



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RODOLFO ANSELMO LIMA

ARBITRAGEM: CONSENSUALISMO EMPRESARIAL

**ASSIS/SP
2021**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RODOLFO ANSELMO LIMA

ARBITRAGEM: CONSENSUALISMO EMPRESARIAL

Pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando (a): Rodolfo Anselmo Lima
Orientador (a): Lívia Maria Turra Bassetto

ASSIS/SP
2021

L732a LIMA, Rodolfo Anselmo

Arbitragem: consensualismo empresarial / Rodolfo Anselmo
Lima. – Assis, 2021.

32p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Dra, Livia Maria Turra Bassetto

1.Arbitragem 2.Negociação 3.Resolução-conflitos

CDD 342.269

ARBITRAGEM: CONSENSUALISMO EMPRESARIAL

RODOLFO ANSELMO LIMA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Livia Maria Turra Bassetto

Examinador: _____
Inserir aqui o nome do examinador

RESUMO

A arbitragem está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824, porém por muito tempo permaneceu esquecida, principalmente pela forte tradição da jurisdição estatal e pelos obstáculos jurídicos existentes para a sua utilização. No entanto, a Lei de Arbitragem 9307/96 trouxe maior definição e traz um assunto que está em alta atualmente no meio jurídico. Isso porque, por meio dessa legislação, diversos problemas comuns podem ser resolvidos de forma simples, sem que seja necessário recorrer a um processo judicial. Por isso, este trabalho tem como objetivo entender os fatos legais e sociais na atualidade que fazem este marco da Carta Magna do Brasil ser esquecido e, de repente, em pleno período pandêmico, haver a necessidade da criação e das adaptações do poder judiciário, de câmaras de justiça arbitrais privadas, e, de leis com métodos de conflitos extrajudiciais que pudessem disseminar a paz social na sociedade como um todo, trazendo ao ordenamento jurídico e às empresas a segurança necessária para sua estabilidade organizacional, fugindo do passivo imprevisível e da onerosidade em seu “tempo” do judiciário estatal.

Palavras-chave: Arbitragem; Consensualismo; Empresarial. Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

Arbitration has been present in the Brazilian legal system since the Constitution of 1824, despite this, it remained forgotten for a long time, mainly due to the strong tradition of state jurisdiction and the existing legal obstacles to its use, but the Arbitration Law 9307/96 brought greater definition and brings a subject that is currently on the rise in the legal world. This is because, through this legislation, several common problems can be solved in a simple way, without the need to resort to legal proceedings, however, this research project aims to understand the legal, social and current facts that make this milestone of the Magna Carta of Brazil being forgotten and suddenly in the middle of a pandemic period, there was a need for the creation and adaptation of the judiciary, private arbitration chambers, and laws with extrajudicial conflict methods that could disseminate social peace in society as a whole, bringing to the legal system and companies the security necessary for their organizational stability, escaping from the unpredictable liabilities and the onerousness in their “time” of the state judiciary.

Keywords: Arbitration; Consensualism; Business. Conflict Resolution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONSENSUALISMO E SUA APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA ARBITRAGEM	2
2.1 AS OBRIGAÇÕES NO DIREITO ROMANO	3
2.2 O FORMALISMO CONTRATUAL.....	3
2.3 CONTRATOS CONSENSUAIS.....	4
2.4 A QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO	5
2.5 O SURGIMENTO DO CONSENSUALISMO	5
2.6 A LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA CONSTITUCIONALIDADE	9
3. CLÁUSULA ARBITRAL E APLICABILIDADE NOS CONTRATOS COMERCIAIS	14
3.1 DA CLÁUSULA ARBITRAL.....	15
3.2 DISTINÇÕES ENTRE COMPROMISSO ARBITRAL E CLÁUSULA ARBITRAL	16
3.3 DA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS COMERCIAIS.....	17
4. A ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM TEMPO DE PANDEMIA 19	
5. CONCLUSÃO.....	21

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a Arbitragem e o consensualismo empresarial, mais especificamente o posicionamento dos métodos de resolução de conflitos na atualidade onde a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem tomaram forma após o período pandêmico que se instalou no mundo todo, transformando o judiciário e as formas extrajudiciais que eram única e exclusivamente presenciais para instalações online.

A finalidade deste texto pode ser resumida a uma tentativa de compreender os aspectos históricos da Arbitragem e seu desenvolvimento através dos tempos, sua forma de utilização e condicionamento/acesso a fatores exponenciais nos tempos atuais em que, após uma catástrofe mundial, a população teve de se reinventar para conseguir se manter e conseguir fazer com que a economia e mesmo o judiciário não parasse, fazendo uso da internet em home office para conseguir prosseguir o dia-a-dia em intensa e larga escala de aprendizagem e tecnologia.

Assim como o ponto central são as leis e o princípio da igualdade entre as partes para dirimir os conflitos, podemos afirmar que ainda temos muito que nos reinventar e muito que disseminar em questões de valores quanto à resolução de conflitos e suas práticas em tribunais arbitrais particulares, uma vez que a população está acostumada ao litígio e a litigar. A cultura do ganha a ganha, ou da pacificação social ainda não é preferida, mas está sendo evidenciada, e esperamos que em breve possa ser a realidade dentro no nosso sistema cultural.

