

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

PAULO ROBERTO RAMOS ALVES

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Paulo Roberto Ramos Alves; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-304-7

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

A temática abordada pelos 26 trabalhos apresentados é diversa, refletindo a complexidade atual do sistema jurídico processual e de justiça. Foi definida uma dinâmica em que os problemas tratados foram reunidos em 5 grupos delineados conforme os aspectos de aproximação.

São tratadas as interfaces entre o direito brasileiro e português quanto às questões da legitimidade ativa na ação popular, entendendo-se pela compatibilidade entre os sistemas. Seguindo-se em discussões a respeito das questões processuais constitucionais, sobretudo quanto aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Aborda-se problemas como o princípio da autonomia da vontade em relação à obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação e mediação, e, a defesa da inconstitucionalidade da concessão da tutela de urgência para a desconsideração da personalidade jurídica, frente ao princípio do devido processo legal, como problemas da justiça do trabalho.

Ainda no primeiro grupo é tratada a questão do princípio do contraditório no caso da aplicação da litigância de má-fé, e da constitucionalidade da lei de alienação fiduciária quanto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No segundo grupo os estudos são relacionados com a ação civil pública e as ações coletivas, considerando a tutela dos direitos. Neste sentido, é proposta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por meio da Ação coletiva para a defesa dos direitos do pequeno investidor, considerado como hipossuficiente diante do poder econômico que envolve o ambiente dos investidores em bolsas de valores.

A crise numérica do Poder Judiciário é enfocada sob o prisma da coletivização dos processos; em relação à decisão na Ação civil pública, tratou-se da inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/1985 reconhecida pelo STF. A vulnerabilidade dos refugiados é discutida à luz da efetividade da justiça por meio da Ação civil pública. Para o estudo do

acesso ao direito à saúde foi abordada a proposta de alteração da Lei da Ação civil pública apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, concluindo-se que haverá efeitos negativos quanto à legitimidade das associações na defesa da política pública de saúde.

O terceiro grupo abordou prioritariamente os meios processuais para a efetividade do acesso ao direito à saúde. O estudo a respeito da atuação do Poder Judiciário durante a pandemia da COVID 19 não foi apresentada devido a ausência dos autores. Seguiu-se a apresentação sobre a competência territorial para a propositura das ações para a efetividade do direito à saúde, considerando a competência concorrente entre os órgãos da federação. A partir da metodologia de Castanheira Neves, se discute o papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito, consideração a posição do STF frente à política pública de desencarceramento no caso de risco à saúde, e sua baixa efetividade durante a pandemia da COVID 19.

É objeto de estudo a decisão do STJ no REsp. 1657/RJ quanto ao fornecimento de medicamentos gratuitos. O último trabalho do grupo tratou do acesso ao direito a identidade de gênero analisando o Provimento nº 73 do CNJ, e a defesa da adoção de procedimento próprio que assegure a efetividade desse direito de forma célere.

As questões relacionadas a inteligência artificial e o acesso a justiça e aos direitos foi abordada no quarto grupo de trabalhos. Desse modo, o sistema de precedentes brasileiro, como modelo de jurisprudência vinculante deve se beneficiar com a utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário, mas qual devem ser as ressalvas?

Considerando as peculiaridades decorrentes da grande dimensão territorial no Brasil, foi apontado o problema das barreiras estruturais às tecnologias que envolvem a inteligência artificial, tais como a disponibilidade de redes eficientes e de equipamentos compatíveis com as demandas, para tanto analisou-se dados de jurimetria, e as possíveis consequências da Res. CNJ nº 358, que entrará em vigor em 2022.

Sobre o sistema de precedentes é realizado um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o modelo aplicado nos Estados Unidos, discutindo-se as peculiaridades de cada um, com vista ao aprimoramento do modelo no Brasil. A defesa do chamamento do feito à ordem na plataforma eletrônica de processo foi tratada como um meio de assegurar a efetividade do acesso à justiça. Conclui-se o grupo com a abordagem da segurança jurídica com relação à possibilidade de flexibilização atípica do procedimento, conforme previsto no artigo 190 do CPC/2015.

Os trabalhos foram encaminhados para o final com discussões sobre a segurança jurídica e a efetividade dos direitos. Assim, a partir da teoria da economia comportamental de Daniel Kahneman abordou-se o sistema cooperativo de processo e o viés cognitivo da decisão. Na sequência é proposta uma crítica quanto a resolução de demandas repetidas – IRDR, para afirmar que esse instituto está voltado a interesses do próprio Estado.

