

A ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Francisco Cláudio de Almeida Santos

Advogado, árbitro e Ministro aposentado do STJ.
Membro do IBDFAM

Uma primeira abordagem do tema é focado no conceito de arbitragem. O que é a arbitragem?

A resposta é de que se trata de um meio adequado à solução de litígios visando à pacificação social, onde os protagonistas, as partes, escolhem os árbitros e estes os julgam, idéia do instituto sob a forma voluntária encontrada na literatura, em Jean Baptiste Racine, desde o Século XVII (“*Je vous fais notre arbitre, et vous nous jugerez*”, *Britannicus*, acte IV, scène II, 1669).¹

Na França, autores de renome, como Motulsky e Jarrosson destacam o instituto como uma justiça privada, cuja origem é normalmente convencional. Daí sua natureza mista: convencional por sua origem e jurisdicional por sua função.²

Uma outra qualificação, fruto de estudos de autores franceses, tais como Jean Robert³, é a de que se cogita de uma instituição, a margem de conceito mais pragmático de estudiosos filiados à *commom law*, estes a compreender a arbitragem como um “sistema”, voluntariamente adotado pelas partes para decidir suas disputas através de um árbitro imparcial, que, após uma instrução, proferem uma decisão legalmente exigível.⁴ “Sistema” ou “método”, para a solução de disputas através de sentença com efeito obrigatório (*final and binding resolution*), conforme dizem os advogados americanos Clarence R. Deitsch e David A. Dilts.⁵

Na verdade, importa entender que se trata de uma via de solução de diferenças escolhida voluntariamente pelas partes que incumbem terceiros (particulares), imparciais, de resolver a questão, produzindo uma sentença final e obrigatória, por força de lei. Cuida-se de uma técnica e de uma forma de julgamento equivalente à decisão judicial.

¹O drama de Racine, obviamente, não é contemporâneo de nossa época, mas o dramaturgo é lembrado porque, antes, havia uma tendência à arbitragem comercial ser compulsória (na França e no Brasil).

²*La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, ps. 5/6.

³*L'ARBITRAGE droit interne droit international privé*, 5^a, ed. Paris, Dalloz, 1983, p. 3.

⁴James Acret in *Construction Arbitration Handbook*, Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, Inc., 1985, p. 1.

⁵*The Arbitration of Rights Disputes in the Public Sector*, New York, Quorum Books, 1990, p. 27.

Com estas considerações pretende-se afastar a qualificação da arbitragem como meio *alternativo* de solução de controvérsias, ainda que seja fruto de uma opção facultada pela ordem jurídica, isto porque o movimento chamado de “*direito alternativo*”, no Brasil, sobretudo no Rio Grande do Sul, ficou marcado como um direito, ainda que justo em muitas situações, à margem da lei, o que não é o caso da solução via arbitral.

É oportuno, aliás, lembrar que os métodos de solução de conflitos conhecidos como ADRs, tais como a mediação e a conciliação, tem na letra A da sigla a abreviatura do vocábulo “*amigável*” (*amicablel*, em inglês, ou *amiable*, em francês) e não de “*alternativo*”, como se pensa, diz e até escreve.

A arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias jurídicas praticado pela própria sociedade, regrada pelo direito positivo dos diversos países do mundo moderno, estimulada, inclusive, pela Organização das Nações Unidas⁶.

Nas ordens jurídicas, seja doméstica ou internacional, o Estado, através de sua função de aplicador da lei, da arbitragem não participa, porque sua jurisdição é afastada. O juízo estatal apenas colabora para garantir a imposição de medidas acauteladoras constrictivas e conferir efetividade à decisão do juízo arbitral, se não cumprida pela parte obrigada a tal.

O instituto é bem conhecido no direito brasileiro desde o Brasil colônia, mas somente ganhou importância e passou a ser utilizado com frequência após a edição da Lei 9.307, de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), em cujo artigo 1º consta a previsão de que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Aí estão os requisitos para as pessoas se valerem da arbitragem. Primeiro, a capacidade para contratar, não apenas a capacidade civil, mas, esta, matizada por uma circunstância especial que se traduz em uma faculdade da pessoa capaz de firmar contratos, especialmente para afastar a jurisdição estatal. Quer dizer, não se requer apenas a capacidade genérica, mas a aptidão específica para contratar, nem sempre constatada (p. ex., a lei proíbe a compra e venda entre tutor e tutelado, mandante e mandatário, etc.).