2. CONSENSUALISMO E SUA APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Para podermos conseguir entender como o movimento consensualista se desdobrou até a criação das cláusulas compromissórias, devemos partir de como foram os primórdios do pensamento contratual e, para tal, voltemo-nos à época do Império Romano.

A civilização Romana surgiu no século VIII a.C. a partir da cidade de Roma. Dentro de seus séculos de existência, sua extensão abrangeu toda a Europa Ocidental até o Mar Mediterrâneo, indo além do Oriente com sua Extensão em Constantinopla, o Império Bizantino, se encerrando em 565 d.C., com a morte do imperador Justiniano. Podemos dizer que Roma foi a sociedade que construiu a base do entendimento/conceituação de ordenamento jurídico, sendo desconhecida até mesmo o sentido da palavra “Direito”.

Nas palavras do professor José Cretella: “a expressão do direito romano é empregada (...) para designar as regras jurídicas consubstanciadas no Corpus Juris Civilis, conjunto ordenado de leis e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou os séculos e chegou até os nossos dias”.¹

É válido salientar que foi Roma, desenvolvida por Ulpiano e reproduzida por Justiniano, que classificou as modalidades do Direito Público e Privado. Ulpiano descreve o direito público como ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares, neste sentido podemos afirmar que na atualidade o Direito Público não difere do Direito Privado, sendo preservada sua classificação.

¹ CRETELLA JUNIOR, José – Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998, P.9.

2.1 AS OBRIGAÇÕES NO DIREITO ROMANO

Justiniano descreve as obrigações como “um vínculo de direito, constituído com base em nosso direito civil, que nos força rigorosamente a pagar alguma coisa”. Vemos nesta definição a figura de um credor, um devedor, um objeto a ser negociado ou coisa a ser paga, a obrigação de pagar e o vínculo jurídico. Todos estes elementos estão presentes até hoje em nosso ordenamento jurídico, o que nos alumia ao quão avançado era o pensamento Romano em sua época e o quanto perdura seu idealismo e conjecturas.

2.2 O FORMALISMO CONTRATUAL

Poderíamos tecer inúmeros comentários e referências sobre o Direito Romano, contudo, versaremos sobre o elemento do vínculo jurídico, que nos direciona ao objeto deste trabalho.

Em regra, uma obrigação nasce para "morrer", ou seja, exaurir-se ao ser cumprida em sua integralidade. Porém, pode ocorrer situações desfavoráveis ao devedor, o que acarreta na mora.

Para o direito clássico, a mora surge do momento em que o devedor descumprisse a obrigação exigível. A partir do período pós-clássico, a mora se inicia a partir da *interpellatio*, que se trata de uma comunicação, seja oral ou escrita, judicial ou extrajudicial, encaminhada do credor ao devedor, exigindo o cumprimento da obrigação compactuado.²

No direito romano a formação dos contratos se dava através de algum ritual ou forma fixa, sendo a vontade uma força inicial do contrato, mas não o suficiente para consubstanciar um, pois para existir uma obrigação era necessária uma forma de exteriorizar o contrato. Ou seja, sem um contrato, não existia um acordo. Os romanos determinavam que o *pactum* não conferia poder de ação, tão somente *exceptiones*, deste modo, mesmo o *pactum* sendo um acordo de vontades, não

² <https://jus.com.br/artigos/17115/obrigacoes-e-contratos-no-direito-romano/2>

permitia ao credor a *rem persecuendi in iudicio* (perseguir seu direito em juízo). A forma transforma o pacto em contrato, gerando obrigações e efeitos jurídicos às partes envolvidas.

Existiram diversas espécies de formalidades no Direito Romano – o *per aes et libram* (bronze e balança), *verba* (palavras) e *litterae* (letras), *sipulatio, institutas*. Tais formalidades limitavam os contratos, que só existiriam se cumprissem com as exigências destas formas.

Data vênia que o consensualismo desdobra-se da *sipulatio*, que era um instituto simples, que tinha como requisitos: a oralidade, a presença das partes, a unidade do ato (*unitas actus*) e a conformidade rigorosa entre pergunta e resposta³.

Segundo a história, no final do Império, a *sipulatio* passa por modificações, podendo utilizar de documentos para corroborar a existência de uma obrigação, cabendo contradizer a sua existência através de outros documentos e testemunhas (vemos aqui um vislumbre do que futuramente seria a forma advocatícia de ir ao judiciário).

A *sipulatio* deixa de ser solene em 472, quando a constituição imperial de Leão, o filósofo, permitia a celebração do contrato sob quaisquer palavras, sem restrições de forma de perguntas e respostas, apenas uma mútua intenção. Essa relativização ia contra as formalidades presadas, gerando assim os contratos consensuais.

2.3 CONTRATOS CONSENSUAIS

Os contratos consensuais exigem o *consensus* das partes para criar uma obrigação. Representam o afastamento gradativo do formalismo, pois dão maior ênfase ao consenso das partes em detrimento da forma.

