

IV Seminário do IDCC

# NOVOS DIREITOS SOCIAIS



INSTITUTO DE PESQUISA E  
EXTENSÃO, PERSPECTIVAS  
E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO  
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

## Resolução de Conflitos na Perspectiva de Humanização

Volume I



Marcos Ehrhardt Júnior

Eduardo J. de C. Soares

**ORGANIZADORES**

**Comissão Editorial**

Ana Clara Montenegro Fonseca  
Cynthia Caroline L. do Nascimento  
Filipe Lins dos Santos

Gabriel Honorato de Carvalho  
Juliana Fernandes Moreira  
Maria Cristina Paiva Santiago

**Conselho Científico**

Adriano Marteleto Godinho  
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa  
Heloisa Helena Pinho Veloso  
Henrique Ribeiro Cardoso  
Jailton Macena de Araújo

Larissa Maria de Moraes Leal  
Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior  
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa  
Rodrigo Azevedo Toscano de Brito  
Wladimir Alcibiades Marinho Falcao Cunha

R434

Resolução de conflitos na perspectiva da humanização (Vol. I) /  
Organizadores: Marcos Ehrhardt Júnior; Eduardo J. de C. Soares –  
João Pessoa: IDCC, 2018.

78 p.

ISBN 978-85-92966-07-2

1. Resolução de Conflitos 2. Responsabilidade Civil 3. Humanização  
do Direito Civil-Constitucional.  
I. Ehrhardt Júnior, Marcos II. Soares, Eduardo (organizadores).

CDU – 347:342

## SUMÁRIO

<b>A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM COMO POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO.....</b>	<b>2</b>
<b>MEDIAÇÃO E TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA: A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO DIALÓGICO .....</b>	<b>12</b>
<b>LIGANDO ESTRELAS PELA LINHA DO DIREITO: CONSTELAÇÃO FAMILIAR E DIREITO SISTÊMICO COMO FERRAMENTA DE HUMANIZAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....</b>	<b>22</b>
<b>A ARBITRAGEM SOB UM ASPECTO COMPARADO ENTRE O BRASIL E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL .....</b>	<b>34</b>
<b>A PERSPECTIVA DA NEGATIVA DA CLÁUSULA OBRIGATÓRIA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO PÓS REFORMA TRABALHISTA.....</b>	<b>47</b>
<b>OS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA: A necessidade da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção no âmbito dos contratos de planos de saúde .....</b>	<b>59</b>

# APRESENTAÇÃO

O Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC) foi criado em 2012 por iniciativa de docentes da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) com o objetivo de fomentar estudos e pesquisas na área do direito civil em uma perspectiva transdisciplinar.

O IDCC envolve atualmente uma rede ampla de colaboradores, abrangendo pesquisadores do direito de diversas instituições de ensino nacionais e internacionais, que desenvolvem estudos em temáticas correlatas às pesquisas do direito civil, sob o viés da humanização e da garantia da efetivação da dignidade humana, com fulcro nos direitos humanos e na promoção do desenvolvimento.

Desta forma, o IDCC, no seu IV Seminário tenta abordar, da forma mais ampla possível, as mais várias e multifacetadas compreensões acerca do fenômeno jurídico, reunindo pesquisadores do Brasil e do mundo em torno das discussões sobre hipervulnerabilidade, saúde, humanização e os novos direitos sociais, como panorama para a reaproximação entre as discussões que circunscrevem o direito civil e a sua verdadeira vocação para efetivação do bem-estar social das pessoas.

As novas vertentes jurídicas têm levado a crer que a compreensão do direito é difusa e realoca o centro das discussões não apenas nos aspectos normativos da ordem jurídica constitucional. O ser humano, centro e razão da vida social deve ser posto como norte primordial das discussões e das tentativas de solução para os problemas contemporâneos. A obra que ora se apresenta é fruto destas inflexões e inquietações e representam o melhor das discussões e debates que ocorreram no “IV Seminário do IDCC: Novos direitos sociais”, realizado no Hotel Manaíra, em João Pessoa-PB, no período de 18 a 20 de outubro de 2017.

As apresentações e as discussões, tão caras à academia, produziram os artigos científicos que ora se revelam: são frutos importantes uma produção comprometida com as pesquisas acadêmicas mais profundas e servem de alicerce para novas discussões que levam a própria transformação do direito.

**Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa**

**Jailton Macena de Araújo**

# A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM COMO POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO

**Bruna Rabêlo Carvalho<sup>1</sup>**

**Henrique Lenon Farias Guedes (Orientador)<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

O trabalho tem o propósito de analisar a compatibilidade do direito individual do trabalho com a cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho. O artigo limita-se à análise dos dissídios individuais, escolha didática feita por reconhecimento da relevância e importância da temática e das particularidades que percebem cada modalidade de conflito de interesses. A princípio, revisam-se características básicas do instituto da arbitragem. Em seguida, baseada em coleta de dados jurisprudenciais e estudos doutrinários demonstra-se a ofensa encontrada na instituição da cláusula de arbitragem no contrato de trabalho e a escusa da proteção ao trabalhador das seguintes maneiras: vício de consentimento em razão da subordinação do empregado; disponibilidade de direitos em métodos heterocompositivos e violação a princípios fundamentais conferidos ao trabalhador. Concretizando a relevância, atualidade e alcance da pesquisa acadêmica, o trabalho traz as modificações que a permissão da arbitragem Reforma Trabalhista de 2017 traz aos contratos de trabalho e a solução dos conflitos decorrentes deste, especialmente o conflito trazido ao princípio da proteção ao trabalhador.

**Palavras-chave: arbitragem; proteção ao trabalhador; reforma trabalhista.**

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to discuss the compatibility of the individual labor right with the arbitration clause in employment contracts. The article is limited to analyze individual dissidents, didactic choice made by recognition of the relevance and importance of the theme and the particularities that perceive each modality of conflict of interests. At first, the basic characteristics of the arbitration institute are reviewed. Next, based on data collection jurisprudential and doctrinal studies demonstrates the offense found in the institution of the arbitration clause in the contract of employment and the excuse of worker protection in the following ways: vitiation of consent by reason of employee subordination; impossibility of rights in heterocompositive methods and violation of

---

<sup>1</sup> Bruna Rabêlo Carvalho: graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Contato: brunarabeloc@gmail.com

<sup>2</sup> Henrique Lenon Farias Guedes (Orientador): Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, professor da Universidade Federal da Paraíba e do Centro Universitário de João Pessoa. Contato: hlfguedes@gmail.com

fundamental principles conferred to the worker. The paper brings the changes that the permission of arbitration in the Labor Reform of 2017 brings to the labor contracts and the solution of the conflicts arising from it, especially the conflict brought to the principle of the protection to the worker, realizing the relevance, actuality and reach of the academic research.

**Keywords: arbitration; worker protection; labor reform.**

## **Introdução**

O presente artigo tem o propósito de analisar a compatibilidade do direito individual do trabalho com a cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho. A problemática que a pesquisa procura analisar cuida da potencial indisponibilidade de direitos e da proteção conferida ao empregado diante de uma manifestação de vontade deste.

Os rumos da atual proteção ao trabalhador conferida pelo direito material do trabalho e pela Justiça Especial do Trabalho estão postos em xeque frente à Reforma Trabalhista e a expressa previsão do uso da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, que contraria o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho.

Este trabalho limita-se à análise dos dissídios individuais, escolha didática feita por reconhecimento da relevância e importância da temática e das particularidades que percebem cada modalidade de conflito de interesses. Consideramos, momentaneamente, apenas os contornos existentes no direito individual trabalhista.

A incompatibilidade que aqui se mostra decorre da necessária proteção que o Direito do Trabalho confere ao trabalhador e da impossibilidade de submissão à jurisdição privada, anterior ao surgimento do conflito, de questão de ordem pública – o direito do trabalhador.

A ofensa encontrada na instituição da cláusula de arbitragem no contrato de trabalho e a escusa da sua proteção se demonstrarão neste artigo de algumas maneiras: vício de consentimento em razão da subordinação do empregado; disponibilidade de direitos em métodos heterocompositivos e violação a princípios fundamentais conferidos ao trabalhador.

A metodologia utilizada para a elaboração do artigo constituiu-se de pesquisa bibliográfica para fundamentar alguns institutos específicos do direito material do trabalho e de levantamento jurisprudencial para analisar a interpretação da legislação orientada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Ademais, a análise das modificações que a Reforma Trabalhista trouxe, através da inserção do Art. 507-A na CLT, apresenta-se de forma imprescindível.

## **1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM**

A arbitragem é hoje considerada um meio alternativo de solução de controvérsias, sendo a jurisdição estatal o meio principal para a pacificação dos conflitos de interesses. Ocorre que, diante

da cultura da judicialização existente no meio brasileiro e da impossibilidade do Poder Judiciário abarcar todos os conflitos que decorrem das relações sociais, ocasionou-se uma superlotação processual nesse sistema tradicional de solução de conflitos.

Diante de tal realidade fática, discute-se hoje a denominada crise do sistema judiciário, que implica a dificuldade de prestação jurisdicional eficaz em razão da grande morosidade que se tem para a solução das controvérsias levadas à juízo (CAHALI, 2015, p. 27).

Embora não seja um instituto novo, chegando a ser considerada anterior, inclusive, à jurisdição estatal (CAHALI, 2015, p. 33), a sua regulação como exercício de atividade, em regra, titular do Estado, advém da Lei nº 9.307/1996 para os tempos atuais e somente após isso houve o reconhecimento deste como método jurisdicional exercida por particular. É interessante perceber que, mesmo diante do reconhecimento do instituto da arbitragem como jurisdição privada, o instituto ainda é considerado um ato de vontade das partes e, inclusive, não é delegada ao ente arbitral a possibilidade de exigir cumprimento da sentença arbitral de forma coercitiva, embora haja a autonomia da sentença arbitral não precisar ser homologada pelo Poder Judiciário (MOUZALAS, TERCEIRO NETO, MADRUGA, 2016, p. 78-79).

A arbitragem, por ser considerado um meio alternativo de solução de conflitos, sempre esteve presente como uma preferência às partes interessadas, em razão do seu caráter de alternatividade, não podendo ser considerado como uma obrigação ou uma medida de impedimento à jurisdição estatal. O instrumento só se mostra obrigatório quando no próprio negócio jurídico firmado entre as partes, exista uma cláusula que destine possíveis controvérsias ao pleito arbitral, chamada esta, por sua vez, de cláusula arbitral. Ainda assim, constitui esta uma liberalidade das partes, pois considera-se o firmamento do negócio jurídico que contém a cláusula arbitral como o consentimento necessário para a predileção deste em oposição à jurisdição estatal.

Mas, o grande cerne da questão é encontrado nas peculiaridades que abrangem o instituto e que o diferenciam da jurisdição estatal e, em consequência disso, até que ponto estariam os dissídios trabalhistas aptos à submissão a este método de solução de controvérsias?

Em primeiro lugar, cumpre fazer a distinção em duas modalidades de dissídios envolvendo o trabalhador, coletivos e individuais. A instituição da arbitragem trabalhista, pontualmente, difere para ambos, aparentemente, a controvérsia resta superada no que tange aos dissídios coletivos, embora esta não seja objeto de estudo do presente trabalho, vale o comentário da doutrina a respeito, que ressalta que “nos dissídios coletivos, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, ainda mais pela expressa previsão constitucional” (CAHALI, 2015, p. 412)

A segunda modalidade de dissídios trabalhistas, os individuais, aqueles que se dão apenas entre o empregado unicamente e o seu respectivo empregador, diferem na posição para a jurisprudência, por entenderem “serem de interesse social, com entendimentos, inclusive, de que

ofenderia a ordem pública a utilização deste método adequado de solução de conflitos” (CAHALI, 2015, p. 142).

A distinção entre as duas modalidades se dá em razão da relação hierárquica existente na relação trabalhista, bem como o caráter hipossuficiente do trabalhador e da indisponibilidade de seus direitos, constituintes de direitos fundamentais.

Cumpre, ainda, ressaltar que importante se faz a distinção com relação à temporalidade do firmamento da convenção arbitral, tanto na Justiça Comum, como na especialidade da Justiça Trabalhista. A distinção é importante porque é feita levando em consideração a já estabelecida controvérsia de interesses ou a mera expectativa de ser instituído o juízo arbitral caso venha a existir algum litígio que precise da intervenção de um terceiro para pacificação. É mais importante ainda porque, em caso de cláusula compromissória “as partes, em um negócio jurídico, estabelecem que, em surgindo divergências relativas ao próprio negócio, elas serão resolvidas pela arbitragem” (MOUZALAS TERCEIRO NETO, MADRUGA, 2015, p. 79), o que nos assegura dizer que existe a nuance de que qualquer demanda decorrente daquele negócio será submetido ao procedimento arbitral, que proferirá sentença transitada em julgado. Já o compromisso arbitral, por ser posterior à incidência do litígio, “trata-se de um negócio jurídico em que, em uma controvérsia específica, renuncia-se à atividade jurisdicional oferecida pelo Estado, substituindo-a pela arbitragem” (MOUZALAS, TERCEIRO NETO, MADRUGA, 2015, p. 79).

Perceptivelmente, a arbitragem é dotada de peculiaridades dependendo da sua forma de convenção, assim como a relação trabalhista e a condição do trabalhador caso a caso.

Uma coisa é certa, a característica da hierarquia na relação de trabalho exige do legislador uma proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação, uma proteção necessária para o equilíbrio da solução conflitual, razão pela qual é designada ao Estado essa competência enquanto existente (BARROS, 2016, p. 124)

A possibilidade de resolução de dissídios individuais que a Reforma Trabalhista busca trazer acarreta uma multiplicidade de violações à proteção conferida ao trabalhador, principalmente quando a convenção é firmada anteriormente ao surgimento de conflitos, conforme será abordado nos tópicos seguintes.

## **2 A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

A Lei de Arbitragem é clara ao dispor em seu artigo 1º a liberalidade do instituto da arbitragem para a solução de litígios que possam ser transacionados ou até mesmo renunciados, ao versar que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios *patrimoniais disponíveis* [destacou-se]” (BRASIL, 2016).

Acontece que ao tratar de Direitos Trabalhistas, depara-se com preceitos que são considerados indisponíveis. Essa é a regra que deve ser seguida nos conflitos trabalhistas, razão pela qual o empregado não pode abrir mão de um direito ou sujeitar-se a reciprocidades enquanto durar a sua condição de subordinação ao empregador, melhor dizendo, enquanto durar a relação de emprego (MARTINS, 2015, p. 38). Existe, contudo, uma divergência de interpretação quanto a possibilidade de disponibilidade de seus direitos após extinta a relação de trabalho, por exemplo, quando se tratando de verbas indenizatórias que decorreram de um litígio que incorreu na rescisão do contrato, por entender-se que cessada a relação de emprego, cessada estará a relação de subordinação.

Não se busca afirmar neste trabalho sobre o caráter absoluto dos direitos do trabalhador, na verdade, não se busca adentrar nesse mérito. Mas, o que se mostra imprescindível é que deve ser reconhecido desequilíbrio entre o empregador e empregado nos litígios e a necessidade da proteção dos direitos deste último pela legislação, não se permitindo, inclusive, que possam ser por ele mesmo renunciados, sob o risco de incorrer em erro ou eivado de vício de consentimento, ponto específico que será tratado também em tópico posterior.

Cumprindo o seu papel, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho resguardou que os direitos do trabalhador constituem categorias de valor absoluto, como os direitos fundamentais da personalidade que em hipótese alguma poderão ser relativizados. Enquanto os direitos patrimoniais, de caráter econômico, poderão vir a ser relativizados, mas somente após cessada a relação de trabalho, quando este não será mais considerado hierarquicamente inferior e a condição de hipossuficiência poderá a restar diminuída por não haver mais o vínculo de subordinação (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 375007020095150090. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 22 fev. 2017).

A Reforma Trabalhista vem trazer expressamente a submissão de dissídios individuais à jurisdição privada no Art. 507-A, versando que:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos da Lei n 9.307, de 23 de novembro de 1996 (BRASIL, 2017).

Ocorre que a ressalva a determinado valor colocado na legislação como limite mínimo de instituição de arbitragem não retira dessa relação as características inerentes a relação de emprego, quais sejam estas, trabalho exercido por pessoa física, não eventual, relação de dependência, onerosidade e exercício pessoal do serviço (PINTO, 2015, p. 59). Para ilustrar a situação e tornar

mais didática, basta colocar como exemplo um médico empregado que auferir salário muito acima da média da população e muito acima dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e se encontra em situação de litígio com uma Operadora de Plano de Saúde. Embora presente condição remuneratória relevante para o cenário econômico, o caráter de subordinação, situação em que se encontra ausente a autonomia irrestrita do empregado e sua vinculação ao estabelecido pelo empregador, bem como o desequilíbrio hierárquico na relação ainda resta presente e não pode, por isso, ser relativizada a indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

### **3 VÍCIO DE CONSENTIMENTO**

A condição de subordinação do trabalhador se mostra presente desde antes do firmamento do contrato de trabalho. Por constituir o pagamento do trabalho verba de cunho alimentício, o trabalhador que se encontra em estado de necessidade e buscando, a qualquer custo, um meio de subsistência, se submete, não apenas por inocência, mas por própria necessidade, ao que o empregador submetê-lo por meio do contrato. A potencial situação de disponibilidade de direito numa cláusula arbitral presente no contrato de trabalho encontra-se aí. No momento de aceitar as condições impostas para que seja criada uma relação de trabalho, a parte hipossuficiente – o trabalhador, não mede esforços e não se nega de abrir mão da via jurisdicional de resolução de conflitos, sem levar em consideração a sua condição de desequilíbrio na relação, constituindo um vício de consentimento ante a mácula na sua expressão de vontade. (SILVA, 2012, p. 15)

Não é forçoso reconhecer que o contrato de trabalho, em muitas situações, equipara-se a um contrato de adesão, basta constatada a irrestrita necessidade da pessoa física de prover o seu sustento e de sua família. Não é coincidência, inclusive, que o instituto da arbitragem não é recomendável diante de tal negócio jurídico. (SILVA, 2012, p. 19)

Cumprido ressaltar, ainda, que aqui não se considera como causa ensejadora de socorrer-se do judiciário para anulação da sentença arbitral, pois o vício de consentimento aqui não se consagra como algo que se utiliza de método de força, ameaça ou algo que caracterize objetivamente o que se exige para invalidar uma sentença arbitral. O vício de consentimento que aqui se refere é a própria situação de vulnerabilidade, dependência e necessidade do trabalhador. (SILVA, 2012, p. 15)

O Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho para condenar a Câmara de Mediação e Arbitragem de Minas Gerais a não instituir a arbitragem em dissídios trabalhistas individuais. Sobre o assunto, o acórdão reconheceu que a hipossuficiência econômica do trabalhador interfere na manifestação da vontade deste, considerado individualmente, razão de ser delegada ao Estado a tutela dos direitos concernentes à relação trabalhista ou – unicamente para a preservação dos direitos individuais do trabalhador – para

entidade representativa (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 25900-67.2008.5.03.0075. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 22 mai. 2015).

A inovação que se acompanha com o advento do Art. 507-A na CLT, trazido pela Reforma Trabalhista, compõe óbice à autonomia da vontade do trabalhador e o conseqüente impedimento de acesso à jurisdição deste, violando preceito processual constitucional.

Impende destacar que, muito embora o referido artigo trazido pela Reforma Trabalhista acrescente a ponderação de que a arbitragem se dará “desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa”, o vício de consentimento a que nos referimos se encontra desde o momento de instituição da arbitragem como método de solução conflitual no contrato de trabalho, uma vez que, após o acordo – mesmo que viciado – do instituto, cumpre às partes o seu adimplemento, ainda que recaído sobre mácula da autonomia da vontade do empregado.

#### **4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

A proteção ao trabalhador surge da necessidade de conferir igualdade na relação entre empregador e empregado, diante da superioridade econômica do primeiro em face do segundo. Este princípio se manifesta primordialmente sob três formas: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador (MARTINS, 2015, p. 36).

Diante de tais proteções, retiram-se peculiaridades que são aplicadas pelo Direito do Trabalho, como por exemplo, a hierarquia entre normas jurídicas e a preferência por aquela que melhor beneficie o empregado, assim como a interpretação que é dada às normas que versam sobre a relação de trabalho, que deve estar sempre pautada na maior proteção ao trabalhador (MARTINS, 2015, p. 36).

O princípio da proteção ao trabalhador não se limita apenas a uma proteção destinada ao direito material do trabalho, é uma proteção relativa também à esfera processual, conforme já doutrinou Carlos Henrique Bezerra, ao afirmar em um dos seus trabalhos que:

O princípio da proteção processual, portanto, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar o direito do trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral (LEITE, 2016 p. 1116).