O Código Civil, em seu artigo 852, claramente prevê que a arbitragem é vedada para a solução de *questões de estado*, de *direito pessoal de família* (ou seja, da invalidade do casamento, da filiação, das relações de parentesco e do poder familiar) e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

⁶V. a propósito da Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral.

E quanto aos incapazes, poderiam os seus representantes (pais, tutores e curadores) firmar o compromisso arbitral em seus nomes? Entendo que não. A respeito, lembra-se que nas causas de interesses de incapazes, nos termos do artigo 82 do Código de Processo Civil, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, participação de que não se cogita na arbitragem. Observam Gustavo Tepedino *et alii*⁷ que tanto “o CC como a L. 9.307/1996 silenciam sobre a possibilidade de incapazes realizarem compromisso”, mas, acrescenta: “Contudo, entende-se que, nesse caso, a representação e a assistência não têm o poder de, por si só, suprir a carência de incapacidade de exercício, fazendo-se necessária especial autorização do juiz para o ato.” Acontece que a exigência da lei processual persiste no caso de controvérsia, e a lei de arbitragem não prevê o chamamento do Ministério Público para o procedimento extrajudicial (sobre a administração dos bens dos filhos, faz-se, adiante, outra consideração).

O segundo requisito impõe que a arbitragem deva ser adotada para revolver controvérsias ou diferenças relacionadas a *direitos patrimoniais disponíveis*.

Sobre o entendimento deste expressão, por todos os autores, recorro a definição de Carlos Alberto Carmona, reconhecido mestre na matéria. Para ele, “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, por em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.”⁸

Dito isto, esboçadas as noções elementares sobre a arbitragem e a matéria arbitrável, é oportuno esquadriñar como se instaura uma arbitragem.

A arbitragem se instaura basicamente, através de uma manifestação livre da vontade das partes, escrita em regra, antecedentemente à controvérsia ou após o litígio surgido, na primeira hipótese, por meio de uma “cláusula compromissória”, ou cláusula arbitral ou cláusula de arbitragem a compor um contrato relativo a direitos patrimoniais disponíveis, por exemplo, uma compra e venda, um contrato de locação ou um *pacto antenupcial* (desde logo, adiante esta possibilidade), ou em um contrato autônomo (contrato de arbitragem) vinculado a outro, e, na segunda hipótese, através de um contrato, para uns civil, para outros, processual⁹, denominado “compromisso arbitral” ou simplesmente compromisso, firmado em juízo ou extrajudicialmente, para solucionar o litígio pré-existente.

⁷Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 675.

⁸Arbitragem e Processo, 3ª. ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 38.

⁹V. a propósito Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, *Contratos*, 12ª. ed., rev. e atual. por Regis Fichtner, Rio de Janeiro, Forense, 2007, págs. 514/515.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são, segundo a lei de regência, espécies de um gênero legalmente denominado “*convenção arbitral*”.

A arbitragem é realizada por um árbitro ou pelos árbitros (em número ímpar, para evitar empates na apuração de seus votos) escolhidos pelas partes, apoiados ou não por uma câmara de arbitragem (instituição privada, em geral, uma associação). No primeiro caso, diz-se que a arbitragem é institucional, no segundo “ad hoc”, hipótese em que os próprios árbitros cuidam também da parte administrativa do procedimento, isto é, do recebimento de petições, colheita de provas, escolha de locais para a realização de arbitragens, intimações, guarda de arquivos, etc.).

A arbitragem, no que interessa para o tema a ser abordado, poderá ser realizada segundo as normas jurídicas escolhidas pelas partes, bem assim realizada com base nos princípios gerais de direito, ou com base na equidade, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.

O procedimento seguido com base na lei processual vigente, ou com base nas regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, observará, sempre, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, sob pena de nulidade de sua sentença.

A sentença arbitral impõe-se às partes, pois tem a mesma eficácia de uma sentença judicial, e, em sendo condenatória, é um título executivo judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem e 475-N, IV, do CPC).