³ "(...) na resposta, em que o promissor tem que utilizar-se do mesmo verbo empregado pelo stipulator (é nula, no direito clássico, a stipulatio em que a indagação dabis? se responde quid ni?), o stipulator perguntar ao promissor se este promete dar-lhe 100, e o promissor responde obrigando-se apenas a 50, é nula". ALVES, José Carlos Moreira – op.cit., p.141.

O direito romano conheceu quatro espécies de contratos consensuais – a compra e venda, o mandato, a sociedade e a locação. Dado todo esse formalismo, conceber obrigações era muito complexo, pois os institutos presentes para tornar aquela obrigação “real” a tornava lenta e burocrática. Ademais, a mora só se consubstanciava com a forma de mora descrita no ordenamento jurídico da época, pois sem a forma do *pactum* era impossível ao credor executar o inadimplente.

2.4 A QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO

Com a perda de expansão territorial e a crescente crise econômica, o império romano chegava ao seu fim e a crise econômica resultou na diminuição do contingente militar romano e, assim, as fronteiras tornaram-se vulneráveis aos ataques estrangeiros. As fronteiras sempre foram ameaçadas por povos estrangeiros, mas, a partir do século II, essa ameaça acentuou-se e, no século V, tornou-se insustentável com o fluxo migratório dos germânicos⁴.

O Império Romano resistiu até 476, quando a cidade de Roma foi invadida pelos hérulos e o último imperador romano foi destituído. O estabelecimento dos povos germânicos nas antigas terras romanas levou ao surgimento de novos reinos, que originaram as nações modernas da Europa. As transformações que aconteceram nesse processo resultaram na formação das características que definiram a Europa no auge do período medieval.

2.5 O SURGIMENTO DO CONSENSUALISMO

De acordo com a autora Fernanda Sirotsky Scarletscky⁵, no direito justiniano, ou os juristas reconheceram na manifestação de vontade das partes o verdadeiro pressuposto da formação e da existência do contrato, nascendo, assim, o “princípio do consensualismo” ou como é dito em face da Arbitragem e no princípio processual “a vontade das partes”. Assim dizendo, o simples pacto firmado entre as partes

⁴ SILVA, Daniel Neves. "Queda do Império Romano"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/queda-imperio-romano.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

⁵ SCARLETSCY, Fernanda Sirotsky. O Consensualismo e a Arbitragem Comercial. Ed.1. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. Prefácio.

constitui força suficiente para vinculá-los, devendo assim manter e cumprir a palavra dada, muitas das vezes tratada no “fio do bigode”.

Contudo, as brasas do consensualismo só vieram a tornar-se chamas com o filósofo Thomas de Aquino, (Roccasecca, 1225 – Fossanova, 7 de março de 1274), em breve síntese, foi o mais importante proponente clássico da teologia natural e o pai do tomismo. Influenciou a filosofia ocidental com o desenvolvimento das ideias de Aristóteles sintetizadas nos princípios cristãos. As obras mais conhecidas de Thomas são a "Suma Teológica" (em latim: Summa Theologiae) e a "Suma contra os Gentios" (Summa contra Gentiles), que em sua abordagem sobre a lei natural, estas normas são implícitas no ser humano, que nos ordena a fazer o bem e coibir o mal. Estas leis naturais só ganham força quando uma lei mais forte a impõe, denominada por ele como lei eterna, que rege nosso espírito e a nossa liberdade, acreditando que o homem não pode criar leis para suas próprias condutas como se fosse o legislador último e supremo. A vista disso, Thomas de Aquino determina que a lei natural é a lei que rege moralmente e eticamente os homens, sendo um reflexo da lei eterna que é captada pelo juízo humano e desenvolve-se pouco a pouco com a ciência moral.

Esta moral, por conta da corrupção humana que levava ao descumprimento das leis morais, necessitou de força jurídica, mas sem que excluísse o consenso em segui-las. As leis humanas foram distinguidas pelo filósofo para que estabelecessem normas, aplicassem direitos e sanções a certas condutas, para disciplinar o homem a viver em sociedade de forma virtuosa:

Tomás de Aquino assim discorre: “mas por que se encontram alguns imprudentes e inclinados ao vício, os quais não podem ser movidos facilmente com palavras, foi necessário que pela força e pelo medo fossem coibidos do mal, de modo que, ao menos desistindo assim de fazer o mal, aos outros tornassem tranquila a vida, e os mesmos, por fim, por força de tal costume, fossem conduzidos a fazer voluntariamente o que antes cumpriam por medo, e assim se tornassem virtuosos.

Tal disciplina, obrigando por medo da pena, é a disciplina das leis. Portanto, foi necessário que as leis fossem impostas para a paz dos homens e a virtude”⁶.

Segundo o autor, a lei natural e a lei humana são umbilicalmente ligadas, pois as leis feitas pelo homem baseiam-se na lei natural, guiada pela lei divina. Essas normas naturais são impostas aos homens através das leis positivas, com fulcro em impedir que o ser humano sucumba aos vícios e descumpra-as.

É justamente dos baluartes cristãos que se desdobrou a força da palavra. O bom cristão que dá a sua palavra e não a cumpre é pecador aos olhos do Senhor, uma norma divina violada. Devido o controle da Igreja na Idade Média, suas leis eram unânimes e a palavra dada numa relação consensual de contrato tornou-se inequívoca.

