

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vítor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-835-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho “Direito das Famílias e Sucessões”, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes de mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A VALIDADE DA INSTITUIÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE MEDIAÇÃO EM TESTAMENTOS COMO ESTRATÉGIA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

THE VALIDITY OF THE INSTITUTION OF THE COMMITMENT CLAUSE FOR MEDIATION IN WILLS AS A SUCCESSORY PLANNING STRATEGY

Denise Lage Bezerra Weyne ¹

Resumo

O presente artigo analisa a validade da cláusula compromissória de mediação em testamentos como instrumento de planejamento sucessório. Examina o rito do processo de inventário, com destaque para a ausência de previsão legal da realização de audiência de conciliação e mediação. Sugere que a unidade familiar é o grande sustentáculo das estratégias estabelecidas no planejamento sucessório. Constata que devido ao consensualismo inerente aos meios consensuais, a cláusula de mediação testamentária é nula. Conclui que os meios consensuais devem ser fomentados pelo juízo sucessório, em atendimento aos valores previstos pelo Código de Processo Civil vigente e pela proteção constitucional da família.

Palavras-chave: Conciliação e mediação judicial, Inventário, Testamento, Cláusula de mediação, Planejamento sucessório

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the validity of the testamentary arbitration clause as an instrument of succession planning. It examines the rite of the inventory process, highlighting the lack of legal prediction of the conciliation and mediation hearing. It suggests that the family unit is the great underpinnings of succession planning. It observes that due to the consensualism of the alternative means, the testamentary clause of mediation is null. It concludes that the consensual means must be fomented by the inheritance judgment, in compliance with the values established by the current procedural legislation and by the constitutional protection of the family.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial conciliation and mediation, Inventory, Testament, Mediation clause, Inheritance planning

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Advogada. Pós graduada em Direito de Família de Sucessões.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2015 trouxe a mediação e demais instrumentos de solução consensual dos conflitos como métodos que devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. No mesmo sentido, pode-se citar a Lei de mediação nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Dessa maneira, o citado preceito deve ser aplicado ao processo de inventário, em que pese a ausência legal de designação de audiência de mediação em seu rito especial. A vertente do novo Código de Processo Civil de fomentar a mediação na solução de conflitos normatiza o compromisso que os operadores do Direito devem ter com a efetividade dos meios consensuais.

Neste sentido, podem ser exemplificados mecanismos atuais de consagração dos meios consensuais, como instrumento contratual de cláusula compromissória de utilização da mediação, além da previsão legal de audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação no rito ordinário. A mediação tem como escopo a recuperação do diálogo entre as partes para que estas possam elaborar a solução de suas controvérsias, através da ajuda de terceiro imparcial, sem que este induza as alternativas de resolução do conflito e assim, observa-se pertinente aplicação nas celeumas familiares.

Ademais, urge salientar que o planejamento sucessório é conjunto de estratégias jurídicas visando à transferência segura e menos onerosa do patrimônio aos futuros herdeiros, de forma a preservar dos respectivos bens. Diversas engrenagens tributárias e empresárias são elaboradas para o planejamento sucessório, a depender de cada caso concreto.

Nessa toada, denota-se a problemática do presente trabalho, qual seja, o exame da validade de inserção de cláusula compromissória de utilização de meios consensuais em cédula testamentária como instrumento de planejamento sucessório, se comparada às características da mediação.

No primeiro tópico, será abordada a aplicação da mediação no processo de inventário, já que não há previsão legal de realização de audiência de conciliação e mediação como ocorre no rito ordinário e nas ações de família. Para tanto, far-se-á uma digressão acerca do rito do processo de inventário.

Em seguida, analisar-se-á o instituto do testamento como instrumento de planejamento sucessório. Serão enumeradas algumas estratégias neste sentido, com foco no enfrentamento da possibilidade de inserção da cláusula compromissória de mediação no testamento.

No terceiro tópico, será examinada a validade da inclusão de cláusula compromissória de mediação na cédula testamentária. É que embora a cláusula seja firmada pelo testador, deverá ser cumprida pelos herdeiros, no momento *post mortem*, sendo questionada a voluntariedade do meio consensual em destaque.