É óbvio que a proteção conferida ao trabalhador no processo trabalhista não constitui uma inobservância ao princípio geral da paridade de armas, esta é, na verdade, apenas a adequação da possibilidade de que esta seja válida para a parte hipossuficiente da relação. A proteção não se refere

à trazer preferências à tese postulada pelo trabalhador, mas se estabelece em trazer regras procedimentais próprias que conferem a dinâmica procedimental um caráter igualitário para ambas as partes. Por apego à didática, cumpre exemplificar a ausência de uma das partes à audiência trabalhista, em que, sendo ensejada pelo trabalhador, ocasiona o arquivamento do processo, enquanto observada esta pelo empregador, importa em revelia (LEITE, 2016, p. 116)

Diante dessa explanação, não há como dizer, portanto, que a arbitragem seja um instituto apto para atender a demanda trazida pelo trabalhador sem deixar de atender às particularidades concernentes ao método procedimental deste.

O instituto da arbitragem se mostra muito mais maleável à vontade das partes que a via jurisdicional – para consolidar tal afirmação, basta remeter-se ao artigo 2º da Lei 9.307/1996 - o que não quer dizer que seja uma característica negativa, mas esta não se mostra viável para a seara trabalhista em razão da própria natureza indisponível desta relação.

## **Conclusão**

A explanação apresentada mostra que a previsão da autorização de submissão dos dissídios individuais trabalhistas, especificando o estudo deste trabalho quanto à cláusula arbitral anterior ao surgimento do conflito, sendo, inclusive, una a todo o contrato trabalhista, impõe em óbice a toda a proteção que a legislação traz ao hipossuficiente.

A primeira incongruência é referente à indisponibilidade de direitos do trabalhador, garantidos constitucionalmente; a segunda é referente à mácula do consentimento existente diante da condição de necessidade e de subordinação deste diante o seu meio de subsistência; a terceira retrata a própria violação à proteção básica conferida a estes pela legislação trabalhista e processual trabalhista.

A reforma trabalhista, embora queiramos acreditar que venha a prezar pela celeridade e simplificação dos litígios trabalhistas, não leva em consideração que a natureza destes impede que sejam adotadas considerações gerais sobre os demais institutos de direito sem analisar as peculiaridades e as razões de ser do estabelecimento de codificações e instituições específicas para estes. Se é necessário que exista uma justiça especializada para este tipo de conflito, afastando a competência material destes da justiça comum, imagina-se de que forma poderiam estes ser submetidos ao crivo de um julgamento que retira todo o aparato logístico destinado a estes feito pelo Estado.

Muito embora se queira falar sobre o perigo existente na instituição da arbitragem nas relações trabalhistas de um modo geral, este estudo confirma, através das decisões prolatadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo estudo doutrinário realizado pelos mestres da área, que a instituição da cláusula arbitral anteriormente ao surgimento do conflito é incompatível com os princípios adotados

pelo Direito do Trabalho, mais ainda, pela Constituição Federal concernente às relações sociais e trabalhistas.

Atenta-se para o fato de que com a cláusula arbitral presente no contrato de trabalho todo e qualquer conflito existente submeter-se-á a esta jurisdição privada. Não se trata apenas de modificação ou extinção do contrato de trabalho, mas de toda divergência de interesses que pairar na relação empregador-empregado.

Observa-se na modificação trazida pela Reforma Trabalhista de 2017 um desejo de afirmação e um perigo legislativo desordenador e conflitante à proteção consagrada ao desfavorecido no desequilíbrio trabalhista, pontualmente no tocante a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.

A ofensa à proteção atinge a proteção legislativa – já confrontada diante do advento desta, bem como a esfera jurídica e constitucional, ao desconsiderar a indisponibilidade de direitos do trabalhador e a limitação do acesso deste às vias jurisdicionais para garantia de seus direitos. A afirmação se reitera, inclusive, ao atingir a proteção judiciária que é destinada aos procedimentos trabalhistas, com a realidade de existir uma maior dificuldade de acesso ao procedimento arbitral, em virtude do valor monetário de alto patamar, bem como da ausência de um juiz de direito natural que prontamente atente ao que se exige no trato com o trabalhador.

Inadequado dizer que esta mostra apenas a manifestação da vontade do trabalhador, uma vez que constituída de vício. E, mais ainda, mesmo que não se trate de vício, não pode o instituto barrar a indisponibilidade de direitos do trabalhador – mesmo diante de uma aceitação adesiva.

A temática oportunizará de agora em diante diálogos entre estudiosos para a resolução de conflitos atinentes à incidência da cláusula compromissória arbitral no contrato de trabalho e, diante da impossibilidade de frear o legislativo quanto à instituição desta, exige-se, de imediato, adequação aos postulados da proteção ao trabalhador.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)> Acesso em 08 set. 2017.

BRASIL. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em 08 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 375007020095150090. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435850859/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-375007020095150090/inteiro-teor-435850878?ref=juris-tabs>> Acesso em 08 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). Recurso de Revista nº 259006720085030075. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=25900&digitoTst=67&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0075>> Acesso em 08 set. 2017

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** 5. ed. Revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105 de 2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil volume único.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Paula Regina Pereira. **Arbitragem e direito do trabalho: a (in)aplicabilidade do instituto aos conflitos trabalhistas individuais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/paula\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/paula_silva.pdf)> Acesso em 27 set. 2017.

# MEDIAÇÃO E TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA: A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO DIALÓGICO

Arkeley Xênia Souza da Silva<sup>1</sup> (PPGCS-UFRN)

Lore Fortes<sup>2</sup> (PPGCS-UFRN)

## RESUMO

O aumento da litigiosidade na atualidade aliada à configuração de um sistema jurídico pluriprocessual permite cada vez mais a busca por formas alternativas de solução de conflitos. O acesso à justiça, no atual processo democrático, vem favorecendo um relevante papel ao cidadão, na busca de tutelar seus interesses e garantias na sociedade. A influência do Direito e do Poder Judiciário nas práticas sociais fazem parte do fenômeno da judicialização das relações sociais, representando transformações de ordem jurídica e social. Por seu turno, a institucionalização da mediação e a sua realização nos Tribunais já é uma realidade no sistema jurídico brasileiro. Parte-se da hipótese que a prática da mediação estimula o agir comunicativo em uma sociedade marcada pelo individualismo, conflito e competição. A pesquisa tem como objetivo geral analisar a mediação como instrumento de resolução de conflitos, que potencializada o acesso à Justiça, na perspectiva da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

**Palavras-chave:** Conflito; Mediação; Teoria da Ação Comunicativa.

## Abstract:

The increase of the litigiousness in the present time allied to the configuration of a pluriprocessual legal system allows more and more the search for alternative forms of solution of conflicts. Access to justice, in the current democratic process, has played an important role to the citizen, in the search to protect his interests and guarantees. The influence of the Law and Judiciary Power on social practices are part of the phenomenon of the judicialization of social relations, representing legal and social transformations. For its part, the institutionalization of mediation and its realization in the Courts is already a reality in the Brazilian legal system. It starts from the hypothesis that the practice of mediation stimulates communicative action in a society marked by individualism, conflict and competition. The general objective of the research is to analyze mediation as an instrument for conflict resolution, which enhances access to justice, in the perspective of Jürgen Habermas' theory of communicative action.

**Keywords:** Conflict; Mediation; Theory of Communicative Action.

## 1 Introdução

O conflito é um fenômeno natural, inerente à condição humana e se apresenta em todos os tipos de relações em diversificados níveis. As pessoas se envolvem em conflitos porque seus interesses e valores são confrontados, ou ainda porque suas necessidades estão insatisfeitas.

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Sociais – PPGCS-UFRN – [arkeleysouza@gmail.com](mailto:arkeleysouza@gmail.com)

<sup>2</sup> Professora Doutora – Departamento de Ciências Sociais – PPGCS-UFRN - [loref45@hotmail.com](mailto:loref45@hotmail.com)

“Um elemento de contato e fusão que age nas interações sociais sendo responsável pelas variadas formas de relações sociais”, (SIMMEL, 1995, 42) fazendo-se presente no cotidiano, tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais. Por serem essenciais à vida humana e possuírem um potencial para estimular a criatividade e provocar mudanças construtivas, não devem ser negados ou suprimidos. Mas sim, analisados como períodos de transição na criação de uma realidade comum, integrando a realidade humana.

Buscando a ideia da mediação, tal qual discutida no âmbito jurídico nos tempos atuais, está relacionada diretamente ao conflito como objeto. A partir da ótica de quem vive o conflito, este envolverá a percepção de uma incompatibilidade de direitos, interesses, desejos, valores.

Compreender noções conceituais de conflitos é importante porque, via de regra, tal conhecimento não se insere na formação e atividade jurisdicional brasileira. A partir do momento em que o Estado pretende institucionalizar a mediação com maior um menor grau de conexão com a atividade jurisdicional, é inevitável observar questões relacionadas com a mediação e direito conjuntamente, razão que torna importante o estudo sobre o objeto da mediação e o objeto do processo jurisdicional. A jurisdição é indispensável ao Estado Democrático de Direito e segue sendo o centro da realização da justiça para o cidadão.

O poder jurisdicional do Estado, no entanto, está passando instabilidades em “razão da complexidade das relações sociais e seus conflitos” (GHISLENI, SPENGLER, 2011, p. 10). Tal expansão se situa em uma dupla via, como a da “juridicização”, expressa pelo aumento do número de leis e, de outra parte, a da “judicialização”, traduzida pelo aumento do volume do contencioso. As dificuldades do Poder Judiciário de cumprir com o seu papel não podem ser analisadas sem que se faça referência à crise científica e suas extensões econômicas e sociais. Surge um debate em torno da função do Judiciário que deve centralizar a ação na construção de reais canais de legitimação social,

no qual esteja em destaque o conteúdo social da lei, o Estado de Direito e os instrumentos de resolução de conflitos, dentre eles, a mediação.

Assim, a influência do Direito e do próprio Poder Judiciário nas práticas sociais fazem parte do fenômeno da judicialização das relações sociais, representando transformações de ordem jurídica e social, com a reorganização do próprio sistema, trazendo consigo uma pluralidade de relações sociais e jurídicas. O aumento da litigiosidade na atualidade vem permitindo cada vez mais a busca por formas alternativas de solução de conflitos.

Neste contexto, os Juizados Especiais apresentam-se como um instrumento alternativo no enfrentamento do direito moderno em busca dos direitos fundamentais e consolidação à cidadania social, mediante práticas conciliatórias. Espaço em que a mediação compreende uma das formas alternativas de resolução de conflitos, que se baseia em técnicas de comunicação, permitindo a criação de um espaço público à prática dialógica, um importante instrumento para a construção de um espaço público democrático. A Mediação de conflitos representa uma área instigante em virtude de sua essência multidisciplinar, de seu constante crescimento e de possível aplicabilidade em diversas áreas do conhecimento. Democratização do Judiciário, acesso à justiça, pacificação social, são alguns eixos que encontram na mediação de conflitos uma área de crescimento, inovação e aplicabilidade.

A ação comunicativa na sessão de mediação é analisada, preliminarmente, a partir do referencial teórico habermasiano, com destaque a fala, relacionados ao entendimento e a comunicação na solução litigante e resgate das pretensões de validade dos envolvidos nos conflitos levando ao Juizado Especial Civil. Proposta de uma teoria crítica da sociedade, que tem no agir comunicativo o principal mecanismo de realização de entendimentos entre os envolvidos, aproximando-se de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## **2 Mediação e a capacidade de negociação entre os conflitantes de acordo com o novo Código de Processo Civil**

No Brasil, a mediação é utilizada já em 1824, com a Carta Constitucional do Império, decorrente das Ordenações Filipinas, que instituía a atuação conciliatória do Juiz de Paz. Ganhou mais força, a partir dos anos 90, seguindo a tendência da América Latina, de solucionar a dificuldade de acesso à justiça, por meio da utilização de métodos não adversariais que consubstanciassem a garantia do princípio de acesso à Justiça, indicado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República do Brasil. Atualmente, a prática da mediação objetiva resgatar uma percepção afirmativa dos conflitos, contribuindo para que os litígios voltem a ser observados como oportunidade de construção de diálogos, produzindo o conhecimento de forma mais harmoniosa e cooperativa de convivência humana do que a judicialização.

Tal fenômeno representa uma série de transformações de ordem jurídica e social, com a reorganização do próprio sistema, com o aparecimento de novas formas de relações sociais, novos direitos e garantias individuais e coletivas, consideração de novas questões relevantes do meio ambiente, direito de família, gênero, consumidor e relações de trabalho, trazendo consigo uma pluralidade de relações sociais e jurídicas.

Determinados fatores podem justificar e explicar o fenômeno da judicialização, como crescimento da população, expansão de direitos e o processo da globalização. Portanto, um poder judiciário em um Estado cada vez mais interventivo, impedindo a liberdade do cidadão e o não cumprimento na totalidade de acesso à justiça como um direito social. Ressalte-se que o direito de acesso à justiça é um direito social assegurado a todos no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Com o advento da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais buscou-se um mecanismo alternativo de solução de conflitos, até mesmo mais eficaz do que o processo, considerando-se que na resolução do conflito, as partes almejam o resultado “duplo-ganho”, diferentemente do que ocorre no processo tradicional, no qual existe apenas uma parte no pólo positivo da demanda. Hoje, inverteram-se os papéis; a educação, a compreensão, o desenvolvimento e o equilíbrio social foram fatores que determinaram o retorno ao uso de práticas conciliatórias e a busca de garantia dos direitos fundamentais.

No ângulo das relações sociais existem duas situações: as que se apresentam harmônicas e favoráveis e as que se conflitam. A primeira é a regra, pois a sociedade segue naturalmente sua caminhada e as pessoas de forma geral procuram portar-se com moderação dentro dos parâmetros de sensatez e bom senso, mantendo o respeito aos direitos e procurando atender às justas pretensões, ou, como diria Thomas Hobbes, dando cumprimento ao contrato social. No entanto, esta busca desenfreada pela jurisdicionalização do conflito tem acarretado uma lentidão na resposta do Estado o que compromete a eficácia desta resposta.

Em suas relações diárias, as pessoas encontram obstáculos, de diversos fatores, para a solução tradicional de seus conflitos, dentre eles: a morosidade, o formalismo acentuado, dentre outros. Mas a par dessas questões, o modelo tradicional, em parcela significativa dos casos, não resolve a lide sociológica, mas apenas a lide processual. O Poder Judiciário, com sua organização recente, retrata apenas superficialmente de conflituosidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito. Como salienta Grinover (1988, p.19), um quadro atual constituído por “duas esferas jurídicas: Uma justiça tradicional, para julgar e sentenciar; e uma justiça informal, com visão primeira de prevenção conflito”. Indispensável à preocupação para os problemas sociais que estão na sustentação dos litígios.

Atualmente, a mudança de paradigma está construindo novos rumos para os processos de mediação (TRETIN 2011, p. 4). Hoje, a proposta orientadora para a mediação considera que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento. A superação da lógica determinista, binária, faz com que as práticas de mediação interessem-se pelas possibilidades criativas, favorecendo as diferenças, a diversidade e a complexidade. Apoiando-se em noções de construção social da realidade, as estratégias de mediação fornecem perspectivas para a participação dos atores sociais, que podem incrementar a sua capacidade para iniciar ações novas, atuar como protagonistas ao enfrentar e resolver conflitos e dilemas em suas vidas.

Diante do panorama, há uma incessante procura por alternativas que resolvam, ou, ao menos amenizem, o problema instaurado. É possível verificar como as mudanças de paradigmas sociais, modelos econômicos e as mudanças no panorama e na estrutura política de um Estado de Direito interferem diretamente no Poder Judiciário. Estas mudanças sociais são apontadas na Sociologia Jurídica como fontes materiais de Direito, ou seja, como ensejos que norteiam ética, moral e logicamente o legislador no ato de elaborar a norma.

Nessa discussão teórica a partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários, de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Considerando, através de um enfoque sociológico, fica claro, então, que o objetivo das formas alternativas de resolução de conflitos é oportuno, objetivando a obtenção de uma resposta mais democrática. A mediação surge como uma possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva atual, propondo uma “nova cultura”. Um caráter pacificador está relacionado a uma mudança de paradigma: de uma cultura do litígio para uma cultura de paz. Por essa razão, a interdisciplinaridade se revela um importante instrumento para a compreensão satisfatória do conflito.

Processos de mediação como sistemas de resolução de conflitos compreendem uma estrutura sequencial lógica de uma realidade complexa em decorrência das relações de convivência dos níveis sociais e estruturais da sociedade. Os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas e céleres para suas demandas. Uma relação, portanto, que trabalhe com indivíduos, devolvendo-lhes a capacidade de tratar o conflito de maneira consensuada, objetivando a obtenção de uma resposta mais participativa. Sob a perspectiva da qualidade de interação nas relações humanas, a mediação convida os sujeitos para uma postura colaborativa e inclusiva.

De acordo com o Guia de Conciliação e Mediação, tem-se uma definição de mediação enquanto uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro (CNJ, 2015). Terceiros estes, imparciais que procuram orientar a negociação das pessoas envolvidas no conflito, habilitando-as a um melhor entendimento de suas posições na tentativa de encontrar soluções que se harmonizam e compatibilizam-se aos interesses e necessidades. A mediação, apresentando, portanto, três elementos essenciais: Partes – Mediador – Disputa.

A mediação foi elencada no primeiro capítulo do novo CPC (Código de Processo Civil), intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. O texto é claro ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. De conformidade com o novo Código de Processo Civil, art. 694, há uma ênfase nas ações de família, onde todos os esforços serão empreendidos na solução consensual do litígio, com profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação. Ainda discorre sobre o papel do mediador, no art. 165, § 3º, este atuando preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprio, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. É justamente nesse momento que a Mediação se apresenta como um método diferenciador, visto que apresenta a possibilidade real de que as partes envolvidas no determinado conflito, possam chegar, por elas mesmas, a um resultado favorável para todos.

### **3 Sessões de mediação, discurso e ação comunicativa: uma possibilidade**

Direito e Linguagem apresentam uma relação dialética em que o discurso jurídico detém determinados termos e expressões da linguagem, que atribui um papel proeminente a atividade jurídica.

A comunicação consiste em interação na qual, por meio desta ação, dá-se o entendimento, objetivo último da comunicação. A ação comunicativa, portanto, um processo consensual e inclusivo de tomada de decisão que envolve os interesses de ambos os envolvidos. Mecanismo observado no processo de mediação de conflitos. A perspectiva sociológica da teoria da ação comunicativa diz respeito a dois tipos de ação, que Habermas identifica como: ação instrumental e ação comunicativa.

Esse entendimento, analisado no prisma da mediação, leva a um pensar no entendimento de um “agir comunicativo”, onde surge um caminho voltado para o acordo mútuo, para a troca de argumentos e fundamentações verdadeiras. Um agir comunicativo sustentado em dois conceitos que se articulam entre si: ação ou atividade comunicativa e a razão comunicativa. Para Habermas um agir comunicativo que depende “de um processo de interpretação cooperativo em que os participantes se referem simultaneamente a algo no mundo subjetivo, no mundo social e no mundo objetivo” (2012, v. 1, p. 221). Ou seja, ações que exigem uma interação, com um agir comunicativo voltado para o

entendimento mediado pela linguagem, de uma interação “essas ações não se relacionam ao ator solitário, nem ao membro de um grupo social, mas aos participantes de uma interação”. (HABERMAS, 2012, v 1. 165)

Portanto, uma ação racional conectada a uma argumentação, proposta a resolução de conflitos por intermédio de argumentações, na tentativa de um possível consenso. Levando os sujeitos no processo de co-construção de soluções para o conflito, com interação dialógica e transformativa, como uma maneira de pacificação social. Uma filosofia da linguagem na construção defensiva de uma razão comunicativa. Habermas esclarece este entendimento:

a razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos e indiretos das pretensões de verdade proposicional, justiça normativa, veracidade subjetiva e adequação estética (HABERMAS, 2000, p. 437)

Habermas tenta destacar o nexos das práticas e da própria comunicação cotidianas. O sujeito não mais visto como solitário, mas participante de uma comunidade em que o conhecimento é linguisticamente mediatizado e relacionado com o agir. (POLLI, 2013, p. 19)

A razão comunicativa contribui, portanto, para reforçar as formas de vida coletiva concretas, alargando os laços de solidariedade entre grupos e promovendo a socialização (HABERMAS, 2000, p. 451). Para Habermas, a linguagem fornece o denominador comum que permite integrar as perspectivas filosóficas, sociológica e psicológica, possibilitando a unidade na inter e multidisciplinariedade. “Quando Habermas fala em linguagem, está interessado na linguagem como um meio no qual se realizam interações. Está interessado nas interações linguisticamente mediadas”. (FREITAG, 1992, p. 238) De acordo com FREITAG (2005, p. 36) Habermas propõe enfatizar três campos temáticos interligados, que integram os elementos para a sua “teoria da ação comunicativa”: elaboração de um conceito de racionalidade comunicativa – integração em uma nova definição de sociedade dois paradigmas: “mundo vivido e o de sistema” – desenvolver uma teoria da “modernidade” que enfatize a análise diacrônica das sociedades capitalistas.

