

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATA DE FREITAS CARVALHO

Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATA DE FREITAS CARVALHO

Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery.

São Paulo

2021

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Carvalho, Renata de Freitas
Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa
fé / Renata de Freitas Carvalho. -- São Paulo:
[s.n.], 2021.
129p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Rosa Maria de Andrade Nery.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Boa-fé. 2. Arbitragem. 3. Processo Civil. 4.
Processo Arbitral. I. Nery, Rosa Maria de
Andrade. II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATA DE FREITAS CARVALHO

Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATA DE FREITAS CARVALHO

Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery.

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATA DE FREITAS CARVALHO

Efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery (Orientadora)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Péricles e Maria Luiza, pelo amor, apoio e incentivo em todos os momentos, especialmente à minha querida mãe, exemplo de magistrada, que sempre me nutriu com seus ensinamentos de dignidade, honestidade e preocupação com o próximo. Ao meu irmão, Gustavo, de quem me orgulho muito. Aos meus filhos, Maria Isabel e João Francisco, por me ensinarem o verdadeiro sentido da vida, colorindo meus dias e dando propósito a tudo que eu faço e ao meu querido marido, Leonardo, cuja determinação sempre me inspirou e me deu forças para seguir adiante.

Agradeço aos meus avós Pedro, Maria, Leda, por todo o carinho e, principalmente ao vovô Astrogildo, que é motivo de orgulho e inspiração para toda a família (todos *in memoriam*).

Aos meus tios, tias e primos, com quem o convívio torna a vida mais divertida.

À Prof. Dra. Rosa Nery, minha orientadora, que em sua imensa generosidade me acolheu e transmitiu inestimáveis ensinamentos.

Às Prof. Dras. Maria Helena Braceiro Daneluzzi e Regina Vera Villas Bôas, pela participação na minha Banca de Qualificação, pelas críticas e sugestões ao trabalho e cujos ensinamentos enriqueceram a minha pesquisa.

Ao Prof. Dr. Marcos Alcino, que generosamente aceitou o convite para participar da minha Banca de Defesa da Dissertação do Mestrado, mesmo dividindo seu tempo entre as aulas na graduação da UERJ e sua nobre função de magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Aos demais professores com quem tive a honra de aprender nesta jornada, especialmente Prof. Dr. Francisco Cahali. Os assuntos ventilados em suas aulas ajudaram a construir este trabalho.

Agradeço profundamente a todos os meus amigos, mas em especial à Ana Luiza, Ana Carolina, Fernanda, Isabella, Juliana e Mariana. Somente o tempo mostra quem são os verdadeiros amigos e aos igualmente especiais que ganhei junto com a maternidade, Beatriz, Daniela, Liana, Mariana, Renata B. e Renata C.

Aos meus queridos amigos Patrícia e Lucas, por sempre me acolherem com todo o carinho na minha segunda casa em São Paulo.

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram durante este longo caminho. Alguns antes, outros durante, mas sempre presentes em pensamento e no coração.

Por fim, o agradecimento mais importante: a Deus e à Nossa Senhora, por estarem sempre comigo, me guiando, iluminando cada passo e me abençoando.

É no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade.

Immanuel Kant

RESUMO

O presente trabalho refere-se à análise da efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé. Para a consecução do objetivo do estudo proposto, a boa-fé é analisada a partir de seus conceitos clássicos subjetivo e objetivo. Observa-se que a jurisprudência dos tribunais nacionais tem se baseado na boa-fé processual como critério válido para rechaçar a invocação maliciosa das normas processuais e o comportamento inadequado de uma parte, em detrimento do direito à efetividade da tutela jurisdicional do outro litigante. Isso tudo encontra campo fértil no âmbito do processo arbitral, no qual, com maior razão, a atitude leal e proba das partes deve estar presente desde o requerimento de instauração da arbitragem até a decisão final a ser proferida na respectiva demanda. O resultado do trabalho é a verificação da aplicação do conceito de boa-fé, mas não simplesmente de transplantar a referida norma do Código de Processo Civil para a arbitragem, mas, sim, de reafirmar a interação que deve existir entre diferentes sistemas processuais – quando compatível e coerente – em um mesmo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Boa-fé; Arbitragem; Processo Civil; Processo Arbitral.

ABSTRACT

The present work refers to the analysis of the application of good faith in arbitration. In order to achieve the objective of the proposed study, good faith is analyzed based on its classic subjective and objective concepts. It is observed that the jurisprudence of our courts has been based on the principle of procedural good faith as a valid criterion to reject the malicious invocation of procedural rules and the inappropriate behavior of a party, to the detriment of the right to effective judicial protection of the other litigant. This all finds fertile ground in the scope of the arbitral proceeding, in which, with greater reason, the loyal and probing attitude of the parties must be present from the request to initiate the arbitration until the final decision to be rendered in the respective demand. The result of the work is to verify the application of the concept of good faith, but not simply to transplant the referred rule of the Code of Civil Procedure for arbitration, but rather to reaffirm the interaction that must exist – when compatible and coherent – in the same legal order, between different procedural systems.

Keywords: Good faith; Arbitration; Civil Procedure; Arbitral Proceedings.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS ASPECTOS DA BOA-FÉ	13
2.1	Princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais	17
2.2	A positivação da boa-fé no direito privado brasileiro	26
3	ANÁLISE INTRODUTÓRIA DA BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA	31
3.1	Boa-fé subjetiva	31
3.2	Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	33
3.3	Boa-fé objetiva	34
3.4	A boa-fé como parâmetro de conduta pré-contratual	40
3.5	Negociações preliminares e estudo da responsabilidade pré-contratual	42
3.6	A boa-fé processual	46
4	ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM	51
4.1	Natureza jurídica da arbitragem	52
4.2	A constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 e as mudanças na Lei n. 13.129/2015	58
4.3	Espécies de arbitragem	63
4.3.1	Arbitragem institucional	64
4.3.2	Arbitragem avulsa ou <i>ad hoc</i>	65
4.4	Arbitrabilidade	69
4.4.1	Arbitrabilidade subjetiva	70
4.4.2	Arbitrabilidade objetiva	71
4.5	Convenção de arbitragem	73
4.5.1	Cláusula compromissória	74
4.5.1.1	Cláusula compromissória vazia	75
4.5.1.2	Cláusula compromissória cheia	76
4.5.1.3	Cláusula compromissória patológica	78
4.5.1.4	Cláusula compromissória escalonada	80
4.5.2	Compromisso arbitral	80
4.6	Árbitros	84
4.6.1	Boa-fé e deveres anexos no contrato de investidura	90
5	APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA ARBITRAGEM	94
5.1	Função interpretativa	102
5.2	Função de controle – norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos	106
5.3	Função integrativa – norma de criação de deveres jurídicos	110
6	CONCLUSÃO	117
	REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

A reflexão crítica proposta neste trabalho tem como objetivo discutir questões relevantes sobre a efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé. Para atingir o objetivo proposto, optamos pela metodologia baseada em revisão de literatura, bibliográfica e documental, fundamentada em conteúdo produzido principalmente nas duas últimas décadas, além da jurisprudência atualizada.

Para tanto, trabalharemos com seis capítulos. Nossa pesquisa se inicia pela análise de conceitos básicos da boa-fé em seus aspectos subjetivo e objetivo. A aferição da boa-fé decorre da interpretação do padrão de conduta normalmente exigível dos sujeitos e dos efeitos jurídicos que razoavelmente deveriam ser esperados pelos contratantes. A resposta a essas duas indagações estabelecerá o conteúdo objetivo do negócio jurídico, ao qual estarão vinculadas as partes.

Em seguida, nosso objetivo é ressaltar os aspectos gerais da arbitragem, que como meio privado de solução de conflitos, traz novos ares e esperança para a efetivação da justiça. A natureza jurídica complexa da arbitragem encerra, entre outros, o aspecto contratual, no qual se configura a boa-fé objetiva, instituto obrigatoriamente presentes desde as mais tenras tratativas que deram origem ao contrato, passando pela sua celebração do ponto de vista do conteúdo negocial, enveredando pelo ajuste da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral e, finalmente, terminando pela instauração de uma eventual arbitragem destinada à solução de conflitos que venham a surgir até a escolha do árbitro, a ser investigado em ítem específico.

Após, dedicaremos nosso estudo a averiguar como a arbitragem pode ser influenciada, ou mesmo maculada, por se extrapolar o aproveitamento da autonomia da vontade. Trata-se, este último, de um princípio proeminente na arbitragem a justificar todo o seu desenvolvimento, mas não absoluto, portanto, limitado pela supremacia da ordem pública e pelos contornos da lealdade e da honestidade. A boa-fé limita estes contornos de atuação das partes em todo o processo de arbitragem, evitando, inclusive, que a escolha dos árbitros seja realizada com fins indignos, buscando vantagens indevidas. Nesse sentido, indagamos sobre a efetividade do instituto junto ao sistema jurídico e a forma pela qual se realiza.

O esperado liame cooperativo entre os protagonistas do processo arbitral, individualizado pelo comportamento ético e revestido de boa-fé, a um só tempo, minimiza o grau de tensão entre os litigantes e, sobretudo, direciona o processo, tanto quanto possível, para uma decisão rápida e justa. Veremos que a boa-fé é chamada nos procedimentos arbitrais não apenas no que concerne à relação contratual entre os árbitros e as partes, como decorrência do

contrato de investidura, mas, igualmente, é invocado pelas partes, como argumento para a solução do litígio apresentado e pelos árbitros, como fundamento às suas decisões, abordando, outrossim, a efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé objetiva.