Desta feita, o trabalho visa a examinar a validade da cláusula compromissória da mediação testamentária, frente à voluntariedade que devem nortear a mediação.

O trabalho se pautará em pesquisa exploratória bibliográfica, através de estudo de livros, artigos acadêmicos, ambos nas versões impressas e eletrônicas, além da legislação. A metodologia é hipotética dedutiva e os resultados serão apresentados de forma qualitativa.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO RITO DA AÇÃO DE INVENTÁRIO

A utilização dos meios consensuais recebeu forte valorização com o advento do Novo Código de Processo Civil, mas tal intento ainda encontra-se em formação, face ao curto prazo de vigência do referido diploma legal (três anos). Mesmo assim, a mudança estrutural do Judiciário com a instituição de Núcleos Permanentes de solução de conflitos, a formação técnica de mediadores e conciliadores, com previsão normativa das características dos meios consensuais, já demonstram uma esperança de que os meios consensuais possam ter a valorização almejada pelo ordenamento jurídico vigente.

Segundo Barbosa (2015, p. 174), a mediação:

Consiste em técnicas, a exemplo do uso de perguntas adequadas e pontuais, de colher oportunidades para pedir esclarecimentos, elucidando pontos obscuros, sob sua ótica, até que os protagonistas saiam do nível de uma comunicação inadequada – no atalho e não no caminho – para se elevar ao nível que os capacita à recuperação da propensão de se responsabilizarem por suas escolhas.

Nas lides ligadas ao direito de família, observa-se que a audiência de mediação tem ostensiva aplicação, o que não ocorre nas demandas sucessórias, não se sabendo precisar qual o motivo, pois ambas mesclam interesses patrimoniais e conflitos familiares, cuja origem

destes pode remontar à infância, trazendo grande dificuldade para que as partes, sem auxílio de terceiro imparcial, possam dirimir suas divergências na partilha de bens.

O Código de Processo Civil trata das ações de família nos artigos 693 a 699, aplicando-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Quanto à ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente, será observada a legislação específica.

Segundo os artigos supracitados, “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação” (BRASIL, 2015). Ademais, “o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e devem estar desacompanhado de cópia da petição inicial. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum” (BRASIL, 2015).

Como se pode observar, há previsão legal expressa para designação de audiência inicial de conciliação e mediação como regra de boa parte das ações de família, de forma semelhante ao rito ordinário, o que demonstra concreto fomento aos meios consensuais.

O processo de inventário é previsto no Código de Processo Civil no capítulo de procedimentos especiais. No rito do inventário, após a nomeação de inventariante e apresentação das primeiras declarações, o juiz mandará citar os demais herdeiros, Ministério Público e a Fazenda Pública. Neste momento, as primeiras vertentes de conflito podem aparecer no tocante à omissão de bens e herdeiros. Decididas essas impugnações, o juiz determinará a avaliação dos bens e posterior cálculo do imposto “*causa mortis*” e nesta fase, é possível a ocorrência de novo conflito caso seja necessária a escolha de um bem do Espólio para venda, a fim de sejam levantados recursos para quitação das obrigações fiscais. Outros conflitos também podem existir, como o incidente de remoção de inventariante, prestação de contas, além de outros específicos a testamento, como sua anulação e redução das disposições testamentárias.

Havendo grande divergência sobre a administração do inventariante nomeado, também é comum a designação de inventariante dativo, que é terceiro alheio à relação de herdeiros e pessoa de confiança do magistrado, cuja remuneração ocorre às expensas do Espólio, sem que mais uma vez tenham sido exauridas as vias conciliatórias no tocante à alteração do inventariante.

Outro ponto de destaque é a subjetividade de cada magistrado no que pertine à definição das matérias que podem ser remetidas às vias ordinárias, na forma do artigo 612, CPC. O referido artigo aduz que “o juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas” (BRASIL, 2015).

Superada a fase da quitação das obrigações fiscais, a praxe observada é a abertura de prazo para apresentação de partilha amigável e caso esta não seja apresentada, há determinação de que os autos serão remetidos ao partidor judicial para a elaboração do esboço de partilha judicial, em que todos os bens serão rateados entre os herdeiros, na medida de seu quinhão legal, obedecendo a pedido de quinhão ou em regime de condomínio, desde que todos concordem ou, ainda, alienados os bens, na forma do artigo 649.