Alinhadas estas considerações gerais sobre o instituto de solução extrajudicial de controvérsia, cabe a análise de sua utilidade no âmbito do direito de família, e, de logo como já anotado, recorda-se, mais uma vez, que os direitos pessoais estão excluídos da arbitragem, de tal forma que não pode ser submetida ao juízo arbitral uma anulação de casamento, um divórcio litioso, questões relativas à filiação, tutela e curatela, o poder familiar e o reconhecimento ou inexistência da união estável.

Os direitos regulados no Livro IV do Código Civil passíveis de serem apreciados em uma arbitragem são os direitos de natureza patrimonial disponível, excluídos, entretanto, os direitos de tal espécie dos filhos menores.

A razão da anunciada exclusão – além de outras considerações antes expendidas - tem sua raiz na incapacidade civil absoluta ou relativa da criança ou do adolescente para firmar a cláusula compromissória, mesmo através de representante legal, pois, na verdade, cuida-se de um negócio jurídico bilateral que extrapola aos poderes atribuídos aos pais pelo artigo 1.689 do Código Civil, visto ultrapassarem os limites da simples administração.

A propósito, é importante o exame de decisão unânime da Terceira Turma do STJ, no REsp nº 292.974, em acórdão da relatoria da d. Ministra

Nancy Andrichi, a manifestar o entendimento de que a transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração, e, por isso, exige a autorização judicial com a intervenção do Ministério Público. Da mesma forma, que o compromisso também não pode ser firmado pela criança ou pelo adolescente, através de seu representante. Mais a mais, ainda que, em tese, passível o ato de uma autorização judicial para ser adotada arbitragem para a solução de alguma controvérsia de interesse do filho, - repete-se - o procedimento arbitral não oferece espaço para a atuação do Ministério Público.

No direito de família, a arbitragem, então, terá lugar, a uma, na partilha dos bens do casal, em face do divórcio, no casamento, ou do distrato ou desfazimento da união estável, e, a duas, na fixação do *quantum* dos alimentos entre os cônjuges ou companheiros. São estas as hipóteses de utilização da arbitragem no direito das famílias.

No primeiro caso, a arbitragem poderá ser convencionada em cláusula compromissória incluída em um pacto antenupcial, para resolver qualquer litígio a respeito da partilha dos bens, nos regimes de casamento que comportem a divisão dos bens, ou em um compromisso arbitral, firmado em juízo ou fora dele após surgido o desentendimento entre as partes, seja para resolver se o bem é comum ou não, para as compensações das dívidas dos cônjuges em funções dos bens cabíveis a cada um (sempre respeitados os direitos de terceiros), para a fixação dos valores dos bens a serem partilhados e, enfim, para compor todos conflitos patrimoniais surgidos no desenlace.¹⁰

A questão dos alimentos merece algumas considerações tendo em vista sua natureza predominantemente pessoal e sua colocação no quadro das normas patrimoniais do direito de família.

Em princípio, o direito de alimentos é direito personalíssimo, com raízes no respeito à dignidade da pessoa humana e na solidariedade afetiva-familiar. Maria Berenice Dias, em declarada tentativa conceitual, diz que talvez "... se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver" "E, este" – continua a autora -, "é o maior compromisso do Estado: garantir a vida dos cidadãos"¹¹. E o ser somente sobrevive se alimentado. Daí a irrenunciabilidade prévia desse direito, conforme dispõe o artigo 1.707 do CC, *verbis*: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora."

Sabe-se, como já explícito, que as disposições sobre alimentos no direito de família, apesar de sua natureza personalíssima, não se encontram no encarte dos direitos pessoais, mas dos direitos patrimoniais.

¹⁰Manual da Execução, 12ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

¹¹Manual de Direito das Famílias, Porto Alegre, Liv. do Advogado editora, 2005, págs. 447/448.

O Desembargador Youssef Said Cahali, em sua conhecida obra sobre o tema, elabora um abrangente estudo de direito comparado a respeito do assunto, em especial, na doutrina italiana, e confere à obrigação alimentar uma natureza publicística, a reconhecer o caráter não patrimonial daquela obrigação.