2 OS ASPECTOS DA BOA-FÉ

A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual “se um patrono tiver cometido alguma fraude contra o seu cliente, que seja condenado”. Contudo, os historiadores indicam ainda maior ancianidade, uma vez que a ideia expressa na palavra *fides* estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso (historiador e crítico literário grego), à própria fundação de Roma, o que equivale dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus* e não *fides*¹.

O princípio da *bona fides* foi aceito pelos romanos por influência da doutrina estoíca e constitui o grande e principal fundamento de seu direito. Na atualidade, o princípio da boa-fé permite duas análises distintas, visto que são duas as vertentes culturais da formação dessa ideia: uma originária da tradição do direito canônico – *bona fides*; em alemão, *guten Gluben*: boa-fé subjetiva; outra oriunda do direito germânico – *Treu und Glauben* – lealdade e fé (confiança): boa-fé objetiva².

Em sua obra *Da boa fé no direito civil*, António Menezes Cordeiro afirma:

Sendo uma criação do Direito, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse género seriam inaptas face ao alcance e riquezas reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.

A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisperitos romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros. Fazendo-o, fundaram a Ciência do Direito onde, de imediato, se incluiu a boa fé³.

Com efeito, a boa-fé deve permear a negociação ainda antes da confirmação da avença, e prolonga-se para além da execução – cada contraente deve propiciar meios para satisfazer os objetivos do contrato. Na lição de António Menezes Cordeiro:

¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 255.

³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 18.

I. O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de atuação de boa-fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres – e logo o aflorar dessa regra – no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção de obrigações⁴.

A boa-fé no Código Civil brasileiro tem dupla vertente: subjetiva – natureza jurídica de regra de interpretação da vontade, cabendo ao juiz investigar a boa-fé na intenção daquele que manifestou sua vontade; e objetiva – tem natureza jurídica de fonte de direito e de obrigação, funcionando como verdadeira cláusula geral⁵.

A boa-fé objetiva foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, onde se lê: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Diversamente do Código Civil de 1916, que se referia à boa-fé em seu sentido subjetivo, como estado psicológico de ignorância de vícios, o § 242 do BGB traz uma concepção objetiva da boa-fé, voltada para uma conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivas. Em sua vertente objetiva, a boa-fé, por intermédio de cláusulas gerais, impõe parâmetros de conduta às relações sociais, criando direitos e obrigações anexas àquelas existentes nos contratos, no intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.

Ainda com base numa perspectiva introdutória a respeito do tema, cabe apenas uma pequena digressão sobre a diferenciação entre os institutos:

A boa-fé subjetiva representa uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal⁶.

Assim, em poucas palavras, a expressão boa-fé subjetiva denota um estado de consciência, ou um convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. O

⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 632.

⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 254

⁶ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21, São Paulo, 2003.

intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Em antítese à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente)⁷.

Já por boa-fé objetiva temos – segundo a conotação advinda da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão – um modelo de conduta social, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. A boa-fé objetiva é cláusula geral, ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direitos e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei. É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal, uma regra de conduta⁸.

No Brasil, embora a boa-fé já fosse conhecida desde a década de 1970, seu ingresso formal no ordenamento positivo se deu somente em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Aplicada, inicialmente, nas relações de consumo, a boa-fé acabou adquirindo um caráter pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas compunha a finalidade do Código. Posteriormente, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o art. 422 acrescentou ao conceito de boa-fé, que no passado era apenas subjetivo, o aspecto objetivo. Um conceito que, no passado, era um conceito ético, se converteu agora em dever jurídico, cláusula geral. No âmbito contratual, portanto, a boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes, em todas as suas fases, no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica dos contratos.

Boa-fé significa, pois, lealdade no cumprimento do contrato, nas negociações preliminares, transparência na redação dos pactos e equilíbrio econômico, pois o contrato deve ter uma equação econômica justa. Significa também cooperação entre as partes para que o contrato seja cumprido e informação completa. A boa-fé exige comportamentos que não

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 411-412.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 411-412.

causem surpresa a outros e que não rompam presunções ou expectativas do outro pelo seu próprio comportamento, ou seja, proíbe comportamentos contraditórios. Impõe ainda deveres de cuidado e de segurança, de aviso e de esclarecimento, de prestar contas, de colaboração e cooperação, e de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte. Significa dizer que a boa-fé incide desde as negociações preliminares, na fase pré-contratual até a fase pós-contratual. A boa-fé deve estar presente na proposta, nas tratativas, na publicidade, na oferta, e após o cumprimento do contrato.

Claus-Wilhelm Canaris, referido por António Menezes Cordeiro em sua obra clássica sobre a boa-fé propõe, inclusive, uma teoria de deveres unitários de proteção que desde o início das negociações preliminares, constituir-se-á, entre os intervenientes, um dever específico de proteção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado positivamente na boa-fé⁹.

Ressaltamos, todavia, que a boa-fé, como cláusula geral, não é aplicável somente às relações contratuais. Pelo contrário, como cláusula geral, exprime a sua aplicação, em maior ou menor grau, a todas as relações jurídicas constituídas em sociedade. Uma das vertentes da boa-fé objetiva é a proibição de comportamentos contraditórios, princípio conhecido pela expressão *venire contra factum proprium*. A falta de regulamentação positiva desse princípio faz com que sua inclusão no ordenamento se dê por meio da cláusula geral de boa-fé, o que facilita sua aplicação às relações privadas, inclusive, na esfera extracontratual.

A boa-fé objetiva possui uma tríplice função no sistema jurídico: a primeira diz respeito à sua função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; em seguida, observamos a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que pode até mesmo pré-existir à conclusão do contrato ou sobreviver à sua extinção e, por fim, a função restritiva do exercício de direitos, ou seja, de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas.

Essa tríplice função existe, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque a ideia é justamente ajudar na interpretação do contrato, suprir algumas falhas do documento, isto é, acrescentar o que nele não está incluído e, eventualmente, corrigir algo que não seja de direito no sentido de justo¹⁰. Essas três funções estão bem delineadas nos arts. 113, 422 e 187 do Código Civil, os quais explicitaremos mais adiante.

⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 635.

¹⁰ AZEVEDO, Antônio de Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, p. 7, 2000.

Por fim, estabelecidos os elementos centrais à boa-fé e analisados os principais postulados axiológicos do instituto, uma conclusão é patente: a essencialidade da boa-fé ao direito brasileiro. Independentemente da discussão acerca do limiar entre o direito público e o direito privado, a boa-fé permeia-se como elemento soberano não somente indicando o agir correto, mas representando verdadeira bússola hermenêutica ao juiz que irá proferir a decisão.

2.1 Princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais

Segundo Miguel Reale, três são os princípios basilares do Código Civil: a socialidade, a operabilidade e a eticidade¹¹. Conforme o princípio da socialidade, rompe-se com o caráter individualista e egoístico do Código Civil de 1916. Nesse sentido, todos os institutos de direito privado passam a ser analisados dentro de uma concepção social importante, indeclinável e inafastável: a obrigação, a responsabilidade civil, o contrato, a empresa, a posse, a propriedade, a família, o testamento. Para facilitar sua visualização social, os institutos de direito privado devem ser analisados sob o parâmetro o Texto Maior: a CF/1988 e seus preceitos fundamentais, particularmente aqueles que protegem a pessoa humana¹².

O princípio da operabilidade, por sua vez, apresenta dois enfoques. No primeiro deles, a operabilidade é responsável pela facilitação do direito privado, ao deixar de lado o rigor técnico, muito valorizado pela codificação anterior, e buscar a simplicidade de um direito civil que realmente tenha relevância prática, material e real. Desse ponto, nasce o segundo enfoque do princípio: a efetividade, que está relacionada ao sistema de cláusulas gerais, adotado pela nova codificação.

De acordo com o princípio da eticidade, a ética e a boa-fé ganham um novo dimensionamento, uma nova valorização. A boa-fé deixa o campo das ideias, da intenção (boa-fé subjetiva), e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade (boa-fé objetiva). Essa boa-fé objetiva é concebida como uma forma de integração dos negócios jurídicos em geral, como ferramenta auxiliar do aplicador do direito para o preenchimento de lacunas, de espaços vazios deixados pela lei¹³.

O instituto da boa-fé é utilizado de modo multifacetado, nem sempre designando o mesmo fenômeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e

¹¹ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-12.

¹² TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

¹³ TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como *standard* jurídico e regra de comportamento, ora a acepção subjetiva¹⁴.

Segundo Rosa Maria de Andrade Ney, os princípios gerais são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação norma, do ato ou negócio jurídico. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valorização para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral).

A autora segue afirmando que a mesma expressão abstrata, a depender da funcionalidade de que se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito (v.g., princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g., boa-fé para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – arts. 1.238 e 1.260 do Código Civil) ou cláusula geral (boa-fé objetiva nos contratos, art. 422 do Código Civil).

Notadamente em relação à expressão boa-fé, para Rosa Maria de Andrade Nery, o que a discrimina como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral é sua função no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que lhe dará o julgador (interpretação, solução já prevista na lei ou construção de solução específica pelo próprio juiz).

