



ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES

ARBITRATION IN FAMILY LAW: POSSIBILITIES AND LIMITATIONS

Fábio Periandro de Almeida Hirsch*
Gabriela Kanitz**

RESUMO

O presente artigo se propõe a discutir a utilização da arbitragem para dirimir as questões do direito de família quando a mediação falha. Explora a possibilidade de expansão do seu objeto aos direitos ditos indisponíveis, que a priori não estariam incluídos no escopo arbitral. Para tanto, repassa o conceito de direitos disponíveis e indisponíveis, discutindo a possibilidade de utilização da arbitragem também aos conflitos que envolvam direitos ditos indisponíveis. Além de repassar a discussão da arbitragem como jurisdição, e, por fim, tecendo considerando e propondo os possíveis ajustes legais necessários para que seja exitosa essa via de solução de conflitos.

Palavras-chave: ARBITRAGEM. DIREITO DE FAMÍLIA. DIREITOS INDISPONÍVEIS. DIREITOS DISPONÍVEIS.

ABSTRACT

This article proposes to discuss the use of arbitration to settle family law issues when mediation fails. It explores the possibility of expanding its object to so-called unavailable rights, which a priori would not be included in the arbitration scope. In order to do so, it reviews the concept of available and unavailable rights, discussing the possibility of using arbitration also to conflicts involving so-called unavailable rights. In addition to passing on the discussion of arbitration as a jurisdiction, and, finally,

* Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Titular Pesquisador do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS (MDGPP-UNIFACS). Professor Colaborador do Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA. Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo da Bahia, Direitos Fundamentais e Efetividade (Faculdade de Direito - UFBA) e CPJ - Centro de Pesquisas Jurídicas (Mestrado - UNIFACS). Professor Adjunto da Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade Baiana de Direito, da UNIFACS e da UNIJORGE. Advogado. Tem experiência em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais (Segurança Jurídica e Direito Adquirido em particular) e Controle de Constitucionalidade (Jurisdição Constitucional e Controle Difuso em particular). Contato: academico@fabioperiandro.adv.br

** Mestre em Análise Regional pela Universidade do Salvador (UNIFACS). Arquiteta pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Aluna do 7º. Semestre do curso de Direito da Universidade do Salvador (UNIFACS).

weaving considering and proposing the possible legal adjustments necessary to be successful this route of conflict resolution.

Keywords: ARBITRATION. FAMILY RIGHT. INDISPONIBLE RIGHTS. AVAILABLE RIGHTS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2 ARBITRAGEM E SUA LIMITAÇÃO AOS DIREITOS DISPONÍVEIS; 3 ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO; 4 ARBITRAGEM E NECESSÁRIOS AJUSTES LEGAIS PARA SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA; 4.1 SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS; 4.2 PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 4.3 IMPOSSIBILIDADE DE USO DE LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA; 4.4 A OBRIGATORIEDADE DE EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NA ASSESSORIA DAS DECISÕES; CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A arbitragem, como meio para solução de conflitos, sempre foi mais associada a solução de questões empresariais, solução de controvérsias de natureza contratual, voltada para a seara das obrigações. Não se fala em arbitragem no Direito de Família, ou melhor, fala-se pouco e sempre ligada às questões meramente patrimoniais.

Muito provavelmente porque, para este, mais adequada seriam as soluções através da mediação – uma das MESCS cujo formato parece adequar-se melhor a esta seara. Realmente, não há que se duvidar do importante papel da mediação na solução dos conflitos oriundos do Direito de Família. Contudo, nem sempre é possível o seu êxito, pois, para tanto, é preciso que as partes estejam dispostas a dialogar. O que não acontece sempre, posto que as relações familiares são sempre imbuídas de fortes emoções, inviabilizando consensos ou acordos. Assim, para estes casos é imperiosa a solução através da heterocomposição.

Portanto, nas situações em que a mediação falha, quando não é possível uma auto composição pacífica entre as partes, havendo a necessidade de um terceiro, com poderes de coação, para resolver a questão só restaria a via judiciária tradicional?