A problemática do direito à reparação por dano moral foi realizada em cotejo com a discussão do mero aborrecimento, sendo proposta a criação de critérios objetivos para a diferenciação. Defende-se a aplicação dos métodos de resolução de conflitos pelas ouvidorias como um meio para ampliar o acesso aos direitos. A Lei de improbidade administrativa é analisada em relação ao artigo 319 do CPC/2015, entendendo-se que se aplica ao processo administrativo o princípio da vedação da decisão surpresa.

A questão do artigo 3º da Lei de mediação foi tratada considerando o problema da indisponibilidade dos direitos, sendo proposta a categorização dos direitos indisponíveis que admitam a transação como uma forma de proteção dos direitos.

Houve debates entre os coordenadores do GT e os autores dos trabalhos apresentados, tendo ocorrido questionamentos a respeito da política pública judiciária de tratamento adequando dos conflitos, e a respeito dos princípios constitucionais de processo. Sobre a inteligência artificial definiu-se entre os presentes a necessidade de sua implementação e desenvolvimento com a intervenção humana, sobretudo no processo decisório. Em relação a Ação civil pública e as Ação popular compreende-se que sua revisão e reforma são oportunas, diante dos desafios que envolve a efetividade da justiça. Neste mesmo sentido, definiu-se os estudos a respeito do processo estrutural coletivo.

Os trabalhos foram desenvolvidos a partir de uma perspectiva metodológica crítica, e consideraram de forma geral a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de processo e das concepções a respeito da jurisdição como um meio para se alcançar a efetividade da justiça.

Sílzia Alves Carvalho

Universidade Federal de Goiás - UFG

Paulo Roberto Ramos Alves

Universidade de Passo Fundo - UPF

Celso Hiroshi Iocohama

Universidade Paranaense - UNIPAR

**QUESTÕES ACESSÓRIAS RELATIVAS A DIREITOS INDISPONÍVEIS NO
PROCESSO ARBITRAL E NAS TRATATIVAS DE ACORDO EM SEDE DE
MEDIÇÃO: COMO RESOLVER?**

**ACCESSORY ISSUES RELATING TO RIGHTS UNAVAILABLE IN THE
ARBITRAL PROCESS AND AGREEMENT TREATMENTS AT MEDIATION
HEADQUARTERS: HOW TO RESOLVE?**

**Thais Jurema Silva
Maria Cláudia Trajano Marques de Souza Santos**

Resumo

O presente artigo tem um imposto de provocar a reflexão sobre a possibilidade de se transacionar direitos indisponíveis nos cenários de imagem e arbitragem. Referido tema de fato não encontra na doutrina pátria unanimidade no seu tratamento. Há posicionamentos que reconhecem a possibilidade de que sejam transacionados os aspectos anexos dos direitos indisponíveis; há ainda quem os classifique como absolutamente ou relativamente indisponíveis, a depender da natureza do direito em questão. Visa-se, portanto, trazer à reflexão entre a abertura do pensamento sobre novas formas de solução de controvérsias e normas verticalizadas.

Palavras-chave: Conflito, Mediação, Arbitragem, Direitos indisponíveis

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to provoke reflection on the possibility of transacting unavailable rights in the measurement and arbitration scenarios. Such a theme does not in fact find unanimity in the doctrine of the motherland in its treatment. There are positions that recognize the possibility that the annexed aspects of the unavailable rights are traded; there are still those who classify them as absolutely or relatively unavailable, depending on the nature of the law in question. It is intended, therefore, to reflect on the opening of thinking about new forms of dispute settlement and vertical norms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conflict, Mediation, Arbitration, Unavailable rights

INTRODUÇÃO

O entendimento doutrinário que predominou sobre direitos indisponíveis os reconhecia como incompatíveis com o instituto da transação. Por outro lado, recentemente tem-se observado uma flexibilização desse entendimento, inclusive por parte da jurisprudência, para admitir em alguns casos, a transação de tais direitos em virtude de se imprimir efetividade aos novos métodos adequados para a resolução de conflitos (Lorencini, 2020, p. 44).

Sem negar a evolução histórica e a tradição da civil law no direito brasileiro, deve-se ao direito norte-americano o fato de emprestar aos diferentes meios de solução o rótulo de alternativos. Também coube a ele o tratamento dos meios alterativos sob a forma de gênero, congregando várias espécies, e popularizar a expressão ADR (Alternative Dispute Resolution), fruto do que se convencionou chamar ADR movement.

A ausência de solução adequada e conscienciosa, na grande maioria das vezes, faz gerar novos problemas. Vejamos alguns exemplos:

Um casal se divorcia por decisão unilateral, ou seja, um dos cônjuges não deseja mais permanecer casado. O outro não se conforma, fazendo com que seja proposta uma ação de divórcio litigioso (primeiro litígio). Como esse casal tem filhos, uma nova ação é proposta para discutir a guarda das crianças (segundo litígio). Como os filhos permaneceu com apenas um dos cônjuges (guarda de fato), é proposta uma ação de alimentos (terceiro litígio). Esse cônjuge que permaneceu com as crianças está proibindo que o outro visite com regularidade, e mais uma ação é proposta para regulamentar a visita (quarto litígio).

