislação específica estabelecendo a necessidade de que as questões privadas sejam objeto de uma ou mais sessões de mediação, antes de serem



submetidas ao judiciário. Na Flórida, em especial, sabe-se que o uso da mediação é responsável pela redução de 70% das questões judiciais de modo geral (GARCEZ, 2004, p.51).

A adoção da mediação familiar no Brasil, em modelos teóricos e técnicos adequados à nossa realidade cultural em desenvolvimento pela doutrina, a ser estimulada através de legislação específica e criação de serviços públicos e acessíveis aos mais carentes, representará um notável avanço para a preservação da dignidade da pessoa humana, enfatizando a responsabilidade pessoal e o exercício da cidadania, evitando a vitimização frequentemente presente nas partes frustradas com a solução judicial, e no cumprimento do preceito constitucional, contido no caput do art. 226 da Constituição Federal, segundo o qual a família, como base da sociedade, tem direito à especial proteção do Estado (SILVA, 2004, p.25).

João Roberto da Silva (2004, p.57/58) ressalta que existem três formas de se desenvolver uma mediação familiar: I) com a intervenção mínima do mediador, cuja presença neutra estimulará o duplo fluxo de informações; II) com uma intervenção dirigida do mediador, identificando e avaliando com as partes as opções existentes, tentando persuadí-las a adotar aquela que considera mais conveniente; e III) com a intervenção terapêutica, onde se buscará corrigir as disfuncionalidades detectadas e construir conjuntamente uma solução.

Por fim, cumpre registrar que, em virtude dessa enorme importância da mediação no Direito de Família, tramita no Congresso Nacional hoje o Projeto de Lei n.505/2007 que visa implementar a mediação no âmbito do Direito de Família. Este projeto de lei propõe, dentre outras medidas, que seja acrescentado um 3º parágrafo ao artigo 1571 do Código Civil, determinando que “na separação e no divórcio, o juiz deverá incentivar a prática de mediação familiar”. Esclarece-se que este projeto foi apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

#### 5.4 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Embora não represente a solução para o congestionamento do Judiciário e tampouco não seja o remédio jurídico para a solução de todos os conflitos, a arbitragem é uma técnica, um método muito efetivo para solução de inúmeras controvérsias de natureza privada.

Muitos doutrinadores acreditam que o uso da arbitragem se adéqua perfeitamente aos interesses e conflitos de natureza comercial e internacional, razão pela qual, desde meados do século XX, seu uso vem atingindo maiores e melhores resultados (RICCI, 2004, p.9).

Com efeito, a confiança e o interesse depositados na Lei de Arbitragem e as consequências das convenções arbitrais inseridas nos contratos vêm refletindo uma gradual e maior utilização da arbitragem envolvendo partes brasileiras. Neste sentido, Edoardo Flavio Ricci (2004, p.10) complementa afirmando que ainda existe bastante campo para propagação, depuração e evolução do processo arbitral. Ademais, as publicações, congressos e palestras sobre o tema têm impulsionado e atraído o interesse de públicos multidisciplinar.

Nesta senda, a proteção ao relacionamento entre as partes caracterizada pelo cunho psicológico resultante da conversão de vontades que se tem no procedimento arbitral, mostra-se também muitíssimo apropriado para solução de outras questões, como por exemplo, os conflitos de natureza de família. Por que não?

Primeiramente, cumpre salientar que o uso da arbitragem nas matérias de natureza indisponível não é proibido pelo Constituição Federal, isto é, pelo menos como regra geral. Assim, partindo-se da premissa de que a proibição de arbitragem em matérias indisponíveis não contém natureza constitucional, é possível sim se falar em uso da arbitragem nas relações de família.

Ademais, a atual Lei de Arbitragem é silente quanto à arbitrabilidade dos direitos parcialmente disponíveis. Inclusive, há doutrinadores, como Alexandre de Freitas Câmara (2002, p.13), que admitem a possibilidade, mesmo sob a égide da Lei vigente, de que se admita a aplicação do regime arbitral a certos campos das relações de família.