Na idade Moderna, o consensualismo abandonou completamente as formas rígidas, perfazendo-se apenas com o aceite. Neste diapasão, Caio Mário da Silva Pereira diz: “retornou a velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente”⁷.

Estes movimentos e momentos históricos fortificaram o princípio base da mediação, que veio a surgir como uma técnica de resolução de conflitos a partir do Século XX. Christopher W. Moore diz que “a prática moderna da mediação, da conciliação e da arbitragem, expandiu-se, exponencialmente pelo mundo, sobretudo nos últimos 25 anos”⁸.

O primeiro vislumbre das cláusulas compromissórias foi nos Estados Unidos, onde para resolver os conflitos contratuais, sem custas processuais, pactuava-se dentro dos contratos a solução de conflitos futuros através de uma mediação.

⁶Tomás de Aquino – Suma Teológica I. QU 95, Art I

⁷ Instituições, vol III , p.20

⁸ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

Discorre Petrônio Calmon: “Coerente com a cultura liberal (que domina não só a política, a economia e a sociedade, mas também o direito), em um país onde não se aceitam facilmente barreiras à liberdade de contratar, não surgiram fortes obstáculos ou oposição política à prática dos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos”⁹.

O movimento Consensualista nas relações contratuais viria a chegar ao Brasil através da colonização portuguesa, com as Ordenações Filipinas, que vigoraram até após a proclamação da República, disciplinando a arbitragem no Livro III, que tratava dos juízes árbitros e dos arbitradores.

Em 1824, com a Constituição do Império, vimos a arbitragem em seu art. 160, onde estabelece que as partes podem nomear um árbitro para solucionar litígios cíveis, sem possibilidade de recurso, caso assim fosse convencionado.

A Resolução de 26 de julho de 1831 regulava a arbitragem nas questões relativas a seguro, e a Lei 108, de 11 de outubro de 1837, nos dissídios referentes à locação de serviços.¹⁰ Mas a sua aplicabilidade não foi efetiva, deixando no tempo o desuso desta Resolução.

Já no Código Comercial de 1850, a arbitragem prevista era forçada ou necessária para as questões sociais entre os sócios; durante a existência da sociedade ou da companhia; durante sua liquidação ou partilha (artigo 294). Ainda mais, no artigo 245 deste *códex* todas as questões de contrato de locação mercantil deviam ser resolvidas pela arbitragem.

O Regulamento 737, de 1850, disciplinava o processo comercial e fazia uma distinção entre a arbitragem voluntária e a necessária, reservando a primeira para causas comuns e a segunda para as comerciais.

⁹ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

¹⁰ OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Curso de prática do processo. v.1. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938, p.318.

Em 1866, foi revogada a obrigatoriedade da arbitragem pela lei nº 1350, de 14 de setembro, tornando-se agora um instituto totalmente facultativo em todas as relações cíveis.

A Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1895 aboliu a arbitragem entre pessoas privadas, mas ainda incentivava como uma útil forma de resolução de conflitos entre entes estatais.

A Carta Magna de 16 de julho de 1934 tornou a tracejar a arbitragem, assegurando à União a competência para legislar sobre ela.

A Constituição de 1937 não valorizou essa entidade jurídica, discriminando o instituto meramente como resolução de conflitos privado.

A Carta Magna de 1946, de 18 de julho, também não fez qualquer referência à arbitragem privada, tendo o mesmo comportamento a Lei Maior de 1967.

A Atual Constituição Federal de 05/10/1988 referiu-se a arbitragem no art. 4º, Dos Princípios fundamentais, VII – “solução pacífica dos conflitos”, bem como o art. 114, §1º “Frustrada a negociação Coletiva, as partes poderão eleger árbitros”, demonstrando que a arbitragem, e a resolução de conflitos sempre esteve em nosso ordenamento jurídico, com fins de pacificação social, junto a sociedade como um todo, seja ainda em sequência afirma em §2º tecendo mais detalhes sobre negociação coletiva e a arbitragem, em caso de recusa das partes, é facultado às mesmas de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a justiça do Trabalho decidir o conflito.

2.6 A LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Com o advento da nova constituinte de 1988, a realidade social e suas necessidades exigiram mais do sistema jurídico brasileiro, significando grande crescimento no conceito de acesso à justiça e valoração de meios alternativos para a resolução de conflitos e claro, destacamos aqui a arbitragem.

Referido instituto está previsto na Lei nº 9.307/1996, sua promulgação é crucial para incentivar ainda mais as relações comerciais do comércio internacional, que já vinha utilizando deste instituto dado a sua celeridade e discricção.

A arbitragem nas relações comerciais teve impactos econômicos e sociais, onde tornou a resolução de conflitos barata, rápida e eficaz, sendo o total oposto da judicialização, que é protelatória e cara.

Agora com a arbitragem regada a âmbito nacional, suas vantagens foram percebidas e concretizadas pela população, a utilizando para resolver os mais diversos casos de diversas ramificações e por conta de ser uma lei recente, os doutrinadores questionaram a constitucionalidade do livro, principalmente no que tange ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, onde tal princípio discorre que nenhum conflito será excluído da apreciação do poder judiciário, garantindo o livre acesso à justiça.