Os princípios gerais não estão positivados no sistema normativo e quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do país (Constituição, Leis), ele deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral¹⁵. Nesta ordem de ideias, Rosa Maria de Andrade Nery apresenta a seguinte solução:

[...] o princípio positivado, ou norma-princípio, não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que se tornam cláusulas gerais, que tem conteúdo normativo e são fonte criadora de direitos e obrigação¹⁶.

No mesmo sentido, Humberto Ávila propõe:

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

¹⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 210.

¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 210.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido¹⁷.

A finalidade de cada princípio, a que se refere o autor, é justamente aquela que se dará às demais regras. Ou seja, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos determinados serão conferidas as finalidades estabelecidas pelos princípios que lhes são conexos, por isto, aplicação dessas normas deve ser feita sempre com vistas aos princípios.

Na lição de Judith Martins-Costa, princípios jurídicos são os “pensamentos diretores” de uma regulação jurídica existente ou possível, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por meio da interpretação. Enquanto “pensamentos diretores”, os princípios podem se encontrar expressamente manifestados na lei, e em especial, no plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e as garantias individuais.

No entanto, existem outros princípios situados no plano pré-positivo, porquanto pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo. É o que ocorre no direito civil brasileiro com o princípio da boa-fé.

A boa-fé é entre nós positivamente considerada e, nesse contexto, funciona como critério orientador para a solução judicial de casos concretos, dele derivando muitos outros “deveres anexos” ou “secundários”, como o dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação.

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Por esta via, ideias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, começam a funcionar como “pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas”. Essas cláusulas, pelas peculiaridades de sua

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 78-79.

formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos.

Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz

a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto¹⁸.

A flexibilidade e a mobilidade das cláusulas gerais decorre, portanto, da sua característica de, não raro, conter, em seu enunciado, princípios jurídicos. A distinção entre princípios jurídicos e cláusulas gerais é necessária em vista da extrema polissemia que ataca o termo “princípios”; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os prevejam em seu enunciado, ou permitam a sua formulação¹⁹.

Devemos entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por natureza, encontra-se carecida do preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece os critérios necessários para a sua concreção. Assim, fundamentalmente, esses critérios podem ser determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas *stardaing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto²⁰.

Para Judith Martins-Costa, a grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, por meio da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até soluções advindas da análise comparativista, critérios que atuam

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**. v. 680, p. 47-58, São Paulo: RT, 1992.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático, conceito e sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 141.

tradicionalmente como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas nestas cláusulas²¹.

As cláusulas gerais são “janelas abertas” deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do direito. Nas palavras de Judith Martins-Costa, percebe-se, em virtude da linguagem empregada na nova codificação, um sistema aberto ou de “janelas abertas”, o que permite a constante previsão e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa²².

Resumidamente, podemos afirmar que a cláusula geral é caracterizada pela sua peculiar estrutura normativa, isto é, a inserção em seus textos de princípios e/ou conceitos indeterminados, deixando a previsão ou hipótese normativa, com as consequências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas, para posterior preenchimento por via judicial²³.

As cláusulas gerais, assim caracterizadas, podem ser classificadas basicamente em três tipos: (i) Disposições do tipo restrito, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; (ii) Disposições do tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previsto na lei, como ocorre com a regulamentação da responsabilidade civil por culpa; (iii) Disposições do tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica, mediante a expressa possibilidade de serem introduzidas, na regulação da causa, princípios e regras próprias de outros textos normativos. São exemplos deste tipo o art. 7º do Código de Defesa do

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**. v. 680, p. 47-58, São Paulo: RT, 1992.

²² “Estas janelas, bem denominadas por Irti de concetti di collegamento, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas”. MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro**: em busca da “ética da situação”. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

²³ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, jan.-mar. 2000, p. 3-25.

Consumidor e o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros textos normativos, como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária²⁴.

Este último tipo de cláusula geral é particularmente importante. Isso porque essas espécies normativas possibilitam a mobilidade do sistema, uma vez que o juiz, ao estabelecer a concreção do direito para o caso concreto, estará vinculado aos valores vigorantes na sociedade e não aos valores consubstanciados em algum texto legislativo escrito no passado.

Conforme destaca Judith Martins-Costa ao citar Clóvis do Couto e Silva, as cláusulas gerais permitem a “mobilidade interna” do sistema, que consiste “na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”. Elas viabilizam, assim, a integração inter-sistemática, facilitando a migração de valores e de conceitos entre o Código Civil, a Constituição e as leis especiais.²⁵

Conforme observa a autora, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estes permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, como também a necessidade de eficácia da Constituição no direito privado a depender da decisão do legislador do dia. Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos –, a concreção das cláusulas gerais inseridas no Código Civil, com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais, evita os malefícios da inflação legislativa, de maneira que, ao surgimento de cada novo problema, não deva, necessariamente, corresponder uma nova emissão legislativa²⁶.

O Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil adotaram a regra da boa-fé objetiva, não como princípio geral de direito, não positivado, mas, ao contrário, como cláusula geral. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.15, 1998, p. 129-154.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, p. 129-154, v. 753. São Paulo: RT, p. 24-48. (vide nota 24)

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, p. 129-154, v. 753. São Paulo: RT, p. 24-48. (vide nota 24)

preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que possui natureza de diretriz²⁷.

As cláusulas gerais têm como função dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. Prestam-se, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei. Para tanto, passam, necessariamente, pelos conceitos determinados pela sua função. O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nelas²⁸.

Como as cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais concretas e efetivas do que esses dois institutos. Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação; é norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e de obrigações²⁹.

A cláusula geral é norma de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único do Código Civil) e deve ser aplicada de ofício pelo juiz. Com essa aplicação de ofício, não se coloca o problema de decisão incongruente com o pedido (extra, ultra ou infra petita), pois o juiz, desde que haja processo em curso, não depende do pedido da parte para aplicá-la a uma determinada situação. Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar³⁰.

O Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, proferiu o Enunciado n. 27: “Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se considerar o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

Sobre a legislação nacional, Arnold Wald observa que introduziu-se expressamente no Código Civil de 2002 um dos princípios norteadores de todas as relações obrigacionais e relevante para a leitura dos negócios jurídicos. A regra de boa-fé objetiva configura-se como

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 179.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 179.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 180.

³⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 213.

cláusula geral, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados³¹.

As cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado-o a agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz³².

Uma vantagem sua é permitir que o sistema do Código Civil seja revestido de maior mobilidade, abrandando a rigidez da norma conceptual casuística, ou seja, faz o sistema “ficar vivo”, sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica, evitando, assim, o engessamento da lei civil. Por outro lado, as cláusulas gerais conferem certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos casos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores³³.

O juiz pode dar uma solução em determinado caso, e outra solução diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz, ao aplicar a cláusula geral, é integrativa. Nesse partilhar, a sentença tem natureza determinativa, porque na verdade, ao integrar a relação jurídica material controvertida, o juiz exerce função criadora³⁴.

São alguns exemplos de cláusula geral espalhadas no Código Civil: a função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421); as partes terem de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade (art. 422); o ato ou negócio jurídico dever ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos (art. 187).

As cláusulas gerais distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. As cláusulas gerais, por sua vez, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher as lacunas com os valores designados

³¹ WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191.

³² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 212.

³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 213.

³⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 214.

para aquele caso, para que lhe seja dada a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto³⁵.

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por sua vaguidade e ambiguidade, são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação. Ocorre que esses conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”.

À primeira vista, poderia haver confusão entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, visto que em ambos há extrema vagueza e generalidade, que devem ser preenchidas com valores pelo juiz. Quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado: a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar solução, dá-se ocasião de aplicar a cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto.

Em ambos – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos “atos contrários aos bons costumes”. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e de abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, de maneira a constituir processo de verdadeira concreção³⁶.

Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, por isso, trata-se de conceito abstrato e lacunoso. Sempre relacionam-se com a hipótese de fato posta em causa, distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia e a lei os enuncia trazendo as consequências dele advindas.

³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 212.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**. v. 680, p. 47-58, São Paulo: RT, 1992, p. 47-58.

Os conceitos legais indeterminados servem para propiciar e garantir aplicação correta e equitativa do preceito ao caso concreto. No conteúdo da ideia de boa-fé (art. 422 do Código Civil), está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção ao conceito, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé no caso concreto. Nesse sentido, o juiz torna concreto, determinando-a pela função. Isto é, é o resultado da valoração do conceito legal indeterminado pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais³⁷.

Para Antonio Menezes Cordeiro, por sua vez, a boa-fé corresponde a um conceito indeterminado, dotado de elevado grau de abstração³⁸:

Observa-se, deste modo, uma ideia de boa fé como conceito indeterminado, sobretudo por vaguidade, normativo, perceptivo e com margem de discricionariedade variável, surgindo, por vezes, como cláusula geral, revestindo, no reagrupamento das decisões a que dê lugar, feições típicas e comportando, na argumentação que concite, o recurso a padrões que, quando recebidos, se assumem como padrões jurídicos³⁹.

2.2 A positivação da boa-fé no direito privado brasileiro

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, na função interpretativa, como cânone de interpretação dos negócios (art. 113 do Código Civil); na função de controle, para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187 do Código Civil) e na função integrativa, como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422 do Código Civil). Nessas três previsões assume caráter geral, espalhando a sua eficácia em numerosos institutos.

A boa-fé objetiva também está prevista de maneira específicos em setores delimitados, por exemplo, indicando como há de ser procedida a interpretação moduladora da eficácia de condição resolutiva aposta a um negócio de execução continuada ou periódica (art. 128); quais

³⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 212.