Ao conceder prazo para apresentação de partilha amigável no curso do processo de inventário litigioso, o juiz simplesmente cumpre fase processual, pois sem a intervenção de um mediador para restabelecer o diálogo entre as partes, dificilmente o acordo terá êxito ou até mesmo será tentado.

Desta feita, embora não prevista na legislação processual civil a designação de audiência de mediação é bastante oportuna no curso de inventário litigioso. Todavia, a ausência de previsão legal traz subjetivismo quanto à oferta deste ato, como demonstra julgado abaixo:

INVENTÁRIO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. RATEIO DE TRIBUTOS ENTRE OCUPANTES DO IMÓVEL. 1. Decisão agravada que indeferiu a designação de audiência de conciliação para resolver questão atinente ao rateio de tributos entre ocupantes de bem imóvel. 2. Com efeito, interessa ao inventário a comprovação do pagamento dos tributos dos bens a serem partilhados. Todavia, a forma como se dará o rateio não diz respeito ao inventário propriamente dito, porque incumbe ao inventariante promover a arrecadação e o efetivo recolhimento. Não tem pertinência ao inventário a relação locatícia e a obrigação de condômino que faz uso exclusivo de bem imóvel. As obrigações pertinentes, se não definidas no contrato, encontram-se previstas na legislação civil. Não pode o Magistrado que preside o inventário decidir ou impor obrigação de rateio dos tributos entre a locatária e o herdeiro que se encontram na posse do imóvel. 3. Ainda que assim não fosse, não é obrigatória audiência de conciliação nesta fase do processo, ficando a critério do Douto Magistrado a conveniência de sua realização. Recurso não provido (TJSP, 2014, *Online*).

Neste sentido, a doutrina aponta importante aplicação da mediação das demandas sucessórias, pois segundo Tartuce (2018, p. 366):

Ainda quando houver divergência, porém, pode ser que a mediação venha a colaborar para amainar (e até extirpar) os ânimos contenciosos, propiciando às

partes reflexão suficiente para a possível concordância sobre os termos da partilha. Assim, pode-se revelar interessante a realização de mediação incidental.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece no artigo 3º, parágrafo terceiro, que os métodos consensuais deverão ser estimulados e assim, espera-se que sempre que oportuna, seja ofertada a realização de audiência de mediação também no processo de inventário.

3 TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO, VISANDO À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DAS RELAÇÕES FAMILIARES.

Aqueles que avolumam patrimônio em imóveis ou até formam empresas rentáveis, buscam, geralmente, estratégias de planejamento sucessório na preservação do citado patrimônio para futuras gerações. Isso decorre da constatação de que a quebra da unidade familiar e as divergências havidas entre os herdeiros é capaz de destruir em poucos anos um acervo que demorou décadas para ser construído.

Assim, o interessado, poderá socorrer-se de estratégias civis, empresariais e tributárias para preservação do patrimônio, utilizando testamento para estabelecer tais meios, como instituição de usufruto, imposição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, fideicomisso, deserdação, holding familiar, curadoria especial de patrimônio legado a menor, criação de fundação, indicação de tutor ou curador, inventariante ou administrador das empresas constantes do acervo, dentre outras hipóteses.

Teixeira (2017, p. 60) ensina que:

A relevância do planejamento sucessório e sua respectiva demanda são crescentes nos dias de hoje, em razão de diversos motivos. Entre eles, estão: as transformações das famílias e seus desdobramentos jurídicos; a valorização e fluidez dos bens; a economia no pagamento de impostos; a possibilidade de maior autonomia do autor da herança; a celeridade da sucessão; a prevenção de litígios futuros; e o aviltamento da dilapidação do patrimônio.

Nesta perspectiva de prevenção de litígio, pode-se trazer à discussão a possibilidade de se inserir na cédula testamentária cláusula compromissória de uso dos meios consensuais, a ser cumprida pelos sucessores. A citada cláusula compromissória se refere à manifestação das partes para que fiquem vinculadas a método de solução de conflitos diverso do Judiciário e assim, torna-se obrigatória a passagem anterior pelos meios consensuais.