Em países em que há grande desigualdade social, como o Brasil¹, os litígios se multiplicam, fazendo com que tramite no Poder Judiciário mais ações que tenha condições de gerir ; o que torna a duração de um processo um fomentador de desigualdades, uma vez que a aplicação da lei tarda a ser feita.

¹ Segundo a ONU, o Brasil foi considerado em 2019 o 7º país com mais desigualdade no mundo. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/12/brasil-7-pais-desigualdade/>. Acessado em 03.06.2020.

Por outro lado, vivemos, atualmente, em crise econômica, política e por quê não dizer moral de nossas instituições, sejam públicas ou privadas. Aglutinamos ausência, falta de respeito e olhos fechados para problemas que foram se amontoando até chegarmos às demissões em massa, fechamento de negócios e restrição de circulação de riquezas.

A falta de ética no tratamento pessoal, profissional e negocial trouxe à tona a descrença nas instituições e o fracasso na formação do ser humano. A crise está instaurada, não simplesmente por se tratar de uma escolha política ou econômica errada, mas por estarmos formando pessoas com a compreensão que o mais importante, mesmo que de forma desmedida, é a vantagem.

Como dizem alguns, será que nosso problema é endêmico? Assim considerando, fácil é acreditar que todo o povo brasileiro possui intrínseco em seu ser o descaso com o outro, a busca desmedida por dinheiro, total ausência de ética e uma conduta deplorável, e que está arraigado de tal forma que será necessário muito empenho e mudança cultural para que avanços sejam realizados neste sentido.

Para Eduardo Bittar², “a ética tornou-se assunto démodé, sobretudo nas sociedades contemporâneas fortemente imiscuídas num modelo utilitarista, burguês e capitalista de vida, sugadas que estão pelas noções de valor econômico e de lucro”.

Não podemos crer que tal afirmação seja verdadeira; muito pelo contrário, não podemos fazer com que a conduta de alguns seja sinônimo da conduta de um povo que tem como característica a solidariedade, a fraternidade e a alegria.

O radicalismo e a necessidade de estar sempre certo norteiam a história da humanidade. O termo tolerância foi empregada pela primeira vez em debates religiosos entre católicos e protestantes. Pregava Martin Lutero a possibilidade de coexistência de várias religiões.

² BITTAR, Eduardo C. B. Curso de ética jurídica: ética geral e profissional. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

Locke (in “Cartas acerca da Tolerância”). Voltaire (in “Tratado sobre a Tolerância”). Bobbio (in “Elogio da Serenidade”). Liberdade de expressão. Igualdade. Diversidade. Todos convergem para a necessidade de se respeitar o outro; de oportunizar que o outro seja ouvido; da convivência com entendimentos diferentes.

Interessante observar o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Atualmente, existem técnicas desenvolvidas a partir de anos de estudos no campo da psicologia que mostram como a dinâmica de resolução de conflitos pode ser eficaz. Essa prática merece uma atenção especial, pois a falta de habilidade na mediação das divergências entre indivíduos pode agravar a situação ainda mais, ainda que a intenção fosse de ajudar.

A respeito disso, cumpre informar sobre a tendência contemporânea de que os sistemas de justiça disponham de formas alternativas para a solução de demandas, além da tradicional justiça formal caracterizada pela decisão imposta por um terceiro. Referido modelo de jurisdição exclusivamente estatal tem perdido a hegemonia, especialmente pela demora no seu trâmite somada aos altos custos do processo, além de se revelar, muitas vezes, obsoleto para atender a nova configuração das complexas demandas sociais (Silva, 2020, p. 17)

O monopólio da jurisdição pelo Estado corresponde a um modelo político consolidado durante o século IX que entrou em decadência nas últimas décadas do século XX. Com o enfraquecimento do modelo dos Estados nacionais acompanhado do aumento populacional, as sociedades de estruturaram em escala de massa, concentraram-se em grandes centros urbanos, tornaram-se vorazes consumidoras de bens e serviços e hoje se relacionam em redes, amparadas por sofisticados recursos tecnológicos. A transformação social impôs um volume maior de disputas, crise dos Estados nacionais abriu espaço para novas arenas de litigância e o perfil variado dos litígios exige adequados métodos para resolvê-los.”

Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASC’s inseridos na classificação denominada de justiça informal cumprem a mesma finalidade de pacificação social com a diferença de que, por eles, se presume maior grau de satisfação das partes, porque diminuída a animosidade decorrente do litígio. Inclusive em sede de arbitragem em que se configura muitas vezes o litígio que será submetido à análise e julgamento do árbitro, as partes

adotam postura mais receptiva ao cumprimento voluntário da decisão imposta. Isso porque, as partes estiveram munidas da autonomia da vontade operacionalizada pela escolha da convenção arbitral prévia ou posterior à instauração do conflito (Azevedo, 2005, p. 122).

Assiste-se ao surgimento de um novo paradigma, empenhado em responder às debilidades do sistema judiciário e em encontrar novas formas de administrar a justiça, articulado em torno de uma justiça restaurativa... [a qual] propõe um quadro de reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, mais do que uma teoria ou uma filosofia da justiça.

O acesso à justiça guarda absoluta relação com a propagação do uso dos MASC's, uma vez que os referidos métodos operam funções distintas identificadas com o respectivo perfil da disputa; ou seja, atendem a interesses específicos dos atores da demanda.

Os MASC's ainda disputam espaço com a jurisdição estatal, em razão da crença de que ao Estado compete resolver os conflitos sociais porque deteria o monopólio da justiça. Importa, entretanto que se questione se de fato, o acesso à justiça apenas poderia se dar por esta via (Silva, 2020, p. 25).

Há uma relação entre a natureza da disputa e o método mais adequado para resolvê-la, de modo que alguns litígios são mais bem administrados por alguns, e não por outros. Aqui aparece um problema central em termos de acesso à justiça: que métodos são preferíveis pelos litigantes e quais devem contar com o suporte da lei e do aparato estatal? Sendo mais de um os métodos de resolução de disputas, é necessário classificá-los conforme o seu objeto, ou conforme a sua adequação aos tipos de conflitos. Alguns seriam mais, outros menos adequados para resolver determinadas disputas.

Importa atualmente, que o acesso à justiça seja analisado a partir da gama de opções para esse fim, optando-se por aquela que se revele mais adequada às peculiaridades da disputa; daí a pertinência do termo “métodos adequados” em vez de “métodos alternativos”. A partir da perspectiva do sistema multiportas, inclusive, a justiça formal, representada pela sentença judicial, figura como última opção no leque disponível para a administração de conflitos, por “depende da mais sofisticada estrutura, todo um aparato de agentes públicos e um complexo procedimento de debate e decisão”. (Silva, 2020, p. 29).

1. Lei da Mediação 13.140/2015

A Lei da Mediação (13.140/2015) representa o marco legal da mediação no Brasil. Trata da mediação entre particulares, além da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O objeto deste estudo se concentra em seu artigo 3º, o qual autoriza, sem muito detalhamento, a transação de direitos indisponíveis, conforme se transcreve:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Ao enfrentar a questão da transacionalidade de direitos indisponíveis, a Lei da Mediação parece contrariar o conceito conhecido de indisponibilidade. Conforme já observado, não há consenso doutrinário apto a pacificar o que se entende por direito indisponível; vislumbra-se, contudo, a sua relação com direitos fundamentais para posteriormente caracterizá-los como irrenunciáveis e intransigíveis. Há orientações no sentido de que a disponibilidade de determinado direito não seria aferível pelo tipo do direito, se fundamental ou não, mas se pela motivação que justificaria a proteção daquele direito. Assim, se a motivação for capaz de extrapolar o interesse individual, temos direito indisponível. Esse foi o entendimento manifestado pelo Min. Maurício Corrêa acerca do tema:

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade.”³

A análise do histórico legislativo da Lei 13.140 de 2015 revela as controvérsias que recaíram sobre a interpretação do que se reputaria como indisponível ou não. O texto final resultou da união de fragmentos de alguns projetos de lei que tramitaram no Senado Federal e na Câmara dos Deputados. A redação do projeto original (Lei do Senado) 517/2011 não previu a possibilidade de transação de direitos indisponíveis. Em função da apresentação de propostas legislativas de mesmo objeto (PLS 405 e 434), o Senado aprovou um substitutivo ao projeto

³ BRASIL. STF. RE n. 248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão. BRASIL. ECA. Op. cit.

original (517/2011), o qual tratava de direitos indisponíveis e transigíveis, inspirado especialmente pelo PLS 434/2013, proposto pelo Senador José Pimentel, em cuja justificativa explica:

Optou-se por incluir-se no rol de matérias que podem ser objeto de mediação aquelas que envolvam direitos disponíveis e também as que envolvem indisponíveis passíveis de transação, ainda que sob respaldo judicial. Assim, abre-se espaço para que, por exemplo, um casal com filhos menores, durante uma eventual separação, resolva todas as questões de guarda e alimentos por meio da mediação extrajudicial, em um acordo consensual, se assim o desejar. Porém, tal acordo, para ter validade, precisa ser homologado judicialmente, com a prévia oitiva do Ministério Público.⁴

A Câmara dos Deputados decidiu suprimir as hipóteses de direitos indisponíveis excluídas da mediação, e por fim, surgiu a redação final do art. 3º da Lei de Mediação (13.140/2015).