Campos temáticos que buscam em uma sequência reflexiva, a efetivação de uma racionalidade comunicativa, que somente pode ser efetiva em um determinado contexto social, manifestando-se, na prática cotidiana, sob a forma da “ação comunicativa”. Portanto, um agir comunicativo como um tipo de atividade social que se caracteriza como uso de atos de fala orientados simetricamente pelo entendimento.

A condução dos envolvidos em um conflito à ação comunicativa necessita de uma linguagem que leva ao reconhecimento e compreensão, uma forma de comunicação que contribua para a construção das interações e alcançar o entendimento. De acordo com Habermas (2003, p. 241), uma promoção da ação comunicativa com o uso da linguagem orientada pelo entendimento. A busca de uma razão quando ela se torna conhecida através da linguagem, meio pelo qual se pode chegar a um conceito mais amplo de razão, a uma razão comunicativa, estruturada a partir de um processo cooperativo de interpretação, no qual os envolvidos se relacionam simultaneamente nos mundos objetivo, social e subjetivo. Por vezes, o não conhecimento dos envolvidos acerca de sua liberdade de composição e de comunicação potencializa a pressão em virtude de negociações envolvendo aspectos superficiais do conflito.

Ao Judiciário cabe, mediante o não cumprimento das prescrições normativas, a imposição de uma solução, através de legitimação de dizer o Direito, com a busca de novas formas de enfrentamento dos conflitos sociais, como alternativa ao excesso de judicialização, enfrentado nos Tribunais. Importante enfatizar, nesse ponto, que o Direito, em suas diversas acepções, encontra-se firmemente fundamentado na sociedade que atua. Faz-se necessário um equilíbrio nas relações socioeconômicas dos conflitantes e a igualdade de direitos entre as pessoas, assim como a proteção judiciária a eles devida.

Nesse sentido, a mediação, serve como um instrumento efetivo de agilização da solução dos litígios, contribuindo de forma significativa no sistema judiciário e na qualidade das relações humanas, através de uma verdadeira mudança de paradigma, na busca de uma ordenação e sistematização de uma prática social, desenvolvendo em contrapartida o acesso à Justiça. No sistema constitucional brasileiro, o acesso à Justiça é direito fundamental. O desafio que chega ao Judiciário é o de atuar na mudança cultural necessária a uma realidade próxima da sociedade, apropriando-se de novos instrumentos, sem portanto, perder a natural essência.

Entende-se, que cabe ao Estado a responsabilidade de adoção de medidas adequadas para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal de 1988.

#### **4 Conclusões**

A mediação, como uma forma de resolução judicial de conflitos, constitui uma manifestação particular de um amplo movimento de identificação que coloca em prática mecanismos não judiciais de solução de controvérsias. A mediação, sendo entendida como facilitação de um diálogo. Revelando-se como um importante e útil método de pacificação dos conflitos que se inscrevem no contexto de melhora de acesso a justiça, buscando favorecer o diálogo entre as partes. Criando, por sua vez, a possibilidade de compreensão, e retomando a fluidez na comunicação.

Habermas sustenta que a racionalidade comunicativa só se tornou possível com a modernidade. Das sociedades concentradas as chamadas sociedades tradicionais, passa-se para um momento de difração de funções sociais, onde o mundo dos fatos, das normas e da subjetividade se diferencia e já não é mais dominado por uma unidade verdadeira total. A ação dos indivíduos ou dos grupos passa a ser coordenada segundo critérios de uma racionalidade comunicativa, ou seja, de uma racionalidade própria ao processo comunicativo social, que, entende-se objetivar ao amplo conhecimento. Para que seja alcançado o consenso, torna-se essencial uma parcimônia, que busque equilibrar as relações socioeconômicas dos envolvidos no conflito, a igualdade de direitos e a proteção judiciária, caracterizadas por uma identidade institucional, estabelecida e organizada de conformidade com as situações concretas e reais.

Portanto, há necessidade de se pensar numa justiça participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos, através de uma leitura social que busque a reconciliação, com a possibilidade de um debate e prática em torno do papel do Judiciário, canalizando para a construção de canais de legitimação social.

## **Referências**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM)**. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 jan 2017

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Alterações Código Civil. Novo Código Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 16 jan. 2017

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 125/2010. Disponível em: Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-1252010-conselho-nacional.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça 2015**. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça). Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>> . Acesso em: 10 nov. 2016

FREITAG, Bárbara. **Itinerário de Antígona: A Questão da Moralidade**. São Paulo: Papyrus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dialogando com Jurgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.) **Manual de Mediação Judicial**, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2015. p. 13.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Participação e Processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1988, p. 282.

GHISLENI, Ana Carolina, e SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol 2. Sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol 1. Racionalidade da ação e racionalização social. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POLLI, José Renato. **Habermas. Agir Comunicativo e ética do discurso**. São Paulo: Editora In House, 2013.

SIMMEL, G. **Sociologia**. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2016.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10863&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso: em: 08 jan. 2017.

# LIGANDO ESTRELAS PELA LINHA DO DIREITO: CONSTELAÇÃO FAMILIAR E DIREITO SISTÊMICO COMO FERRAMENTA DE HUMANIZAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Alexandre Luiz Pereira de Souza Junior

Amilson Albuquerque Limeira Filho

## RESUMO

O presente artigo objetiva expor o conceito de Direito Sistêmico e a aplicação da técnica da Constelação Familiar na resolução de conflitos, com o intento de demonstrar que tal prática, para além de contribuir na construção de uma visão mais humanizada e holística das lides, possibilita, também, a resolução das mesmas, estimulando a conciliação através de um tratamento integral do problema apreciado. Outrossim, almeja demonstrar a tutela jurídica conferida pelo ordenamento pátrio à referida técnica, bem como sua aplicabilidade, partindo, a priori, de uma perspectiva do Direito Civil – Constitucional, através da qual se pretende explicar os conceitos de Direito Sistêmico, seguido de uma abordagem da Filosofia Hellingeriana e de como a técnica da Constelação Familiar pode ser observada no universo jurídico.

Palavras-chave: Direito Sistêmico; Constelação Familiar; Filosofia Hellingeriana; Direito Civil-Constitucional.

## ABSTRACT

The present article aims to expose the concept of Systemic Law and the application of the Family Constellation technique in the resolution of conflicts, with the aim of demonstrating that this practice, besides contributing to the construction of a more humanized and holistic view of the lids, also, the resolution of the same, stimulating the conciliation through an integral treatment of the appreciated problem. It also seeks to demonstrate the legal protection conferred by the national law to the said technique, as well as its applicability, starting from a perspective of Civil - Constitutional Law, through which it intends to explain the concepts of Systemic Law, followed by an approach of the Hellingerian Philosophy and how the technique of the Family Constellation can be observed in the legal universe.

Key-words: Systemic Law; Family Constellation; Hellingerian Philosophy; Civil-Constitutional Law.

## 1. INTRODUÇÃO

A consolidação de um novo olhar sobre velhos institutos do Direito Civil, obtido nas últimas décadas com o advento da Carta Constitucional de 1988, permitiu, doravante, a aplicação do referido diploma consoante os valores e princípios constitucionais apregoados, prezando pela realização primeira da pessoa humana, tornando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, mandamento e vetor axiológico basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A transição de um Estado de Direito Social para um Estado Democrático de Direito, deflagra, outrossim, para além da tutela dos direitos de terceira dimensão, a necessidade de uma hermenêutica capaz de comportar as vicissitudes da lei e as demandas sociais, promovendo a unidade do ordenamento jurídico, tornando-lhe harmônico, e, por assim dizer, sistêmico (embora sistematicidade não se confunda com positivação), de modo que a aplicação de normas infraconstitucionais e supralegais opere em conformidade com o texto constitucional.

Nesse contexto de implosão de microssistemas, observa-se uma crescente necessidade de interpretação e aplicação da lei, considerada em um contexto mais amplo, para além das fronteiras interpostas pela letra da lei e pela técnica jurídica, de tal modo que o Direito possa, enfim, enfrentar os conflitos sociais pelas lentes de um caleidoscópio, atento às diversas manifestações da vida, seja no campo artístico, seja na consciência das partes envolvidas.

Destarte, através do emprego do método dedutivo, o presente estudo almeja responder a seguinte indagação: Como o ordenamento pátrio recepciona a técnica da Constelação Familiar? Ou, em outros termos, quais as orientações adotadas pela legislação vigente, que permitem deduzir pela possibilidade de aplicação de um Direito Sistêmico?

Para tanto, considerando viável a hipótese de que a técnica do Direito Sistêmico tem sido amplamente incentivada através da edição da Resolução de nº 125/10 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como por meio de legislação esparsa, cuja adoção de soluções pacíficas de conflitos e de vias extrajudiciais de resolução de conflitos encontra amparo na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e no novo CPC (Lei 13.105/2015), objetiva-se uma reflexão do Direito Sistêmico à luz do Direito Civil Constitucional, seguida da apresentação da filosofia hellingeriana e do conceito de consciência sistêmica, culminando, enfim, na localização deste pensamento no ordenamento jurídico pátrio, de modo a propiciar a reflexão, ainda que incipiente, sobre o tema.

Atente-se, enfim, às limitações do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, que não se presta à análise dos efeitos da técnica da Constelação Familiar na resolução de litígios. Referida análise se verte para a possibilidade de aplicação da técnica, não estando, contudo, positivada em

norma jurídica, razão pela qual se faz necessário uma releitura dos institutos privados norteadores da resolução de conflitos à luz do Direito Civil Constitucional, com vistas à resolução pacífica de conflitos e adoção de métodos auto compositivos.

## 2. DOS MICROSSISTEMAS AO DIREITO SISTÊMICO: COMO ENTENDER A PROPOSTA DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL?

Partindo-se da premissa de que o Direito Civil Constitucional não constitui novo ramo do Direito, sendo, antes, uma releitura de antigos institutos jurídicos do Direito Privado à luz dos mandamentos constitucionais, conforme preconiza Pereira, Alemar e Boyadjian (2008), percebe-se, nesse contexto, uma porosidade da técnica jurídica, outrora restrita à aplicação literal de antigos institutos do Direito Civil. Nesse cenário, a interpretação hermenêutica do diploma civil à luz da Constituição, viabiliza, para além da incidência horizontal das normas constitucionais, autêntico exercício de interdisciplinaridade, na medida em que se “estoura” a bolha do Direito Civil, permitindo uma aplicação da lei com vistas a se alcançar à satisfação das necessidades coletivas, a tutela da dignidade da pessoa humana e a observância dos valores constitucionais.

Nesse viés, a proposta de um Direito Sistêmico desenvolvida por Sami Storch , com base nas ideias de Constelações Sistêmicas Familiares de Bert Hellinger , que será detalhado posteriormente, teve suas origens no campo terapêutico. Não obstante, referida técnica pode ser concebida enquanto resultado da reunião do conhecimento de comunidades tribais, aliado às teorias e métodos de autores da filosofia, teologia, psicologia, psicanálise, dentre outros campos do conhecimento, indicando amplo campo de saberes explorados por Hellinger em sintonia com experiências adquiridas no decorrer de consultas realizadas, viabilizando, por conseguinte, a estruturação metodológica do conhecimento obtido, a partir de princípios fundamentadores de sua filosofia.

Em pesquisa realizada por Adele Speck Rendón Céspedes (2017), afirma, a autora, que na medida em que profissionais de outras áreas passaram a ter contato com referida técnica, mostraram-se, em parte, receptíveis à sua aplicação, observados os resultados empíricos e as suas contribuições, permitindo, desse modo, o desenvolvimento de ferramentas auxiliares na resolução de conflitos, com importância prática no Direito, Medicina, Pedagogia, Administração, Psicologia, etc.

Segundo Hellinger (2015), a consciência sistêmica se exterioriza através de padrões estabelecidos socialmente, contidos nas regras de etiqueta, nos comportamentos sociais aceitáveis, na moral vigente e nas regulações heterônomas, indicando um comportamento médio a partir do qual se adquire certa estabilidade social. Ademais, a inobservância desses padrões médios, acarretaria,

segundo o autor, em desequilíbrios orgânicos, mentais e emocionais, com projeções diversas que podem variar desde o endividamento ao cometimento de ilícitos.

Destarte, conforme sugere o procurador de justiça Amilton Plácido da Rosa (2014), a proposta de um Direito Sistemico não remete à aplicação de um novo direito, mas ao lançamento de um novo olhar sobre antigos institutos jurídicos, permitindo, desse modo, a renovação da técnica jurídica, com o fito de se alcançar a harmonização social. Nesse aspecto, a solução consensual de controvérsias passa a ser estimulada pelo ordenamento pátrio, tendo sido iniciada, em 2010, a política judiciária de fomento e implemento das práticas consensuais e autocompositivas, através da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, seguido do advento da Lei 13.140/2015 e do novo Código de Processo Civil, inaugurando a preferência por métodos consensuais de resolução de conflitos e o estímulo à via extrajudicial de resolução de conflitos.

Conforme aponta Céspedes (2017, p.24), a publicação da Lei 7.244/1984 do Juizado Especial de Pequenas Causas trouxe, em seu escopo, os princípios da preferência pela resolução consensual de conflitos e da conciliação enquanto instrumento judicial de resolução de controvérsias, conforme se depreende da leitura do artigo 2º, ao enunciar, *ipsis litteris*, que: “O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”. Como bem observa a autora, a Lei 9.099/95, ao revogar a Lei 7.244/84, inclui o método de transação e mantém a prioridade por soluções conciliatórias, conforme se constata na leitura do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais, ao preconizar que: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.". Nesse contexto, a adoção de métodos conciliatórios e de resolução extrajudicial de conflitos ganhou espaço, tendo sido deflagrado em 2006, o “Movimento pela Conciliação”, através de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, segundo observa Céspedes (2017 p.25), com a implementação, pelo CNJ, de uma política Nacional Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário, por meio da Resolução n. 125/10, teria sido ratificada a necessidade de consolidação de uma política voltada para o estímulo de práticas consensuais, tendo sido proposto, em seu escopo, a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos pelos tribunais, de modo a estimular a capacitação e o treinamento dos servidores, mediante a criação e atualização de cadastro de servidores conciliadores e mediadores.

De igual modo, a lei de Mediação - L.13.140/2015 -, ao dispor acerca da mediação e do seu *modus operandi*, ratifica o entendimento de que o ordenamento brasileiro não apenas sugere, mas, sobretudo, prefere e estimula as práticas conciliatórias e de resolução extrajudicial de conflitos, na medida em que regula o procedimento, possibilitando a realização do mesmo, desde que observadas

às condições estabelecidas em lei, juntamente com o novel Código de Processo Civil, cujo fomento pode ser observado em vários dispositivos, a exemplo do que consta nos artigos 3º e 129 do referido diploma (CÉSPEDES, 2017, p.27-35), sugerindo uma inclinação da lei processual à aplicação de métodos auto compositivos.

Assim sendo, percebe-se, pois, que a proposta de um Direito Sistemico nada mais é que a aplicação dos institutos do Direito Privado à luz da norma constitucional, consistindo, referido ramo, uma face do Direito Civil Constitucional, na medida em que se concebendo o ser humano enquanto ser total se promove, também, um tratamento jurídico integral, encontrando na realização da pessoa humana a justificação de todo o ordenamento jurídico pátrio e do próprio Estado Democrático de Direito.

### 3. A FILOSOFIA HELLINGERIANA E A IDEIA DE UMA CONSCIÊNCIA SISTÊMICA

Bert Hellinger, desenvolveu um campo de estudo, chamado de Hellinger Sciencia, no qual, através de uma abordagem sistêmica e fenomenológica , compreende cada indivíduo como pertencente de um grande sistema, onde existe um processo de compensação de leis naturais, as quais abordaremos mais a diante, que influenciam a vida e decisão de todos os membros desse sistema. (HELLINGER, 2015)

Segundo Bert Hellinger (2001), citado por Dias (2014, p.6) “sistema significa um grupo de pessoas que está unido pelo 'destino', de maneira que os atos de cada um influenciam nos destinos uns dos outros, inclusive através de gerações”.

Bert Hellinger utilizou de uma diversidade de saberes na filosofia, na teologia, na cultura zulu, na pedagogia, nas teorias e métodos terapêuticos para construir esta ciência. Que culminou com a construção de uma riqueza própria em sua forma de trabalhar, trançando os conhecimentos concebidos por vários autores. Sua lealdade à própria alma e percepção, com o enfrentamento às autoridades alheias, o permitiu ultrapassar discursos, crenças e limitações, para observar os fenômenos como são. (CÉSPEDES, 2017)

Ao longo de seu trabalho Hellinger descobriu três leis naturais que regem todas as relações humanas. Essas leis naturais fazem com que todo o sistema se mantenha em perfeita harmonia e equilíbrio, desde que respeitadas. Ele chamou essas três leis de “As 3 leis do Amor”. (HELLINGER, 2015)

São elas:

- Hierarquia (estabelecida pela ordem de chegada);
- Pertencimento (estabelecido pelo vínculo ao sistema);
- Equilíbrio (estabelecido pelo dar e tomar/receber).

Cada uma dessas necessidades exerce sobre cada indivíduo forças que desafiam seus desejos e ânsias pessoais, controlando, exigindo obediência e coagindo a seguirem determinados passos em sua vida. Operando, então, como leis que limitam as vontades e expressões individuais, mas também tornam possíveis os relacionamentos íntimos com outras pessoas. (HELLINGER, 2015)

Quando ocorre um desequilíbrio desse sistema, que seria a violação a uma dessas leis, surge um mecanismo de compensação que irá atuar nos membros pertencentes a este sistema. Essas compensações podem vir à tona na forma de depressões, doenças, problemas nos relacionamentos, dificuldades financeiras, etc. (ROSA, 2014)

Conforme explica o terapeuta constelador Antônio Carlos Dornellas de Abreu, citado por Rosa (2014,p.51), “quando membros de uma geração da família deixam situações por resolver, membros das gerações posteriores podem inconscientemente assumir a responsabilidade de reestabelecer a ‘ordem’ nesta família, trazendo à tona problemas e/ou dificuldades pelos quais não são responsáveis”.

O método desenvolvido por Bert Hellinger, chamado de Constelações Familiares ou Sistêmicas, baseia-se na prática de representações de fatos ou questões apresentadas pelos participantes da terapia, onde existe um acesso à consciência sistêmica de determinado sujeito, cliente, a partir de sua solicitação a um constelador familiar. Essa manifestação pode ocorrer de forma individual ou coletiva. Na dinâmica de grupo os representantes experimentam sensações e movimentos que expressam as forças que operam no sistema do constelado. (CÉSPEDES, 2017)

Céspedes (2017) observa que a partir de então, visto que o próprio sistema, enquanto uma unidade de consciência, busca por si mesmo compensar seus desequilíbrios. Durante as sessões, o constelador faz uso das técnicas sistêmicas desenvolvidas por Hellinger, utilizando frases, gestos e movimentos, guiando os representantes dentro de uma grande dinâmica corporal e fenomenológica, que acaba provocando a formação de uma nova imagem que auxilia a energia de vida desse sistema a fluir com harmonia e encontrar novamente um equilíbrio dentro do sistema.

Segundo a filosofia hellingeriana, cada grupo de indivíduos se constitui num vasto repertório de crenças, convicções, valores e normas pessoais. Esse conjunto de fatores, desenvolve uma consciência sistêmica que busca sempre a unidade, a ordem e o equilíbrio de trocas entre os membros do grupo. A dinâmica dessa consciência coletiva, no entanto, não se faz perceptível como a consciência pessoal. (HELLINGER, 2015)

Como explica Masiero (2016, p.20)

As leis sistêmicas regem nossos comportamentos e exercem papel fundamental no equilíbrio e manutenção do sistema familiar. Atuam além do indivíduo, independentemente da vontade das pessoas. A todo o momento, o homem segue determinados padrões e normas para viver pacificamente em

sociedade. No sistema familiar e nas relações como um todo não é diferente essa busca [...]