Ou a arbitragem poderia ser uma outra alternativa viável? Julgamos que sim.

Em tempos de valorização da manifestação da vontade e da autonomia privada como expressões do ser, ainda que de maneira relativizada, é necessário que haja formas de solução de conflitos, mesmo que heterocompositivas, tendentes a atender aqueles que não desejem ingressar no judiciário.

É de conhecimento geral a situação de morosidade do nosso sistema judiciário, que malgrado as tentativas de modernização, ainda não é célere e eficiente como deveria para atender a sua demanda.

Com vistas a esta realidade, este artigo busca analisar a viabilidade da arbitragem como opção para solução de conflitos na seara do Direito de Família quando a mediação não logra êxito na resolução do conflito. Abrangendo além dos direitos patrimoniais e estendendo-se a direitos ditos indisponíveis ou existenciais.

A importância da discussão não se restringe à academia. Não é apenas uma temática retórica. Como já afirmado acima, é preciso que se busquem soluções, que a um só tempo, atendam as demandas originadas pelos conflitos familiares, mas, por outro lado, deem segurança as partes. É preciso atentar que, o Direito de Família, pelo seu objeto, tem peculiaridades e consequências existenciais enormes naquelas a que toca. Especialmente quando se envolvem menores e incapazes. Decorre daí a importância da discussão.

Quanto mais demoradas as soluções das demandas, mais sofrem estes vulneráveis. Mais ressentimentos geram e mais difícil se torna o diálogo, que a rigor deve permanecer, ainda que desfeitos os laços que ligam, por exemplo, ex-marido e ex-mulher. Especialmente se há filhos menores, as relações devem se manter a bem destes.

Neste sentido, as hipóteses a serem testadas são:

- A arbitragem poderia ser um meio eficaz para a solução de conflitos, posto que rápida e também maleável, no que se refere a procedimentos, impedindo que as disputas se arrastem e o tempo promova a ampliação das frustrações e litigiosidade entre as partes;
- A arbitragem poderia ter seu objeto expandido para tratar também de direitos indisponíveis, posto que não se trata de meio negocial, mas de jurisdição, e como tal, poderia contribuir para a resolução de questões no âmbito de Direito de Família, ainda que se tratando de direitos indisponíveis.

Para desenvolver a questão, faz-se necessário discutir alguns aspectos importantes:

- o porquê da limitação da arbitragem à direitos disponíveis, a natureza jurisdicional da arbitragem;
- a necessidade de adequações legais para o fim desejado – sua aplicabilidade ao Direito de Família.

A viabilidade da arbitragem no Direito de Família pode abrir possibilidade de rapidez nas soluções de conflitos e conforto pela possibilidade de ajuste do procedimento. Evitar-se-ia que o processo judicial como configurado nos padrões atuais, fosse objeto de vinganças pessoais, rixas mesquinhas e meio de manobra para obtenção de acordos desfavoráveis para uma das partes.

2 ARBITRAGEM E SUA LIMITAÇÃO AOS DIREITOS DISPONÍVEIS

A lei 9.307/1996, que normatiza a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, informa, no seu primeiro artigo, o objeto ao qual cabe a aplicação deste instrumento: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1996, grifos nossos)”

Interessante notar que, apesar da norma de 1996, restringir-se apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, a Constituição Federal de 1988, já previa a solução por arbitragem para direitos considerados indisponíveis – como aqueles ligados ao direito do trabalho. Vejamos o texto original do art. 114, da Constituição de 1988:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. (BRASIL, 1988, grifos nossos)

Como se explicaria isso? Antes de responder essa pergunta, faz-se necessário explorar os conceitos de direitos disponíveis e direitos indisponíveis. Não há, a rigor, uma conceituação legal normativa sobre o que seriam os direitos indisponíveis. Contudo, sua noção permeia o ordenamento jurídico brasileiro, como construção doutrinária e jurisprudencial.