2. Classificação de direitos indisponíveis

A transação consiste na capacidade de dispor de determinado direito, o que, consoante reiteradamente explanado, não se verifica em direitos indisponíveis. A realidade forense, entretanto, há tempos já admite a transação de tais direitos; essa flexibilização representa importante instrumento para a rápida resolução das demandas e o atingimento da pacificação social. A leitura do artigo 3º da Lei 13.140/2015 desafia a investigação dos critérios para a admissibilidade da transação de direitos indisponíveis.

Um norte para a averiguação do que seria transacionável em um direito indisponível consiste em categorizá-lo a partir de sua natureza para, num outro momento, identificar quais de seus aspectos seriam passíveis de transação.

A primeira categoria representa a denominada indisponibilidade objetiva ou material. Nessa classificação, encontram-se os direitos indisponíveis pela sua própria natureza, não se levando em conta o interesse legítimo de seu titular, por exemplo, os direitos de personalidade, estado das pessoas, direito de família, questões de ordem pública, entre outros. “Sob este viés, portanto, a indisponibilidade não decorreria da posição do sujeito, mas do

⁴ Brasil. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3702385&ts=1594020672380&disposition=inline>. Acesso em 04 de Janeiro de 2021.

próprio direito, cuja relevância transcenderia os interesses estritamente individuais.” (Coutinho, 2000, p. 10).

A indisponibilidade subjetiva de outro modo aponta para as características do titular do direito. O direito em si se faz transacionável, mas as peculiaridades do sujeito que o detém não autoriza a sua livre disposição, por exemplo, os incapazes estão necessariamente sujeitos a representação ou assistência para que possam dispor de seus direitos; aos pais se impõe a necessidade de autorização judicial para a disposição dos bens de seus filhos, entre outros.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS PROPOSTA SOLIDARIAMENTE CONTRA TRÊS REQUERIDAS EM FUNÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OCORRIDA EM VIAGEM INTERNACIONAL. ACORDOS HOMOLOGADOS ENTRE O AUTOR E DUAS DAS REQUERIDAS QUE ULTRAPASSA O MONTANTE EXPRESAMENTE PLEITEADO NA EXORDIAL. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGOR CONTRA A TERCEIRA REQUERIDA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO EM RELAÇÃO A ELA. CABIMENTO. PEDIDO DE LEVANTAMENTO, PELOS GENITORES DO AUTOR, MENOR IMPÚBERE, DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. INADMISSIBILIDADE NO MOMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DE TAIS VALORES PARA A CRIAÇÃO DO MENOR. SENTENÇA MANTIDA. 1. O autor recebeu, nos acordos celebrados com as requeridas Delta e Gol, R\$ 8.500,00 – montante maior do que o pleiteado na exordial, razão pela qual andou bem a r. sentença ao extinguir a ação sem análise de mérito em relação à corrê TVLX, ante a constatação da perda superveniente do interesse processual, nos termos do art. 485, VI, do CPC. 2. Embora de fato os pais, no exercício do poder familiar, sejam os administradores dos bens dos filhos menores, é imprescindível que os atos de disposição que ultrapassem os limites da simples administração – aí incluindo-se, portanto, o levantamento de valores depositados em juízo – devem ter sua necessidade demonstrada, mediante prévia autorização judicial (art. 1.691 do Código Civil). 3. Recurso improvido. Apelação Cível. Rel.: Artur Marques. São Paulo. 35ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 07.01.2021

De acordo com o que se conclui do julgado transcrito, a autorização judicial se faz necessária para que os pais transacionem em nome dos filhos direitos disponíveis. Trata-se de indisponibilidade subjetiva, uma vez que as restrições ao poder de dispor decorrem das características pessoais de seu titular.

Conforme define Calmon de Passos (1991, p. 436 e 437):

Direitos há, contudo, que são indisponíveis, de modo absoluto ou relativo. A indisponibilidade é absoluta quando é o próprio bem, conteúdo do direito, que se faz, insuscetível de disposição, porque

de tal modo de vincula ao sujeito que dele é indissociável (...). Predomina, entretanto, a categoria dos direitos cuja indisponibilidade é relativa, porque deriva ela dos limites fixados em lei ou convenção dos interessados, quando esta última seja admitida.