³⁸ “Não oferece dúvidas a sua qualificação, muito focada, como conceito indeterminado e, nessa medida, carecido de concretização e valoração” [...] “Sendo indeterminado, não oferece dificuldades a consideração da boa fé como conceito normativo e preceptivo: ela integra a linguagem jurídica específica e não é neutra, pretendendo antes, de imediato, ordenar comportamentos. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1.189-1.190. Ainda: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa-fé nos finais do século XX*. Ordem dos Advogados de Portugal, p. 888. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f%7D.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1.196.

são os limites para o exercício de denúncia em contratos duradouros e de execução continuada (art. 473, parágrafo único); determinando limites ao exercício jurídico do *ius variandi* em contrato de empreitada, num caso específico de *suppressio* (art. 619) ou impondo especiais deveres de conduta para as partes em contrato de seguro (arts. 765 e 769)⁴⁰.

Segundo Nelson Rosenvald⁴¹, o Código Civil elegeu o ser humano como centro do ordenamento jurídico, alcançando a pessoa que se apresenta por detrás do caso concreto, de modo a superar o individualismo, por meio da definição de novas bases e valores inaugurados pelo Código Civil.

Diante disso, evidencia-se a necessidade de se ter modelos abertos, de reconhecer uma estrutura normativa completa, ausente da vinculação aos meros valores formais abstratos. Esse modelo pode ser alcançado por meio da utilização de vocábulos capazes de promover à norma, a compreensão ética, exemplificada por meio dos conceitos indeterminados de probidade, boa-fé, equidade e função social.

E, com o ingresso da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível conformar a relação contratual como um complexo normativo em vigor, resultado da soma entre o estabelecido pelo ordenamento jurídico e as vontades dos contratantes⁴².

A boa-fé, portanto, conforme inserida no Código Civil de 2002, não constitui um mandamento ético abstrato, mas uma norma que condiciona e legitima a vivência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências⁴³.

Destaquemos, por oportuno, o Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, consagrando a eficácia autônoma dos deveres anexos, que, “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Carlos Roberto Gonçalves também considera que a boa-fé objetiva enseja a caracterização de inadimplemento mesmo quando não horuve mora ou inadimplemento absoluto do contrato⁴⁴. Trata-se da chamada violação positiva do contrato.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 45.

⁴¹ ROSENVALD, Nelson. **A efetividade da boa-fé no Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2004.

⁴² ROSENVALD, Nelson. **A efetividade da boa-fé no Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2004.

⁴³ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21, São Paulo, 2003.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

O art. 422 do Código Civil esclarece que a boa-fé objetiva deve ser observada “na conclusão do contrato, como em sua execução”. Acrescente-se que, além das fases pré-contratual e contratual, as partes devem respeitar a boa-fé objetiva também na fase pós-contratual. Neste sentido mais amplo, Carlos Roberto Gonçalves ensina que a boa-fé exige às partes se comportarem corretamente não só durante as tratativas, mas também durante a formação e o cumprimento do contrato⁴⁵.

Outro exemplo de aplicação dessa função ocorreu por meio da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, quando foi formulado o Enunciado n. 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

O reconhecimento nessa jornada também remete a uma discussão sobre o tema que possui múltiplas facetas, demonstrando a complexidade e a essencialidade do instituto. A compreensão emanada pela Jornada possibilita um escrutínio por parte do julgador que vai muito além da mera relação contratual estática no tempo, incluindo o *animus* das partes ao contratar, a postura subjetiva dos envolvidos desde sua manifestação de vontade preliminar até a execução dos termos pactuados no instrumento contratual.

O Código Civil constitui um sistema aberto, conferindo ao magistrado, como intérprete da norma, resolver o caso concreto verificando se os partícipes da relação jurídica em debate se portaram como exige a regra. Para tanto, o magistrado deve analisar, visando verificar se a conduta em debate pode ser considerada padrão, ou seja, aquela que qualquer homem médio tomaria no caso concreto.

Também o Código de Defesa do Consumidor situa a boa-fé objetiva em caráter geral, como princípio fundante da política nacional das relações de consumo (art. 4º, III, *in fine*) e como critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (art. 51, IV). Nesse caso, pela extremada amplitude do texto legal, a boa-fé acaba desempenhando função corretora do conteúdo contratual, promovendo o reequilíbrio de uma relação presumidamente assimétrica, por meio da revisão ou pela invalidação de cláusulas que venham a acentuar ou consagrar o desequilíbrio entre as respectivas posições jurídicas (cláusulas abusivas)⁴⁶.

O Código de Defesa do Consumidor foi além daquela tríplice função: conjugando à conduta segundo a boa-fé o equilíbrio entre posições do fornecedor e consumidor, agregou-lhe ainda a função corretora do desequilíbrio contratual, daí resultando, na prática, a boa-fé como

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 45.

mandamento de otimização do equilíbrio contratual. Conquanto tratada no Código de Defesa do Consumidor como princípio, e não como cláusula geral, a boa-fé adquiriu esse perfil funcional por obra da jurisprudência, passando a ser utilizada, entre outros, como fonte de deveres anexos (de modo especial, o dever de informar); como critério para revisar contratos em caso de excessiva onerosidade superveniente, como cânone hermenêutico para concretizar segundo a interpretação pró-consumidor ou segundo a finalidade econômico-social do negócio⁴⁷.

Ali estão tracejados, como objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo a transparência e a harmonia dos interesses dos participantes daquelas relações, a fim de serem viabilizados os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III). Exprime-se, ainda, no art. 4º, I, o postulado normativo da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, cuja *ratio* repousa no reconhecimento, pela lei, da assimetria estrutural entre os sujeitos da relação de consumo, o fornecedor e o consumidor; e o da coibição eficiente de todos os abusos (inc. IV). Sem prejuízo da atenção a outros princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, aí estão as chaves de compreensão das virtualidades do princípio da boa-fé objetiva, em cujo campo hermenêutico-funcional se alocam, portanto, as noções de vulnerabilidade do consumidor, coibição eficiente de todos os abusos e transparência no mercado de consumo. Esta última é instrumental ao escopo de minimizar os efeitos da vulnerabilidade, embora não seja suficiente para o atingir o mesmo escopo.

Por esta razão, aquela lei especial abriga normas inderrogáveis destinadas a sancionar situações que, mesmo não derivando de uma intransparência ou de uma violação à boa-fé como *standard* de conduta, não são validamente admitidas. Boa-fé, vulnerabilidade e transparência são, portanto, naquele âmbito, noções interligadas, tendo a boa-fé, entre suas funções, a de aumentar a carga de deveres informativos do fornecedor em vista de minimizar a vulnerabilidade do consumidor por meio da dação de informação veraz, útil e completa aos fins a que se destina transparência.

A mencionada *ratio* – e os princípios e regras que lhe são correspectivos – imprimem à boa-fé, quando atuante nas relações de consumo, uma feição particular, não transponível sem mediações a outras relações jurídicas.

Ao conjugar à conduta segundo a boa-fé, o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, IV) a nulidade das cláusulas abusivas,

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 101, v. 382, nov.-dez. 2005, p. 393-394.

pois desbordam da boa-fé, atingido tal equilíbrio, a normativa consumerista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretora do desequilíbrio contratual com caráter geral.

Este caráter geral exprime método diverso daquele atinente a outras relações jurídicas, em que a assimetria pode ser corrigida condicionadamente, isto é: desde que passível de apreensão por um conjunto de regras e institutos específicos, de modo que o seu sentido e os seus limites serão orientados por aquelas mesmas regras e institutos. O caráter geral do princípio do equilíbrio nas relações de consumo exprime as possibilidades revisiva e invalidante do conteúdo contratual quando abusiva a cláusula em desfavor da parte que, dada a assimetria contratual, a ela resta sujeita.

Conquanto a abusividade não constitua uma patologia própria dos contratos formados por adesão, neles encontrará o seu terreno propício. As possibilidades de revisar e de anular são amplas, tal qual permite o art. 51, IV, do CDC, não estando adstritas à atuação por meio de institutos específicos. Porém, embora amplas, não constituem possibilidades ilimitadas. A abusividade há de estar configurada como tal nos quadros sinalizados pelo conjunto de regras e de princípios do sistema. Não há e nem poderia haver – por ser desconforme com a própria noção de ordenamento jurídico – uma abusividade como resultante de um sentimento de injustiça.

Toda abusividade é relativa a elementos (princípios e regras) do próprio sistema jurídico. O juiz deve motivar a decisão com base na prova produzida e nas hipóteses do art. 51 do CDC, cujo § 1º indica, aliás, presunções de abusividade em razão da vantagem exagerada conferida ao fornecedor. Há de ater-se, igualmente, à *ratio* da operação econômica subjacente, isso significando dizer que, embora os esforços de integração, se essa *ratio* restar prejudicada, ocasionando ônus excessivo a qualquer das partes, outra solução não resta senão invalidar o contrato, e não apenas a cláusula abusiva⁴⁸.

Nesse cenário, a boa-fé surge no direito do consumidor como princípio equilibrador ou reequilibrador das relações de consumo, tendo em vista a hipossuficiência de uma das partes, justificando-se como um instrumento de controle das cláusulas contratuais abusivas, à luz do art. 4º, III, do CDC. Nas palavras de Plínio Lacerda Martins: “a boa-fé é um critério justo para a manutenção do vínculo obrigacional consagrando o equilíbrio na relação de consumo”⁴⁹.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 326.