Desta forma, a constelação familiar se põe como uma alternativa a compreensão e exteriorização da dinâmica do sistema familiar, que tem como objetivo, a identificação dos bloqueios, ou as implicações que foram transmitidas de geração a geração, através de “campos morfogenéticos”, que são considerados campos não físicos que levam informações, e são utilizáveis através do espaço e do tempo sem perder sua essência. O que oportunizam as revelações daquilo que se precisa ser posto em evidência. (MASIERO, 2016).

#### 4. DIREITO SISTÊMICO E SUA APLICABILIDADE DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

Segundo Sami Storch, Direito Sistêmico é “uma visão sistêmica do direito, pela qual só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio para todo o sistema”. Isso porque “em um sistema, o desequilíbrio de qualquer pessoa se reflete nos outros”, de modo que não se pode ter a solução para um elemento isolado do sistema. (ROSA, 2014, p.53)

O termo Direito Sistêmico, foi desenvolvido por Storch, por volta do ano de 2006, e surgiu a partir de suas experiências pessoais com a Constelação Familiar de Bert Hellinger. A abordagem sistêmica do direito fundamenta-se nos princípios da filosofia Hellingeriana se propõem o direito desde a elaboração da lei até sua aplicação. O olhar sistêmico sobre o direito ocorre sem juízo de valor, sendo mais importante a participação de todos na construção e desconstrução do conflito, respeitando e trazendo à responsabilidade cada indivíduo, preservando as relações de amor, visando à saúde do sistema adoecido. (STORCH, 2010)

Conforme explica Bert Hellinger, citado por Rosa (2014, p.53), “há dois tipos de decisões: as que levam para o mais e as que levam para o menos”. Ainda nesse entendimento, Rosa (2014, p.53), cita a explicação do médico o Décio Fabio de Oliveira Jr, que a respeito do entendimento de Hellinger sobre decisões que levam o mais e ao menos, entende que “decisões que levam para o menos são aquelas que decidem a lide, com a aplicação pura e simples do direito, mas não põe fim ao conflito. As que levam para o mais são aquelas que deixam as partes conciliadas interiormente, sendo que destas se ocupa o Direito Sistêmico, dando instrumentos para que elas ocorram. ”

Ainda citando a fala do Dr. Décio Fabio, citado por Rosa (2014, p.53), ele traz uma robusta explicação a respeito da visão do direito sistêmico, que diz:

Supostamente a ação da Justiça deveria encontrar uma solução que fosse justa para ambas as partes, que trouxesse a reconciliação. Onde o juiz atua de maneira a conseguir de fato uma conciliação verdadeira, do coração das duas partes, então, efetivamente, nós temos uma solução duradoura. Quando ele

apenas julga, mas o conflito continua no coração das pessoas, o que acontece é que mais adiante terá que julgar de novo uma nova situação e o conflito permanece, perpetuasse. Então eu diria que é muito louvável este movimento que busca uma reconciliação, contanto que ela seja verdadeira. O problema é, talvez agora você vai dizer que muitos dos juízes não estão aparelhados para poder intervir nestes conflitos, de maneira a conseguir esta conciliação profunda, verdadeira, que vem do coração. A busca de uma conciliação real, verdadeira, nunca é demais, nunca é um desperdício de tempo. Nunca é um desperdício de recurso. Eu arrisco dizer que, em última instância, este é o verdadeiro papel do Judiciário na sociedade.

Para Masiero (2016), o direito sistêmico, pode ser considerado como uma nova ferramenta jurídica que objetiva resolver as demandas levadas pelos envolvidos no conflito, que a partir de novas estratégias possibilitam a compreensão, consciência e harmonização dos litigantes.

Sami Storch entende que os autos de um processo dificilmente apontam com exatidão a complexa e profunda origem dos conflitos estabelecidos pelas pessoas em interação. Storch propõe então que o conhecimento dessa ciência possa oportunizar uma compreensão mais profunda do conflito, o que possivelmente leva a uma resolução mais eficaz e satisfatória (STORCH, 2015)

Sobre o tema Storch explica:

Os conflitos surgem no meio de relacionamentos e, nas palavras de Bert Hellinger, “os relacionamentos tendem a ser orientados em direção a ordens ocultas. [...] O uso desse método faz emergir novas possibilidades de entender o contexto dos conflitos e trazer soluções que causam alívio a todos os envolvidos”. O mero conhecimento dessas ordens ocultas, descritas por Hellinger como as “ordens do amor”, permite a compreensão das dinâmicas dos conflitos e da violência de forma mais ampla, além das aparências, facilitando ao julgador adotar, em cada caso, o posicionamento mais adequado à pacificação das relações envolvidas. (STORCH, 2015)

Um dos fundamentos do Direito Sistêmico é que existiria uma consideração dada por cada pessoa a sua bagagem. Cada indivíduo é um ser único, e não pode ser tratado de forma isolada, ele deve ser encarado como um sistema, que é formado por ele mesmo e por sua família, no seu sentido mais amplo (ascendentes, descendentes e colaterais, em todos os graus). Para conhecer um indivíduo, é necessário o conhecimento da origem deste ser. (STORCH, 2010)

A Constelação Familiar é um instrumento de mediação que tem se mostrado um facilitador nas audiências de conciliação, o que tem aberto um caminho para um Judiciário mais humanizado e eficiente na resolução dos conflitos a ele apresentado. (STORCH, 2010)

Para Rosa (2014), a aplicação dessa nova visão do Direito pode ser aplicada de duas formas. Sendo uma primeira como já na postura dos operadores do Direito, que enxergam as partes e a lide de maneira sistêmica, entendendo que cada um possui uma bagagem e princípios e que essas informações serão indispensáveis para a resolução do conflito. Essa postura para Rosa (2014), é ir no fundo da questão, na alma das pessoas, trazendo uma conciliação do coração e não apenas do conflito.

A segunda maneira de se aplicar o Direito Sistêmico para Rosa (2014), é por meio das representações, onde as técnicas usadas nas Constelações Familiares são aplicadas dentro das demandas judiciais.

Sobre a aplicação da técnica ao caso concreto o Juiz Sami Storch (2015) cita o seguinte exemplo:

Numa ação de divórcio, a solução jurídica relativa aos filhos menores pode ser simplesmente definir qual dos pais ficará com a guarda, como será o regime de visitas e qual será o valor da pensão. É o que usualmente se faz. Mas de nada adiantará uma decisão judicial imposta se os pais continuarem se atacando. Independentemente do valor da pensão ou de quem será o guardião, os filhos crescerão como se eles mesmos fossem os alvos dos ataques de ambos os pais. Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se estes fossem as vítimas dos ataques, mesmo que não se deem conta disso. Sim, porque sistemicamente os filhos são profundamente vinculados a ambos os pais biológicos. São constituídos por eles, por meio deles receberam a vida [...]

No final de 2016 o CNJ reconheceu que a aplicação da Constelação Familiar tem ajudado a humanizar as práticas de conciliação no Judiciário, inclusive estando em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010. Segundo o CNJ a intenção da utilização da técnica no Judiciário é buscar esclarecer para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial. Os conflitos levados para uma sessão de constelação, em geral, versam sobre questões de origem familiar, como violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção e abandono. (BRASIL, 2016).

## 5. CONCLUSÃO

Ser humano, viver em sociedade, está em contato permanente com outros mundos, resulta recorrentemente no surgimento de conflitos. Pensar o Direito através de uma ótica sistêmica é apropriar-se de uma visão de mundo muito mais completa, percebendo cada indivíduo e cada conflito dentro de um sistema muito mais amplo e complexo.

É nesse viés que o Direito Sistêmico se apresenta como um suporte a ser utilizado para a solução rápida de conflitos. Ele visa entender que todas essas interações sociais, e seus conflitos são resultado de uma condição de interdependência entre os membros deste sistema, que cada ação de cada indivíduo, seu agir e seu sofrimento, são mais do que uma simples expressão do acaso. Desta forma, um conflito entre duas pessoas vai além de um simples problema, uma única situação, implica em um encontro de dois sistemas, estes maiores e mais complexos.

A filosofia hellingeriana busca compreender como todos esses sistemas funcionam, e como a terapia da Constelação Familiar pode de forma efetiva ajudar esses indivíduos a encontrar um equilíbrio em seus sistemas. Compreender esses indivíduos e os motivos de suas escolhas e ações, não os isentam de qualquer tipo de responsabilização por seus atos, e a qualquer tipo de sanção imposta pelo Direito, mas acreditar que uma simples sentença, proferida em um processo, que não olha para o indivíduo como um todo e entende a motivação de seus atos, também não será suficiente para sanar qualquer tipo de vício ou conflito.

Não observar essas regras sistêmicas dentro do processo, e não compreender o indivíduo de forma completa, resultará infalivelmente em novas ações judiciais, que rediscutirão todo o conflito novamente, podendo até não ser o mesmo objeto, mas tendo a mesma origem. Quando por exemplo em uma ação de separação e guarda, onde o juízo determinará de quem será a tutela da criança, e isso se dá através de uma sentença fria e crua, no futuro essas mesmas partes estarão no tribunal ou rediscutindo a guarda da criança, ou em uma situação mais delicada se falando em alienação parental, pois o conflito estabelecido lá atrás não foi resolvido em sua integridade. Uma sentença em um processo, traz apenas uma solução momentânea, não a uma reparação de vidas, de alma.

Utilizando o exemplo acima, através da concepção do Direito Sistêmico, desenvolvido por Sami Storch, não se propõe a solucionar o conflito fazendo com que os pais se reconciliem e desistam da separação, apesar de tal situação também pode ocorrer, ele se coloca como um mecanismo de conciliação onde as partes podem verdadeiramente compreender o sentido do seu problema, primeiramente olhando para si para o seu sistema, desta forma, entendendo a si mesmo, quando olhar para o outro será mais fácil compreender porque aquela relação não prosperou.

O Direito brasileiro, por meio da resolução n.125/10 do CNJ, da Lei de Mediação e do Novo Código de Processo Civil fomentam e normatizam a transformação da cultura jurídica brasileira do modelo litigioso para o paradigma da solução consensual e pacífica de conflitos. Combinado com a Filosofia Hellingeriana, a visão do Direito Sistêmico e a Constelação Familiar, potencializam esse caminho de transformação no modo de resolver conflitos. Claramente não é uma receita mágica, que a simples aplicação desses conceitos resultará na solução pacífica dos conflitos, exige das partes um mínimo de esforço para aceitarem e reconhecerem seus problemas, saindo assim de uma postura defensiva, se dispondo a dividir a responsabilidade pelo caso, podendo assim negociar. Essa postura deve partir

não somente nas partes envolvidas no conflito, mas também de todos aqueles envolvidos no processo, desde dos advogados, até o Juiz. Para que o Direito Sistêmico apresente resultados, todos devem estar envolvidos e dedicados na busca da solução verdadeira.

Percebeu-se com a confecção do presente artigo, através das pesquisas realizadas e das leituras a respeito do tema, que o Direito Sistêmico e a Constelação familiar são mecanismos eficazes no auxílio das técnicas de resolução de conflitos, trazendo maior clareza a respeito das motivações das lides e proporcionando uma humanização do judiciário em suas posturas resolutivas. Tal afirmação é corroborada pelo próprio CNJ que no final do ano de 2016 reconheceu que a Constelação Familiar tem ajudado a humanizar as práticas de conciliação no Judiciário, inclusive estando em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010. Desta feita, não resta dúvida da eficácia destes sistemas, e o quanto eles têm contribuído para uma boa prática do Direito.

Assim, encerra-se este artigo, acreditando que por mais reduzido que o espaço permitido para discorrer sobre o tema tenha praticamente se esgotado, a temática é ampla e necessita de estudos mais aprofundados, ficando assim o incentivo aos acadêmicos e operadores do Direito para ingressarem nessa nova seara, que é vasta, mas repleta de muita riqueza. Acreditando também que toda e qualquer filosofia, ciência ou prática por ser falha, mas sempre deve-se buscar o melhor caminho, mais fácil, o que não implica dizer que seja simples, mais justo e harmônico. Conclui-se assim mais um trabalho, dentro da academia, com a alegria de ter descoberto uma nova visão de mundo e do Direito, ambos a partir de um olhar sistêmico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federativa da República do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 10/09/2017.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 09 set. 2017.

\_\_\_\_\_. CNJ. Resolução n.125/10 CNJ de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 10/09/2017.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10/09/2017.

\_\_\_\_\_. Lei 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. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em 10/09/2017.

CÉSPEDES, Adele Speck Rendón. A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação. 2017. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, UFSC, Florianópolis, 2017.

DIAS, Cristiana Kaipper. As Contribuições Da Teoria Sistêmica De Berthellinger Para A Compreensão Das Relações Humanas E Resolução De Conflitos. C&D-Revista Eletrônica da Fainor, Vitória da Conquista, v.7, n.1, p.3-17, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/310787854/AS-CONTRIBUICOES-DA-TEORIA-SISTEMICA-DE-BERT-HELLINGER-Cristiana-Kaipper-Dias>>. Acesso em 08 de set. 2017.

HELLIGER, Bert. Simone Arrojo com Bert Hellinger e Mathias Bronk. Entrevista In: Radio Mundial: Virando a página. Publicação em 12 de agosto de 2015. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=oQ3J704jmh4>. Acesso em 10/09/2017.

MASIERO, Anna Carolina. Aplicabilidade Da Constelação Sistêmica No Âmbito Do Direito. 2016. 37 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Pará de Minas, Pará de Minas, 2016.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni; ALEMAR, Aguinaldo; BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. Direito civil constitucional: a norma constitucional como componente do sistema civil. In: Revista Horizonte Científico, Uberlândia. v. 4, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<https://ssl4799.websiteseuro.com/swge5/seg/cd2008/PDF/IC2008-0107.PDF>>. Acesso em: 10/09/2017.

ROSA, Amilton Plácido da. Direito sistêmico: A Justiça Curativa, De Soluções Profundas E Duradouras. Mpespecial, Campo Grande, v. 11, n. 2, p.50-57, jan. 2014. Mensal. Disponível em: <[https://issuu.com/mthayssa/docs/revista\\_final\\_site2/50](https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50)>. Acesso em: 08 set. 2017.

STORCH, Sami. O que é o Direito Sistêmico. Artigo. Data da publicação 29/11/2010. Disponível em <<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-edireito-sistemico/>>. Acesso em 09 de set 2017.

\_\_\_\_\_. As primeiras experiências com constelações sistêmicas no judiciário. Artigo. In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – n.04. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>>. Acesso em 09 de set 2017.

# A ARBITRAGEM SOB UM ASPECTO COMPARADO ENTRE O BRASIL E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

Rebeca Resende de França Rodrigues<sup>3</sup>

## RESUMO:

O presente trabalho visa analisar a arbitragem sob a ótica privada nacional e a arbitragem sob um olhar internacional, através de seu uso pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, com o intento de trazer um método comparativo entre tais procedimentos, a fim de que observe suas similaridades e distinções. Para tal, busca conceituar, no delinear do estudo, sobre crise e conflito, a fim de perceber como surgem as controvérsias entre particulares e entes públicos, bem como perpassa por explicações em torno dos modelos adequados de resolução de conflitos, demonstrando a importância das negociações diretas, mediação, conciliação e arbitragem. E ainda, aprofunda trazendo discussões sobre as correntes doutrinárias acerca do tema da arbitragem e suas peculiaridades. Após feitas as considerações, tem-se que a arbitragem nacional privada e a arbitragem utilizada no Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL possui distinções técnicas, mas com similitudes no que tange o seu objetivo, qual seja o de solucionar o conflito de forma mais célere, especializada e próxima da realidade da controvérsia, de modo a promover o entendimento e cooperação entre as partes litigantes.

**Palavras-chave:** Solução de controvérsias; Arbitragem privada; Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL; Procedimento arbitral.

## ABSTRACT:

This study aims to analyze arbitration from a private national perspective and arbitration under an international perspective, through its use by the MERCOSUR Ad Hoc Arbitral Tribunal, with the intention of bringing a comparative method between such procedures, in order to observe its similarities and distinctions. To do this, it seeks to conceptualize, in the delineation of the study, on crisis and conflict, in order to understand how controversies arise between individuals and public entities, as well as explaining the appropriate models of conflict resolution, demonstrating the importance of the negotiations mediation, conciliation and arbitration. And, further, it deepens bringing discussions about the doctrinal currents about the subject of the arbitration and its peculiarities. After the considerations have been made, it is possible that the private national arbitration and the arbitration used in the MERCOSUR ad hoc Arbitral Tribunal have technical

---

<sup>3</sup> Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, pós-graduanda em Direito Imobiliário pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.  
E-mail: rebecaresendef@gmail.com

distinctions, but with similarities in their objective, which is to solve the conflict more quickly, specialized and close to the reality of the controversy, in order to promote understanding and cooperation between the disputing parties.

**Keywords:** Alternative dispute resolution; Private arbitration; MERCOSUR ad hoc Arbitral Tribunal; Arbitration proceedings.

## 1. Notas introdutórias

Sobre a dificuldade de viver em sociedade, perceber seus possíveis desdobramentos e encarar uma realidade diferente do esperado, responde-se: o mundo está em crise. Mas, que tipo de crise é esta? A crise pode ser política, social, ética, econômica, ambiental, jurídica, cultural e até mesmo em cenário internacional.

São desafios diários que colocam a sociedade nesta situação, e assim encaram-se rupturas e incertezas diante do cenário atual, em que se procuram maneiras de resolver a crise que gerou conflitos. Pois, em um mundo completamente mergulhado em diversidade de opiniões, em que as pessoas buscam cada vez mais pelo Poder Judiciário, a fim de resolver suas demandas, eis que surgem possibilidades extrajudiciais para minimizar os danos decorrentes da demora e da necessidade de recurso. Dentre elas, estão a mediação, conciliação e a arbitragem.

Tem-se as soluções de controvérsias como um passo à frente sobre a litigância dos conflitos, encarando-se, portanto, um aspecto paliativo para sana-los, em que, conseqüentemente, sua crise será igualmente retratada. Cada qual dessas soluções têm sua devida adequação, posto que a mediação é tida como uma forma de solver determinados conflitos através da figura de um terceiro imparcial, que atuará tão somente no sentido de facilitar o diálogo entre as partes, não fazendo sugestões a respeito do acordo. A conciliação, por sua vez, possui quase as mesmas características da mediação, no entanto, diferencia-se diretamente quanto à atuação do terceiro imparcial, em que atuará com uma postura mais ativa, além de incentivar o consenso, demonstrará possibilidades de acordo para as partes, enquanto que o mediador apenas facilita o diálogo. Por fim, tem-se a arbitragem, a qual possui uma decisão irrecorrível, ou seja, não existe um Tribunal específico que revise ou reforme a sentença, e o terceiro que julga é escolhido pelas partes, muitas vezes sendo um profissional habilitado na área.

Sob o aspecto internacional dos litígios, vê-se a aplicação da arbitragem no Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, ou seja, o pensamento de solução alternativa, ou adequada, de conflito também se fez presente entre os Estados-Partes constituintes do Mercado Comum do Sul, em seus litígios cuja natureza refere-se às relações financeiras e aduaneiras dos seus países. Nas linhas que se seguem, observar-se-ão suas similaridades, dentro do possível, quanto à utilização da

arbitragem em momento de crise entre as nações, a qual gerou um conflito e que, possivelmente, deva ter sido sanada através a decisão proferida pelos árbitros eleitos por cada país, bem como ocorre em ambiente nacional e privado, no Brasil. Ou seja, haverá a comparação entre o aspecto procedimental arbitral no Brasil, e o procedimento arbitral entre os países pertencentes ao MERCOSUL, nos quesitos objetivos de cada um deles.

O presente trabalho é fruto de debates intensos na disciplina Direito da Integração Econômica, no Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, a respeito dos laudos arbitrais proferidos pelo Tribunal *ad hoc* do MERCOSUL. E assim, estudos serão realizados de modo a demonstrar que a solução de controvérsias também deve ser aplicada em âmbito internacional, entre poderes públicos, a fim de garantir uma cooperação entre as nações.

## **2. Crise e conflito: delimitações conceituais**

O conceito de crise, embora delimitado de acordo com a sua ocorrência em cada área do conhecimento, configura-se por ser interdisciplinar, ou seja, a crise, em seu aspecto cru, está presente em todos os ramos, desde a gastronomia à arte, por exemplo. Profissionais de todas as áreas podem apontar facilmente os seus momentos de crise durante o labor, bem como o que veio depois disso, no caso, o conflito.

A crise na esfera social ilustra bem o aspecto do conflito. Hegel diria que a crise está intrínseca ao espírito do nosso tempo, ou seja, diante das constantes transformações no cotidiano das pessoas, no que tange a evolução social, as incertezas e receios sobre o que está por vir sempre será uma característica da sociedade. E assim, a crise será encarada de diferentes maneiras a depender do tipo de sociedade, e da época em que ela se insere.