Uma vantagem a ser destacada, conforme Silva (2013, p. 144) é que:

Os meios consensuais pressupõem ainda a possibilidade de uma das partes desistir de seguir em frente, o que não ocorre nos meios heterocompositivos, presos que estão ao impulso oficial a partir do seu ingresso. Essa desistência do meio é assegurada desde que nenhum compromisso relativo ao acordo tenha sido formalmente firmado.

Os meios consensuais mostram-se, ainda, como uma alternativa de combate à “cultura demandista ou judiciarista que instalou-se na sociedade brasileira, e, segue presente, em boa parte por conta de uma leitura exacerbada, quiçá ingênua e irrealista da garantia de acesso à justiça” (MANCUSO, 2009, p. 98).

Como se pode observar, é possível que as partes firmem contrato para submissão anterior aos meios consensuais ou até mesmo de forma incidental. Tal efeito é cabível em face da anterior concordância entre as partes, o que não ocorre no caso dos testamentos, uma vez que a vontade ali expressa é do testador e não dos herdeiros.

Muitas estratégias tributárias e empresariais como a formação de holdings familiares são ofertadas aos interessados no planejamento sucessório, mas não se deve olvidar que a utilização de meios consensuais pode ser uma forte aliada para a concretização da estrutura traçada para o dito planejamento ou até mesmo para patrimônios de menor expressão, já que a preservação da família é o verdadeiro sustentáculo do patrimônio amealhado, recebendo proteção constitucional, inclusive, nos termos do artigo 226, da Constituição Federal de 1988.

Acerca da pertinência da mediação em demandas sucessórias, conforme Barbosa (2015, p. 163), é importante ressaltar que:

Muitas vezes, nesta passagem em que a morte de um familiar acarreta mudança de papéis e funções de todo o sistema, é a oportunidade de se estabelecer uma comunicação mais profunda entre os herdeiros, principalmente entre irmãos, que traz para a partilha mágoas dos vínculos afetivos pouco cuidados. Eis, portanto, a necessidade do conhecimento da mediação na construção dos acordos, que podem ser veículos do resgate de uma boa relação familiar.

Ademais, segundo Tartuce (2018, p. 364):

A vivência da perda gera o início do processo de luto, que, encerra cinco etapas: negação, raiva, depressão, barganha e aceitação. É preciso ter sensibilidade ao lidar com os envolvidos. Quando uma pessoa nega o fato, externa raiva ou padece de depressão pela morte de alguém, dificilmente consegue engendrar opções práticas para resolver problemas. Nas fases de barganha e aceitação é que será viável haver clareza para compreender e buscar saídas produtivas. Respeitar o tempo dos envolvidos, como se percebe, é crucial. A mediação poderá ser útil para permitir a percepção de que um herdeiro pode estar resistindo a certa conduta não por ganância ou má-fé, mas por não ter condições de lidar com o tema naquele momento.

Assim, ainda que seja montado um eficiente arcabouço jurídico para manutenção do patrimônio, é possível a instauração de processos judiciais futuros, mesmo que temerários, para discutir a validade da transferência patrimonial. Desta feita, a preservação da unidade familiar é que respaldará o respeito à vontade do instituidor do planejamento sucessório. Neste sentido, a inserção da cláusula compromissória dos meios consensuais seria importante estratégia a amparar o planejamento sucessório, até mesmo porque não existe previsão expressa de recurso aos meios consensuais no rito do inventário, conforme já explanado.

Entretanto, é imperioso analisar se a inclusão da cláusula em comento é apta a produzir os efeitos almejados, como se verá no próximo tópico.

4 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE MEDIAÇÃO E A VALIDADE DE SUA INSERÇÃO NOS TESTAMENTOS

A mediação e os demais meios autocompositivos têm como princípios norteadores, conforme o Manual de Mediação elaborado pelo CNJ: neutralidade e imparcialidade da intervenção, consciência relativa ao processo, consensualismo processual, decisão informada, confidencialidade, empoderamento, validação, simplicidade, dentre outros como informalidade, celeridade e flexibilidade processual (BRASIL, 2016).

O princípio do consensualismo processual estabelece que as partes não podem ser compelidas a permanecer em procedimento autocompositivo, como expressa o artigo o art. 2º, §2º da lei de mediação. Referida ideia também é consagrada no Código de Processo Civil, intitulada de princípio da autonomia das partes, no artigo 166.