Celso Ribeiro Bastos desfia: “o princípio em tela significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja invocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam de sua aplicação.”¹¹

Ocorre que, o monopólio do judiciário impede as vias administrativas de resolução de conflito, sobrecarregando o poder judiciário. Esse monopólio visando impor limites ao legislador de criar novas regras atinge não só o poder legislativo, mas a todos.

Quando deixamos de aceitar diversas vias de resolução de conflito para assegurar apenas uma, você encarece a busca pela resolução da lide, esgota as possibilidades de acordo e afunila o acesso à mesma, afinal são milhares buscando uma única forma de resolução de conflito.

Joel Dias Figueira Junior sustenta a constitucionalidade pelos seguintes motivos:

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 214.

“(i) a arbitragem é convencionada pelas partes, e não impostas às partes; (ii) há o acesso à jurisdição para a parte que se sentir prejudicada com a sentença arbitral no sentido de intentar um pleito anulatório, seja por demanda anulatória ou via embargos do devedor; (iii) a execução forçada somente poderá ocorrer mediante provocação da jurisdição estatal, visto que o Juízo Arbitral não tem competência para perfazer atos executórios; (iv) as tutelas de urgência (via tutela antecipada ou cautelar), acautelatórias, inibitórias ou coercitivas deferidas pelos árbitros precisam passar pela jurisdição estatal para o seu devido cumprimento; (v) na dúvida acerca da disponibilidade do direito patrimonial envolto no litígio, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário; (vi) caberá ao Poder Judiciário decidir quando houver a fixação da cláusula compromissória e uma das partes resistir à instauração do Juízo Arbitral; (vii) o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira, estará sempre sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça.”¹²

Outro fundamento é sustentado pelo jurista Nelson Nery Júnior, onde o fato de as partes convencionarem por vontade própria a cláusula compromissória, não exclui a possibilidade delas recorrerem ao poder judiciário, pois o objeto destinado à via arbitral deve ser disponível às partes e o Juízo Arbitral configura-se como um livre consenso das mesmas.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart complementam: “não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem, não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional -, mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade”.¹³

Já os antagonistas do pensamento constitucional da Lei de Arbitragem não aceitam alguém fora da estrutura estatal resolver litígios e a não possibilidade da renúncia ao poder judiciário através de cláusulas arbitrais, apenas por meio do compromisso

¹² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 162.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 35.

arbitral, achando por deveras que os arbitralistas não seriam competentes para tal atuação.

Tais pensamentos são ignóbeis, tendo em vista que o Estado não está sendo deixado de lado dos conflitos, pois ainda pode ser acionado para executar ou realizar qualquer medida que precise da coerção estatal. Sempre o Estado se fará presente para fazer valer os direitos do cidadão.

O Estado também será acionado quando a parte não cumprir espontaneamente a sentença arbitral. Ademais, o Estado não deve impedir que as partes busquem remédios constitucionais jurídicos alternativos, pelo contrário, deve incentivar, pois são rápidos e econômicos, fazendo jus aos princípios da celeridade processual e economicidade.

O instituto da arbitragem também se faz presente na máquina pública. Estudos internacionais demonstram que a previsão de meios adequados de solução de conflitos em contratos de concessão pode gerar redução de até 20% no custo da tarifa cobrada dos usuários finais. Além disso, há redução dos custos no processo arbitral comparado ao processo judicial. A economia pode chegar a quase 60%, o que alivia os cofres públicos e de igual forma alcança-se o bem comum em questão.

A Arbitragem é um dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, dos chamados MASCs que são formas pelas quais se busca resolver um determinado conflito fora do meio judicial, podendo ser judicial ou extrajudicial, neste caso sendo aplicada também por um mediador ou conciliador que tem o papel de auxiliar a solução da lide, pode atuar de forma ativa, sugerindo alternativas de solução ou conduzindo sem opinar, auxiliando as partes a chegarem em um acordo formal e que seja digno para ambas.

Em seu artigo 18 da Lei de Arbitragem fica notória a importância e a vaidade deste segmento jurídico que afirma:

“Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

Com isso a força jurídica de uma arbitragem em uma câmara arbitral é incontestável junto as suas decisões.

3. CLÁUSULA ARBITRAL E APLICABILIDADE NOS CONTRATOS COMERCIAIS

A Cláusula Arbitral, ou compromissória é a cláusula onde as partes determinam que as disputas relativas a um contrato serão resolvidas através de arbitragem, onde a eleição do foro para dirimir os conflitos, ao invés de ser estipulado em um contrato a “Comarca X”, será eleita a “Câmara de Arbitragem Y”, na qual as partes sentem maior confiabilidade.