Atualmente, o momento de crise está sempre nos círculos de debates entre as pessoas, seja a crise política ou jurídica. E, talvez, a crise também tenha o seu aspecto positivo, quando através dela a sociedade puder rever seus conceitos consolidados, apontando possíveis erros e construindo soluções a partir disso. No entanto, deve-se sempre ter cuidado com os desdobramentos, dentre eles estão os conflitos. Em última análise, conflitos são considerados enquanto um confronto de interesses, ou seja, opiniões e desejos distintos são colocados frente à frente, de modo a não encontrar um denominador comum.

Então, são duas situações hipotéticas que não conseguem viver em um mesmo âmbito simultaneamente, mas que se bem ordenadas podem trazer grandes mudanças sociais através dos seus aprendizados. E, em sendo assim, pode-se observar que os conflitos possuem características para então conseguirem se manifestar na vida das pessoas, dentre elas sua natureza entre intersubjetivo ou

social (ZAPPAROLLI, 2012), ou seja, ocorre entre indivíduos por eles serem dotados de sentimentos por possuírem honra subjetiva, como aduz o Direito Civil. Além disso, os conflitos podem ocorrer no âmbito comunitário, privado, saúde, educação, habitação e, principalmente na Justiça – a qual está diretamente inserida no objetivo do presente trabalho. Suas motivações são, por conseguinte, oriundas de fatores de risco preponderantes, tais como distúrbios sociais, problemas estruturais, baixa renda, acidentes, enfim, a sociedade está cercada por momentos de crise que geram diretamente a ação de conflitos.

De igual forma, percebe-se essa mesma influência dos conflitos entre os países, ou seja, Estados-Parte de cada bloco econômico, posto que diante de desentendimentos financeiros a integração entre eles estará diretamente afetada, desaguando em um momento de crise bastante preocupante. Falta de comunicação e interesses individuais são alguns dos fatores indicativos para a criação de um conflito entre eles, como por exemplo, Brasil e Argentina quanto ao comércio de produtos têxteis.

Mas, observando todo esse quadro abatido por problemas sociais, estruturais, políticos e econômicos, de que forma os indivíduos e entidades podem vislumbrar um horizonte de possibilidades solúveis? Observe-se adiante.

### **3. Soluções de controvérsias enquanto métodos adequados para sanar a crise e o conflito**

Enquanto possíveis soluções de controvérsias estão a negociação direta, mediação, conciliação e arbitragem. E, para que haja uma adequação de seus usos para cada tipo de conflito, disputa ou problema, entende-se que alcançar a funcionalidade do instrumental e da metodologia de gestão de conflitos, é necessário haver a escolha correta da via possível e assimilável para aquele determinado contexto de conflito, (ZAPPAROLLI, 2008).

Para isto, se torna deveras importante encontrar o mecanismo de resolução de conflito preciso para a situação, uma vez que cada matéria merece uma atenção especial em virtude de sua natureza. E por isso, faz-se importante perceber, por exemplo, que a mediação não atua em face de discussão de posições/direitos, mas sim, em face dos interesses das partes, pois ela busca compreender o conflito em sua intimidade, para assim alcançar a discussão proveitosa.

Tem-se, assim, que existem situações que as próprias partes podem discutir entre si, não sendo imprescindível a presença do terceiro facilitador (mediador). E este tipo de resolução é denominado como negociação, ou seja, apenas os interessados no conflito podem tentar resolvê-lo da melhor maneira para ambos. Enquanto que a mediação pressupõe a necessidade da existência desse terceiro imparcial, e que a partir daí poderá utilizar-se de estratégias da mediação.

E, trazendo à lume a discussão a respeito da solução de controvérsias entre os países pertencentes ao MERCOSUL, observa-se que a negociação direta também se faz presente diante de um conflito dentro do bloco econômico. Controvérsia consiste em um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direitos. Desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou uma situação (AMARAL JÚNIOR, 2013). E assim, na ausência da solução do determinado conflito, dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos internacionais encontram-se os judiciais e os arbitrais, estes últimos serão tratados posteriormente. Mas, de modo a compreender o que de fato é essa adequação, faz-se interessante distinguir e demonstrar as aptidões de cada tipo de solução de controvérsia apontada.

Como todo estudo bem ampliado no mundo, a mediação possui técnicas e modelos diferentes que foram discutidas nos Estados Unidos da América e influenciou o Brasil, e o modelo adotado pelo Brasil foi o da mediação voltada para a solução de problemas, (SOUZA, 2013). A partir desse modelo, subdivide-se entre mediação facilitadora e avaliadora, em que aquela faz com o que o mediador atue em face da orientação às partes, e esta faz com que o mediador atue utilizando uma previsão da solução do conflito. É importante que o mediador seja uma pessoa sensível à situação, a fim de consiga enxergar até o que não foi dito pelas partes, tendo em vista que em meio a um conflito as pessoas perdem a vontade de compreender-se, falando inclusive o que não tinha intenção. Dessa forma, o mediador promoverá a transformação do conflito fazendo com que seja encarado enquanto uma vitória para ambas as partes, e assim, estariam diante de uma mediação transformativa, sendo mais cautelosa e sensível, esquecendo-se as posições e focando nos reais interesses das pessoas.

Importante ressaltar que a mediação pode ser utilizada em diversos tipos de conflitos, sejam eles em ambiente comunitário, empresarial, escolar, familiar, consumerista, trabalhista, político, cidadania, penal, direitos humanos, entre outros. Tal ampliação de aplicabilidade se dá pelo fato da mediação possuir a solução mais fácil, por ser a menos durável, e assim, utilizar-se da mediação se torna mais interessante do que buscar um processo judicial. No entanto, embora a amplitude de aplicação seja tamanha, não se pode utilizar a mediação em tudo, como por exemplo, em casos de grave violência no ambiente doméstico.

No que tange a conciliação, embora possua características similares, esta pode ser confundida com a mediação por alguns estudiosos, por se tratar também de um método autocompositivo, no entanto, sua maioria tende a diferenciá-las. Lília Maia de Moraes Sales (2003, p. 38) aponta a diferença no sentido de que:

A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo

judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Isto é, a conciliação interfere no momento da tentativa do acordo, sugerindo soluções, mas, ocorre em situações episódicas, não construindo uma relação continuada, como na mediação. E assim, suas sessões tendem a ser mais rápidas e não adentram, necessariamente, na raiz do problema. Diferentemente da resolução judicial, em que a decisão fica a cargo de um juiz, a autoria das decisões ocorridas através da mediação e da conciliação cabe às partes envolvidas no litígio. Isto é, há um empoderamento das partes, cabe a elas definirem suas realidades e o que realmente precisam enquanto solução.

Por fim, a arbitragem caracteriza-se por ser um método heterocompositivo de solução de controvérsias, diferentemente da mediação e da conciliação, uma vez que há um terceiro que julga diretamente o caso diante de seus conhecimentos específicos a respeito deste. Pois, o árbitro é escolhido através de sua experiência no ramo da arbitragem, mas, principalmente, pela sua competência sobre o tema em específico, podendo ser um médico, engenheiro ou advogado.

De igual forma, as partes devem exercer sua autonomia da vontade, escolhendo, em consenso, a arbitragem como mecanismo mais adequado. Daí a ideia de chamar as soluções de controvérsias como meios adequados de resolução de conflitos, e não mais alternativo, como outrora. Tendo em vista que a aplicabilidade de cada um desses métodos, deve ser encarado da forma mais aproximada de sua situação.

A aproximação entre mediação e arbitragem refere-se ao fato de ambos se tratarem de métodos eminentemente privados de composição de conflitos, embora aquele seja autocompositivo, e este seja heterocompositivo. E assim, são conduzidos por terceiros escolhidos pelas partes conflitantes para solução do litígio. As disparidades entre esses dois métodos são interessantes: a figura do mediador coopera para o resgate da comunicação, ou seja, transforma o conflito, promovendo a atuação das partes enquanto identificadora de uma solução conveniente; já o árbitro possui a função de um terceiro julgador que decide de forma imperativa, de acordo com seus conhecimentos técnicos sobre o tema. Assim, a mediação se aproxima da conciliação (em que o terceiro facilitador não tem poder decisório), enquanto a arbitragem rememora a solução jurisdicional, (TARTUCE, 2013).

“A utilização da arbitragem, no Brasil, está recebendo, em progressão geométrica, preferência de vários estamentos sociais” (DELGADO, 2000, eletrônico), e embora muitos acreditem que tal instituto é algo recente, a arbitragem foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, com reprodução no Código de 1973, e atual Código de 2015, bem como recepcionada na Carta Magna de

1988 através do art. 114, §1º, vez que frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros para a solução do feito, em caso de situações trabalhistas. E, atualmente, está sendo regulada pela Lei nº 9.307/96.

Mas, quanto ao procedimento da arbitragem, este será debatido quando da comparação entre a arbitragem no Brasil, e a arbitragem entre os países pertencentes ao MERCOSUL.

#### **4. A arbitragem e suas correntes doutrinárias**

Primeiramente, ao apontar uma possível comparação entre a arbitragem privada nacional e o método de arbitragem escolhido entre os países pertencentes do MERCOSUL, metodologicamente falando, se torna interessante explicar do que se trata uma arbitragem institucional e a *ad hoc*, esta escolhida à época para solucionar os 10 (dez) casos diante do MERCOSUL.

Desta feita, em breves linhas entende-se que a arbitragem institucional é considerada a forma mais segura, com todo o serviço de secretaria realizado e fixado pela própria Câmara de Mediação e Arbitragem, ou seja, todo o procedimento arbitral será de responsabilidade desta. Enquanto que a arbitragem *ad hoc*, em explicações referentes ao direito brasileiro, traz as disposições fixadas pelas partes, ou ainda pelo árbitro. Lembrando que a constituição da arbitragem deve ser feita em número ímpar, isto é, os árbitros devem estar sozinhos, ou em número de 3 (três), até mesmo 5 (cinco), a depender do caso concreto, em vista de sua possível dificuldade. Sendo esta, a primeira e interessante diferença entre as aplicações dos institutos.

Quanto às correntes que explicam a arbitragem, existe a preocupação em trazer uma ideia de natureza jurídica para este instituto de solução adequada de conflito, sendo, doutrinariamente, elencada em três: Contratual ou Privatista, Jurisdicional ou Publicista, e a corrente Mista ou Híbrida. No que tange à corrente Contratual, tem-se que esta se caracteriza dessa forma por trazer especificidades de obrigações mútuas entre as partes conflitantes, sendo o vínculo entre os árbitros e as partes de natureza contratual, em que se consideraria negócio jurídico e daria ao árbitro tão somente a função de solucionar o conflito, e não de impor a sua decisão às partes, posto que este seria o papel do Estado, (CAHALI, 2012). Já a corrente Jurisdicional entende que existe o poder decisório, sendo uma “verdadeira atividade jurisdicional, e, prova disso, é a lei ter outorgado poderes, ao árbitro, para dirimir os conflitos de interesse das partes” (BERALDO, 2014, p.5), adotada de forma majoritária pela doutrina.

Por fim, a corrente Mista ou Híbrida traria, como o próprio nome diz, uma junção das duas correntes anteriores, nascendo de uma obrigação contratual e passando a ser de caráter decisório. Cretella é um dos doutrinadores que consideram esta teoria, ao aduzir que “a arbitragem tem natureza

jurídica mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo de Direito” (CRETELLA NETO, 2004, p. 15). No entanto, existe ainda a possibilidade de uma quarta corrente, denominada Autônoma, a qual trata-se de “sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente” (CAHALI, 2012, p. 88), mais utilizada em arbitragens internacionais, sendo necessário ainda observar o conceito de jurisdição para examinar as teorias acima.

Dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos internacionais encontram-se os judiciais e os arbitrais, os quais, estes últimos surgem através dos sistemas de solução de controvérsias referentes ao Direito Internacional do Comércio. De forma a entender a criação desse sistema alternativo de resolução de conflitos, empreende destacar que o instrumento que criou a figura do MERCOSUL foi o denominado Tratado de Assunção em 1991, através do Protocolo de Brasília, em 17 de dezembro de 1991, e modificado no final de 1994, pelo Protocolo de Ouro Preto, firmando-se assim, o Protocolo de Brasília de Solução de Controvérsias. A natureza dos conflitos que devem ser solucionados perante o Tribunal são de natureza das relações financeiras e aduaneiras entre os países, por exemplo, assuntos sobre exportação de frangos ou produtos têxteis.

A título de exemplo da legislação, a arbitragem se encontra prevista no ‘Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina’, em seu artigos 736 a 773, bem como nos Códigos de Procedimientos Cíveis e Comerciais de cada Província Argentina. Já no Brasil, a arbitragem se encontrava prevista no Código de Processo Civil, mas fora derogado pela Lei n. 9.307, que passou a dispor a respeito de todos os conceitos e procedimentos da arbitragem no país.

Em se tratando do MERCOSUL, objeto direto da comparação do presente estudo, os Estados-partes, quais sejam, a Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai acreditaram que existiria uma forma de solucionar seus conflitos entre si, bem como entre eles e os particulares, e ainda entre os próprios particulares, (PEREIRA; TALAMINI, 2010). Desta feita, diante da preocupação de promover a convivência pacífica, os Estados estabelecem restrições e modos de atuação através de sistemas normativos. Uma vez descumpridas as ordens da boa convivência comercial, eis que o Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL é ativado.

E assim, para se chegar à utilização do Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, eram necessárias a passagem por 3 (três) fases: 1) A fase política obrigatória, ou seja, negociações diretas entre os representantes dos Estados-Parte conflitantes, a fim de que conseguissem solucionar o problema sem precisar judicializar; 2) Se não lograssem êxito nas negociações diretas, o Grupo Mercado Comum<sup>4</sup> iria interferir atuando enquanto conciliador, formulando recomendações; 3) Então, se fracassadas as tentativas de solução diplomática e política, através de acordos, constituía-se um

---

<sup>4</sup> O Grupo Mercado Comum, criado através do Tratado de Assunção, é o órgão decisório executivo do MERCOSUL, responsável por negociar acordos com terceiros em nome do referido bloco econômico.

Tribunal Arbitral *ad hoc*, o qual deveria proferir um laudo definitivo acerca do conflito, laudo este que deveria ser realizado por 3 (três) árbitros, sendo um de cada Estado-Parte, e um árbitro presidente de outros país escolhido por estes.

Observa-se assim, certa similaridade entre o sistema de solução de conflitos realizados no Brasil, daí surgiu o interesse de demonstrar até onde essa comparação pode ser em um aspecto singular, ou diferencial. Posto isso, segue-se a respeito.

## **5. Procedimentos na arbitragem privada e na arbitragem internacional comercial do MERCOSUL: um método comparativo**

Em se tratando do MERCOSUL, há relatos de que os Estados-Parte consideraram vigentes a instância arbitral a partir da instalação do tribunal arbitral *ad hoc*, isto é, desde o momento em que os árbitros concordaram com a incumbência de resolver o litígio existente entre as partes, através de seus conhecimentos acerca do conflito (LEE, 2009). Quanto ao Brasil, a arbitragem e demais soluções de controvérsia surgiram da necessidade do acesso à justiça, que embora seja uma discussão antiga, ensejou apenas nos últimos anos a inevitabilidade de trazê-las para a realidade prática do Judiciário.

Logo que instaurado o litígio diante de uma Câmara de Arbitragem, o procedimento arbitral será regido de acordo com a vontade das partes, posto que estas apresentam uma cláusula compromissória presente no contrato, indicando-se que seja uma cláusula escalonada ou cheia, ou seja, específica em cada passo sobre como, quando e onde será realizada a arbitragem, principalmente em demonstrar se o conflito iniciará com a mediação, para só então ser necessário o uso da arbitragem. Sobreleva notar que tal cláusula deve estar posta em negrito com assinatura constando na própria cláusula, a fim de que demonstre que ambas as partes acordam com suas condições.

Mas, se não houver uma cláusula compromissória, será necessário um compromisso arbitral, este criado após a existência do conflito, em que seus requisitos constam do artigo 10 da Lei de Arbitragem, nº 9.307/96, devendo haver a qualificação do árbitro, lugar onde será feita a sentença, e se for estrangeira, será o único caso de necessidade de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça. É interessante que se nomeie árbitros substitutos, e estipular um prazo satisfatório para entrega da sentença<sup>5</sup>, pois se não entregar no prazo, poderá ser caso de nulidade.

Quanto ao procedimento no MERCOSUL, após a instalação do tribunal arbitral, a instrução do procedimento deverá obedecer às regras estipuladas pelas partes. Sobreleva ressaltar que o Brasil traz a única legislação, dentre os países pertencentes ao MERCOSUL, que adota

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9307.htm>>. Acesso em: 05 set. 2017.

procedimentos quanto à oitiva de testemunhas, e até mesmo sobre produção de provas. O artigo 22, § 5º da Lei de Arbitragem, também estipula que, no caso de um árbitro ser substituído, o novo poderá repetir as provas já realizadas. E, ainda, a lei aplicável ao Acordo Arbitral é a adotada através da livre eleição das partes e, subsidiariamente, pela lei do Estado sede da Arbitragem, (PEREIRA; TALAMINI, 2010).

Apontando como diferença no quadro comparativo entre a arbitragem privada nacional e a arbitragem do MERCOSUL, tem-se que deve haver um trio de árbitros, e seu prazo para solução do litígio é de, necessariamente, 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta). Em seu laudo, irá constar, sistematicamente, todas as reclamações realizadas pelo Estado-Parte autor, bem como a respondido Estado-Parte réu. Ou seja, nele constará, em regra, a) designação dos árbitros: presidente e árbitro de cada Estado-Parte; b) notificação ao presidente sobre sua nomeação; c) constituição dos domicílios legais; d) submissão da apresentação e contestação (princípio do contraditório); e) preocupação com prazos; f) provas documentais de cada uma das partes são admitidas e apresentadas reciprocamente; g) alegação das partes; h) apresentação do objeto de controvérsia; i) conclusão e decisão.

E, tocando no ponto a respeito da estrutura do laudo arbitral, a sentença da arbitragem privada nacional deve conter alguns dos mesmos requisitos da sentença da arbitragem do MERCOSUL, no entanto, de modo comparativo, traz suas especificidades. Vê-se assim: a) relatório; b) nome e qualificação das Partes; c) disposições sobre o Tribunal Arbitral; d) a convenção de arbitragem; e) sobre o procedimento; f) fundamentação; g) pleitos das partes; h) como ficarão os custos e despesas da arbitragem, bem como os honorários de advogado; i) dispositivo da solução.

No que tange à sentença arbitral da arbitragem privada, configurado enquanto um laudo inapelável acerca do conflito, esta não se submete, em regra, a recurso, sob o intuito de tratar novamente sobre o seu mérito ou seus fundamentos, tampouco necessita de homologação judicial para vigor. Isto faz com que com que se tenha uma solução da problemática em um menor espaço de tempo, trazendo maior efetividade ao acesso à Justiça. No entanto, de maneira excepcional, a parte interessada pode buscar junto ao Judiciário o reconhecimento da nulidade da sentença, quando verificada a ausência de algum requisito formal essencial, (PACHECO, 2014).

De modo comparativo, a priori, acontece no MERCOSUL o fato de que seus laudos são considerados inapeláveis, passíveis, apenas, de pedido dirigido ao tribunal *ad hoc* que proferiu a decisão, de esclarecimento ou interpretação da forma como deveria ocorrer o cumprimento. Ou seja, de forma diferente do que acontece na arbitragem privada nacional, a arbitragem no tribunal arbitral *ad hoc* do MERCOSUL não é sujeita a um órgão judicial a fim de rever possível nulidade em sua sentença, mas sim uma explicação do próprio tribunal a respeito de algo que ficara obscuro.

No entanto, por fim, existe a figura do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL que traz a ideia da função recursal, posto que o Protocolo de Olivos admite um procedimento de revisão, disposto em seu artigo 17, que aduzirá que qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do Laudo proferido pelo Tribunal Arbitral *ad hoc*, no prazo de até 15 (quinze) dias a partir da notificação da sentença, contudo, a matéria deverá se restringir às questões de direito tratadas no desenvolvimento do próprio laudo. O TPR é um órgão permanente e jurisdicional composto por até 5 árbitros, com função contenciosa e consultiva, tanto como via recursal dos tribunais *ad hoc* quanto como primeira instância, e assim sua decisão irá trazer a confirmação ou reforma do laudo.