Os direitos absolutamente indisponíveis seriam assim, inseparáveis de seu titular e impassíveis de transação; ao passo que os relativamente indisponíveis têm a sua transacionalidade submetida ao controle do Estado. Tal entendimento coaduna com a inteligência do § 2º do art. 3º da Lei da Mediação: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Por fim, inseridas na classificação de indisponibilidade normativa, estão as normas cogentes, cuja aplicação não pode ser objeto de disposição das partes, por exemplo, regra processual referente à competência absoluta.

3. Direitos indisponíveis passíveis de transação

A aparente incompatibilidade da transação de direitos indisponíveis constante do artigo 3ª da Lei da Mediação pode ser afastada pela compreensão de que a expressão “direitos indisponíveis que admitem transação” refere-se aos aspectos anexos aos direitos indisponíveis, como as condições de cumprimento das obrigações ou as vantagens patrimoniais a eles relacionadas.

Com base nisso, o STJ, a despeito da oposição por parte do Ministério Público, admitiu transação em matéria afeta a direito difuso ao argumento expressado pela Ministra Eliana Calmon de que a “melhor composição é a aquela que é efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais de dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente”.⁵

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUCTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 299.400 - RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Relatora para acórdão: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 1º de junho de 2006.

que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido. Processo: REsp 299400 / RJ RECURSO ESPECIAL: 2001/0003094-7 Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins Relator p/ Acórdão: Ministra Eliana Calmon Órgão Julgador: Segunda Turma Data do Julgamento: 01/06/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 02.08.2006 p. 229

Verifica-se que o objeto da transação se limitou aos aspectos secundários do direito indisponível discutido, ou seja, a forma de cumprimento da obrigação, prazo, consequências pelo não adimplemento, entre outros; não ao direito em si.

Outra compreensão a respeito da transacionalidade de direitos indisponíveis admite que pode ser objeto de transação a repercussão econômica que eventualmente derive de algum direito indisponível. Nada obsta que se transija sobre pagamento decorrente do uso de imagem ou voz, por exemplo. O direito se preserva como indisponível, mas o seu aspecto econômico pode ser objeto de transação.

Na mesma linha, o STJ reconheceu válido acordo celebrado entre a representante do menor e o alimentante que se pactuou renúncia de parte do crédito alimentar. O argumento consiste justamente no fato de que o direito aos alimentos em si de fato é irrenunciável, a forma de exercê-lo, contudo, é passível de transação.

“(…) o que se vislumbra é a atuação ponderada da genitora que, representando a adolescente entendeu ser do interesse dessa o acordo que permitiu o recebimento de parcela significativa da dívida existente, que frise-se consubstanciava-se na prática, em “crédito padre”, pois nem com a coação extrema – o alimentante estava preso – logrou-se o seu recebimento. Note-se, mesmo que assim não fosse, estaria o acordo dentro do feixe outorgado ao representante legal pelo poder familiar, não vingando a tese de impossibilidade de renúncia à fração dos créditos. Irrenunciável, nos precisos ditames legais, (art. 1707 CC) é o direito a alimentos, não o seu exercício. (STJ, RESp n.: 1.246.711 – MG. Terceira Turma. DJ 20/08/2013.

A interpretação do art. 3º da Lei de Mediação orienta a divisão dos direitos indisponíveis em absolutos e relativos para, com relação aos relativos, admitir a transação de seus anexos após a oitiva do Ministério Público. Aos operadores do Direito cumpre enfrentar, a partir daí, o desafio em identificar os limites entre o direito propriamente dito e seus aspectos transacionáveis.

4. Arbitragem

A arbitragem consiste no meio de resolução de conflito que mais se aproxima da justiça formal pela sua característica adjudicatória. Muito utilizada em relações comerciais, a arbitragem pressupõe a designação de terceiro imparcial que detenha as especificidades de conhecimento sobre o objeto da disputa (Lorencini, 2020, p. 48).

Não sem razão, a arbitragem é o mecanismo preferido pelo mundo dos negócios. Com ela, as partes podem harmonizar a forma de resolver as controvérsias com as suas necessidades, inclusive quanto à escolha do árbitro que, no caso de disputas comerciais, significa alguém do meio e com conhecimento acerca do funcionamento desse mundo.

No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela Lei 9.307 de 1996, a qual dispõe expressamente em seu artigo 1º que o procedimento arbitral somente será admitido em demandas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.⁶

O artigo 852 do Código Civil de igual modo, veda a utilização da arbitragem em questões que envolvam direitos indisponíveis: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

Disponibilidade guarda relação com patrimonialidade; direito economicamente apreciável. Os direitos patrimoniais são, portanto, disponíveis, transacionáveis. O poder de autorregulação conferido pela Lei de Arbitragem constitui característica de direitos patrimoniais e reforça a compreensão de que o procedimento arbitral é expressão da autonomia privada.