Conclui suas considerações com estas palavras:

“Reconhecida, por inevitável, a presença concomitante dos dois elementos – o pessoal e o patrimonial – na integração da obrigação alimentícia, a especialidade que apresenta o encargo no âmbito do direito privado induz o reconhecimento da prevalência do primeiro elemento, sem embargo da opinião diversa de Tedeschi, que afirma o caráter patrimonial da obrigação alimentar, fundando-se na exclusividade ou na prevalência, em si, do elemento econômico sobre o dever do socorro que, ou seria inexistente, ou então só apareceria em situações específicas.

O atual Código Civil brasileiro fez uma opção técnica, inserindo a obrigação alimentícia entre parentes, cônjuges ou companheiros (arts. 1.694-1.710) no título referente ao ‘direito patrimonial’ do Direito de Família, em seguida ao subtítulo referente ao regime de bens entre cônjuges; mas, cuidando dos ‘direitos pessoais’ do Direito de Família, havia se referido que são deveres de ambos os cônjuges a ‘mútua assistência’ e o ‘sustento, guarda e educação dos filhos’ (art. 1.566, III e IV).¹²

A margem a natureza da obrigação, como pessoal ou patrimonial, que não permite chegar a nenhuma conclusão definitiva, importa, a aceitar-se a colocação da obrigação alimentar no direito patrimonial das famílias, na lei civil geral, constatar que há muito a boa doutrina entende que, *a priori*, não se pode renunciar ao direito a alimentos, mas é possível não ser exercido esse direito, como dispõe a lei civil.

Diante do que estabelece a lei e sua interpretação, não seria tolerável, portanto, em um pacto antenupcial, admitir-se a renúncia recíproca a alimentos em caso do rompimento do laço conjugal ou de convivência¹³. Mas, uma vez cessada a comunhão decorrente do casamento ou de simples companheirato, nada obsta a renúncia, ou, com se queira, o não exercício desse direito.

¹² *Dos Alimentos*, 5ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 35.

¹³ O site CONJUR, de 17.10.2012, noticiou que a Suprema Corte do Reino Unido, em uma virada jurisprudencial, confirmou a validade de um pacto antenupcial em que as partes acordaram não formular pretensões patrimoniais entre eles, em caso de divórcio. O advogado Simon Bruce, da mulher – uma rica herdeira alemã de 40 anos –, fez algumas reflexões interessantes: “o matrimônio deveria ser por amor e não por dinheiro”; “infelizmente essa promessa foi quebrada por ele (marido); que os cônjuges não podem prever “nos melhores momentos”, o que ocorrerá “nos piores momentos” da relação; e, mais, que os pactos antenupciais não representam uma espécie de seguro em face de circunstâncias futuras.

A jurisprudência brasileira orientada pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas manifestações devem ser seguidas pelos demais tribunais do País em nome do princípio da segurança jurídica, tem entendido de outra forma a irrenunciabilidade, conforme apreendeu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da. AC n. 2005.037879-5, da Capital, Relator Des. Joel Figueira Júnior, em data de 09.05.2006. São do acórdão estas palavras:

“Como se não bastasse, a regra da irrenunciabilidade dos alimentos (art. 1.707, nCC) só se aplica à obrigação alimentar decorrente do *jus sanguini*, não se estendendo aos cônjuges ou companheiros, máxime porque, entre estes, a obrigação tem caráter meramente obrigacional fundado em solidariedade não permanente.”

Esta jurisprudência está consolidada nos dias atuais, sendo este entendimento predominante na Corte Superior do País, segundo se pode verificar nas decisões monocráticas dos seguintes relatores: Ministro Luis Felipe Salomão (REsp 1109912, p. em 26/06/2012); Desembargador convocado Vasco Della Giustina (AG. 1310659, p. em 07/04/2011, AG 1238532, p. em 25/11/2010); Ministro João Otávio Noronha (Ag. 1.220076, p. em 29/11/2010, REsp 831902, p. em 28/08/2009); Ministro Massami Uyeda (AG 1213176, p. em 08/02/2010); e Ministro Sidnei Beneti, REsp 1064865, p. em 12/05/2009 e AG 1109675, p. em 29/04/2009).