## **6. Considerações finais**

Perceber o instituto da arbitragem de maneira isolada é desconsiderar a magnitude de sua aplicabilidade, ou seja, é esquecer do que as soluções de controvérsias são capazes diante de um conflito que aumenta exponencialmente quando levado ao Judiciário. Mas, é interessante lembrar também que os meios alternativos não se exaurem na mediação e arbitragem, por exemplo. À guisa de paradigma, os norte-americanos utilizam de várias outras modalidades existentes, do mesmo modo que a própria arbitragem tem, isoladamente, linhas e abordagens variadas a depender do conflito.

A crise e o conflito estão presentes por onde a sociedade estiver, são características da convivência humana, e na atuação do bloco econômico MERCOSUL enquanto uma união para a cooperação comercial entre os países não estaria imune de tais conflitos. São resoluções mal interpretadas, falta de diálogo entre os representantes dos Estados-Parte, e também, conflito entre particulares e seu poder público. E, de igual forma, a própria sociedade civil brasileira também está presente nos conflitos sociais, políticos e econômicos, de modo que a adoção de métodos adequados de resolução de conflitos podem ser a melhor postura diante de um quadro judicial extremamente abarrotado com, várias vezes, processos que poderiam ser resolvidos extrajudicialmente.

Em suma, as diferenças entre os institutos se dão pela forma utilizada e escolhida, ou seja, na arbitragem nacional a forma mais segura a ser utilizada é a escolhida e realizada pela própria Secretaria da Câmara de Mediação e Arbitragem, já na arbitragem do MERCOSUL, a forma é escolhida pelas partes, embora também tenha o serviço de Secretaria do próprio Tribunal. Outra diferença é que na nacional não precisa, necessariamente, passar por todas as fases do sistema de conflitos, podendo ir direto para a arbitragem, embora seja interessante manifestar a possibilidade de acordo através da mediação. E, na internacional deve passar por fases obrigatórias, sendo necessário haver a tentativa da negociação direta entre os representantes dos Estados-Parte, após isso o Grupo Mercado Comum deve atuar enquanto conciliador, para só então partir para a arbitragem. E, enquanto

semelhanças, entende-se que ambos os institutos têm a abertura de escolher seus árbitros, bem como são sentenças/laudos inapeláveis.

O intuito do presente estudo, foi perceber que tais variantes entre a arbitragem privada nacional e a arbitragem do Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL não mudam a sua essência e objetivo de tentar sanar os conflitos de maneira mais célere, especializada e próxima do litígio, posto que o que diferem são prazos e estruturação da sentença arbitral. Desta feita, há que se considerar que o desafio atual da sociedade é compreender que seus conflitos possam ser objetos de meios de soluções adaptáveis a determinados tipos de problemas, vez que o meio de solução de controvérsia deve ser adequado, isto é apropriado àquela realidade apontada.

Portanto, para que haja um consenso, assim como o MERCOSUL é objeto direto de uma integração econômica, é necessário que a sociedade se renda de igual maneira. Integração esta que faz esquecer do particular, e pensar no coletivo, de modo a moldar-se uns aos outros, para que então sejam um só. Esta é mais uma comparação entre a sociedade civil e os países pertencentes ao MERCOSUL. Ambos precisam esquecer-se da competitividade, para poder viver em um estado de verdadeira interação e integração socioeconômica.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul. Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, vol.1, n.1, p.11-26, 2013.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº [9.307/96](#). 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 5.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. Revista de Direito Renovar, n. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8302>>. Acesso em: ago 2017.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008, p. 30.

LEE, João Bosco. Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115.

NETO, José Cretella. Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 15. 2011.

PACHECO, Nívea Maria Dutra. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: o processo arbitral e o processo judiciário. Revista eletrônica. 2014. Disponível em: [http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID\\_2014\\_19.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_19.pdf) Acesso em: set 2017

PEREIRA, Cesar Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público, 1ª edição. Saraiva, 05/2010. [Minha Biblioteca].

SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial / Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 448 p.

ZAPPAROLLI, C. R. (2008). A mediação em políticas públicas de justiça – mediação judicial em contexto de violência, crime de gênero e família. I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial. Brasília – TJDFT. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog\\_media.asp](http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp)>. Acesso em: set 2017

# A PERSPECTIVA DA NEGATIVA DA CLÁUSULA OBRIGATÓRIA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO PÓS REFORMA TRABALHISTA

Renata Gonçalves Souza<sup>6</sup>

Gabriela Noêmia B. de Assis Cavalcanti<sup>7</sup>

Laís Aparecida Pontes<sup>8</sup>

## Resumo:

O presente artigo faz uma análise acerca da cláusula obrigatória de arbitragem nos contratos de trabalho, dispositivo que nasce com a reforma trabalhista brasileira. Esta análise busca evidenciar que a arbitragem, apesar de aparentar a melhor solução para os conflitos trabalhistas, em muito desemboca por ferir os direitos dos empregados. Partindo deste viés, buscaremos definir a arbitragem e como se dá o procedimento arbitral, usando das teorias de Pinto (1998), Carmona (2009), Silva (2012) e Rezek (1997), bem como demonstraremos as falhas nas ferramentas usadas para conscientizar o trabalhador sobre a existência da cláusula de arbitragem, utilizando os pensamentos de Dissenha (2017) e Cavalcanti (2014). Posteriormente, com o apoio teórico de Dissenha (2017) e Silva (2012), veremos os impactos causados no mundo jurídico da arbitragem e do Direito do trabalho, assim como, a partir do apoio teórico do voto do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga da Sexta Turma do TST (RR 2253/2003-009-05-00), evidenciaremos a importância do acesso à justiça para o trabalhador brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; Reforma Trabalhista; Arbitragem; Cláusula de Arbitragem.

**Abstract:** This article analyses the mandatory arbitration clause in labour contracts, a device that is born with the Brazilian labour reform. This analysis seeks to show that arbitration, despite appearing the best solution for labour disputes, in the end, it results in harming the rights of employees. From this bias, we will try to define the arbitration and how the arbitration procedure occurs, using the theories of Pinto (1998), Carmona (2009), Silva (2012) and Rezek (1997) as well as demonstrate the flaws in the tools used to raise awareness the worker about the existence of the arbitration clause, using the thoughts of Dissenha (2017) and Cavalcanti (2014). Later, with the theoretical support of

---

<sup>6</sup> Acadêmica do 5º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Professora de História – UEPB, Especialista em Gestão de Políticas públicas em Gênero e Raça – UFPB e estudante da Especialização em Gestão Pública Municipal. E-mail: [renata.pibid@gmail.com](mailto:renata.pibid@gmail.com)

<sup>7</sup> Acadêmica do 5º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: [gabriela.noemia@hotmail.com](mailto:gabriela.noemia@hotmail.com)

<sup>8</sup> Acadêmica do 4º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: [layspontes@gmail.com](mailto:layspontes@gmail.com)

Dissenha (2017) and Silva (2012), we will see the impacts caused in the legal world of arbitration and labour law, as well as, based on the theoretical of Minister Aloysio Corrêa da Veiga of the Sixth Panel of TST (RR 2253/2003-009-05-00) we will highlight the importance of access to justice for the Brazilian worker.

**Keywords:** Labour Law; Labor Reform; Arbitration; Arbitration Clause.

## **Introdução**

Com o advento da reforma trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho perpassou por diversas transformações e uma delas diz respeito a cláusula obrigatória de arbitragem nos contratos de trabalho. Ocorre que, apesar de a primeira vista parecer uma boa oportunidade para uma resolução de conflitos mais célere e econômica, a arbitragem, como veremos adiante, não se coaduna com os casos de conflitos trabalhistas, haja vista a falta de igualdade entre as figuras do empregado e empregador. Tendo em vista essa problemática que acabará por ferir direitos trabalhistas, buscaremos discutir brevemente sobre o tema a partir de quatro momentos.

No introito da temática, com o apoio teórico de Pinto (1998), Carmona (2009), Silva (2012) e Rezek (1997), elucidaremos o que é a arbitragem, como se dá o processo arbitral do ponto de vista da vontade das partes, bem como desmistificar a ideia de novidade que a arbitragem traz, quais lugares ocupou no ordenamento jurídico e seu local atual.

Em um segundo momento, após já delimitar o assunto da arbitragem, verificaremos, com o auxílio de Dissenha (2017) e Cavalcanti (2014), que apesar das ferramentas utilizadas para alertar ao empregado da existência cláusula de obrigatoriedade da arbitragem no contrato que está prestes a firmar com o empregado, estas se tornam falhas, haja vista que este se encontra em posição de sujeição ao empregado, não podendo discutir a inserção da cláusula ou não, tendo em vista os índices de desemprego no país, acabando por aceitar as condições que lhe forem impostas. Além do mais, discutiremos os custos processuais elevados para o trabalhador quando ingressa na seara privada da arbitragem, quando poderia ter acesso à justiça gratuita.

Em terceiro tópico, com a ajuda de Dissenha (2017) e Silva (2012), mostraremos em quais artigos a arbitragem foi inserida na CLT, bem como discutiremos sobre a cláusula compromissória e os impactos causado entre o mundo da arbitragem e o Direito do trabalho. Além disso, iremos refletir acerca da autorização da arbitragem quando nos contratos individuais de trabalho.

Em último momento, com o auxílio teórico do voto do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga da Sexta Turma do TST (RR 2253/2003-009-05-00), falaremos sobre a importância da tradicional via judicial para o empregado brasileiro como o exercício pleno do direito à justiça, bem como discutiremos sobre negação da cláusula quando a ocasião for oportuna para o trabalhador.

Retornaremos ao questionamento da igualdade entre as partes, um ponto fundamental quando na arbitragem, assim como demonstrar o vício desde a pactuação no contrato de trabalho, quando não resta saída ao empregado.

### **Arbitragem, o que é, e o porquê não deve ser aplicada no âmbito do trabalho**

Desde os tempos antigos, ainda remontando a antiga Roma, a arbitragem já era usada na decisão de conflitos pelo seu caráter de efetividade e rapidez, uma vez que a melhor solução dada entre pessoas que se encontravam em conflito seria a apontada por uma terceira pessoa que detém imparcialidade para tal. Com o passar do tempo a arbitragem foi oscilando entre ser e não ser aceita dentro dos ordenamentos jurídicos de vários Países ao redor do mundo, por consequência no Brasil não foi diferente. (CAVALCANTI, 2014).

Atualmente, muito se fala da arbitragem como a nova cereja do bolo, como algo inédito que surgiu para desafogar o judiciário de tantos processos, no entanto, a mesma, como já foi mencionado, é tão antiga quanto a existência do próprio judiciário, porém devido ao crescimento do monopólio do Estado, na pacificação dos conflitos, ela foi perdendo espaço como uma opção de resolução de controvérsias.

No Brasil, não é novidade termos a matéria resguardada nos dispositivos jurídicos, mostra disso é o antigo Código Civil de 1916 que já trazia à baila este instituto, posteriormente sendo abordado no CPC de 1973. Entretanto é com a Lei nº lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 que efetivamente a arbitragem ganha corpo em nosso ordenamento jurídico e ainda, é com as transformações trazidas pela lei nº 13.129/15, que o instituto ganha maior amplitude dentro da sociedade.

Quando falamos em arbitragem, temos a ideia geral de que se trata de uma solução apresentada por um terceiro, o que está correto, mas o que dizem os doutrinadores a respeito desse instituto? Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, a arbitragem pode ser entendida como um processo que procura solucionar conflitos jurídicos por meio da intervenção de um terceiro (PINTO, 1998), já para Carlos Carmona que aponta para uma definição mais ampla, a arbitragem pode ser entendida como um:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de

quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2009, p. 31)

Como podemos ver a arbitragem figura como um método que pretende solucionar conflitos por meio da intervenção de um terceiro, sem qualquer interferência estatal, a quem é concedido poderes para que sua decisão se equivalha a uma decisão de qualquer outro juiz de toga, ou seja, tanto o árbitro que naquele momento se encontra como juiz, como o juiz que passou por um concurso, ambos produzem decisões com efeitos. Portanto, a partir do momento que a pessoa escolhida aceita ser árbitro ou árbitra, já se instala a jurisdição e, por consequência, a arbitragem. Decorrendo disso podemos afirmar que o instituto é jurisdicional e autônomo ao mesmo tempo e isso acontece devido ao caráter jurisdicional da obrigatoriedade da obediência a decisão por parte dos envolvidos na resolução da problemática. (SILVA, 2012).

Dessa maneira a arbitragem pode ser entendida como um meio jurídico de solução de controvérsias, estas que por sua vez podem ser futuras ou presentes. Este instituto depende diretamente da vontade das partes para ser convencionado e instalado. Logo, ele decorre da vontade das partes, e será essa mesma vontade que irá legitimar as mesmas para que elas possam eleger as pessoas que julgarem aptas para serem os juízes da controvérsia, estes por sua vez, depois que aceitarem serem juízes, aceitam também a missão de solucionar a problemática.

Esta solução do litígio acontecerá mediante o cumprimento do que se encontrar convencionado pelas partes no compromisso ou cláusula arbitral<sup>9</sup>, ou seja, o árbitro não pode ir nem além, nem aquém, do que se encontrar pactuado no contrato. Dessa forma, em seu papel de árbitro, deve o juiz: “aplicar ao caso concreto a norma jurídica pertinente: mesmo quando inexistente, incompleta ou insatisfatória a norma, eles irão supri-la mediante métodos integrativos de raciocínio jurídico, a analogia e a equidade (*sic*)”. (REZEK, 1995).

Deste modo, o juiz não irá decidir de acordo apenas com suas convicções, muito embora caso isto seja assim pactuado pelas partes possa acontecer, em regra, o usual é que ele decida tomando todo o ordenamento jurídico e administrativo como subsídio para resolver as pendências que são impostas pelo caso concreto.

---

<sup>9</sup>Diante do exposto, é importante que saibamos o que é a cláusula arbitral e o que é compromisso arbitral, ambos derivam do acordo entre as partes, entretanto o que vai diferenciá-los é o tempo em que cada um é realizado, o primeiro ocorre em um primeiro momento, ainda no contrato original, onde fica estabelecido como serão resolvidas as disputas futuras. Já o compromisso arbitral será realizado posteriormente a celebração do contrato, é um acordo de arbitragem em separado, que é realizado para dirimir um conflito que se instaurou depois do contrato já em vigência. (LIMA, 2008).

Assim, podemos aferir que para a arbitragem acontecer dentro do que é estabelecido em lei e para que a mesma tenha validade, deve a mesma, acima de tudo, ser fruto da vontade das partes, pois é a vontade das partes que decide tudo que irá acontecer dentro desse instituto. É a partir dessa constatação, que começamos a nos questionar a cerca da vontade das partes quando a arbitragem é empregada no âmbito do trabalho, posto que independente de quanto for o salário e/ou remuneração do empregado, bem como do cargo que ele ocupe dentro da empresa, ele sempre vai estar subordinado ao seu empregador, aliás, é esse um dos requisitos para a existência do emprego, logo, o ponto inicial para que tenhamos a arbitragem que é a vontade das partes, se encontra em xeque, ou até mesmo viciada desde o consentimento para o seu estabelecimento. Diante disso é possível que ela seja aplicada nos dissídios individuais?

### **Reforma Trabalhista, a arbitragem e a não compatibilidade com os direitos trabalhistas**

Mesmo que a reforma trabalhista preveja em sua proposta a modificação na forma em que o empregado toma conhecimento do que está pactuando, ou seja, mesmo que seja obrigatório que sejam utilizados vários mecanismos como letras em negrito e cláusulas separada para conscientizar o empregado sobre o que ele está assinando, e que a arbitragem só aconteça e só possa constar em contrato, dependendo de sua anuência expressa, mesmo assim, ele sempre se encontrará em situação de fragilidade frente ao empregador, posto que é o empregador, que, em regra, delimita o contrato e na hipótese mais ampla é ele quem paga a remuneração do trabalhador, logo, a subsistência, a hierarquia e a submissão já se encontram presentes na fase inicial do contrato. Segundo Dissenha:

Exige, o novo artigo, a iniciativa do empregado ou sua concordância para que a cláusula tenha validade, semelhante ao que prevê a Lei de Arbitragem para os contratos de adesão. Ocorre que a própria experiência com o contrato de adesão revela a frequente (*sic*) imposição da cláusula pela parte que propõem o contrato. O que acontecerá, na prática, se o empregado discordar da cláusula? Seria reconfortante pensar que o patrão respeitaria sua vontade, mas com os atuais índices de desemprego, torna-se mais fácil acreditar na sujeição do empregado. (DISSENHA, 2017, p.175)

Como podemos ver, a vontade já se encontra em suspeita desde a sua colocação no contrato, o conhecimento da cláusula não basta para assegurar que o trabalhador, realmente, está de acordo com a cláusula. Outro fator que nos chama atenção quando nos remetemos à arbitragem no direito do trabalho é que a partir do momento em que o empregado optar pela arbitragem todo e qualquer

problema será levado para ser dirimido na arbitragem, pois estamos falando de um instituto que tem jurisdição própria (CAVALCANTI, 2014), no entanto, a arbitragem é privada e tem seus custos, custos esses que são divididos para ambas as partes pagarem. Vejamos o que diz Lima sobre os tipos de arbitragens:

No caso das arbitragens, o custo do processo também varia. Em uma arbitragem ad hoc, geralmente as despesas incluem apenas os árbitros e, em algumas hipóteses, peritos. Em uma arbitragem institucional, é usual que as despesas englobem, além das quantias devidas na arbitragem ad hoc, um valor para remunerar os serviços administrativos prestados pela instituição. (LIMA, 2008, p. 22)

Deste modo, na arbitragem existem custos, tais custos, salvo o que for pactuado em contrato, será pago por ambas as partes, ou seja, o trabalhador deixa de ter acesso a uma justiça gratuita, ou bem mais compensatória do ponto de vista financeiro, assegurado pela justiça do trabalho para adentrar a seara da jurisdição privada. Mesmo que a lei discipline que tem direito a fazer uso da arbitragem, essas pessoas diante de um processo arbitral, ainda não terão, a depender da câmara, o poder de litigar de igual para igual com o seu patrão, posto que não há como igualar as armas dentro do processo, essa igualdade só ocorre por meio da representação sindical, sendo assim, uma pessoa, em regra, nunca se encontrará em pé de igualdade para entrar em um litígio privado com uma empresa. Destarte, sem a igualdade desde o início para financiar a arbitragem, esse instituto já se encontra sobre forte pressão a dar errado desde seu nascimento.

### **Inserção da arbitragem na CLT**

Atualmente, a arbitragem está envolvida com as relações de trabalho por meio da reforma trabalhista, visto que teve como inclusão o artigo 507-A a CLT mediante a lei de nº 13.467, de 13 de Julho de 2017 que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. (MUNIZ, 2017)

Nos contratos individuais de trabalho pode ser prevista a cláusula compromissória, mas, não em todos os contratos, apenas naqueles estabelecidos pela lei, que seriam contratos cuja remuneração é mais elevada correspondente a ser superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que seja por iniciativa do empregado ou

com a concordância expressa dele. A concordância expressa do empregado deve ser visto a luz da lei 9.307/1996, pois o texto do artigo 507-A ao referenciar a lei de Arbitragem mostra de que maneira a interpretação se dá de uma forma mais apropriada respeitando o sistema como todo e não apenas a literalidade de um dispositivo, observando assim, o art. 4º da lei 9.307 e seus parágrafos que vai limitar mais claramente a boa interpretação de como deve ser essa cláusula:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Então, podemos observar pelos seus parágrafos como a lei deixa claro como essa cláusula deve estar estipulada para o contratado e como esta possui um cuidado, digamos especial, nos contratos de adesão, mesmo que se trate de contratos cuja remuneração é mais elevada, como previsto no art. 507-A, alcançando uma menor massa dos trabalhadores, a lei é clara e prevê que não deve haver desrespeito nesses tipos de contrato. Assim, independentemente da remuneração percebida pelo trabalhador, ele não deixa de fazer parte da classe dos trabalhadores.

Porém, estamos tratando de arbitragem e relações de trabalho, independentemente, sempre estaremos envolvendo uma parte subordinada, que segundo o que disciplina a lei, não se enquadraria em uma visão restrita do conceito de hipossuficiente, mas que, no entanto, ainda não disporia da suficiência necessária para entrar em um litígio privado contra o empregador. Disso decorre uma série de fatores e discussões que tem como impacto no mundo jurídico das relações de arbitragem e o direito do Trabalho. Leila Andressa Dissenha aponta quais seriam esses impactos:

I – Finaliza a polêmica acerca da falta de previsão legal expressa para a utilização da Arbitragem em conflitos individuais trabalhistas; II – Elimina qualquer dúvida acerca da relativização do princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas; III – Encerra a discussão acerca do caráter disponível ou não dos direitos trabalhistas; IV – Inaugura uma nova categoria de hipossuficiência, ou seja, nos termos do novo artigo, o trabalhador que recebe

salário superior a duas vezes o teto dos benefícios da Previdência, teria um novo “grau” (menor) de vulnerabilidade; (DISSENHA, 2017, p.174).