Sobre o tema, Edoardo Flavio Ricci (2004, p.131) sabiamente explica que:

Seja sob o perfil prático, seja sob o perfil conceitual, a liberdade de escolher o juiz privado e o poder dispor do objeto da lide devem ser separados. A opção por juiz privado possui natureza processual e concerne, como limite de acesso ao Poder Judiciário, à estrutura do Estado. O poder de dispor da lide é de natureza material e diz respeito às à disciplina das relações jurídicas no tocante ao seu conteúdo. Uma vez que interessa à estrutura do Estado, a liberdade de escolher o juiz privado encerra relevância constitucional. Já a disponibilidade de relações jurídicas materiais somente tem relevância constitucional excepcionalmente, nos casos em que são disciplinados direitos fundamentais.

No âmbito do direito constitucional, a liberdade de escolher o juiz privado deve ser considerada em si mesma como especificação do princípio de liberdade. (...) Em regra, as Constituições permitem a arbitragem, mas não a impõem; as limitações são impostas pela lei, não pela Constituição.

Além disso, a liberdade de escolher um juiz privado em lugar de uma estatal diz respeito à manifestação do exercício do direito de liberdade é assegurado constitucionalmente no artigo 5º, sendo-lhe atribuída, inclusive, qualidade de garantia fundamental. No entanto, por outro lado, a disponibilidade do direito discutido, isto é, a possibilidade de disposição do objeto da lide possui natureza material, diz respeito à relação jurídica e seu conteúdo. Estas relações jurídicas, por sua vez, só terão relevância constitucional de disciplinados como direitos fundamentais. Não é o caso de dos conflitos presentes nas relações família, de modo geral.

No tocante à indisponibilidade dos direitos não patrimoniais nas relações de família, sobretudo quando se tem um menor envolvido, Paulo Costa e Silva (2009, p.86) sugere um limite: nestes casos, o litígio deverá ser decidido segundo o direito e por não apelo a critérios alternativos, como a equidade.

Ora, a arbitrabilidade de um conflito, ou seja, a submissão de um litígio a decisão heterónoma, por órgãos diversos dos tribunais judiciais ou administrativos, não é um inferência fatal da disponibilidade da situação jurídica controvertida. O único limite, quanto a esta situação, é o da sua indisponibilidade substantiva. Desde que seja respeitado, pelo tribunal arbitral tal como pelo tribunal judicial, impedindo-se a celebração de negócios processuais com eficácia substantiva compositiva, nenhum razão poderá militar contra a decisão arbitral (SILVA, 2009, p.86).

Ademais, a fonte da jurisdição em si não altera o fator essencial, qual seja, o ponto de referência da indisponibilidade. “A indisponibilidade não é da jurisdição ou do poder de conhecimento de uma dada situação jurídica, mas da situação em si” (SILVA, 2009, p.87).

Com relação aos institutos do Direito de Família e a aplicação da arbitragem, sabe-se que já há expressa autorização legislativa para a realização do divórcio extrajudicial, isto é, pela via administrativa, quando não houver interesse de incapaz envolvido. Por que também não pela via da arbitragem?

Em relação à fixação de alimentos, para a aplicação da arbitragem, cumpre verificar se há ou não incapaz envolvido. Se houver, doutrina majoritária entende que não

poderá ser objeto de decisão arbitral. Todavia, se a fixação envolver sujeitos capazes, alguns doutrinadores como Carlos Alberto Carmona e Alexandre Câmara já vem entendendo que a fixação de alimentos pode ser elemento de transação arbitral, uma vez que controvérsia gire apenas em torno de valores.

Conforme dispõem os artigos 7º, parágrafo §2º da Lei do Divórcio e 982 do Código de Processo Civil, a partilha de bens não poderá ser feita por juízo arbitral, uma vez que tais dispositivos expressamente a vedam e exigem sua homologação judicial. No entanto, não parece que a simples exigência de homologação constitua empecilho para que haja um acordo por via arbitral em relação à partilha.

Neste sentido, conforme explica Gustavo Klor Müller Neves (2004, p.136), como a matéria é transacionável, seja em caso de divórcio, dissolução de união estável ou morte, é possível que se obtenha uma composição através de arbitragem ou de qualquer outro meio de solução de conflito. Neste sentido, Alexandre Câmara (2002, p.14) sustenta que a partilha poderá sim ser feita por um árbitro.