Direitos indisponíveis são aqueles sobre os quais não se pode dispor, ainda que se queira, ainda que o desejo parta do próprio titular do direito. Pela sua importância para a dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico, veda sua disposição, limitando, nestes

casos, a autonomia privada do seu titular. Seu conteúdo é existencial e, portanto, extrapatrimonial.

Já os direitos disponíveis têm conteúdo patrimonial, podendo ser objeto de transação. Por transação entenda-se o conteúdo do art. 840 do Código Civil (BRASIL, 2002): “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

Ou seja, transação é um negócio jurídico que importa concessões mútuas das partes em litígio, e cujo objetivo é a prevenção ou o término deste. Portanto, ao se vedar a transação aos direitos indisponíveis, está-se afirmando que não há concessão possível em relação a eles. Seriam, por assim dizer, absolutos?

Se não há conceito legal para direitos indisponíveis, também não há um rol determinado de quais seriam. Doutrinariamente, há um certo consenso sobre algumas matérias. De forma mais abrangente, são indisponíveis, os direitos fundamentais. Já de forma mais específica, temos:

- Direito Civil - os direitos da personalidade;
- Direito de Família – estado da pessoa e sucessão,
- Direito do Trabalho
- Direito Administrativo – questões em que se contrapõem interesses particulares e o interesse público;

Contudo, não se pode negar que apesar do seu conteúdo ser extrapatrimonial, os direitos indisponíveis podem ter reflexos patrimoniais.

Farias, Rosenvald e Netto (2018, p. 234-235), ao falarem dos direitos a personalidade, asseveram que, embora não possam ser renunciados, a sua indisponibilidade não impede que, sobre alguns dos seus aspectos, sejam objeto de negócio jurídico.

Complementa, ainda, que uma coisa é o direito em si e outra é o seu exercício – não se pode renunciar à própria imagem, mas é possível dispor dela de modo válido em um contrato, desde que de forma voluntária e temporária.

Há, ainda, a questão de lesões a estes direitos. Quando isso ocorre, ainda que sejam de natureza extrapatrimonial, nasce para o ofendido a pretensão à reparação, que se faz através de imputação de dano moral, com possíveis consequências financeiras ao ofensor.

Voltando à questão da arbitragem, prevista na Constituição em relação ao Direito do Trabalho. Sua previsão é específica para a negociação coletiva, sobre a qual há uma deliberada intenção constitucional de se possibilitar soluções extra jurisdição estatal.

O que se quer aqui não é descaracterizar a indisponibilidade de certos direitos. Eles são, e continuarão, extra comércio. Mas, isto não pode ser óbice ao seu exercício pleno, especialmente no que tange à solução de possíveis conflitos, que atingem especialmente a existência da pessoa.

Imagine-se o tempo que leva um divórcio litigioso? Seria este o único meio legítimo de heterocomposição? Não se poderia utilizar um instrumento como a arbitragem?

Para que não se resvale na mera especulação, é necessário explorar sua natureza.

3 ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

A jurisdição consiste no Poder do Estado em aplicar direitos, substituindo a autonomia das partes.

É, portanto, monopólio estatal.

Surge dentro desse contexto, a discussão doutrinária que envolve a possibilidade do exercício (ou não) da função jurisdicional pela arbitragem. Colocam-se, assim, em posições distintas Luiz Guilherme Marinoni (apud DIDIER JUNIOR, 2016) e Fredie Didier Junior. (2016).

Enquanto o primeiro doutrinador analisa a arbitragem como um meio não jurisdicional, pois implica a renúncia da jurisdição; a investidura de terceiros que não são juízes aprovados em concurso; o desrespeito ao princípio do juiz natural, o segundo estudioso defende que a arbitragem resulta na renúncia da jurisdição estatal, mas não da jurisdição privada, a qual consagra a imparcialidade do árbitro (BRASIL, 1996, artigo 21 § 2º) como terceiro capaz de dirimir conflitos.