Nas palavras de Lima (1986, p.225): “Um direito é disponível quando o seu titular pode exercê-lo livremente, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato transgressor praticado.”

⁶ Brasil. Lei n.º 9307, de 23 de Setembro de 1996.

Nesse sentido, imperioso se faz que as demandas sujeitas a arbitragem versem sobre direitos disponíveis inseridos no campo de liberdade de transação por parte de seu titular. Por outro lado, os direitos pessoais indisponíveis, tais como, anulação de casamento, divórcio, filiação, tutela e curatela, entre outros, estão excluídos do campo de ingerência da arbitragem.

A proposta deste trabalho com relação ao uso da arbitragem em situações que envolvam direitos indisponíveis estará limitada à reflexão sobre a pertinência do referido métodos em demandas de direito de família.

5. Arbitragem em direito de família

Primeiramente, importa invocar a aplicação do raciocínio anteriormente manifestado ao se tratar da mediação na seara dos direitos indisponíveis. Concluiu-se que os aspectos anexos dos direitos indisponíveis são absolutamente transacionáveis, inclusive, assim se faz necessário para o atingimento da efetiva entrega da justiça e conseqüente pacificação social.

A partir daí, o procedimento arbitral pode ser defensável em demandas afetas ao direito de família se praticado para dirimir conflitos patrimoniais decorrentes da relação familiar, sem que ingresse no cerne dos direitos indisponíveis. Tal prática já se faz presente nas demandas judiciais em que frequentemente, as ações de divórcio, por exemplo, se resolvem pela via do acordo, inclusive com a expressa renúncia de alimentos entre cônjuges.

A respeito disso, a jurisprudência já consolidou o entendimento no sentido de que o caráter obrigacional decorrente do dever de solidariedade que se verifica nas relações afetivas autoriza que as partes renunciem aos alimentos.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA AJUIZADA POR EX-MARIDO - UNIÃO DESFEITA HÁ MAIS DE 16 ANOS - CASAMENTO MANTIDO POR TEMPO INFERIOR (NOVE ANOS) - MITIGAÇÃO DA REGRA DE IRRENUNCIABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 1.707 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RECURSO PROVIDO.

I - A regra insculpida no art. 1.694, "caput" do nCC há de ser interpretada restritivamente e com comedimento, sem perder de vista que o dever de prestar alimentos para ex-conjuge ou ex-companheira não é perpétuo, sob pena de transformar-se em penalidade, o que é inadmissível.

II - Da não perpetuidade da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges ou ex-companheiros advém o corolário da imprescindibilidade de cada um envidar todos os seus esforços para a manutenção de sua própria subsistência, não se admitindo que, em pleno século 21, prestigie-se o ócio de qualquer um deles em prejuízo do outro.

III - A "mens legis" contida no art. 1.694 do nCC está em sintonia com o dever de solidariedade entre ex-companheiros ou ex-cônjuges, até que o necessitado consiga adequar-se a nova realidade social e financeira, em prazo razoável, a ser concedido para a realização ou conclusão de cursos e obtenção de emprego compatível com a respectiva habilitação, sem que se prestigie a preguiça e a desocupação laboral.

Dezesseis anos é tempo muito mais do que suficiente para que a recorrida tivesse encontrado o seu lugar no mercado de trabalho.

Nada obstante, preferindo a ex-mulher quedar-se ao ócio (que não pode eternizar-se), há de arcar com as conseqüências de sua inércia, no caso, a redução temporária da pensão, correspondente a dois salários mínimos, durante um ano e meio, termo que dará ensejo a exoneração da obrigação do recorrente de prestar alimentos.

IV - 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.

Outro argumento sustentado para defender a possibilidade de aplicação da arbitragem no direito de família se funda no fato de que o Estado deve dar maior liberdade aos integrantes das relações familiares para que combinem seus ajustes.

O princípio da autonomia privada deve ser orientador também das relações familiares em uma sociedade madura. O referido princípio impõe o respeito à escolha dos integrantes da relação familiar quanto ao perfil das relações afetivas ali travadas, bem como da forma como resolverão questões de ordem patrimonial decorrentes dessa relação (Oliveira, 2015).

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na *escalada do afeto*, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.

Ao levar em conta a orientação de que são transacionáveis os aspectos secundários dos direitos indisponíveis, torna-se pertinente a autorização do uso da arbitragem para a resolução de questões de cunho patrimonial no âmbito familiar (Santos, 2015).

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.

A crítica que ainda subsiste ao uso da arbitragem em relações de família considera o fato de que, ainda que a desavença verse sobre questões patrimoniais da relação familiar, os direitos de família guardam uma feição existencial, pautada pelo afeto, ainda que negativo, que não coaduna com a disponibilidade de direitos.