Daí, parece-me que o *quantum* dos alimentos, entre cônjuges ou entre companheiros, pode ser decidido através de arbitragem, previsto este instituto em pacto antenupcial ou, posteriormente, em compromisso arbitral, opinião que divido com autores especializados em direito de família, tais como Francisco José Cahali¹⁴.

Carmona, por outro lado, após dizer que as questões relativas ao direito de família, de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível, observa que não é possível excluir, de forma absoluta, as questões de direito de família da arbitragem, e lança seu entendimento: “..., se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); ...”¹⁵

A sentença arbitral sobre alimentos, obviamente, está sujeita à incidência do artigo 15 da Lei de Alimentos, que dispõe não transitar em julgado a decisão judicial sobre alimentos, a comportar, assim, uma

¹⁴Curso de Arbitragem, 2ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 360.

¹⁵Ob. cit., p. 39.

revisão através de arbitragem ou judicialmente. Na realidade, como observa a douta Magistrada Ana Maria Gonçalves Louzada, tal norma revela uma “erronia legislativa”. “Em verdade” – continua a autora –, “ela transita, sim, em julgado. O que oportuniza que as partes voltem a juízo para alterar o pensionamento anteriormente fixado, é justamente alguma mudança fática que se tenha operacionalizado desde a fixação anterior.”

As mesmas observações, com maior razão, podem ser feitas aos chamados “alimentos compensatórios”, ou “pensão compensatória” que, conforme a lição de Rolf Madaleno, tem o propósito de “... indenizar por algum tempo ou não, o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da subida indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, mas que deixaram de aportar com a separação ou com o divórcio.”¹⁷

Feitas estas considerações, lanço uma última palavra sobre o tema: a arbitragem em qualquer situação tem vantagens sobre o procedimento judicial.

Tais vantagens podem assim ser exemplificadas: i) liberdade de escolha do julgador; ii) especialidade do julgador; iii) rapidez (o prazo legal é de seis meses, prorrogável); iv) flexibilidade do procedimento; v) cumprimento espontâneo; vi) confidencialidade; vii) economia (custo menor em função do tempo, normalmente, em instância única).

No direito de família, as vantagens mais destacadas, ao meu sentir, são a rápida solução e a consequente economia, a especialidade do julgador e a confidencialidade.

A rapidez na solução minimiza os sofrimentos das partes que, além da ruptura da relação afetiva, ainda são obrigadas a discutir questões patrimoniais em longas pendências judiciais.

A economia decorre do tempo, sendo certo que não alcança as pessoas de poucos recursos, porquanto não existe, nas instituições privadas, arbitragem gratuita, exceção feita à possibilidade de alguma área do poder público (Executivo ou Judiciário) manter um serviço dessa natureza.

A confidencialidade é, talvez, a mais importante de todas as vantagens, pois possibilita a partilha dos bens de um casal em ambiente amistoso, rápido, técnico e, sobretudo, sem publicidade, esta, em algumas situações em que as partes são empresárias, nocivas aos interesses da empresa e motivo de especulação social.

¹⁶*Alimentos Doutrina e Jurisprudência*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2008, p. 210.

¹⁷*Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 726.

Famílias: e Pluralidade e Felicidade

Os anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família reúnem artigos de alguns dos mais importantes especialistas brasileiros da área. Dentre os temas tratados durante o evento, destacam-se na presente obra: Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar; Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais; Os artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório; A sustentabilidade sob a ótica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa; O cumprimento das decisões judiciais e a prestação jurisdicional no âmbito internacional; Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitando soluções para os extreme cases (casos extremos); Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade; A monogamia em questão, repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea; A (im)possibilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas; Planejamento sucessório; Pluralidade nas casas e nas ruas: direitos, desejos e transformações; A pena civil parental; Gênero, violência e conjugalidade: superando desafios; Uma velha questão nova: a união estável e o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo; Os frutos civis no regime da comunhão parcial de bens; Práticas colaborativas – uma necessária mudança de paradigma no direito de família; Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir; Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade; O Inventário por Escritura Pública após 7 anos de vigência da Lei 11.441/07; Prova nos processos de família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial; A Arbitragem no Direito de Família; além do tema central do evento "Famílias: Pluralidade e Felicidade".