Nesse mesmo sentido posiciona-se o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que ao modificar a Lei 9.307/1996 torna inequívoco o caráter jurisdicional da arbitragem:

- Ao estabelecer a competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória;
- A obrigatoriedade de utilização da via arbitral, caso seja previamente escolhida pelas partes (BRASIL, 1996; BRASIL, 2015, art. 267, VII);
- A desnecessidade de homologação da sentença arbitral, que possui, inclusive, natureza de título executivo judicial;
- Rigidez das hipóteses de anulação da sentença arbitral em juízo.

Dentro dessa seara e amparados pela Doutrina de Fredie Didier Jr. (2016), assim como no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), acreditamos que a arbitragem não deve ser vista como negociação, mas reconhecida como jurisdição.

Uma jurisdição privada para qual existe legislação específica e pertinente, e que, em tudo, deve seguir os preceitos legais. Tanto assim, que passível de invalidação pela jurisdição estatal, se for o caso.

O controle de validade dos atos do processo arbitral é uma forma de garantia ao jurisdicionado, que poderá ir a juízo se detectar algum vício.

Portanto, ainda que jurisdição haveria “uma segunda instância” de avaliação dos seus atos. Mas apenas do ponto de vista formal.

4 ARBITRAGEM E NECESSÁRIOS AJUSTES LEGAIS PARA SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

No atual estágio legal da arbitragem, há duas visões sobre sua utilização no Direito de Família. Para Francisco José Cahali (2015), seria possível, mas com várias observações e restrições. Vejamos:

- Vedado para solução de questões de estado como filiação, poder familiar, estado civil, entre outras que refiram-se a direitos extra patrimoniais e, portanto, indisponíveis;
- Limitado, na prática, à partilha de bens em caso de divórcio e ou dissolução de união estável. Contudo, como o fim do casamento em si ou o reconhecimento da união e seu período de constância, são vedados à arbitragem, seria necessário a jurisdição estatal ou outro meio de solução de conflito autocompositivo para a prévia dissolução do vínculo;
- Em relação à cláusula compromissória de arbitragem no pacto antinupcial ou no contrato de convivência, reputa possível, embora considere que o mais comum é que a escolha desse instrumento se dê a posteriori do rompimento da relação;
- Coloca a questão dos alimentos como a mais delicada, sendo, resumidamente, vedado dispor dos alimentos em favor de filhos menores, mas possível entre o casal. Justifica-se a arbitragem, neste caso, pois embora alimentos seja um direito indisponível, tem expressão econômica, e é isso que é discutido no processo arbitral, e não o direito em si.

Para Flávio Tartuce, está claro que não é adequado, mesmo limitada aos direitos disponíveis, portanto puramente patrimoniais:

Pois bem, pensamos que é muito pertinente o debate da matéria, mas, no atual estágio do Direito de Família no Brasil, não se deve admitir a arbitragem para se resolver as contendas relativas a esse ramo do Direito Privado. (TARTUCE, 2016).

Ele dá três justificativas para esse entendimento:

- A grande dificuldade existente na separação das matérias puramente patrimoniais daquelas de feição existencial, no âmbito familiar;
- Os conflitos familiares carregam forte e intenso sentimento de afetividade, e nos casos litigiosos, seria de afetividade negativa, sendo os direitos em regra indisponíveis;
- Em decorrência da segunda, o afeto pode estar preso ao patrimônio e embora possível, para direitos disponíveis, não seria adequado se utilizar do procedimento arbitral para solução de controvérsias dessa natureza.

Embora ele tenha desmembrado, o que se quer dizer aqui é que o sentimento dá o tom nas contendas da seara familiar. Ainda, que a tratativa de questões puramente patrimoniais, nestes casos, nunca o são exclusivamente, transbordando para o território dos direitos indisponíveis.

Concordamos com ele. Realmente, nestas situações, as questões patrimoniais nunca andam sozinhas.