O que antes era admitido apenas nos dissídios coletivos com base no artigo 114, § 1º e 2º da Constituição Federal, agora passará a ser aplicado aos dissídios individuais, no entanto, tanto a doutrina e a jurisprudência são majoritárias no sentido de que não se deveriam admitir arbitragem no dissídio individual.

Essa autorização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho com remuneração descrita no art. 507-A significa que esses trabalhadores na qual tiverem a possibilidade de arbitragem prevista em seus contratos não poderão procurar a justiça do trabalho caso o empregador venha a descumprir as suas obrigações trabalhistas, nesse caso, o processo vai ser julgado por um árbitro que não integra a justiça do trabalho que justamente por causa disso, pode sofrer maior influência do empregador e deixar de gerenciar o processo de forma mais justa, como também, deixar que o empregador cumpra com suas obrigações.

A arbitragem é possível nas relações que envolvem direitos disponíveis e este é o tema central que autoriza a utilização da arbitragem. Os direitos disponíveis são bastante amplos, são aqueles direitos dos quais o ser humano pode dispor livremente, podendo inclusive negociá-los e até mesmo renunciá-los. No entanto, na seara trabalhista eles não são tão amplos assim. Nos casos em que vem sendo admitida a arbitragem, em dissídios individuais, direitos disponíveis são os que possuem natureza indenizatória, tais como aviso prévio. Para Silva:

Nos conflitos individuais haveria a impossibilidade da arbitragem diante da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Apenas alguns direitos trabalhistas poderiam ser renunciados como o aviso prévio concedido pelo empregador quando o empregado tiver outro emprego. O aviso prévio dado pelo empregado pode ser dispensado pelo empregador, mas outros direitos não. Seria necessária lei determinando a possibilidade da utilização da arbitragem para solucionar conflitos individuais do trabalho, de maneira que não se aplicasse o art. 1º da lei no 9.307/96. (SILVA, 2012, p. 14)

Assim como Silva, acreditamos que não um espaço tão amplo para que se atue a arbitragem, no mesmo sentido também se coloca Sérgio Pinto Martins, ele defende a inexistência da possibilidade de transação dos direitos do empregado frente ao empregador e a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, mesmo que em algumas situações como as descritas acima tenhamos a liberalidade de negociá-los.

## **A negativa da cláusula arbitral e o acesso à justiça do trabalho**

Como sabemos, a arbitragem é consolidada através da cláusula arbitral ou do compromisso arbitral, antes ou depois da instauração do conflito entre os particulares. No entanto, uma vez pactuada a cláusula arbitral, ela ganha força normativa e deve ser cumprida e é neste ponto que reside a nossa celeuma. Acreditamos que devido à justiça do trabalho ser uma justiça que fornece um leque maior de princípios e de leis que são protetivas ao trabalhador, enquanto indivíduo, entendemos a mesma como a mais adequada para resolver os litígios que venham a surgir nos dissídios individuais. Desse modo, mesmo que tenha sido convencionada a cláusula arbitral pelas partes, acreditamos que a melhor resolução viria por meio da negação dessa cláusula quando fosse conveniente ao trabalhador.

Acreditamos que, ao contrário do que se pensa, o juiz do trabalho não é protetivo, ele apenas faz interpretações e aplica a jurisdição de acordo com o que a lei estabelece para estes casos. Na verdade, a justiça do trabalho entende que o trabalhador não se encontra em igualdade com o empregador e em decorrência disso deve essa proteção ao mesmo quando se encontra como hipossuficiente. Nesse sentido, a reforma trabalhista entende que a arbitragem, em alguns casos, pode ser a solução mais adequada por ser um instituto ágil e, por vezes, mais econômico, mas essas duas características não são essenciais ao trabalhador, pois se ele não tem condições de lutar de igual para igual, não importa se a decisão será rápida ou demorada, ao final a solução apresentada não será a mais adequada, uma vez que não houve a aplicação do devido processo.

Salientamos, ainda, que a arbitragem pressupõe plena igualdade das partes que, livremente, seja eleito um terceiro para solucionar o conflito para ser instalada, ou seja, não seria possível sua aplicação na solução do conflito entre o trabalhador (hipossuficiente) e o empregador (economicamente superior), não podendo eles pactuar cláusulas de arbitragem por não atenderem a requisitos básicos do instituto.

Esse também é o entendimento da Sexta Turma do TST, nas palavras do ministro relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão da empresa, em face da subordinação implícita no contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado. (RR 2253/2003-009-05-00)

E ainda,

Seja no momento da celebração de convenção de arbitragem, pela inclusão de cláusula compromissória, seja pela instituição de compromisso arbitral, quando findo o contrato, o empregado não estará imune a pressão inerente à sua situação de inferioridade econômica e social na relação. (RR 2253/2003-009-05-00)

Assim, de acordo com o ministro relator, também concordamos que não é possível que essa vontade não se encontre sob suspeita, pois nem antes nem depois ele tem plena liberdade para abrir mão de seu direito ao acesso à justiça do trabalho em detrimento do instituto da arbitragem. Para além do exposto, confirmamos a posição adotada pela sexta turma do TST:

De acordo com a posição adotada, reconheceu-se a incompatibilidade do instituto da arbitragem com o direito do trabalho, em razão da indisponibilidade dos direitos individuais do trabalhador e, principalmente, a relação de hipossuficiência existente entre empregado e empregador. (RR 2253/2003-009-05-00)

E ainda,

Entendeu-se que, no momento em que o contrato de trabalho é celebrado, prevalece a vontade e as condições impostas pelo empregador, o que inibi a autonomia da vontade do empregado, indispensável para a validade da arbitragem, seja ela sob a forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. (RR 2253/2003-009-05-00)

Da mesma maneira que se coloca a Sexta Turma do TST também é o nosso entendimento, não há porque obrigar ao trabalhador a se submeter a uma arbitragem da qual ele só aceitou fazer parte por não encontrar outra saída, essa que por sua vez desde sua pactuação já estava viciada. Assim, defendemos que a arbitragem mesmo que pactuada inicialmente por cláusula arbitral só tenha validade se posteriormente for procurada pelo empregado, ou seja, independente da obrigatoriedade da cláusula essa seria considerada inválida para que seja garantido ao empregado o pleno exercício de seu direito à justiça.

## **Considerações finais**

Diante do que foi exposto neste artigo, percebemos que o instituto da arbitragem não é o mais adequado para resolver os litígios individuais da será trabalhista, posto eu desde a sua origem enquanto cláusula arbitral se encontra viciada ou com grave suspeita de vício, visto que ainda na fase pré-contratual já encontramos o empregado subjugado ao empregador e as suas vontades.

Sendo assim, acreditamos que mesmo tendo a reforma trabalhista previsto este instituto como sendo uma possível soluçao para resolver os conflitos existentes em uma pequena camada de empregados, entendemos que isso não seria o apropriado, pois a hipossuficiência do trabalhador não é atestada apenas de forma total, ou seja, ela poderá ser também entendida como parcial já que quando um empregado se encontra frente a uma grande empresa, ele continuará não possuindo as condições financeiras adequadas para litigar de igual para igual e principalmente, se ao optar pela jurisdicao privada ele esteja abrindo mão de seu direito à justiça gratuita.

Deste modo, acreditamos que a soluçao a que podemos chegar diante desta análise é de que mesmo tendo sido pactuada a cláusula arbitral na fase inicial do contrato esta deve ser opcional e não obrigatória e so podendo ser acionada pelo empregado, todavia, caso o mesmo julgue ser essa a melhor forma de dirimir o conflito, que ele faça cumprir a cláusula. Porém a partir do momento que ele julgar que a mesma é inoportuna, que a ele seja assegurado o direito de encaminhar seu conflito a justiça do trabalho tendo assim seu direito à justiça gratuita garantido na prática e não tão somente na Constituicao.

## Referências

BRASIL. LEI Não 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 13 nov 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96**. 3a ed., São Paulo: Atlas, 2009, pg. 31.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. Arbitragem. FGV – Direito – RIO, 2014, p.155.

DISSENHA, LEILA Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. 2017. <

[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111512/2017\\_dissenha\\_leila\\_arbitragem\\_conflitos.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111512/2017_dissenha_leila_arbitragem_conflitos.pdf?sequence=1) > Acesso em: 22 ago. 2017

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa, 1971 - **Arbitragem: aspectos fundamentais** / Sérgio Mourão Corrêa Lima - 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. 124 p.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem na Reforma Trabalhista. <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258392,61044-Arbitragem+na+Reforma+Trabalhista>> Acesso em: 21 ago. 2017

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 269.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 343.

SILVA, Paula Regina Pereira e. **ARBITRAGEM E DIREITO DO TRABALHO: A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO AOS CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS**. Rio Grande do Sul. 2012

TST: instituto da arbitragem é incompatível com os direitos individuais do trabalhador. <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1070236/tst-instituto-da-arbitragem-e-incompativel-com-os-direitos-individuais-do-trabalhador>> Acesso em: 22 ago. 2017.

# OS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA: A necessidade da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção no âmbito dos contratos de planos de saúde

**THE CHALLENGES OF CONTEMPORARY CIVIL RESPONSIBILITY:** The necessity of application of the principles of precaution and prevention in the context of health plans

**Marcos Ehrhardt Jr.**<sup>10</sup>

**Taynara Freire Santos**<sup>11</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa a introduzir a função preventiva da responsabilidade civil, bem como demonstrar a insuficiência do modelo meramente repressivo com o surgimento de danos de difícil reparação, em especial os danos oriundos do descumprimento dos contratos de plano de saúde pelas seguradoras e da má prestação do serviço, cada vez mais frequentes na contemporaneidade, em razão da insuficiência do Sistema Único de Saúde. Para tal abordagem, buscou-se analisar os princípios da prevenção e da precaução como forma de avaliar soluções que evitem qualquer configuração de dano aos consumidores desse segmento. Propõe-se, por fim, analisar a viabilidade de aplicação da responsabilidade civil preventiva no Brasil.

**Palavras-chaves:** responsabilidade preventiva; princípio da prevenção e da precaução; responsabilidade dos contratos de plano de saúde;

**Abstract:** This article aims at introducing the preventive function of civil responsibility, as well as demonstrating the insufficiency of the merely repressive model with the appearance of damages that are difficult to repair, especially damages resulting from noncompliance with health plan contracts and bad services performances, which are increasingly frequent at the present time, due to the insufficiency of the Single Health System. This approach sought to analyze the principles of prevention and precaution as a way to raise solutions that avoid any configuration of harm to consumers in this segment. It is proposed, finally, to analyze the feasibility of applying preventive civil responsibility in Brazil.

---

<sup>10</sup> Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da graduação e do mestrado da UFAL. Email: contato@marcosehrhardt.com.br.

<sup>11</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Pesquisadora PIBIC/CNPQ. Email: taynara27\_@hotmail.com.

**Keywords:** preventive responsibility; Principle of prevention and precaution; Responsibility of health plan contracts.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Responsabilidade em sua função preventiva: novo paradigma da responsabilidade civil; 2.1. Surgimento dos princípios da precaução e da prevenção; 2.2. Conceito do Princípio da Precaução e da Prevenção; 2.3. Fundamentos jurídicos do princípio da precaução e da prevenção; 3. Novos parâmetros para o dever de reparar; 3.1. A desnecessidade do pressuposto dano em casos de ameaças potencialmente lesivas ao direito à saúde; 3.2. Aplicação dos princípios da prevenção e da precaução em caso de inobservância da função preventiva da responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde; 3. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO:**

Os novos paradigmas da responsabilidade civil, sob a perspectiva dos princípios da prevenção e da precaução, estão em evidência na agenda jurídica porque a era pós-moderna vem assistindo uma ascensão de novos danos gigantesca, como os danos à privacidade, danos biológicos, dano existencial, danos à saúde.

Esses novos danos compõem o que a doutrina vem chamando de Direito de Danos, cuja expressão é utilizada para representar a preocupação do direito com a pessoa da vítima e com a adequada reparação dos danos por ela suportados. É bem verdade que, com o desenvolvimento da sociedade de risco e das relações sociais, a própria noção de dano foi sendo modificada diante da necessidade de se proteger valores cada vez mais essenciais da pessoa.

Com o surgimento dessas novas lesões, notou-se que é a função preventiva da responsabilidade civil, sem qualquer exclusão ou demérito da função reparatória, a que melhor concretiza o sistema protetor dos direitos e garantias do indivíduo previsto na Carta de 1988. Isso porque o uso de mecanismos preventivos protege melhor os interesses tutelados, sobretudo quando o direito em questão refere-se a um direito fundamental, como é o caso do direito à saúde, que infelizmente vem sendo frequentemente violado, sobretudo por entidades operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Portanto, diante dessas novas violações e ameaças a direitos constitucionalmente tutelados, cabe ao direito encontrar formas para proteger a sociedade, sendo a tutela preventiva, neste novo século, a solução para tal problema.

## **2. RESPONSABILIDADE EM SUA FUNÇÃO PREVENTIVA: novo paradigma da responsabilidade civil**

### **2.1. Surgimento dos princípios da precaução e da prevenção:**

A era pós-moderna assiste uma ascensão de novos danos gigantesca, de modo que a precaução é a melhor arma frente aos riscos potenciais decorrentes das novas exigências empresariais que podem gerar um dano grave e irreparável a direitos materialmente importantes, sem, obviamente, qualquer demérito da função reparatória clássica da responsabilidade civil.

Teresa Ancona Lopez aduz que o princípio da precaução apareceu na contemporaneidade em meados da década de 1970, positivado no direito Alemão, com o objetivo de proteger o meio ambiente, de modo que a “noção de precaução como medida preventiva dos riscos potenciais ou hipotéticos da sociedade contemporânea é, portanto, recente” (LOPEZ, 2010, fl. 97). Também Eder Torres e Fermin Roland Schramm (TORRES; SCHRAMM, 2015, fl. 247) afirmam que o princípio da precaução surgiu na Alemanha, com a Lei do Ar Limpo, em 1974.

Entretanto, María Isabel Troncoso ressalta que o princípio foi tratado pioneiramente pelos países nórdicos, como se pode observar na declaração ministerial da segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do mar do Norte de 1987. A França introduziu o princípio da precaução em seu ordenamento jurídico em meados da década de 1990, com a promulgação da Lei Barnier, e, em fevereiro de 2005, o referido princípio foi positivado, com aplicação no seara do meio ambiente, ao nível mais elevado das normas jurídicas: a Constituição Francesa (TRONCOSO, 2010, fl. 208).

No Brasil, a consagração deste princípio somente ocorre com a Declaração ECO 92, no Rio de Janeiro, que em seu princípio nº15 assegura que “de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades”, de modo que “quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Além desta positivação do princípio da precaução, há fundamentos extraídos também no plano constitucional, sobretudo no artigo 3º, inciso I, no artigo 5º, caput, bem como no art. 6º, que estabelece a segurança como um direito social, e o art. 225, §1º, inciso V, da Constituição de 1988. Também no direito infraconstitucional percebe-se a presença do princípio da precaução, como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor que prevê expressamente a obrigação geral de segurança e o próprio Código Civil em seu art. 12.

Do mesmo modo, merecem menções a lei nº 6.453/1977, a qual dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares, bem como a Lei nº 9.605/98, especificadamente seu art. 54, §3º, que penaliza criminalmente quem deixar de adotar medidas precaucionais exigidas pelo

Poder Público. Destaca-se, ainda, a tutela inibitória prevista no Novo Código de Processo Civil que pode ser uma útil ferramenta para a concretização da responsabilidade preventiva.

Já na Espanha, o referido princípio aparece em 1998 com a Declaração de Wingspread, publicada e intitulada com o nome “O princípio da precaução diante de incerteza científica”, em que ressaltou para a necessidade de “tomar-se medidas precaucionais mesmo quando não houver sido cientificamente determinada em sua totalidade a possível relação de causa e efeito” (LOPEZ, fl. 101).

Dos países da América Latina analisados, o Peru e a Colômbia ainda não positivaram a responsabilidade preventiva. Por outro lado, o novo Código Civil Argentino, promulgado em 2014, traz expressamente, em seus arts. 1.708, 1.710 e 1.711<sup>12</sup>, a responsabilidade civil preventiva como forma de evitar a ocorrência de qualquer dano que possa lesar direitos fundamentais.

Assim, em razão da sociedade contemporânea experimentar os mais diversos riscos, o referido princípio tem se tornado importante meio regulatório das atividades científicas e tecnológicas, tendo germinado não só no direito ambiental, como também no direito do consumidor, no direito sanitário, no direito alimentar, no direito médico e hospitalar. Isso porque, segundo María Isabel Troncoso, “este princípio aparece no sistema legal para, mediante o questionamento das novas tecnologias e produtos, evitar danos com consequências irremediáveis” (TRONCOSO, fl. 207).

Por essa razão, pertinente é a afirmação de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto que, concluem ser a prevenção o cerne da responsabilidade civil contemporânea (FARIAS; ROSENVALD; PEIXOTO, 2016, fl. 46).

## **2.2. Conceito do Princípio da Precaução e da Prevenção:**

Tereza Ancona Lopez conceitua o princípio da precaução como “aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreparáveis e sobre os quais não há certeza científica” e continua alegando que “esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza” (LOPEZ, fl. 103).

---

<sup>12</sup> **SECCION 2ª Función preventiva y punición excesiva:**

**ARTÍCULO 1708.** Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

**ARTÍCULO 1710.** Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. **ARTÍCULO 1711.** Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Os autores Eder Torres e Fermin Roland Schramm<sup>13</sup> (TORRES; SCHRAMM, fl. 247) diferenciam os princípios da precaução e da prevenção da seguinte maneira:

A prevenção é aplicada a atividades em que o dano é crível (certeza científica), iminente ou em andamento, ao passo que a precaução é invocada quando há incerteza da ocorrência do dano ou há conhecimento parcial entre causa e efeito. A medida preventiva pode ocorrer antes ou após a atividade considerada perigosa, evitando, reduzindo ou eliminando o dano. Na precaução, o momento da atuação é sempre anterior ao fato.

Na mesma linha de interpretação, María Isabel Troncoso (TRONCOSO, fl. 209), citando Geneviève Viney, resume a diferença entre precaução e prevenção como, respectivamente, risco potencial e risco comprovado, de modo que, na prática, o princípio da precaução pode ser entendido, ainda, como a prolongação dos métodos de prevenção aplicados aos riscos incertos.

É importante mencionar que a preocupação com as consequências oriundas do risco não é característica exclusiva da função preventiva da responsabilidade civil. A teoria do risco possui diversas modalidades, dentre elas, o risco integral, o risco profissional, o risco criado e o risco proveito. Ocorre, porém, que são formas diferentes de atuar, isso porque o risco que se quer evitar com o uso dos princípios da precaução e da prevenção não se confunde com o presente na responsabilidade objetiva, como a imputação dos riscos pelo desenvolvimento previstos no Código de Defesa do Consumidor<sup>14</sup>.

Isso porque o foco, na função preventiva, ao contrário dos mecanismos utilizados nos chamados riscos do desenvolvimento, é permitir que a sociedade não sofra nenhum prejuízo decorrente de danos, sejam conhecidos ou hipotéticos, de modo que “a preocupação antiga de propiciar indenizações às vítimas deve ser substituída, portanto, pelo intuito de tornar a sociedade com a menor quantidade de dano” (MASTRO, 2017, fl. 776).

Tula Wesendonck bem explica sobre o que vem a ser o risco pelo desenvolvimento na seguinte passagem (WESENDONCK, 2012, fl. 214):

Eles ocorrem em virtude de um produto, que possuindo um defeito indetectável na data em que foi fabricado ou colocado em circulação, provoca danos a terceiros. Por isso, é comum a afirmação de que os riscos do desenvolvimento demonstram a ocorrência de danos tardios, já que somente

---

<sup>14</sup>Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

em um momento posterior, com o desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos, é que se torna possível determinar que o produto é defeituoso.

Também se trabalha a questão do risco no âmbito do Direito Ambiental. Nesse ramo do direito percebeu-se que o gerenciamento dos riscos muito se assemelha a proposta da função preventiva da responsabilidade civil, justamente por ter sido nesse seara que a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção se iniciou, como bem observa Priscila Alves Pereira Francioli (FRANCIOLI, 2006, fl. 273):

Os princípios da precaução e da atuação preventivas têm como finalidade prevenir um dano, a diferença é que no princípio da precaução o risco é desconhecido, devendo tomar a atitude de precaver para que o dano não seja causado. Já o princípio da prevenção, o risco é conhecido, ou porque o dano já foi causado, ou porque já existem técnicas que podem apurar o dano que determinada atividade irá causar ao meio ambiente. Conhecendo o dano, toma-se as medidas necessárias de prevenção desse dano.