⁴⁹ MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

3 ANÁLISE INTRODUTÓRIA DA BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

3.1 Boa-fé subjetiva

A expressão boa-fé subjetiva indica um estado de fato, traduzindo a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé, razão pela qual essa acepção comumente é expressada como “agir de boa-fé”, o contrário a “agir de má-fé”. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, como na hipótese prevista pelo art. 686 do Código Civil: “A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador”⁵⁰.

Assim, sinteticamente, é lícita a fórmula: pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato⁵¹.

A boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica denotando uma situação fática habitualmente concretizada no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável.

Por essa razão, a incidência das regras legais atinentes à tutela da boa-fé subjetiva implica – por definição – a pesquisa sobre a subjetividade, para se averiguar se ali está ou não presente o estado de crença (psicológica) vivenciada pelo sujeito titular do interesse protegido que justificará a proteção outorgada pelo ordenamento.

Diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Isto é, a boa-fé subjetiva (ou o “agir de boa-fé”) expressa um estado de fato (ignorância escusável, crença escusável na juridicidade ou na aparência de certa situação). Esse estado é constatado, ou é presumido pela lei.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280.

A concepção psicológica da boa-fé subjetiva considera a ignorância do sujeito quanto ao dano resultante de sua ação ou omissão. A concepção ética da boa-fé subjetiva, além da existência da ignorância do sujeito, considera necessário que o erro seja escusável.

Com efeito, a aplicação psicológica da boa-fé subjetiva considera somente o estado de ignorância do sujeito, deixando de lado qualquer outro fator interno ou externo. A aplicação nessa esfera favoreceria o comportamento defeituoso, atropetado de negligência e de inconsciência, em detrimento do comportamento comum, exercido por aquele que não contribuiu, em nenhum aspecto, para vício na situação sob análise.

Esse é o grande problema que permeia o uso da boa-fé subjetiva em esfera estritamente psicológica, cujo fundamento não há de ser defendido tanto quanto não se defende o erro na formação dos negócios jurídicos. Assim fosse, defender-se-ia a ratificação de negócios viciados, dissonantes da vontade das partes. Sendo assim, independentemente de verificação da ignorância do agente quando da ação ou omissão relevante, o comportamento deve, ainda, ser desculpável, sob pena de sanção.

A aplicação da boa-fé subjetiva com qualidade ética exigiria a ignorância qualificada do sujeito, ou seja, o não saber determinado, verificado depois de julgadas as condições do caso concreto, que identificariam a ignorância do sujeito livre de negligência. Do contrário, o trabalho dos julgadores careceria de exatidão, na medida em que teriam que verificar se, de fato, o sujeito percebera o vício somente através da análise de indícios de consciência, em absoluto ou não.

Considerada a boa-fé subjetiva em seu aspecto ético, misto de ignorância e de dever de conhecer⁵², importou também à doutrina e aos legisladores certificar que não sofreria dos mesmos males de incerteza ligados à natureza psicológica.

A pesquisa da situação de fato ou do estado (estar de boa-fé) é realizada no plano do mero conhecimento, ou é apanhada por uma presunção *hominis*: o sujeito está de boa-fé apenas porque não tem conhecimento de lesar os direitos alheios, acreditando titular, ele mesmo, o direito em causa, ou por confiar na credibilidade de determinada situação que lhe é apresentada.⁵³

Assim, sinteticamente, é lícita a fórmula: pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar

⁵² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 430.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 281.

o direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato. Em todas as situações, há um estado de fato, a crença legítima, de modo que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica denotando uma situação fática habitualmente concretizada no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável⁵⁴.

3.2 Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

A boa-fé subjetiva pode relacionar-se diretamente com o estado mental de um indivíduo. A subjetividade jaz no fato de o intérprete considerar a intenção real do agente na sua aplicação, consideradas as evidências de suas ações dentro de critérios mínimos de cuidado, conforme o caso específico. Isto é, a boa-fé subjetiva está assentada na ignorância escusável do agente, do possuidor e do contratante. Ignorância essa que é determinada conforme o caso, por exemplo, na crença no título de propriedade por parte do alienante, ou crença na representação válida por suposto mandatário, entre outros.

Por sua vez, a boa-fé objetiva traduz-se num modelo de conduta social, pautada por deveres externos padronizados no comportamento do *bonus pater familias*. Atua como elemento de verificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato. Ajuda, portanto, a definir deveres contratuais específicos e precisos⁵⁵, com base em um padrão comportamental⁵⁶.

A boa-fé subjetiva funda-se na moral, na intenção das partes, não se prova objetivamente. A boa-fé objetiva, por outro lado, busca o comportamento que se materialize no equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, ou seja, entre o dever e a obrigação, sempre tendo em vista a finalidade específica do contrato⁵⁷. Dessa forma, mostra-se menos etérea e

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280.

⁵⁵ BRASIL. Código Civil (2002). “Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

⁵⁶ Exemplo claro de dever fundamentado na boa-fé, no caso, de manutenção do contrato de seguro, foi dado no âmbito de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou à requerida (a seguradora) a manutenção do contrato à rescisão unilateral por esta intentada, conforme segue: “[...] dentro do princípio da boa-fé contratual, caberia ao Requerido, diante da constatação de desequilíbrio na relação, apresentar propostas à sua recomposição, sem jamais rescindir o contrato, de forma unilateral [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1247145-0/1, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Armando Toledo, j. 10-03-2009.

⁵⁷ Ao tratar da boa-fé objetiva, afirma Judith Martins Costa: “[...] não se examina a intenção das partes, mas a situação do sinalagma, isto é, a relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, à vista da concreta

abstrata que a boa-fé subjetiva, na medida em que é parâmetro de aplicação da relação contratual. É dinâmica, portanto, e deve ser avaliada conforme o fim particular e geral do contrato concomitantemente.

À boa-fé objetiva são aplicados também os conceitos de atuação dos indivíduos conforme necessário para o bom funcionamento das relações jurídicas. A preocupação com a contraparte é constante, e não será tolerada a ação individualista, ainda que fundamentada em direito, a exemplo do manifestado no art. 771 do Código Civil. Mesmo fazendo jus à indenização, o segurado deve avisar de imediato o segurador acerca do sinistro, para que este tenha reduzido as consequências negativas oriundas da situação.

Para termos noção da importância de se considerar a boa-fé objetiva nesse diapasão, confirmamos o exemplo extraído do direito alemão. A importância da utilização desta faceta da boa-fé objetiva decorre do fato de ser, em alguns casos, o único recurso de interpretação para aplicar a indenização.

A aproximação entre a boa-fé objetiva e a subjetiva está na valoração dos padrões comportamentais prescritos nos sistemas jurídicos, uma vez que em ambos os casos o direito busca apenas estabelecer normas de ação, sem atribuir um valor absoluto às ações. Pelo contrário, a norma de conduta leal leva a uma aplicação concreta, que será valorada conforme solicitado pelo caso interpretado.

A identificação do comportamento solicitado e determinado pelo direito é baseada numa solução técnica, objetiva. Não se importa com questões morais, pois distante da esfera de consciência interna que habita a boa-fé subjetiva. A gradação da boa-fé objetiva dar-se-á, portanto, de acordo com a necessidade do sistema.

3.3 Boa-fé objetiva

Conforme explica Judith Martins-Costa,

a chamada boa-fé objetiva configura, diferentemente, uma norma jurídica. A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (*standard* direcionador de condutas a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio

finalidade do contrato [...]". MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 420.

jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um estado ideal de coisas)⁵⁸.

Anteriormente à vigência do Código Civil atual, que determinou expressamente a observância da boa-fé objetiva nas relações contratuais, havia como subentendida a presença do princípio no ordenamento, o que provocou a existência de uma série de decisões judiciais demasiadamente contraditórias que, nos casos favoráveis, valiam-se do princípio da boa-fé objetiva por meio de institutos genéricos aceitos pelo ordenamento e, nos casos desfavoráveis, preteriam-no em favor de conceitos retrógrados.

Na vigência do Código Civil de 1916, as decisões eram fundamentadas na intenção do sujeito contratual, por exemplo, no dever de veracidade subjetiva. Existiram decisões, inclusive, que aproximaram, erroneamente, a boa-fé do *pacta sunt servanda*. O Poder Judiciário deveria se valer de conceitos que mascaravam a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como equilíbrio contratual e enriquecimento ilícito. Isto dificultava o desenvolvimento das decisões, tendo em vista a falta de cláusula geral de boa-fé. Atualmente, no entanto, a utilização do princípio é expressa nas decisões judiciais.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em caso envolvendo discussão sobre cobertura em contrato de seguro-saúde, pelo dever de prestação da seguradora em favor do segurado, demonstrando a utilidade da boa-fé que, embora não expressa na apólice, era logicamente oriunda da cobertura contratada, dado o caso específico⁵⁹.

A boa-fé objetiva, nos domínios do direito privado, consubstancia-se em uma cláusula geral, que pressupõe um comportamento ético das partes contratantes, as quais têm o dever de lealdade, tanto na manifestação da vontade, ao ensejo do aperfeiçoamento do negócio jurídico, quanto na interpretação das cláusulas contratuais, durante a execução do contrato, e até mesmo após o cumprimento das obrigações pactuadas⁶⁰.