Ainda que seja possível utilizar-se da arbitragem, como Cahali (2015) aponta, o seu escopo é muito restrito. É, também, praticamente necessário ir a juízo (estatal) antes da arbitragem. Se já estão as partes em juízo para resolver uma gama de assuntos, porque escolher a arbitragem para uma parte pequena dos seus conflitos, ainda que de substancial importância?

Vejamos o caso de um divórcio.

O casal vai discutir em juízo a questão de guarda dos filhos, bem como a estipulação dos seus alimentos. E na arbitragem a divisão patrimonial e, talvez, quem sabe, os alimentos recíprocos.

Sinceramente, não nos parece fazer sentido. A pergunta que fica é sempre a mesma. Porque limitar à questões puramente patrimoniais? A direitos disponíveis?

Ainda, quando um conflito familiar é suficientemente grande para não se resolver através da mediação, impõem-se soluções rápidas para se evitar a “subida de tom” comum nessas contendas. Os desafetos aumentam exponencialmente quando não resolvidos em curto período.

Outra questão é o especial cuidado quando há menores envolvidos, que, não raro, tornam-se instrumentos de vinganças pessoais, com consequências nefastas para os mesmos.

Cabe também pontuar, que nada garante que o processo judicial seja a forma mais adequada de solucionar o conflito na seara familiar, como parece afirmar aquele autor. O processo judicial tradicional é apenas, e tão somente, a forma padrão que o Estado coloca à disposição da sociedade, temperada com algum instrumento específico como mediação ou procedimento próprio.

Especialmente, no que tange à demora dos processos no abarrotado sistema judicial brasileiro, ousamos afirmar que ele seria mesmo a menos adequada das soluções possíveis.

Também, que o Estado não precisaria tutelar a este nível uma relação privada, na qual estão dois adultos capazes e que acreditam ser a arbitragem uma solução adequada para sua demanda, seja por motivos de celeridade ou de conveniência.

Por fim, que a possibilidade de controle de validade dos atos praticados no processo arbitral a cargo do judiciário tradicional, seria uma segurança importante para que eventuais abusos descaracterizem o objetivo deste na solução das demandas quanto a direitos indisponíveis.

Contudo, para o direito de família, seriam importantes algumas adaptações na lei que ora passamos a listar, conforme nosso entendimento:

4.1 SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Defende-se aqui, a ampliação do objeto possível, para abarcar também os direitos indisponíveis, por todos os motivos já delineados anteriormente.

A ideia é valorizar a autonomia privada dos envolvidos, que passariam a definir se buscariam o meio tradicional, ou a arbitragem para a solução dos seus conflitos. Desta forma, dá-se outra opção, possibilidade que atenda às suas expectativas.

Observe-se que é apenas uma nova possibilidade. Não há a imposição de se resolver através da arbitragem, podendo-se optar pela via da jurisdição estatal ou da jurisdição arbitral. Sendo assim, a opção de uma exclui a de pronto a outra, exceto para casos de vícios formais, como já exposto.

4.2 PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A introdução do Ministério Público como “custos legis”, nas ações que envolvem menores de idade, como em qualquer processo judicial análogo.

Não faria o menor sentido que houvesse a previsão de participação do Ministério Público nos processos de família na jurisdição estatal e não houvesse o correlato na arbitragem.

Neste sentido, deveria sua atuação a ser análoga àquela do processo tradicional, cabendo a ele todos os poderes, deveres, faculdades e ônus de sua atuação conforme as normas de direito processual também no procedimento arbitral.

Seria mais um reforço à segurança do processo arbitral, tanto no que se refere a validade dos atos praticados no procedimento, quanto a garantia de que os direitos indisponíveis e as garantias fundamentais não seriam desrespeitados.

4.3 IMPOSSIBILIDADE DE USO DE LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA

A fim de dar uma segurança jurídica às partes na opção pela arbitragem, bem como pelo caráter peculiar das questões relativas a direitos indisponíveis e do Direito de Família, seria especialmente vedado a utilização de legislação alienígena, ao contrário do que poderia ocorrer normalmente para assuntos de outras esferas.