Existem duas modalidades de **Cláusula** Compromissórias: a “cheia” ou escalonada (na forma do art. 5º) ou “vazia” (art. 6º, caput). A cláusula compromissória cheia é aquela em que já estão dispostas as regras sobre a forma de instituir e processar a arbitragem, seja pela inclusão de tais regras na própria cláusula, seja se reportando às regras de uma instituição arbitral. Em havendo cláusula compromissória ‘cheia’, o não atendimento por uma das partes da notificação para indicar árbitro ou para comparecer para firmar termo de arbitragem não afetará a instituição da arbitragem, que se processará mesmo sob tal ausência. A recalcitrância da parte na escolha do árbitro é suprida pela previsão, constante na grande maioria dos regulamentos das instituições arbitrais, de que tal escolha passe a ser feita pela direção da instituição arbitral, ou pelas partes constituintes deste litígio.

Exemplo da cláusula compromissória cheia/escalonada, da renomada Câmara de Justiça Arbitral Privada Asas Mediações, Conciliações e Arbitragens Ltda” (<https://asasmediacoes.com.br/clausula-compromissoria/>):

“Art. xx o. – As partes de comum acordo nas suas livres manifestações de vontade decidem que: Qualquer conflito, litígio ou divergência decorrente do presente contrato, ou relacionado a ele, inclusive no que tange a sua execução ou interpretação, será resolvido por mediação ou arbitragem, conforme Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 e demais alterações posteriores, ficando eleita a Asas Mediações, Conciliações e Arbitragens Ltda., CNPJ/MF No. 39.755.018/0001-39, situada na Av. Paulista, 2.073, Horsa II, 17o. andar, Conjunto 1.702, Cerqueira César, São Paulo, SP, CEP 01113-940, podendo a requisição de procedimento ser protocolizada no web site www.asasmediacoes.com.br, como entidade com competência exclusiva para administração do referido conflito, aderindo desde já aos

regulamentos desta Câmara de Justiça Arbitral Privada, os quais declaram conhecer e com os mesmos concordar, solicitando pedido de instauração do procedimento de Conciliação e/ou Mediação.”

Já a cláusula compromissória vazia ou simples, é aquela em que não há elementos suficientes prevendo a forma de instituir a arbitragem, seja porque assim não está previsto diretamente na própria cláusula, seja porque ela não se reporta às regras de uma instituição arbitral. Parte da jurisprudência considera a cláusula vazia uma patologia, seja prévia, ou superveniente, decorrente da incompletude de elementos capazes de dar início a uma arbitragem válida. No caso de cláusula compromissória ‘vazia’ e diante da inércia de uma das partes faz-se necessário o ajuizamento da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem.

Por sua vez, o compromisso arbitral, previsto no art. 9º da Lei de Arbitragem, é a convenção direta entre as partes que, diante de uma controvérsia já existente, resolvem submeter a sua solução ao juízo arbitral. O compromisso arbitral muitas vezes se apresenta como termo de arbitragem, mas com este não se confunde.

A arbitragem no Brasil é instituída majoritariamente através do compromisso arbitral, onde as partes submetem o seu litígio a um árbitro, renunciando a jurisdição estatal. O compromisso arbitral, conforme a Lei nº9.307/96, pode ser de duas espécies:

Judicial: quando há controvérsia já ajuizada perante a justiça ordinária, por conta disso, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda, as partes propõem a arbitragem para solucionar o conflito. Referido termo será assinado pelas próprias partes ou por mandatário com poderes especiais (CC, arts. 851 e 661, §2º; CPC, art. 38, com redação da Lei nº8.952/94; Lei nº9.307/96, art. 9º, §1º). Feito o compromisso, cessarão as funções do juiz togado, frente a decisão do árbitro;

Extrajudicial: se ainda não existir demanda ajuizada, celebra-se o compromisso arbitral por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (CC. Art. 851; Lei nº9.307/96, art. 9º, §2º).

3.1 DA CLÁUSULA ARBITRAL

Trata-se da outra forma de instaurar-se a arbitragem. Consiste em uma convenção da qual as partes, através de um contrato, submetem seus futuros litígios ao instituto da arbitragem.

Esta cláusula de compromisso deve ser necessariamente escrita, ainda que em forma de *pacto adjecto*, e dela não poderá se eximir.

Lei 9.307/96 - 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.”

Por tratar-se de uma relação autônoma, ela pode vigorar mesmo quando um contrato incorre em vícios, de modo que a arbitragem não é afetada, vide preceito do artigo 8 do mesmo *códex*:

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. ”

3.2 DISTINÇÕES ENTRE COMPROMISSO ARBITRAL E CLÁUSULA ARBITRAL

O Compromisso Arbitral é instituído para a solução de uma pendência atual, certa e específica, não havendo nenhum contrato preliminar entre as partes. Pressupõe contrato perfeito e acabado, sem que as partes tenham previsto uma maneira de solucionar um possível litígio, já a cláusula arbitral é um compromisso feito entre as partes que submetem um litígio futuro e incerto ao instituto da arbitragem.

Os artigos. 851 e 853 do Código Civil admitem o uso dessa cláusula, em que as partes, prevendo divergências futuras, remetem sua solução a árbitros por elas indicados, que serão chamados para dirimir eventuais conflitos que surgirem:

“Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.”