O Manual do CNJ assim conceitua o princípio em questão:

Outro elemento fundamental à autocomposição consiste no princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual. Por este princípio se estabelece que somente deve haver mediação se as partes consentirem espontaneamente com esse processo. Apesar de alguns ordenamentos jurídicos estabelecerem a obrigatoriedade da autocomposição, como em alguns casos, multas para as partes que não aceitarem determinadas propostas de acordos, a maior parte da doutrina especializada entende que a participação voluntária mostra-se necessária, em especial em países que ainda não desenvolveram uma cultura autocompositiva adequada, para a obtenção de resultados legítimos. Vale ressaltar que, no Brasil, a obrigatoriedade da conciliação em sede de Juizados Especiais consiste tão somente na presença das partes na sessão de conciliação – dessa forma, as partes não estão obrigadas a conciliar (BRASIL, 2016).

Como se pode observar, as partes não poderão estar obrigadas a se manter em procedimento autocompositivo, ressalvada a hipótese de cláusula anteriormente firmada neste

sentido. Portanto, sendo a cláusula compromissória estabelecida em testamento e sem qualquer anuência dos herdeiros, estes não poderiam ser compelidos a cumprir a cláusula em comento.

O mesmo entendimento é observado no que pertine à arbitragem prevista em testamento:

INSTITUIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONVENÇÃO. (a) Arbitragem. Forma de solução de conflitos que pressupõe convenção das partes, não podendo ser imposta por terceiro (artigo 5º, inciso XXXV, da CF e artigo 3º da Lei nº 9.307/1996). É nula a cláusula do testamento que obriga os sucessores a se valerem de juízo arbitral. No acordo de partilha, não se nota que era da vontade das partes estatuir uma cláusula compromissória (artigo 4º, caput e § 1º). (b) Multa aplicada pelo juízo a quo. Mantida. Caráter protelatório dos segundos embargos de declaração opostos pelos ora apelantes contra a sentença, na vã tentativa de alterar o resultado do julgamento. Recurso não provido (TJSP, 2014, *On-line*).

É interessante diferenciar a mediação a ser realizada no curso do processo judicial, como a oferta de audiência de conciliação e mediação no curso do inventário e a mediação extrajudicial. A cláusula de mediação prévia determina que antes da propositura da ação, as partes devem se submeter à mediação extrajudicial.

A mediação extrajudicial é prevista na Lei nº 13.140/15, e sua previsão contratual deve conter prazo mínimo e máximo e local para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir do recebimento do convite, critérios de escolhas do mediador ou equipe de mediação, além da penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. Se, “em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, caberá a suspensão da arbitragem ou da ação judicial” (BRASIL, 2015).

Ademais, “o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes” (BRASIL, 2015). Como se pode verificar, é possível que não haja êxito na obtenção do acordo, situação em que as partes podem buscar a via judicial. Havendo acordo, este constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, constitui título executivo judicial.

O acordo acima citado é espécie de partilha amigável, que se refere a instrumento elaborado de forma consensual entre os herdeiros no tocante à divisão dos bens. Os herdeiros estão totalmente livres na elaboração da dita partilha amigável, sendo possível até que um dos herdeiros receba quinhão bem superior ao outro, e nesta hipótese, haverá incidência de imposto de doação, em face do excedente do valor de quinhão. É que a partilha deve ser efetiva, de forma a acomodar todos os herdeiros e evitar litígios futuros.

As formas de partilha amigável, conforme anuncia o artigo 2015 do Código Civil são: “escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz” (BRASIL, 2002). A primeira idéia a ser ventilada após a leitura do artigo acima do Código Civil seria a de que o acordo celebrado através da mediação extrajudicial necessitaria de homologação judicial ou precisaria se revestir da roupagem da escritura pública, mas rechaça-se tal raciocínio em face da previsão de lei especial acima referida (Lei nº 13.140/15), de que nesta hipótese, o instrumento de acordo constitui-se título executivo extrajudicial, sendo facultativa a homologação judicial.