Não é, senão, por isso, que a doutrina de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, fls. 72) afirma ser a distinção entre prevenção e precaução pautada na acepção de risco e incerteza, de modo que o esquema tradicional de responsabilização delimitada por um nexó relacional de causa e efeito se torna inviável. Com efeito, a função preventiva da responsabilidade civil busca evitar danos e antecipar-se a eles, uma vez que a reparação posterior não mais satisfaz a sociedade.

Percebe-se, portanto, que a multiplicação de riscos se justifica porque “a sociedade contemporânea é caracterizada pela ubiquidade do medo e dos riscos e isso reflete na responsabilidade civil” (MASTRO, fl. 770). Por isso, “sempre que estivermos diante da incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução deverá atuar como instrumento de gerenciamento dessa incerteza” (LOPEZ, fl. 98), uma vez que tal princípio consiste em adotar medidas antecipatórias que evitem o dano.

### **2.3. Fundamentos jurídicos do princípio da precaução e da prevenção:**

Os fundamentos que embasam o princípio da precaução, no plano constitucional, estão presentes no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 que prediz ser fundamento da república brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no artigo 5º, *caput*, também da carta magna de 1988, que assevera serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros o direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, e no art. 6º, o qual estabelece a segurança como um direito social.

Keila Pacheco Ferreira (FERREIRA, 2014, fl. 332), em sua tese de doutorado, ao elencar os fundamentos da tutela preventiva da responsabilidade civil menciona que:

O princípio da prevenção, no âmbito da responsabilidade civil, é observado tanto na inafastabilidade do Poder Judiciário para evitar lesão ou ameaça de direitos (art. 5º, inciso XXV, CF/88), bem como nos direitos da personalidade (art. 12, CC), e ainda, nos microssistemas de tutela aos vulneráveis (CDC e outros), sendo caracterizado pelos riscos certos, de potencial efeito danoso, para evitar lesão ao interesse juridicamente tutelável.

No mesmo sentido é André Menezes del Mastro, para quem o princípio da solidariedade figura como um dos objetivos da República (art. 3º, I, da CF), de modo que “este princípio surge como orientação da interpretação das normas jurídicas e para garantir que os danos não fiquem impunes, compreendendo a responsabilidade civil” (MASTRO, fl. 774).

De fato, a Constituição Federal brasileira erigiu um sistema solidarista, de modo a garantir a proteção dos direitos fundamentais, inclusive, mediante o uso dos institutos de direito privado. Sobre os fundamentos constitucionais dos princípios da precaução e da prevenção, Thaís Goveia Pascoaloto Venturi aduz que “a existência de deveres de prevenção e de precaução relativamente à não violação dos direitos provoca sensíveis alterações na forma de ser das relações jurídicas, sejam elas caracterizadas como públicas ou como eminentemente privadas” (VENTURI, 2012, fl. 332).

Na mesma linha interpretativa, Teresa Ancona ressalta a solidariedade e a segurança como pilares do princípio da precaução, uma vez que este tem como objetivo primordial garantir a segurança individual e social a partir da gestão de riscos que se vierem a se configurar, causarão danos graves e irreparáveis. Por este motivo, afirma a autora que o “princípio da precaução vai desenvolver o princípio da segurança” (LOPEZ, fl. 116).

No direito infraconstitucional, extraem-se os fundamentos para o princípio da precaução do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê expressamente a obrigação geral de segurança, bem como a lei nº 6.453/1977 que dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares e o artigo 15 da Carta do Rio de 1992, o qual exprime quando o princípio em questão deve ser utilizado. Fundamenta-se, também, como base em outros princípios, como o princípio da segurança, da solidariedade, da ética social, do respeito à a saúde, à vida, da função social da propriedade e dos contratos, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade substancial, entre outros.

É, portanto, em virtude dessas injunções que “se delineiam os novos rumos da responsabilidade civil e que se desperta para analisar o impacto do risco de desenvolvimento no âmbito da reparação de danos” (MENEZES; COELHO; BUGARIM, 2010, fl. 36).

### **3. NOVOS PARÂMETROS PARA O DEVER DE REPARAR**

#### **3.1. A desnecessidade do pressuposto dano em casos de ameaças potencialmente lesivas ao direito à saúde:**

A responsabilidade civil precisa densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos como forma de priorizar e concretizar não apenas a tutela da vítima, mas principalmente proteger os direitos fundamentais difusos, coletivos e metaindividuais que se encontram ameaçados pelos riscos dos danos contemporâneos. Um desses riscos de danos contemporâneos está presente no inadimplemento da obrigação das operadoras de saúde. Não é, senão, por isso, a existência de uma infinidade de litígios oriundos desses contratos.

A judicialização da saúde é um problema sério no Brasil em razão do frágil e insuficiente Sistema Único de Saúde, de modo que “não resta ao cidadão outra alternativa, a não ser o plano privado. Pois, o Estado não cumpre seu papel e, além desse fator, tenta transferir a responsabilidade da saúde, para a iniciativa privada na tentativa de socializá-la” (FETTBACK, 2008, fl. 304). Todavia, não se pode ignorar o direito à saúde para satisfazer os interesses econômicos de um segmento que, apesar de particular, é essencial para a devida efetivação do direito social à saúde.

Dessa forma, não se pode aplicar o instituto da responsabilidade civil, sobretudo no âmbito do direito à saúde, sem necessariamente observar o bem tutelado e os princípios constitucionais que permeiam a relação jurídica estabelecida entre o consumidor e o prestador de serviços assistenciais de saúde. Como forma de minimizar os litígios decorrentes desses contratos, o Estado editou, em 2000, a “Lei 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial cuja finalidade é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulamentado as relações jurídicas entre as operadoras de planos de saúde, os prestadores de serviços e os consumidores” (REIS, 2003, fl. 08).

Ressalta-se que com a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução não se está exigindo absurdos aleatórios sem fundamentação ou rigor científico. Pelo contrário, a responsabilidade preventiva requer a observância de requisitos e se fundamenta no direito à segurança, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, normas principiológicas previstas na Constituição Federal. Fundamenta-se, também, no art. 12 do atual Código Civil que expressamente prevê uma responsabilidade preventiva, muito embora a doutrina brasileira ignore tal comando normativo, e tem como espelho a positiva aplicação da tutela preventiva no âmbito do direito

ambiental. Por último, poder-se-ia fundamentar, ainda, no princípio do *neminem laedere* que, quando traduzido, significa a exigência de preservação da esfera jurídica de cada pessoa.

Percebe-se, entretanto, que dentro da perspectiva tradicional é impossível se cogitar uma responsabilidade civil sem dano, haja vista que o apego arreigado aos pressupostos clássicos demonstra um instituto ainda fortemente calcado na ideia da reparação como única finalidade, razão pela qual se propõe o uso da função preventiva da responsabilidade civil.

### **3.2. Aplicação dos princípios da prevenção e da precaução em caso de inobservância da função preventiva da responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde:**

A responsabilidade civil preventiva, assim como ocorre com a subjetiva e a objetiva, possui limites, demarcações, âmbitos de atuação, de modo que a possibilidade de se ajuizar indenizações com base na violação do dever de segurança poderá vir a fortalecer condutas calcadas na boa-fé, no cuidado e, sobretudo, na precaução, que, além de assegurar uma proteção maior ao indivíduo, também consagrará o modelo solidarista previsto na Constituição de 1988.

Ressalta-se que não se propõe uma aplicação para todo e qualquer bem ameaçado, mas somente para aqueles cuja reparação seja impossível, como são os casos de pacientes que se encontram impossibilitados em continuar ou iniciar um tratamento de uma doença, em razão da negativa ilegal do plano de saúde em cobrir exames e procedimentos, e vêm a falecer ou a ter seu quadro clínico seriamente agravado. Nesse exemplo, qualquer reparação que o indivíduo, ou seus legitimados, venham a obter, após demandar judicialmente e receber uma sentença favorável, será insatisfatória. Isso porque o bem jurídico tutelado – sua saúde – foi violado, sendo impossível o retorno ao *status quo*.

É farta a quantidade de julgados quando o assunto é violação do direito à saúde dos consumidores que celebram contratos de assistência médica, o que provoca a necessidade de uma aplicação urgente da função preventiva da responsabilidade civil como forma de coibir essa prática reiterada de negativa de prestação de serviços por parte das operadoras de planos de saúde. Vejamos o recente julgado do STJ:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.016.312 - RJ (2016/0299514-0)  
RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE :  
AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A ADVOGADOS :  
JULIANA MARIA DE ANDRADE BHERING CABRAL PALHARES -  
RJ120077 CAROLINE DEBATIN BASTOS - RJ171841 PAULA  
CRUZEIRO CARPES - RJ184699 AGRAVADO : JOSE RODRIGUES  
DIOGO ADVOGADO : FRANCINE CÂNDIDO VIEIRA PASSALINI DE  
SOUSA - RJ166545 DECISÃO Trata-se de agravo interposto pela AMIL  
ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A, em face de decisão que

inadmitiu recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 452): Agravo Interno contra decisão monocrática do Relator. Inexistência de argumento capaz de alterar a decisão atacada: "Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais. **Relação de consumo. Plano de saúde. Negativa de internação de emergência. Descredenciamento do perfil do plano de saúde contratado pelo consumidor. Ausência de prévio aviso.** Atendimentos anteriores. **Violação do dever de informação.** Inexistência de pedido de indenização por danos materiais em 1º grau. Matéria devolvida restrita à reparação por danos morais. Dano moral configurado. Recurso provido, em parte, na forma do art. 557, § 1º-a do CPC" [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg. no AREsp. 54.771/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 5/3/2015, DJe 19/3/2015) Em face do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de abril de 2017. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora. STJ - AREsp: 1016312 RJ 2016/0299514-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 18/04/2017.

Apesar das visíveis conquistas que a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção poderia trazer para o segurado, sobretudo aquele que sofreu um dano em decorrência da violação de seu direito, ou para o paciente que foi submetido a riscos consideráveis por negligência dos profissionais da saúde, há grandes debates sobre o assunto (TORRES; SCRAMM, fl. 245). Vejamos:

Outro ponto de discussão refere-se à forma de aplicação do princípio – banimento, paralisação, revisão ou substituição da atividade em pauta – e às suas implicações bioéticas. De um lado, defensores do princípio de precaução o invocam quando consideram que as atividades ameaçam de forma grave ou irreversível o meio ambiente ou a saúde humana, mesmo quando há incerteza científica na conexão entre a causa e o efeito. Essa posição é coerente com os princípios bioéticos da dignidade humana e dos direitos humanos, da ponderação benefício-dano, bem como da proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade. De outro lado, críticos de tal princípio argumentam que sua aplicação, por se basear na incerteza presente no nexo de causalidade entre a ação (pesquisa científica, por exemplo) e os seus resultados (produtos das pesquisas científicas, por exemplo), atrasaria o desenvolvimento científico-tecnológico. Com efeito, entre as finalidades da

ciência e da tecnologia estão a melhoria da saúde humana, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente... Mas, por ser vago e impreciso, e não indicar que tipo de ação introduzir ou não, tal princípio não poderia servir de guia nas tomadas de decisão.

Preocupada com essa interpretação errônea da aplicação dos princípios da precaução em um ambiente de riscos e perigos concretos e incertos, Teresa Ancona (LOPEZ, 2010, fl. 127) traduziu os critérios de aplicação das medidas de precaução adotados pelos autores estrangeiros, concluindo que todo risco deve ser definido, avaliado e graduado, de modo que a análise dos riscos deve comparar os diversos cenários da ação e da inação. Consequentemente, toda análise de risco deve comportar uma análise econômica que desemborcará sobre um estudo de custo/benefício como condição prévia à tomada de decisão, o que fará com que as estruturas de avaliação dos riscos sejam independentes, porém coordenadas.

Assim, as decisões devem, tanto quanto possível, ser revisáveis e as soluções adotadas, reversíveis e proporcionadas, uma vez que sair da incerteza impõe uma obrigação de pesquisa. Ressalta que os circuitos de decisão e as disposições securitárias devem ser não somente apropriados, mas coerentes, eficazes e confiáveis, fazendo com que as avaliações, as decisões e suas consequências, como os dispositivos que contribuíram para elas, sejam transparentes, de modo a impor identificações e traçados a seguir, e, por último, o público deve ser informado da melhor forma a ter o seu grau de participação ajustado pelo poder político.

É importante mencionar que no âmbito administrativo existe essa prevenção e precaução com os órgãos da ANVISA, PROCON, IBAMA, CADE. Até no direito penal, cuja tipicidade é fechada e a aplicação da lei é mais rigorosa, há a previsão de gerenciamento dos riscos nos crimes de perigo abstrato e, recentemente, também para os delitos definidos pela Lei nº 13.260 de 2016, mais conhecida como Lei antiterrorismo, que possibilita a aplicação da força estatal com base apenas em atos preparatórios como forma de se evitar a realização do dano, como se percebe de uma análise do art. 5º da referida legislação <sup>15</sup>.

Há quem sugira, diante desta nova realidade de riscos, a criação de uma ação de responsabilidade civil preventiva, pela qual se requererá a cessação da ameaça à segurança de direitos juridicamente tutelados que, se vier a sofrer dano, o prejuízo será incalculável e irreparável, bem como a conjunção de indenização pela violação do dever de não interferir na esfera jurídica de outrem, cujo fundamento será com base no princípio do *neminem laedere* e no descumprimento de um dever

---

<sup>15</sup> Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito.

geral imbuído tanto no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei Maior, que é o princípio da segurança.

Ressalta-se que as medidas de precaução devem ser tomadas na proporção da gravidade dos danos antecipados, de modo que a responsabilidade preventiva calcada no princípio da precaução e da prevenção atuará em três situações, quais sejam:

**a) No caso do agente que não observa o princípio da precaução e da prevenção, mas que tal conduta não gerou um dano:** será responsabilizado pela conduta ilícita e, conseqüentemente, pelo descumprimento de um dever geral (da precaução), podendo ser atribuído multa ou prestação de serviço comunitário. O objetivo é induzir o agente causador do perigo a se portar de forma precavida, preventiva;

**b) No caso do agente que, por não observar o princípio da precaução e da prevenção, acarretou um dano a direito de outrem:** o agente causador deverá, neste caso, compensar o dano sofrido pela vítima mais a sanção devida por sua conduta ilícita e pelo descumprimento do dever da precaução;

**c) No caso do agente que observa o princípio da precaução, mas que mesmo assim o dano ocorre:** apenas indenizará a vítima pelo dano sofrido, pois o dever de ressarcir não é isento pelo simples fato de ter se adotado o princípio da precaução. Aqui se aplicaria normalmente a responsabilidade objetiva ou subjetiva, a depender do caso. Ressalta-se que a atribuição da culpa pela falta de prevenção será objetiva, ou seja, mediante comportamentos e não intenções, devendo, portanto, o causador do dano provar que agiu com cuidado.

Assim, buscou-se demonstrar resumidamente que, além da realidade social exigir uma responsabilidade *ex dano*, ou seja, bastando a configuração de uma conduta ilícita potencialmente danosa para acionar o instituto da responsabilidade em sua função preventiva, a própria legislação já oferece fundamentação para tal, caminhando a doutrina na mesma direção, isso em razão do surgimento não apenas de novos danos ressarcíveis, mas também de danos impassíveis de reparação, seja *in natura* ou *in pecúnia*.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Diante do exposto, não resta dúvidas de que a sociedade pós-moderna encontra-se cercada de incertezas diante da lógica empresarial cada vez mais agressiva que converte o indivíduo em um meio para satisfazer unicamente interesses patrimoniais. A responsabilidade civil, por ser um instituto em constante transformação e evolução, deve reconstruir as suas estruturas tradicionais e passar a

responsabilizar os perigos decorrentes da inobservância do princípio da precaução e da prevenção como forma de evitar danos que, quando causados, são muitas vezes irreparáveis, sobretudo quando se trata do direito à saúde.

Esse novo paradigma do instituto da responsabilidade civil surge porque a sociedade contemporânea assiste a uma expansão de novos riscos que não foram previstos, e nem poderia, pelo modelo tradicional clássico, o qual, por ser unicamente repressivo, não possui meios capazes de proteger a pessoa humana diante dos novos danos. Deste modo, a responsabilidade civil acostumada a arcar apenas com as consequências de um ato danoso não satisfaz mais a sociedade, pois se tornou insuficiente diante de ameaças e riscos contemporâneos tão lesivos que a ideia de um dano seria catastrófica, como as consequências das corriqueiras negativas ilegais dos planos de saúde para um paciente-consumidor cuja vida dependa urgentemente daquela assistência prevista no contrato.

Assim, esse trabalho defende a responsabilidade não apenas como consequência reparadora, mas, em determinados casos, como um meio de se criar mecanismos projetados para o futuro, ou seja, antes da ocorrência da lesão, como já ocorre no âmbito do direito ambiental e no direito administrativo. A inobservância dessas medidas cautelares ensejaria indenização, ainda que não tenha configurado efetivamente um dano, pois o objetivo é justamente evitar o evento danoso. Trata-se de uma quebra de modelos necessária diante deste novo contexto social e que não se resolverá com proposições simplistas (EHRHARDT Jr., 2012, fl. 111).

## **REFERÊNCIAS:**

**ARGENTINA.** *Código Civil y comercial de la nación argentina. Ley 26.994 de 2014.* Disponível em: < <http://www.cronista.com/economiapolitica/Texto-completo-del-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-20141002-0084.html>> Data de acesso: 20 Fev, 2017.

**BRASIL.** Lei nº 13.260 de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)> Data de Acesso: 03 Nov, 2016.

**BRASIL.** *Lei nº 8.078 de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 22 Mar, 2017.

**BRASIL.** Lei nº 9.605 de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)> Acesso em: 30 mar, 2017.

**EHRHARDT Jr.**, Marcos. *A Nova Ordem das Relações Privadas dentro de uma Perspectiva Civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos*. In: **Revista Trimestral de Direito Civil/RTDC**, Rio de Janeiro, vol.52, ano 13, p.99-119, out/dez, 2012.

**FARIAS**, Cristiano Chaves de; **ROSENVOLD**, Nelson; **BRAGA NETTO**, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. 3.ed.rev.e.atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

**FERREIRA**, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

**FETTBACK**, Eneida Tavares de Lima. *A responsabilidade civil dos planos de saúde*. In: **Revista jurídica Cesumar**, v. 8, n. 2, p. 291-322, jul/dez, 2008. Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/883/666>> Acesso em 22 ago, 2017.

**FRANCIOLI**, Priscila Alves Pereira. *O Direito Ambiental na sociedade de riscos*. In: **Revista Disc. Jurídica Campo Mourão**, v.2, n.1, p. 263-277, jul/dez, 2006.

**LOPEZ**, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

**MASTRO**, André Menezes del. *A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil*. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol.110, p. 765-817, jan/dez, 2015. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092>> Acesso em: 30 Mar, 2017.

**MENEZES**, Joyceane Bezerra de; **COELHO**, José Martônio Alves; **BUGARIM**, Maria Clara Cavalcante. *A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos*. CAPES. In: **Scientia Iuris**, Londrina, v.15, n.1, p.29-50, jun, 2010.

**ONU**. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, ECO 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Data de Acesso: 11 Out, 2016.

**REIS**, Otávia Míriam Lima Santiago. *O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança*. **Monografia**. Universidade Federal de Viçosa, 2003. Disponível em: < [http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/monografia\\_ressarcimento\\_ao\\_sus.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/monografia_ressarcimento_ao_sus.pdf)> Acesso em 22 ago, 2017.

**STJ**. *Agravo em REsp: 1016312 RJ 2016/0299514-0*. Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 18/04/2017. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450830101/agravo-em-recurso-especial-aresp-1016312-rj-2016-0299514-0?ref=juris-tabs> > Acesso em 24 ago, 2017.

**TORRES**, Eder; **SCHRAMM**, Fermin Roland. *Princípio de Precaução e Nanotecnociências*. In: **Revista Bióet**, fls. 244-255, 2015.

**TRONCOSO**, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil*. CAPES. In: **Revista de Derecho Privado**, n°18, p. 205/220, oct/feb, 2010.

**VENTURI**, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito, UFPR. Curitiba, 2012.

**WESENDONCK**, Tula. *A Responsabilidade civil pelos riscos criados do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado*. In: **Direito e Justiça**, v. 38, n.2, p. 213-227, jul/dez, 2012.