A aferição da boa-fé decorre da interpretação do padrão de conduta normalmente exigível dos sujeitos e dos efeitos jurídicos que razoavelmente deveriam ser esperados pelos

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 282.

⁵⁹ “A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõem deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde”. BRASIL. Recurso Especial n. 735.168/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11-03-2008.

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

contratantes. A resposta a essas duas indagações estabelecerá o conteúdo objetivo do negócio jurídico, ao qual estarão vinculadas as partes⁶¹.

A boa-fé objetiva está prevista em diversos dispositivos do Código Civil, mas com especial destaque nos arts. 113, 187 e 422 do estatuto civil. A partir da análise desses enunciados legais, é possível inferir, valendo-se mais uma vez das lições de Judith Martins-Costa, que a boa-fé objetiva possui três funções no ordenamento jurídico brasileiro: (I) cânone hermenêutico-integrativo do contrato (art. 113: interpretativa), (II) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (art. 187: controle), e (III) norma de criação de deveres jurídicos (art. 422: integrativa)⁶².

A boa-fé objetiva desempenha função interpretativa quando verificada a existência de ambiguidade ou dúvida acerca do sentido objetivo de determinada cláusula contratual. Neste sentido, o art. 113 do Código Civil estabelece: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Nesta situação, a boa-fé objetiva deverá nortear o intérprete para a aplicação da solução mais razoável à lide, observando-se, nessas circunstâncias, os três parâmetros do princípio constitucional da razoabilidade: adequação, necessidade e proporcionalidade⁶³. Além disso, a boa-fé objetiva serve à integração do contrato, na medida em que auxilia no preenchimento das lacunas contratuais.

Um exemplo de aplicação dessa função pode ser na interpretação de cláusulas pré-fixadas em contratos de adesão, onde é imperioso que a dúvida beneficie aquele que não pôde redigir ou debater o conteúdo do negócio, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor.

O art. 187 do Código Civil consagra a íntima relação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito, sendo um relevante meio de traçar a distinção entre exercício regular de direito e abuso de direito, para fins de limitar o exercício de direitos. O dispositivo do diploma civil prevê: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Neste contexto, Teresa Negreiros afirma que o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas

⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL n. 145, abr. 2020.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 427-428.

⁶³ A respeito dos três parâmetros do princípio da razoabilidade: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

expectativas⁶⁴. Mas não é só, pois a boa-fé objetiva, ainda nesta função de limitar o exercício de direitos, serve de fundamento à proibição do *venire contra factum proprium*, aos institutos da *suppressio*, *surrectio* e *tu quoque*, e de base às teorias dos atos próprios e do adimplemento substancial.

Em outras palavras, a função de controle busca responsabilizar o contratante que, no curso do contrato, revele aspectos demonstrando abusividade ou desequilíbrio na relação jurídica. Um exemplo clássico são os contratos de adesão comumente utilizados nas relações de consumo. Isso porque, a boa-fé é o grande norte das relações jurídicas na atualidade, o que incluiria, evidentemente, as relações de consumo.

Já a função integrativa, por sua vez, é focada no sentido de que a eticidade deve integrar a relação negocial por todo o seu percurso, seja na fase de negociações, pré-contratual ou pós-contratual. Assim, tem por objetivo assegurar a finalidade da obrigação, incrementando princípios como a paridade de armas, a função social e a autorresponsabilidade.

Essa função de criar deveres jurídicos anexos – também denominados pela doutrina, normalmente, de secundários, laterais ou acessórios – encontra fundamento legal no art. 422 do diploma civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Conforme leciona Priscila Mathias de Moraes Fichtner, esses deveres “surtem como valor autônomo dentro da relação contratual, não dependendo, para a sua validade e exigibilidade, de qualquer previsão no instrumento do contrato”⁶⁵. Antônio Menezes Cordeiro lembra, ademais, que os deveres anexos são “em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor”⁶⁶.

Como exemplos desses deveres anexos, citamos, conforme lição de Judith Martins-Costa, os deveres de cuidado, previdência e segurança, de aviso e de esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação, de proteção e de cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, além dos deveres de omissão e de segredo⁶⁷. Carlos Roberto Gonçalves traz a seguinte enumeração dos denominados deveres anexos de conduta:

⁶⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

⁶⁵ FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. **A boa-fé qualificada nos contratos de seguro**. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 62.

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 649.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 439.

Esses deveres anexos ou secundários excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (como evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte) etc.⁶⁸.

De todo modo, esse dever de respeito decorre da função social do contrato, que mitiga o princípio da relatividade dos efeitos contratuais estabelecendo eficácia da avença para além das partes contratantes, e da boa-fé objetiva, que impõe limites ao exercício do direito subjetivo de contratar. Nesse sentido, no paradigmático “caso dos tomates”, tem-se a aplicação do instituto para relações pré-contratuais.

Em um breve histórico, a sociedade empresária de conservas alimentícias CICA distribuiu durante anos sementes de tomates aos agricultores de certa região no Rio Grande do Sul, para plantio e posterior aquisição da safra para a produção de molho de tomate. Na safra de 1987/1988, a sociedade empresária distribuiu sementes aos fornecedores, como era costumeiro, mas recusou-se a adquirir a produção, acarretando prejuízo em razão da quebra da confiança despertada nos produtores antes da celebração do contrato e que se viam totalmente dependentes da aquisição de seus produtos.

O TJRS, sob o voto condutor do Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, reconheceu a responsabilidade pré-contratual da sociedade empresária por quebra da confiança ao deixar de celebrar, sem motivo justificável, a compra da safra de tomates dos agricultores, embora tenha – como de costume – distribuído as sementes.

Na fundamentação de seu voto, o magistrado considerou que a recorrente compra e distribuição de sementes levava os agricultores a pressupor que a empresa pretendia que a celebração do contrato fosse definitiva no futuro. Desse modo, não poderia voltar atrás nessa conduta, surpreendendo os produtores sem motivo justificável, em decorrência direta dos postulados da ofensa à boa-fé objetiva.

Em outras palavras, por meio dessa decisão, foi cunhada a vedação do comportamento contraditório, consubstanciada na máxima *venire contra factum proprium non potest*:

Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate,

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59-60.

atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. [...] Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, j. 6-6-1991).

Aliás, a boa-fé contratual é preceito que deve ser observado na fase pré-contratual, contratual e, posteriormente, na execução do contrato. Ao tratar da fase negocial, pré-contratual, a jurista portuguesa Ana Prata salienta:

Variando a medida da vinculação das partes na razão da confiança produzida pelo processo preliminar, pode chegar-se a um momento em que tenha que considerar-se ilícito o inesperado rompimento das negociações ou, mesmo mais, ilegítima a recusa de conclusão do contrato, isto é, em que da boa-fé haja de considerar-se emergente o dever pré-contratual do prosseguimento das negociações ou da própria celebração do negócio. [...] Esta última hipótese de obrigação de contratar decorrente da boa fé na fase negociatória apresenta-se particularmente nítida nos casos em que todo o conteúdo contratual se encontra já acordado, restando apenas a sua formalização em obediência às regras legalmente impostas⁶⁹.

A teoria da boa-fé objetiva encerra um formidável instrumento de hermenêutica jurídica para detectar eventual abusividade das cláusulas contratuais expressas ou para reconhecer a inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda para proceder à interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que seja preciso restabelecer o equilíbrio contratual.

Na mesma linha principiológica, que marca as denominadas *Normas Fundamentais do Processo Civil*, constantes do preâmbulo do CPC/2015, inspirando-se, por certo, na dogmática do direito privado, o legislador estabeleceu, no art. 5º, uma cláusula geral de boa-fé processual, que deverá nortear a atuação, durante as sucessivas etapas do procedimento, de todos os protagonistas do processo: o juiz, as partes, o representante do Ministério Público, o defensor público e os auxiliares da Justiça (serventuários, peritos, intérpretes etc.).

O fundamento constitucional da boa-fé decorre da cooperação ativa dos litigantes, especialmente no contraditório, que devem participar da construção da decisão, colaborando, pois, com a prestação jurisdicional.

Note-se que a boa-fé processual se desdobra nos deveres de veracidade, de transparência e de lealdade na realização dos atos processuais, contemplados nos arts. 77 e 142 do CPC/2015

⁶⁹ PRATA, Ana. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

de 2015. O descumprimento desses deveres caracteriza ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, cujas sanções estão detalhadamente previstas nos arts. 77, 80, 81, 100, parágrafo único, 334, § 8º, 536, § 3º, e 702, §§ 10 e 11.

Nada obsta, à evidência, que essas regras materiais sejam aplicadas pelos árbitros no processo arbitral, visando reprimir a conduta temerária do litigante.

3.4 A boa-fé como parâmetro de conduta pré-contratual

De forma genérica e simplificada, podemos afirmar que um dos papéis da boa-fé objetiva no sistema jurídico é o de reger a tomada de decisões de indivíduos inseridos em determinada ordem. Enquanto fator objetivo, as indefinições e psicologismos próprios de sua face subjetiva escapam da boa-fé. Assim, um dos desdobramentos dessa faceta objetiva é a busca pela determinação de condutas ideais em face de situações de tensão que circundam os negócios jurídicos.

Forma principal de negócio jurídico, os contratos trazem em si uma necessidade fundamental de condutas baseadas na boa-fé. Justamente, como forma de resguardar os interesses das partes contratantes, em 1861, foi desenvolvida por Jhering a teoria da culpa *in contrahendo*, principal fator de inserção da boa-fé objetiva no campo dos contratos⁷⁰.