Situação semelhante é destacada na arbitragem, em que foi possível até mesmo expedição de formal de partilha, senão veja-se:

REGISTROS PÚBLICOS. DÚVIDA. PARTILHA AMIGÁVEL CELEBRADA POR PARTES CAPAZES E HOMOLOGADA POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. A partilha amigável celebrada por herdeiros capazes é ato que não foge à órbita dos direitos disponíveis, podendo, portanto, ser homologada por sentença arbitral. Inteligência da Lei 9.307/94. Formal de partilha passando por Tribunal Arbitral, acompanhado da prova do pagamento do imposto de transmissão e da inexistência de débitos para com a Fazenda Pública, é título passível de ser registrado no Registro de Imóveis. Recurso provido (TJRJ, 2007, *On-line*).

Oportuno ressaltar que havendo algum herdeiro incapaz, a partilha deverá ser judicial, nos termos do artigo 2.016, do Código Civil. Nesta situação, entende-se que não está excluída a realização da mediação extrajudicial, mas o ajuste celebrado fica sujeito à homologação judicial, momento em que será verificado o respeito ao quinhão do incapaz, que na mediação deve estar representado por ascendente, tutor ou curador.

Assim, ao receber o instrumento de acordo oriundo da mediação, o juiz remeteria os autos ao partidor judicial, para que este analise se o valor do percentual legal do incapaz foi preservado, de acordo com a vocação hereditária estabelecida no código civil, podendo utilizar como valor dos bens o atribuído pelas partes ou mesmo pela Secretaria da Fazenda estadual, quando do cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*. Se o citado valor foi atendido, é sinal que o quinhão legal está resguardado e portanto, é possível a homologação

judicial, independente da divisão realizada entre os demais herdeiros, por ser maiores e capazes.

A mediação extrajudicial pode ser realizada em câmaras privadas de mediação ou nos serviços notariais e de registro, sendo esta última hipótese disciplinada pelo Provimento nº 67 do CNJ, de 26 de março de 2018. Ademais, nos termos do artigo 40 do referido provimento, “é vedado aos serviços notariais e de registro estabelecer, em documentos por ele expedidos, cláusula compromissória de conciliação ou de mediação extrajudicial e assim, já se denota nulidade da inserção da cláusula prévia de mediação em testamentos” (BRASIL, 2018).

Traz-se à lume uma questão, conforme Leitão (2018, Online):

No tocante à abrangência da aludida cláusula: i) o Tabelionato não poderia estabelecer cláusula de mediação prévia elegendo como mediador o próprio Serviço Notarial ou estaria, definitivamente, vedado de estabelecer a cláusula de mediação prévia para qualquer Câmara, Centro ou pessoa? Com isso, entendo que perdemos uma excelente oportunidade de promover essa tão almejada “mudança cultural”.

Quanto à inserção de cláusula compromissória arbitral em testamento, segundo Fuzetti (2014, Online), é necessário ponderar que:

Não produz efeito a cláusula compromissória inserida em testamento, isto porque, além de o testamento não se tratar de um contrato, e, em princípio somente poderia ser inserida tal cláusula em contratos, não é possível que a cláusula possa afetar terceiros, sob pena de violação constitucional, não se podendo determinar que controvérsias de terceiros sejam resolvidas pela Arbitragem

Assim, no caso em comento, em face da previsão de cláusula prévia de mediação testamentária, os herdeiros deveriam ser compelidos a realizar mediação extrajudicial, em cumprimento à vontade do testador, o que não se pode aceitar em face do necessário consensualismo dos sucessores, além da vedação estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça de que os serviços notariais expeçam documentos com cláusula compromissória de mediação extrajudicial.

Caso a cláusula compromissória de meios consensuais seja inserida em testamento, poderá ser entendida como desejo ou intenção do testador, mas não poderá obrigar os sucessores a socorrerem-se das vias consensuais antes do ingresso ao Judiciário. Todavia, poderão os herdeiros ratificarem a qualquer tempo o intento do testador, mas a cláusula compromissória será entabulada pelos próprios herdeiros, em nome próprio, permanecendo nula a cláusula testamentária.

De acordo com a Escada Ponteano, para que um negócio possa produzir efeitos, é necessário que atinja três planos sucessivos: existência (agente, vontade, objeto e forma), validade (agente capaz, objeto lícito, possível ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) e eficácia (condição, termo, dentre outros). Desta maneira, a cláusula testamentária em discussão situa-se na esfera da validade, porque não podem os herdeiros ser compelidos a buscarem os meios extrajudiciais se este não consentirem.