Outra diferença encontra-se no âmbito contratual, onde a cláusula arbitral consubstancia-se em um contrato preliminar, futuro e incerto, se tratando de uma medida preventiva para eventuais desentendimentos a serem resolvidos. Noutra banda, o compromisso arbitral vincula as partes que já possuem um desentendimento pré-estabelecido.

3.3 DA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS COMERCIAIS

Quando falamos em cláusula compromissória e sua aplicabilidade em contratos comerciais, está gerando através de uma câmara de justiça arbitral privada a nomeação de um foro competente e em potencial para dirimir a resolução de conflitos, seja de forma nacional ou internacional com importação ou exportação, enfim, que possivelmente possa existir através deste, uma forma eficaz de trazer segurança jurídica para as empresas em si.

Por tratar-se de interesse privado, a escolha do foro, feita através de instrumento escrito particular, pode fixar sua competência através de parâmetros econômicos, celeridade processual, interesses políticos, interesses territoriais etc.

Nosso Código de Processo Civil veda à autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo à autoridade estrangeira em contrato internacional, salvo as hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

Visando o interesse econômico, a eleição como foro para resolução de conflitos de uma Câmara Arbitral Privada prevê custos inferiores às taxas judiciais, garante maleabilidade de horários e audiências, uma vez que podem ser feitas online e em qualquer plataforma.

Do ponto de vista do sigilo, a Câmara Arbitral Privada impede a publicação de seus processos nos Diários Oficiais e sites públicos de consulta processual, como por exemplo o JusBrasil, onde tais ações poderiam manchar a imagem e reputação das empresas interessadas, ou até mesmo permitir que empresas rivais aproveitem de informações para uso pessoal.

Utilizando-se do critério territorial, a possibilidade de realizar uma audiência sem necessitar estar presente, permite que seja feita em qualquer local, independentemente da localidade das partes ou do local dos fatos e, alinhado ao interesse econômico, barateia os custos processuais das lides.

4. A ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM TEMPO DE PANDEMIA

Quando falamos em métodos de resolução de conflitos, estamos falando de métodos alternativos para solucionar os conflitos que são todos aqueles não impostos pelo Poder Judiciário e intermediados por um terceiro, que buscam levar as partes a um consenso, enxergando no conflito uma solução, evitando ou terminando o deslinde judicial, é fundamental, senão necessária garantir o mínimo constitucional da dignidade da pessoa humana, para que se possa pensar em efetividade de tal proteção, para isso podemos afirmar que os principais métodos adequados de solução de conflitos são: negociação, conciliação, mediação e arbitragem, autocomposição, dentre outros.

Os métodos adequados de resolução de conflitos não são concluídos por decisão do magistrado, ou do juiz togado, como no fórum local ou tribunal de justiça comum governamental, mas sim por um documento redigido ao final pela pessoa competente no andamento da sessão sejam eles: conciliadores, negociadores, mediadores, árbitros ou advogados.

Seu teor é fruto do comum acordo entre os envolvidos/entre as partes, gera efeitos determinantes, determina obrigações e segundo a lei federal 9.307/96 que afirma em seu artigo 18º neste breve estudo no que tange: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” Dando ao juiz arbitral total segurança em suas sentenças arbitrais.

Foi necessário neste estudo pesquisar sobre definições de dispositivos legais que asseguram a tutela de direitos, embasando desde na Constituição Federativa do Brasil de 1988 à Lei de Mediação Lei 13140 e NCPC de 2015, dentre outros para que seus direitos sejam abarcados e representados, tendo em vista a condição de vulnerabilidade e desenvolvimento diferenciado, decorrentes das necessidades que a pandemia nos trouxe deixando-nos em home office, dentro de casa, atrasando ainda mais o judiciário estatal/federal/governamental que está sobrecarregado de processos sejam digitais ou físicos, e com base no princípio da isonomia, ter seu

benefício aprovado/sentenciado/transitado em julgado é algo quase impossível de ser caracterizado em dias, meses ou até anos, porém em câmaras de justiça arbitrais ou mesmo em atendimentos extrajudiciais o seu conflito deveras ser atendido diante de uma mediação que é algo passível de ser tutelado quando ambas as partes concordam ou tentam entrar em acordo e em tempo “recorde”.

Infelizmente vivemos em uma realidade atual onde a pandemia devido ao coronavírus (Covid19), desde meados de março de 2020 vem causando danos incalculáveis ao país, seja na economia, na educação, na saúde, no judiciário, no Instituto Nacional de Seguridade Social, na vida dos seres humanos como um todo, onde a lentidão no processo e na análise de mérito é desgastante e desanima quem precisa do mesmo para sobreviver diante da necessidade de valer-se do judiciário com hipossuficiência, inclusive que obrigou o afastamento de diversos servidores do grupo de risco, limitando ainda mais o atendimento junto as comarcas, varas civis, de família, sucessões, empresariais, dentre outras. Não deixando de lembrar que os honorários advocatícios podem ser recebidos de maneira mais rápida e não é passível de sucumbência colocando em risco a parte que for perdedora da ação.