Inicialmente, importante destacarmos que a criação dessa teoria teve como objetivo preencher uma lacuna na matéria de formação dos contratos. A necessidade de ajuste do sistema indicada por Jhering era a de justificar a aplicação de uma responsabilidade civil adequada às situações de dano provocado por um dos contratantes que, irremediavelmente, acarretava a nulidade dos contratos. Caberia uma ação de indenização à parte cujo dano foi provocado. No entanto, na época, a ação era baseada na responsabilidade contratual.

O problema encontrado pelo doutrinador mencionado era justificar a aplicação de uma responsabilidade contratual a uma situação que não pressupunha a existência de um contrato, uma vez nulo. Quando da verificação de nulidade dos contratos, era assegurado diretamente à parte prejudicada apenas o direito de ser ressarcida quanto aos interesses negativos, consubstanciados nos gastos de preparação e de celebração do contrato. Os interesses positivos,

⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 528: “A culpa *in contrahendo* inscreve-se no desenvolvimento da terceira sistemática e de sua doutrina. Mas apresenta duas especificidades: assenta num estudo científico directo e não numa vivência juscultural prévia e foi objecto, ao longo de sua evolução, de um tratamento central, isto é, de uma análise como conceito, independente, até certo ponto, das suas aplicações. Apresenta, deste modo, uma compleição particular que documenta a impossibilidade de encerrar o Direito em esquemas simétricos rígidos”.

ou seja, aqueles ligados ao cumprimento do contrato, não poderiam encontrar guarida em ações de cunho contratual, uma vez dependentes de uma avença válida.

Segundo sua explicação, é necessário reconhecer na relação contratual duas esferas de interesses, quais sejam, os primários e os secundários. Os interesses primários seriam todos aqueles imprescindíveis à realização do núcleo obrigacional, como entrega do objeto no contrato de compra e venda ou salvaguarda do interesse jurídico no contrato de seguro. Estes interesses morreriam com a verificação de nulidade do contrato.

Por sua vez, os interesses secundários seriam aqueles acessórios à obrigação, como a restituição do bem vendido ou da indenização paga. De acordo com o doutrinador, nesse caso, independentemente da verificação de nulidade do contrato, os interesses sobreviveriam e, portanto, seriam passíveis de indenização.

A indenização seria devida nos casos de um dos contratantes ter conhecimento acerca de determinado fator que imprimiria nulidade à relação jurídica em suposta formação. Importante observar que o dever de indenizar também existiria em casos de inescusável ignorância desses fatores de nulidade⁷¹. Havendo o dever de informação à contraparte e não cumprido, ainda que por culpa, seria devida a indenização.

A peculiaridade da teoria da culpa *in contrahendo*, conforme concebida por Jhering, subjaz no fato de buscar uma responsabilidade contratual a uma avença nula. Não obstante, sua intenção não foi a de determinar exaustivamente a forma pela qual as características da indenização deveriam ser sistematizadas, mas de apontar um caminho ainda inexplorado pelo direito no campo da formação dos contratos⁷².

⁷¹ Pode considerar-se que, para JHERING, a culpa *in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra parte pelo interesse contratual negativo”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 530.

⁷² O autor tece duras críticas aos ofensores da teoria de JHERING conforme desenvolvida inicialmente. Afirma que a intenção do doutrinador, "por aviso ou por intuição acaba por não tomar posições dogmáticas definitivas", possibilitando, assim a criação de novas ideias a partir de sua teoria. Seguidamente, o autor explica as teorias de desenvolvimento da teoria de JHERING, a qual se passa a descrever. As hipóteses a serem descritas são: a negocial e a das previsões legais. De início, tratar-se-á da fundamentação com base na do elemento negocial. F. LEONHARD foi grande responsável pelo desenvolvimento da teoria negocial da culpa *in contrahendo*. O autor considerou a aplicação da teoria na fase de formação, sobre o período de negociações desenvolvido pelas partes, contanto que as negociações levassem, de forma imprescindível, à formação do contrato. A indenização, portanto, seria devida em casos de negligência logo nas negociações, de forma análoga aos efeitos do contrato formado, por violação de um dever de cuidado, de informação da contraparte, oriundos, por sua vez, de considerações de boa-fé em sentido objetivo. Diferentemente de JHERING, considerando a necessidade da existência de um contrato válido posterior para possibilidade de aplicação da culpa *in contrahendo* por violação de regras de conduta na fase negocial, LEONHARD percorre caminho mais tradicional. Enquanto JHERING havia procurado manter uma relação entre a culpa oriunda de fase negocial e um contrato nulo, LEONHARD considerava a validade do contrato como condição sem a qual seria impossível avaliar a ocorrência de eventual culpa. Não se quedou inerte a teoria desenvolvida por LEONHARD, sofrendo críticas de diferentes níveis. Primeiramente, foi criticado por uma suposta incoerência lógica dentro de sua teoria, especificamente, na

Contudo, a questão de maior importância não é a de se colocar a culpa *in contrahendo* restrita ao âmbito contratual ou procurar legitimá-la apenas na existência de um traço contratual, seja do contrato principal ou de um contrato prévio fictício. A complexidade das respostas que o tema exige será mais bem tratada quando analisarmos o segundo aspecto de desenvolvimento da teoria em discussão, qual seja, o da projeção legal⁷³.

3.5 Negociações preliminares e estudo da responsabilidade pré-contratual

As negociações preliminares correspondem a uma fase contratual presente em situações de formação contratual mais complexa, que demandam mais que a mera dinâmica binomial da oferta e aceitação. Conforme crescem os obstáculos do vínculo obrigacional que se deseja criar, os contratantes sentem a necessidade de conhecer melhor as diretrizes gerais do negócio vindouro, de forma a alocar seus recursos com maior certeza e segurança.

Não são todas as relações contratuais simples como a de compra e venda cotidiana entre o particular e o estabelecimento comercial de alimentos. Os preços estão à mostra, os produtos também. Embora seja um caso no qual a oferta é pública, o exemplo é pertinente, pois o que importa é que os usos e costumes eliminaram a incerteza jurídica quanto à materialidade da relação de compra e venda.

Entretanto, muitas vezes não se verifica esse conforto, principalmente por se tornarem cada vez mais complexas as relações entre empresas, seja pelo maior volume financeiro dos negócios firmados, seja pela dificuldade imposta pela interligação global empresarial.

incongruência de se basear a obediência a um dever pré-contratual apenas na eficácia futura do contrato. Não seria possível perceber com esse nível de certeza a existência futura da relação contratual. A réplica tecida por MENEZES CORDEIRO caminha no sentido de se considerar o estudo de LEONHARD adstrito às hipóteses em que, necessariamente, haveria a conclusão bem-sucedida do contrato, na medida em que o autor avaliaria defeitos na execução do contrato causados por carência de deveres de informação na fase de formação do vínculo. Dessa forma, por suposição lógica, ao avaliar problemas na execução do contrato, excluindo os casos que representavam eventuais nulidades, o autor estaria, necessariamente, tratando de avenças concluídas. Não se estaria partindo de um fator certo – fase presente de negociação – para uma fase incerta – possível existência formal de vínculo, mas justamente o oposto. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 532.

⁷³ “O problema em jogo é inteiramente diverso do pressuposto de acusações de ficção e outras similares. Antecipando desenvolvimentos, avance-se que, caso na chamada culpa *in contrahendo* esteja apenas em causa um tema de salvaguarda do instituto contratual, não há dificuldade de fundo em derivar da voluntariedade dos preliminares, deveres jurídicos. Uma ordenação tão linear contenta-se com uma Ciência Jurídica de tipo tradicional. Quando, porém, se determine que, na culpa *in contrahendo*, afloram dados básicos do sistema, transcendentais à mera contratualidade, essa concepção claudica: tratando-se de precisar o conteúdo do 'contrato preparatório', oferece esquemas concretizadores insuficientes. Tudo isso fica muito para além do que o cândido lugar-comum da ficção possa oferecer”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 539.

A formação de qualquer contrato de interesse econômico relativo⁷⁴ é passível de ser composta de uma fase preliminar de duração indeterminada, justificando-se, pois, pela necessidade de avaliação dos riscos envolvendo o negócio e das possíveis vantagens decorrentes da existência de um custo de oportunidade favorável.

Nesse contexto é que são inseridas as negociações preliminares. São, portanto, entendimentos, estudos, esforços empregados visando a compreensão adequada da possibilidade de realização do negócio. Para existirem, não é requerido um consenso explícito, mas somente a intenção de contratar e de iniciar as discussões relativas para tal.

Por esse motivo, entendemos ser usualmente despidas de quaisquer vínculos obrigacionais entre os participantes⁷⁵, resumindo-se à aproximação entre estes e, ainda, dependendo da concordância relativa a um sem-número de variáveis, incertezas que possibilitam a ausência de obrigatoriedade.

Admite-se, além da simples sondagem entre os agentes, a redução, por escrito, do que se concordou até certo momento das negociações. A tradução dos entendimentos preliminares em uma minuta de contrato tem a simples utilidade de facilitar a negociação considerada, reitera-se, desprovida de poder vinculativo, conforme opinião da doutrina corrente⁷⁶.

A natureza principal desses entendimentos prévios por escrito é sua eventualidade. Nasce do desejo das partes de criar figuras contratuais não residentes em espécies já previstas pela legislação. Encontra respaldo na teoria da autonomia das vontades, restrita às normas de ordem pública e fora do campo de aplicação do dirigismo econômico do Estado.