O sepultamento da utilização da arbitragem ou mediação extrajudicial no que tange aos litígios familiares pelo legislador deveria ser relativizado quando não há hipossuficiência, garantindo-se sempre a paridade de armas, com o devido processo legal e o direito constitucional de ampla defesa e contraditório.

Nota-se que ao tratarmos de pessoas plenamente capazes, onde não há direito de incapaz envolvido, já é possível a realização do divórcio e partilha amigável extrajudicial. Ora, então como explicar a impossibilidade da arbitragem nessa situação?

Por certo, o recrudescimento de normas não traz em seu bojo a Justiça; muito pelo contrário, afasta o jurisdicionado dela. Interessante ressalva traz Patrícia Peck Pinheiro⁷, em seu livro “Direito Digital”, ao acrescentar o quarto elemento à teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale; qual seja, o Tempo.

O tempo, hodiernamente, vem, a cada dia, ganhado mais valorização, inclusive chegando à apreciação do Judiciário a teoria do desvio produtivo, que tem como seu principal fator de estudo, o tempo.

Portanto, não há como afastar o fator tempo da verdadeira aplicação da Justiça. Assim, ao inserirmos a possibilidade de opção pela arbitragem, as partes elegem também a aplicação efetiva do quarto fator, com a economia flagrante de tempo. Tirar tal possibilidade seria como cercear a otimização do tempo e real aplicação da Justiça.

⁷ P. PINHEIRO, Patricia Peck. *DireitoDigital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

De qualquer sorte, importa que se faça prudente reflexão a respeito da pertinência do uso da arbitragem em relações familiares. Isto porque, conforme já dito, o perfil moderno das novas demandas requer soluções rápidas e criativas que tenham a capacidade de extinguir o conflito, além de imprimir nas partes envolvidas sentimento de satisfação com a justiça. Os direitos de família realmente merecem cuidado na sua análise, entretanto, o fato de estarem colocados na ordem de indisponibilidade não deve servir, por si só, para descartar a solução dada por meio da arbitragem, especialmente no que tange às controvérsias sobre aspectos econômicos de tais direitos.

CONCLUSÃO

A rápida transformação das relações sociais exige atualização dos métodos de resolução de conflitos. A dinâmica de relacionamento entre empresas, por exemplo, valoriza a preservação das relações comerciais em detrimento do combate processual que finaliza com um personagem vencedor e outro vencido.

Além disso, celeridade, custo e especificidade sobre o objeto contratual são predicados altamente considerados pelos contratantes. Nesse cenário, os métodos adequados para a resolução de conflitos têm ganhado espaço porque atendem aos critérios mencionados, e ainda outro de ordem subjetiva, qual seja, a satisfação das partes com o sentimento de que todos ganharam.

O desafio que se coloca com relação ao uso de meios multiportas na resolução de controvérsias recai sobre a transação de direitos indisponíveis. É certo os direitos indisponíveis são essencialmente intransigíveis e irrenunciáveis dada a sua importância; são indissociáveis de seu titular e por isso não se inserem no seu campo de liberdade de disposição. Ocorre que o fato de o direito ser indisponível não deverá servir de óbice à reflexão sobre a transação de seus aspectos secundários, tais como, a repercussão econômica deles advinda, ou a forma de exercício do direito indisponível. Assim se faz necessário para que não haja entrave às respostas demandadas pelo conflito; a efetiva resposta jurídica em tempo adequado se faz fundamental para a preservação da pacificação social.

Mediação e arbitragem constituem importantes instrumentos de realização da justiça. Em sede de mediação, já se pratica a transação de direitos indisponíveis da forma como

anunciada neste trabalho; em sede de arbitragem, contudo, há ainda resistência em virtude do caráter preponderantemente patrimonial das demandas a ela submetidas.

Considerando-se, contudo, o constante aprimoramento do pensamento jurídico, cabe concluir que haverá, num futuro breve, abertura para admissão da arbitragem em direito de família, sem que isso represente afronta aos direitos indisponíveis.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre.

BITTAR, Eduardo C. B. Curso de ética jurídica: ética geral e profissional. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 299.400. Acesso em 12 de Janeiro de 2021.

BRASIL. STF. RE n. 248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão. BRASIL. ECA. Op. cit. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3702385&ts=1594020672380&disposition=inline>. Acesso em 04 de Janeiro de 2021.

CARVALHO, Salo de (orgs.). Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, A. R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 33, jan. 2000.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986,

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2020.

OLIVEIRA, Euclides de. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2015. Belo Horizonte. Anais. Família : Pluralidade e Felicidade.

PASSOS, Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 6ª Ed. 1991.

P. PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família: Pluralidade e Felicidade. 2015.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2020.