Embora o judiciário tente se adaptar a tecnologia digital da internet via Google Meet, Zoom, dentre outros para realizar as audiências de Mediação e Conciliação nos CEJUSC'S, ou nos tribunais arbitrais privados, ainda há a falta de intimidade com a tecnologia, pois nem todos têm esse conhecimento técnico para usar essa plataforma, muitos não finalizam o processo e a análise, ou mesmo não conseguem acessar o link de audiências ou compreender quando são intimados ou citados para alguma audiência online, infelizmente, trazendo dificuldade para os menos favorecidos que não possuem condições financeiras para arcar com um tribunal de justiça arbitral privado, porém na câmara de justiça arbitral privada Asas Mediações, as tabelas de custo são acessíveis a um nível de conhecimento menos elevado e menos favorecidos, facilitando e desmistificando o uso de plataformas online para resolução de conflitos.

5. CONCLUSÃO

Concluimos este trabalho enfatizando a importância e os benefícios de se utilizar os métodos alternativos da arbitragem, da mediação, da conciliação dentre outros, na solução de conflitos como forma de aliviar os Tribunais de Justiça com inúmeros processos judiciais e a dar celeridade na resolução dos casos, deixando somente para o Tribunal os casos impossíveis de se resolver de forma pacífica entre as partes. Sendo assim, as Câmaras de Justiça Arbitral Privada possuem uma das principais vantagens a sua celeridade. Porém os casos levados a uma câmara de arbitragem costumam ser solucionados entre o prazo máximo de 180 dias conforme estipula a lei. Um tempo muito mais razoável do que o necessário para a solução do conflito na Justiça convencional. Em se tratando de câmara de arbitragem acredita-se que é a instância para resolução de conflitos de forma não judicial. Logo, a arbitragem é método litigioso de solução de controvérsias e as câmaras são entidades autônomas. Normalmente, as partes escolhem uma câmara responsável pela mediação em caso de conflitos no ato da assinatura de contrato.

Trata-se de Justiça privada, não estatal. Apesar disso, as decisões da arbitragem têm o mesmo valor das dadas pelo Poder Judiciário, o que permite que a sentença arbitral ratifique a si mesma. Portanto, não é preciso registrá-la em cartório, por exemplo. Portanto, ao optarem pela arbitragem, as partes abrem mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para julgar sua causa e em troca, ganham a possibilidade de um julgamento mais rápido do que seria na Justiça Comum.

Por este motivo, faz-se necessário examinar como o consensualismo se aplica e se manifesta na arbitragem comercial/empresarial, devendo ser desenvolvidas as questões atinentes à aplicação do consensualismo à validade formal e material da convenção arbitral. Desta relação às exigências formais para a validade da convenção arbitral, ver-se-á que mesmo que essas tenham sido relativizadas, sobretudo em relação à arbitragem/mediação/conciliação/negociação comercial internacional, muitas questões ainda surgem quanto à necessidade de respeito aos requisitos formais para que uma parte possa ser considerada validamente obrigada

pela convenção arbitral, seja no direito brasileiro, seja em outros ordenamentos jurídicos

Com relação à essa validade substancial da convenção arbitral, outras formas de manifestação do consentimento das partes, tendo em vista que a manifestação de vontade das partes nem sempre se dá pela expressa assinatura na convenção arbitral escrita, podendo os comportamentos adotados pelas partes, do início ao término do contrato, e mesmo durante o procedimento arbitral, ser uma forma de apontar para a sua intenção em relação à arbitragem. Ao final, será feita uma reflexão crítica no sentido de verificar qual a importância que o consentimento tem na prática arbitral atual seja ela verbal ou escrita, e se o seu conceito se alterou, para que nele também tenham lugar as novas práticas adotadas pelos agentes do comércio internacional, para isso estar atento as leis e as plataformas diuturnamente que são essenciais para a validação de suas extremidades jurídicas.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira – Direito Romano - op.cit., p.141

AQUINO, Thomás – Suma Teológica I. QU 95, Art I, Instituições, vol III, p.20.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

BARRETO, Ana. Carta de 1988 é um marco contra a discriminação. **Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea#:~:text=Artigo%205%C2%BA,%C3%A0%20propriedade%2C%20nos%20termos%20seguintes>. Acesso em: 09/03/2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 214.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

CRETELLA JUNIOR, José – Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998, P.9.

ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. **Âmbito Jurídico**, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/estudos-de-direito-constitucional/#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica,n%C3%A3o%20escritas%20usos%20e%20costumes>. Acesso em: 09/03/2021.

FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Arbitragem, execução e jurisdição. Op. cit., p. 162.

FRISON, Rafael. O Princípio da Igualdade em suas acepções na Constituição Federal de 1988. **Jus**, 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31364/o-principio-da-igualdade-em-suas-acepcoes-na-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 09/03/2021.

GIORDANI, M. C. **Iniciação ao Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

<https://jus.com.br/artigos/17115/obrigacoes-e-contratos-no-direito-romano/2>

MADEIRA, E. M. A. A Lei das XII Tábuas. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Paulo, v. 13, p. 125-138, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 35.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Curso de prática do processo. v.1. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938, p. 318.

SCARLETSCKY, Fernanda Sirotsky. O Consensualismo e a Arbitragem Comercial. Ed.1. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. Prefácio.

SILVA, Daniel Neves. "Queda do Império Romano"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/queda-imperio-romano.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.