Nestes casos, valeriam apenas as normas do nosso ordenamento jurídico, bem como os tratados internacionais incorporados.

Aqui é de fundamental importância esta limitação objetiva, mesmo porque não faria nenhum sentido resolver questões de uma família brasileira, que aqui reside e aonde tem patrimônio de acordo com as leis árabes, chinesas, americanas, etc.

Para os casos de litígios que envolvam dupla nacionalidade, casamentos no estrangeiro ou com estrangeiros e os filhos nascidos dessas relações, questões patrimoniais decorrentes de casamentos e divórcios, herança, entre outros, devem ser resolvidas com base no Direito Pátrio, ou na seara do Direito Internacional quando cabível.

4.4 A OBRIGATORIEDADE DE EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NA ASSESSORIA DAS DECISÕES

Talvez, esta seja a peculiaridade mais importante a ser trazida a arbitragem no que se refere às questões do Direito de Família, juntamente com a atuação do Ministério Público.

Como já foi dito, estas demandas sempre trazem uma carga emocional muito grande. Quando o diálogo sequer é possível, fica muito difícil para o órgão julgador estabelecer uma linha de atuação que pacifique as partes.

Os ânimos se exaltam com qualquer decisão, e, por vezes, as soluções desagradam a todos.

A tarefa de “pacificação social” torna-se complexa.

Mais ainda, quando estão envolvidos vulneráveis – crianças, idosos, portadores de deficiências. Mais difícil é encontrar soluções adequadas em meio ao conflito, que lhes dê a segurança e conforto necessários à sua condição especial.

Os vulneráveis ficam mais vulnerabilizados pelas circunstâncias do litígio, especialmente se este demora demasiadamente.

Portanto, é imprescindível que, além da atuação do Ministério Público, haja também aqui, na solução arbitral, um apoio técnico efetuado através de uma equipe multidisciplinar.

O ideal é que seja o mais ampla possível com a participação de todos aqueles, cuja formação técnico-profissional, possa dar um suporte adequado às questões postas. Psicólogos, psicopedagogos, assistentes sociais, médicos, etc.

Seria um apoio em duas direções:

- 1º Ao árbitro, a fim de que as decisões, embora suas, tenham a melhor qualidade possível, pois que embasadas, não apenas no Direito, mas somadas aos conhecimentos técnicos a que não domina – o que aqui vamos chamar de “suporte de consultoria”. Isto, por si só não é novidade no procedimento das ações de família. Mas aqui seria ampliado para abarcar o que descreve no tópico abaixo;
- 2º Atendimento as famílias como forma de apoio durante o trâmite do procedimento, a fim de possibilitar uma passagem mais tranquila durante todo o processo – desde o seu início até a prolação da decisão, possibilitando conforto e segurança necessários – o que chamamos de “suporte emocional”.

Os suportes técnicos de consultoria e emocional, seriam mais umas das medidas de segurança e conforto para os envolvidos, especialmente os grupos vulneráveis – crianças, idosos e portadores de necessidades especiais, que estejam envolvidos nas demandas, que invariavelmente, são os mais atingidos pela litigiosidade.

CONCLUSÃO

Há grandes possibilidades, ainda inexploradas, de utilização da arbitragem no direito de família. A grande limitação é muito mais de natureza cultural do que jurídica, falando propriamente.

Há uma associação da arbitragem com a seara negocial e, por isso, não se imagina como instrumento identificado com solução de problemas de esfera existencial. Mas não haveria impeditivo lógico para tal, desde que adequada as sutilezas das demandas de família.

Parece-nos que o cerne da questão está no entendimento do que é arbitragem.

Em 1996, quando surgiu a normativa sobre o assunto, era algo novo no Brasil, embora já previsto na Constituição desde 1998. Como, desde o início, foi usado no âmbito negocial, acabou ficando assim identificado – como instrumento negocial.