Em relação à guarda dos filhos, maioria doutrina entende que, como se trata de matéria indisponível, não poderia ser fixada em um juízo arbitral. Ocorre que, na prática, quando da sua determinação, o juiz observa o melhor interesse da criança. Em sendo assim, por que não delegar esta decisão a um terceiro e utilizar uma cláusula med-arb?

Diante do exposto, a admissibilidade de arbitragem nas matérias indisponíveis representa um mínimo a ser obtido no direito moderno. Com efeito, a indisponibilidade da lide não implica em si mesmo a proibição de decisão por equidade. Portanto, uma vez que seja observada a lei no direito material a ser aplicada, a eventual escolha de certo juiz em lugar de outro é totalmente neutra, se a decisão de delegação a terceiro partir das próprias partes.

Portanto, deve-se depositar maior confiança no instituto da arbitragem, partindo do pressuposto de que a jurisdição privada não é pior que a jurisdição estatal. Ocorre que a arbitragem só poderá prosperar nos países em que a opção pelo instituto for considerada definitiva. Esta definitividade já ocorre na grande maioria dos países cujo direito se mostra mais moderno. No Brasil, todavia, há muito que se avançar.

Para os que já vivenciam e trabalham com a arbitragem, espera-se que com a nova Lei da Arbitragem em vigor, que desvinculou o laudo arbitral da homologação

perante o judiciário, ela comece a ser amplamente utilizada, desobstruindo, enfim, a justiça brasileira. Contudo, mostra-se necessário que se avance um pouco mais e que se traga a arbitragem para a militância das varas de família, para que seja aumentado seu campo de atuação nessa esfera dos conflitos familiares.

## 6 CONCLUSÃO

Após a imersão no estudo e análise dos meios de solução de conflitos, seus institutos, características, contexto histórico e social, bem como o aprofundamento de pesquisa sobre a mediação e arbitragem como meios alternativos de solução de controvérsias, especificadamente nas relações de família, o presente trabalho permitiu algumas conclusões, senão vejamos:

1. O conflito faz parte da existência humana. Conviver com o outro, inexoravelmente, em algum momento, implicará o surgimento de um descompasso, de um embate ou controvérsia. É natural, faz parte. A psicologia chega a afirmar que sua existência contribui para o aperfeiçoamento do ser, na medida em que oferece ao indivíduo a oportunidade de aprendizado e reconstrução da realidade.
2. No princípio, o homem resolvia seus impasses mediante o uso da força, fazendo valer seu interesse arbitrariamente sobre o outro. Com o tempo, aprendeu que ceder e acordar eram mais vantajosos que simplesmente brigar. Assim, ao longo da história, o homem foi evoluindo de um estágio primitivo de autotutela para o de autocomposição. Surgiram noções como transação, desistência e renúncia de direitos, na medida em que se buscava de alguma forma, uma acomodação dos conflitos sociais.
3. Mais a frente, o monopólio do uso da força e da violência na garantia dos direitos é concentrado nas mãos do Estado, passando este a ser o responsável pela manutenção (ou pelo menos busca) pela pacificação social. Milhares de anos após esta absorção estatal do poder de solucionar conflitos somados à descoberta pelo cidadão de seus direitos e da prerrogativa de seu exercício perante a Justiça, o que se tem hoje é uma Poder Judiciário arcaico e obsoleto.
4. Os tradicionais sistemas processuais formalistas que antes representavam etapas fundamentais na garantia de direitos, hoje, em evidente excesso, terminam por obstacularizar a entrega da prestação jurisdicional ao cidadão. A justiça tardia é desconsoladora e frustrante. Assim, neste contexto de crescente litigiosidade, infelizmente, saltam aos olhos o congestionamento e a lentidão que atualmente fazem parte da realidade Judiciária brasileira.

5. Diante deste contexto de descrédito e crise da instituição judiciária, a sociedade passa a exigir um efetivo acesso à justiça: não aquele acesso formalmente previsto na Constituição Federal, mas um acesso ao direito em si e sua efetiva concretização. Cansado da ineficiência e do elevado ônus pecuniário intrínseco ao clássico modelo jurisdicional, o interesse social passa ser, predominantemente, pela pacificação social através de métodos alternativos de solução de conflito, fugindo, de certa maneira, da burocratização judiciária.