Quanto ao testamento, Carvalho (2017, p 548) aduz que:

Por ser um negócio jurídico, para a garantia de sua plena eficácia, precisa existir no mundo jurídico, isto é, depende, primeiramente, da efetiva manifestação de vontade, forma e objeto, como também, para ser válido, da capacidade ativa do testador, da legitimação passiva dos beneficiários, da licitude do objeto – consideradas as circunstâncias do momento da sua confecção – e, por fim, a obediência da forma e das solenidades específicas prescritas em lei, nos termos do artigo 104 do Código Civil.

A cláusula compromissória não pode, pois, prevalecer se os herdeiros não o quiserem porque atenta contra a liberdade inerente aos meios consensuais e nesta hipótese, apenas esta cláusula e as dependentes desta disposição serão invalidadas, permanecendo incólume o restante da cártula testamentária. Assim, caso o testador tenha estabelecido outras regras alusivas ao planejamento sucessório em seu testamento, estas permanecerão válidas, salvo se sobre estas recair alguma mácula, como o caso de o testador contemplar uma das testemunhas testamentárias como herdeira ou legatária.

Caso os herdeiros firmem em nome próprio a cláusula acima referida, devem ter o cuidado de ajuizar ação de inventário no prazo legal de dois meses, nos termos do artigo 611, do Código de Processo Civil e posteriormente, requerer a suspensão enquanto buscar os meios equivalentes de jurisdição, em cumprimento à cláusula testamentária.

Ademais, os métodos de solução de conflitos não jurisdicionais, segundo Guerrero (2015, p. 90):

Podem ser vistos como questões prévias, e, uma vez existindo questão sobre eles, o magistrado deverá suspender o processo, tendo em vista a convenção das partes (art. 313, inciso II, do CPC/2015), aplicando *contractual time limits* e exigindo a tentativa de sua realização. Em caso de recusa ou insucesso na negociação, mediação ou conciliação, o processo civil ou a arbitragem prosseguiriam, em uma ordem absolutamente lógica de questões.

No mesmo sentido, encontra-se o artigo 16 da Lei de Mediação (13.140/15), ao assegurar que ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão

submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio (BRASIL, 2015).

Oportuno salientar, ainda, que os herdeiros apenas podem firmar a cláusula em comento após o óbito do autor da herança, pois não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, nos termos do artigo 426 do Código Civil. A intenção do legislador é a proteção do indivíduo e sua liberdade de dispor do patrimônio, proibindo que sejam realizadas tratativas acerca destes bens com efeitos *post mortem* pois a aceitação desta hipótese traria a indisponibilidade do patrimônio objeto do contrato celebrado até o evento morte. Considera-se, pois, ato que fere a liberdade patrimonial e a moral. O testamento, por ser ato unilateral, não se insere na vedação acima dita, portanto.

O artigo 2.013 do Código Civil, por sua vez, assegura aos herdeiros a possibilidade de sempre proceder à partilha, mesmo que o testador tenha trazido tal vedação na cédula testamentária. Dessa forma, observa-se que tal disposição legal importa em limite à vontade arbitrária do testador, ao garantir aos herdeiros que a partilha do acervo hereditário é sempre devida. Portanto, se a divisão dos bens obedecer ao que foi previsto no testamento ou se na falta deste, for realizada em obediência integral às regras civis de vocação hereditária, os herdeiros poderão proceder à abertura de inventário com pedido de partilha tão logo após o óbito.

Por outro lado, deve ser citado o artigo 1897 do Código Civil, que dispõe que a nomeação de herdeiro ou legatário pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo. Dessa forma, uma vez “respeitada a legítima, é facultado ao testador impor condições ou encargos a serem cumpridos pelos herdeiros instituídos e legatários (CC, arts. 1.897 e 1.938). Ao beneficiário, resta submeter-se à restrição ou renunciar à herança” (CAHALI, 2008, Online).

Como se pode verificar, o estudioso acima citado entende que seria possível a instituição de condição (arbitragem testamentária) aos herdeiros no tocante à porção disponível do testador, visto que estaria respeitada a legítima dos herdeiros necessários.