Mas, como já visto, não se trata de transação, mas de jurisdição. O CPC de 2015 mostra-se muito claro em relação a isso. É essa a posição que defendemos. Arbitragem é jurisdição. Embora uma jurisdição não estatal, mas jurisdição.

Em sendo jurisdição, e seguindo a legislação pátria, com o acompanhamento do Ministério Público, não há porque negar esta possibilidade de solução de demandas a quem queira, desde que os envolvidos sejam maiores e capazes, ou assistidos/representados, conforme o caso.

Isto, por si só, é um cerceamento desnecessário à autonomia da vontade e uma invasão estatal no âmbito das famílias, pois esta vedação vai de encontro ao Princípio da Autonomia Privada, cujo conteúdo envolve o poder de autorregulação em relação aos próprios interesses.

Saliente-se, inclusive, que a morosidade na solução de conflitos, pela via da jurisdição estatal, acaba por arrefecer os litígios e gerar consequências nefastas na vida dos envolvidos. Isso, por si só, é mais um reforço à tese aqui defendida de que é necessário se repensar a vedação da jurisdição arbitral em sede do Direito de Família.

Como bem explanado por Tartuce (2017) e Farias, Rosenvald e Netto (2018), o Direito de Família foi um dos ramos que mais sofreu alterações nos últimos anos.

Poder-se-ia mesmo afirmar, uma verdadeira revolução, com vistas a dialogar com as alterações sociais que tem se operado desde meados do século passado e cujo impacto nas famílias é direto.

Estamos, aqui, no limiar de uma nova possibilidade. De uma proposta inovadora, em certo sentido, e que, por isso mesmo, causa estranheza e discordância.

Como tudo que é novo, e se propõe a mudar o que está culturalmente sedimentado, têm-se uma rejeição inicial. Mas, com o tempo e os resultados positivos, será possível construir uma nova via para os conflitos na seara familiar.

Para quem quiser, existirá sempre a jurisdição estatal. O Direito de Família não se afastará dela, até porque além daqueles que preferirem a via judicial, não há uma opção de arbitragem gratuita, como existe a justiça gratuita. Isso é inclusive um impeditivo para a popularização da proposta aqui encartada. E que deve ser pensada em momento oportuno. Mas não é o foco deste trabalho, escapando de nosso escopo.

Mas, para aqueles que desejem outra via, mais rápida, ágil e flexível (no que tange ao procedimento), e que puderem arcar com seus custos, é preciso dar uma resposta.

Num mundo, no qual as pessoas podem decidir, com total liberdade, sua orientação sexual, com qual gênero se identificam (inclusive com severas modificações corporais envolvidas), se irão casar ou não, entre outros, é, no mínimo, contraditório que não se possa tratar de certos assuntos na arbitragem.

O Direito deve ser sempre um instrumento “a serviço de” e não pode ser usado, sem um motivo plausível para cercear a autonomia das pessoas, sob o pretexto de protegê-las delas mesmas e das consequências de suas decisões.

A proteção legal é desejável e bem vinda em diversos casos, mas não neste. Até porque não existe uma solução estatal cuja tutela seja célere, eficaz e efetiva na atualidade. Temos um Judiciário abarrotado e é preciso permitir, a quem deseje, uma nova possibilidade de solução de litígios familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil: Volume único.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

GARCIA, Ana Paula. **Direitos Indisponíveis e o Código de Processo Civil.** 2018. Disponível em: <<https://anapaulagarcias.jusbrasil.com.br/artigos/558517510/direitos-indisponiveis-e-o-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 28 maio 2018.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no direito de família: uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais,** Curitiba, v. 1, n. 14, p.251-267, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/arbitragem-no-direito-de-fam%C3%ADlia-uma-aprecia%C3%A7%C3%A3o-dos-limites-e-possibilidades>>. Acesso em: 04 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das sucessões - Parte II - Da arbitragem.** 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI246320,81042Da+extrajudicializac%20ao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+II>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Direito Civil: Direito de Família.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo,** [s.l.], v. 251, jan. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF>. Acesso em: 04 out. 2018.