6. Assim, dentre os meios alternativos de solução de conflito, pouco a pouco, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem vêm ganhando espaço e estima do cidadão brasileiro. Através da negociação, as partes diretamente buscam chegar a uma solução de consenso. Na conciliação, a participação de um terceiro facilita o reconhecimento dos limites do conflito e auxilia os envolvidos a encontrarem uma solução conjunta.

7. A mediação, por sua vez, não objetiva primordialmente o acordo, mas a efetiva satisfação dos interesses, valores, e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Assim, através de um processo cooperativo de mediação, as partes dialogam assistidas por um mediador, investigam as reais causas do conflito, e passam de forma emancipada e criativa a construir sua própria solução.

8. Assim, é evidente que a figura do mediador há de ser ocupada por um sujeito bem preparado técnica e psicologicamente. Este terceiro que irá intermediar e facilitar a comunicação do mediados, na maioria das vezes, é um psicólogo, um assistente social ou um advogado com mais tato e sensibilidade para identificar os pontos de convergências entre os envolvidos.

9. No procedimento arbitral, contudo, ter-se-á um árbitro com poderes efetivos de decidir. É este terceiro, estranho ao conflito, mas de confiança e escolha das partes, que irá determinar os termos do fim da controvérsia. Atualmente, a arbitragem é um meio utilizado para conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como as relações de trabalho e comerciais, uma vez que a Lei 9.307/96 assim prevê. No entanto, no presente trabalho, propõe-se que este método alternativo de solução de conflito extrajudicial seja também estendido para a seara do Direito de Família.

10. Sabe-se que a família, enquanto berço de todo desenvolvimento físico e moral do indivíduo; enquanto alicerce de toda a sociedade para a transmissão de cultura e valores; enquanto núcleo de formação da personalidade e dignidade do ser humano; merece uma especial atenção do Estado brasileiro. No entanto, cumpre esclarecer que hoje a família é vista como uma entidade plural, aberta e democrática, onde sempre deve ser buscada a promoção da dignidade de seus membros. Assim, como o presente trabalho parte do pressuposto de que o Direito de Família é de natureza privada, devem ser respeitados o exercício e incidência da autonomia da vontade nas suas relações.

11. Ademais, a interdisciplinariedade peculiar das relações familiares evidencia que a resposta judicial tradicionalmente encontrada perante dos tribunais não lhe é satisfatória. As discussões e divergências relacionadas à ordem psicológica e social nos conflitos de Família demonstram a necessidade de participação de uma equipe multidisciplinar na resolução de seus conflitos. Deste modo, pode-se dizer que o uso da mediação e a aplicação da arbitragem como métodos alternativos de solução de conflitos no Direito de Família são uma proposta, no mínimo, pertinente.

12. De maneira resumida, vejamos algumas das vantagens do uso da mediação e da arbitragem em relação ao processo judicial tradicional:

a) Economia, praticidade e facilidade no acesso – como o ônus pecuniário dos métodos extrajudiciais é bem menor do que o Judicial, é natural que haja uma desobstrução do acesso e conseqüente aproximação aos institutos;

b) Rapidez, celeridade e flexibilidade – de modo geral, tanto a mediação quanto a arbitragem são procedimentos rápidos e permitem que a solução seja alcançada num curto período de tempo;

c) Durabilidade, satisfação e eficácia – como foram as próprias partes que construíram criativamente a solução ou que escolheram o terceiro que lhes parecessem mais preparado, a solução resultante de um processo arbitral ou de mediação tende a ser mais duradoura, uma vez que mutuamente aceita e satisfatória;

d) Sigilo, imparcialidade e credibilidade – a participação do terceiro, seja ele mediador ou árbitro, é confidencial, permitindo que os sentimentos e emoções sejam mais bem demonstrados e compreendidos;



e) Exercício pleno da autonomia da vontade – a escolha pelo procedimento alternativo é de iniciativa das partes, são elas que livremente optam por se submeter, razão pela qual, obviamente, observa-se um alto grau no cumprimento das decisões.

13. Com efeito, todos esses benefícios listados se coadunam com a necessidade de especial tratamento das relações de família. Como a mediação é pautada numa linguagem ternária e as partes têm espaço para serem ouvidas e compreendidas, ambos os envolvidos têm seus interesses atendidos, sem precisão de serem imputadas noções de culpa ou de derrota.