Todavia, em face de todo o exposto acerca do consensualismo inerente aos meios consensuais, entende-se que não é possível a oposição da cláusula compromissória de mediação em desfavor dos herdeiros, sejam testamentários ou não, dada sua nulidade.

5 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe como uma de suas vertentes a valorização dos meios consensuais como forma de solução de conflitos, uma vez que a regra geral é que o demandado é citado não mais para contestar, mas para comparecer à audiência de conciliação e mediação. Embora seja um valor expresso nos artigos iniciais, o referido código trouxe previsão expressa da realização da referida audiência para a maioria das ações de família. Quanto ao inventário, manteve-se silente o legislador neste sentido, daí observa-se a fragilidade e subjetivismo na oferta dos meios consensuais por parte do juízo sucessório.

O testamento é utilizado como uma das ferramentas aptas para o planejamento sucessório, pois através de suas cláusulas o testador pode dispor de seus bens de forma estratégica. Entretanto, considerando que os herdeiros legítimos estão ligados por laços consanguíneos, entende-se que a unidade familiar é o verdadeiro sustentáculo do planejamento sucessório, pois evita-se qualquer incidente judicial a questionar a vontade expressa pelo testador.

Após a análise da inserção da cláusula compromissória de mediação em testamento, concluiu-se pela sua nulidade, pois os herdeiros não podem ser compelidos a permanecer em meio consensual que não consintam, além da vedação estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça aos serviços notariais e de registro de estabelecerem nos documentos por ele expedidos, cláusula compromissória de conciliação ou de mediação extrajudicial. Todavia, não há impedimento para que estes, após a morte do testador, possam celebrar em seus nomes, a referida cláusula de mediação.

Ante o exposto, defende-se que o magistrado do inventário deve fomentar os meios consensuais, através da oferta de audiência de conciliação, ainda que no silêncio legal, em consonância ao escopo previsto pelo vigente Código de Processo Civil e à proteção constitucional da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. Organização de André Gomma de Azevedo. 6. ed. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 67, de 26 de março de 2018.** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>. Acesso em: 13 jun 2019

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o 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: 28 maio 2019

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Camara de Direito Privado). **Apelação nº 9281671-30.2008.8.26.0000** Recorrente: Ubirajara Farina. Recorrido: Mario Farina Filho. Relator: Des. Roberto Maia, 11 de março de 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_92816713020088260000_aecba.pdf?Signature=XIV8DqiGfQ6ZOFHwRQaVZdwK5Xw%3D&Expires=1560208352&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=20b0cc5ab4f6417dab08494eb0ac5750 . Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Camara de Direito Privado). **Agravo de instrumento nº 2014308-22.2014.8.26.0000** Recorrente: Andrea Aparecida Roque (e por seus filhos), Carlos Antônio Roque Baptistella (menor representado) e João Pedro Roque Baptistella (menor representado). Recorrido: Antonio Carlos Baptistella e Antonio Agenor Baptistella. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi, 8 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120905147/agravo-de-instrumento-ai-20143082220148260000-sp-2014308-2220148260000>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (8. Camara Cível). **Apelação nº 0006497-93.2005.8.19.0052** Recorrente: Rosália Torres da Silva e outros. Relatora: Desa. Katia Cristina Nascentes Torres, 16 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D9EFC007F8A3E78292DD42C34595C592DEC40208554B&USER=>. Acesso em: 11 jun. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no Direito espanhol.** 2008. Disponível em: http://confejudpac.com.br/media/ENSAIO_SOBRE_ARBITRAGEM_TESTAMENT%C3%81RIA_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FUZETTI, Bianca Liz de Oliveira. **Arbitragem – convenção arbitral: cláusula compromissória x compromisso arbitral**. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,arbitragem-convencao-arbitral-clausula-compromissoria-x-compromisso-arbitral,51210.html>. Acesso em: 10 jun. 2019

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITÃO, Fernanda. **A mediação e o provimento CNJ 67/18**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280545,11049-A+mediacao+e+o+provimento+CNJ+6718>. Acesso em: 10 jun. 2019

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4 ed., rev., atual: e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Daniele Chaves Teixeira. **Planejamento Sucessório – pressupostos e limites**. 1 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.