14. Ademais, em se tratando de família, a continuidade das relações entre pais e filhos e entre ambos os genitores, mesmo quando da fragmentação familiar, é imprescindível que ambos os pais possam colaborar e participar da educação, criação e desenvolvimento de seus filhos. Neste sentido, a separação conjugal é um momento naturalmente desgastante para a família que a vivencia, que exige a elaboração de novos planos para os pais e filhos, divisão de bens, além de outras questões financeiras. Por isso se falar em mediações familiares, justamente como forma crucial de manutenção dos laços e responsabilidades familiares, sem implicar no comprometimento ou desgaste da estrutura psico-afetiva de seus integrantes.

15. Em relação à aplicação do processo arbitral às relações de família, como bem explicado no capítulo 5, item 5.1, não existem empecilhos constitucionais ao seu exercício, apenas a necessidade de observância da garantia de alguns direitos tidos como indisponíveis. Assim, uma vez que observada a lei do direito material aplicável, a mera substituição de um juiz por um árbitro se mostra totalmente neutra, sobretudo porque esta decisão de delegação ao terceiro parte das próprias partes.

16. Ante todo o exposto, nota-se que o presente trabalho monográfico propõe uma desburocratização da Justiça, tornando-a efetivamente acessível. Acredita-se, portanto, que os meios alternativos de conflitos, sobretudo a mediação e a arbitragem, são instrumentos de pacificação social e afirmação da cidadania que substanciam as necessidades e anseios atuais da sociedade.

17. Em verdade, mais do simples métodos alternativos, a mediação e a arbitragem representam técnicas diferenciadas e eficazes na condução e concretização dos direitos e peculiares inerentes às relações de família, razão pela qual, cedo ou tarde,

haverá um despertar jurídico para sua plena implementação na esfera do Direito de Família. É o que se espera.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**. A possibilidade de aplicação e campo de incidência da autonomia provada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL, **Código Civil**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. ANGHER, Anne Joyce. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848 (Código Penal)**, de 07 de dezembro de 1940. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869 (Código de Processo Civil)**, de 11 de janeiro de 1973. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.515 (Lei do Divórcio)**, de 26 de dezembro de 1977. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.099**, de setembro de 1996. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.278**, de 10 de maio de 1996. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.307 (Lei de Arbitragem)**, de 23 de setembro de 1996. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 (Código Civil)**, de 10 de janeiro de 2002. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**. Mediação e Arbitragem. AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo: set. 2006, ano XXVI, nº 87, p.109-113.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1994, v. 326.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. Um Comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do Árbitro**. De acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALAZEN, João Oreste. **Competência Material Trabalhista**. São Paulo: Editora LTr, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2011

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5.

DUMONT, Guiomar Marotti. Formas Alternativas de Solução de Conflitos. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2007, p.71-79.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FICHTNER, Jose Antonio; MONTEIRO, André Luís. **Temas de Arbitragem: N**.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995

FURTADO, Paulo. **Juízo Arbitral**. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda., 1995.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da Arbitragem Comentada** (Breves comentários à Lei n.9.307, de 23-09-1996). São Paulo: Saraiva, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

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

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda dos filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Renata Dias de Araújo. Mediação na obrigação alimentar. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2007, p.155-164.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais**. 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Direito de Família: Direito patrimonial: Direito protetivo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. 9.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. As formas alternativas de solução de conflitos e o direito de família. *In*: SOARES, Fábio Costa (Org.). **Acesso à Justiça**. Segunda série. Rio de Janeiro, 2004, p.129-137.

OLIVEIRA, Pâmela Ribeiro de. Mediação: aplicabilidade na prevenção e solução de conflitos, em foco a proteção da criança e do adolescente. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2007, p. 165-178.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Berdardina de. Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha. n. 17, agosto, 2007, p. 9-14.

RIBEIRO, Adriano da Silva. Mediação: o melhor caminho para a solução de conflitos entre casais. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2007, p. 179-190.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. Oito Anos de Reflexão. Questões Polêmicas. *In*: Mariulza Franco (Org.). São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 6.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare – um guia prático para mediadores**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_\_. **Mediação de Conflito**. Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCAVONA JUNIPR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. 1. ed. São Paulo:PaulistanajurLtda, 2004.

SILVA, Paulo Costa e. **A nova face da justiça**. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa, 2009.