A característica principal das tratativas, por outros caracterizada simplesmente como eventualidade, consiste na absoluta falta de *animus* de obrigatoriedade entre as partes em referência ao contrato futuro, uma vez que não têm a mínima intenção de tornarem definitivas as matérias de suas conversações⁷⁷.

⁷⁴ “Essa 'determinação gradual e progressiva das cláusulas de um contrato' em negociação é utilizada geralmente na venda de controle acionário de uma sociedade, no trespasse de uma empresa, nos negócios que demandam, em suma, demorada apuração de dados ou investigação técnica das verdadeiras condições de uma universalidade”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 71.

⁷⁵ “Deveras, esta fase pré-contratual não cria direitos nem obrigações, mas tem por objeto o preparo do consentimento das partes para a conclusão do negócio jurídico contratual, não estabelecendo qualquer laço convencional”. DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 66.

⁷⁶ Essa afirmativa é corroborada pelas obras aplicáveis de Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues e Waldírio Bulgarelli, dentre outros. Em sentido contrário: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2001, p. 454. Segundo o autor, a minuta poder ser considerada proposta se elaborada apenas por uma das partes, mas, se fosse fruto da pretensão conjunta dos negociantes, deveria ser analisada a partir da interpretação da vontade de ambos.

⁷⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil – fonte das obrigações**. Contratos. v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 69. Como forma de reforço e identidade à admissão do caráter da

Embora seja correto afirmar a falta de vínculo nas tratativas, é mais abrangente o entendimento⁷⁸ de que as finalidades nucleares da fase pré-contratual, tendo em vista a não obrigatoriedade de celebração do contrato, são: por um lado, a certeza do direito de termo às negociações, se vislumbrada rentabilidade maior em oportunidade alternativa; por outro, o estabelecimento de pontos rígidos, pacíficos de discussão, no contrato considerado eventualmente.

Toda essa preocupação com a fase preliminar do contrato justifica-se por ser o momento no qual nascem as linhas gerais do vínculo efetivo, embora controversa seja a questão quanto à sua importância, pois não constituem requisito imprescindível à existência dos contratos, e, de fato, podem sequer existir, como verificado nos casos da opção ou da oferta ao público.

Não obstante o zelo dos negociantes na determinação de suas obrigações preliminares ao início do eventual vínculo, a negociação pode resultar infrutífera e fator de motivação de ações de indenização, baseadas nas teorias a seguir descritas, conforme encontradas na doutrina brasileira.

Fundamentalmente, a teoria da responsabilidade pela quebra das negociações deve considerar dois fatores. Primeiramente, o consentimento das partes na preparação de trabalhos pré-contratuais, pois assumem entre si a obrigação de ressarcir as despesas e os demais custos incorridos quando do curso desses trabalhos. Em segundo lugar, a própria existência de despesas ou de diminuição patrimonial experimentado pela parte sobre a qual foi imposto o término arbitrário das negociações.

De fato, o realizarem um primeiro contato, as partes já se encontram em um estado de desejo de contratar, conforme o caso, mas é preciso que seja determinado, explícita ou tacitamente, que desejam empregar esforços para elaborar um anteprojeto contratual. Caso contrário, ou seja, na hipótese de as partes realizarem despesas antes da comunicação do início dos trabalhos preparatórios, nada poderão requerer a título de indenização⁷⁹.

É complicado, assim como em diversas outras situações de fato, que uma das teorias que buscam fundamentar a responsabilidade pré-contratual possa delimitar, precisamente, quais serão as ocasiões em que a desistência do negócio é arbitrária ou não.

eventualidade, acredita que o consentimento das partes com relação a alguns pontos da discussão só terá de ser observado se da formação efetiva do vínculo contratual, ou seja, da celebração eventual do contrato, do contrário, as condições pré-estabelecidas com o termo prematuro das negociações serão frustradas.

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 62.

⁷⁹ “Chega-se assim à conclusão de que não será possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual sem prova de ter havido consentimento às negociações”. CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 147.

Também é importante frisarmos, desde já, a incoerência e a falta de razão de que são constituídas as opiniões que tentam estender os danos de natureza contratual à desistência das negociações. A indenização deve abranger tão-somente os gastos realizados em prol da conclusão do contrato cujo termo foi prematuro e na medida em que foram consentidos pelas partes. Não se pode permitir que a indenização ultrapasse esses termos e, principalmente, não é sensato ter sempre como parâmetro o valor do ressarcimento equivalente àquele gasto pela parte não desistente.

Nessa fase, o contrato ainda não existe. Assim, deve ser explícito que não há obrigação das partes em contratar pela simples existência das negociações. Se assim fosse, não haveria possibilidade de aproveitar-se a melhor oportunidade provinda de um estudo dos agentes do mercado, posto que qualquer contato ensejaria a obrigação de contratar.

Muitas são as teorias que procuram explicar a responsabilidade por danos precedentes ao contrato. A teoria que busca concretizar a responsabilidade através do abuso de direito é de caráter geral, não pode ser defendida como uma teoria autônoma de base para caracterizar a responsabilidade pré-contratual. É o exercício displicente do direito de contratar. Pode ser caracterizada pela ausência de manifestação expressa da parte que perpetua na outra a crença na realização do negócio, autorizando, dessa forma, a efetivação de gastos correlatos.

A teoria baseada na boa-fé objetiva é, talvez, a que melhor explique a existência da responsabilidade pré-contratual. Conforme retratado, grava de antijuridicidade os atos contrários à boa-fé e aos usos e costumes no decorrer do contrato e nos momentos anteriores e posteriores à sua vigência, conforme regulado pelo Código Civil brasileiro⁸⁰.

A boa-fé objetiva engloba não só o aspecto negativo das ações, mas também o positivo, ou seja, não é suficiente a passividade absoluta do sujeito, seja para a prática de atos bons ou ruins para a conclusão do negócio. Não deverá, portanto, existir a prática de ações prejudiciais à conclusão do contrato. Contrariamente, deverão existir ações leais que exacerbem a intenção das partes em concluí-lo⁸¹.

⁸⁰ "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão dos contratos, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé."

⁸¹ "[...] já não satisfaz um conceito negativo de boa-fé. Não basta que um indivíduo se apresente na sociedade em atitude passiva, animado apenas de uma ausência de vontade de prejudicar, para que lhe seja concedida proteção jurídica. Ao invés, em acepção mais corrente, seu característico é uma atuação positiva, uma ostentação de lealdade [...]". PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 104.

3.6 A boa-fé processual

O CPC/2015 explicitou a boa-fé processual em seu art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (boa-fé objetiva).

Conforme destaca Fredie Didier Junior, não podemos confundir a (norma) boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a tutela provisória prevista no CPC/2015, art. 311, I. A boa-fé subjetiva é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas⁸².

O art. 5º do CPC/2015 não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

Além da boa-fé processual, há, ainda, regras de proteção à boa-fé que compõem a modelagem do devido processo legal brasileiro. As normas sobre litigância de má-fé (arts. 79-81 do CPC/2015) são um exemplo disso. A infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que imponha o comportamento conforme a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC/2015 é suficiente, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral⁸³.

A consagração da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o §242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do direito, mesmo os “não civis”⁸⁴. Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo

⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n. 70, out.-dez. 2018, p. 179-188.

⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n. 70, out.-dez. 2018, p. 178-188.

⁸⁴ “Essa expansão é notável e denota a compleição da boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 371.

comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Assim, como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.

A doutrina em geral tem mantido certa uniformidade com os elementos básicos que conformam o conceito. Picó i Junoy já a definiu como “aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de um processo, por ser socialmente admitida por correta”⁸⁵.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro entende que a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé. Seguimos transcrevendo trecho da fundamentação do STF sobre a pauta:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos⁸⁶.

O STF confirma que a exigência de comportamento segundo a boa-fé atinge a todos os sujeitos processuais, e não apenas às partes:

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça⁸⁷.

A doutrina alemã agrupou quatro casos de aplicação da boa-fé objetiva ao processo⁸⁸.
(i) a proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé. O dolo processual é conduta ilícita, por conta da incidência do princípio da boa-fé. Mas há regras expressas que concretizam isso, por exemplo: o requerimento doloso da citação por edital

⁸⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. **El principio de in buenn jé procesal**. Barcelona: Bosch, 2013, p. 75-76.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n. 464.963-2-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-02-2006, public. DJ 30-06-2006.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n. 464.963-2-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-02-2006, public. DJ 30-06-2006.

⁸⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. In: **Zeitschrift für Zivilprozess**, n. 86, Heft 3, 1973, p. 355.

(art. 258, CPC/2015) e a litigância de má-fé (art. 80, CPC/2015)⁸⁹; (ii) a proibição de *venire contra factum proprium*. Trata-se de proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência⁹⁰; (iii) a proibição de abuso de direitos processuais. O abuso do direito é conduta ilícita; o abuso de um direito processual também. Qualquer abuso do direito no processo é proibido pela incidência da boa-fé processual; (iv) A *suppressio* é a perda de uma situação jurídica ativa, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida; o exercício tardio seria contrário à boa-fé e abusivo. A *suppressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte⁹¹.

A boa-fé é a fonte da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica “abuso do direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, a boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação estabelecida entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: a boa-fé processual, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé⁹².

É possível, porém, identificarmos ao menos mais três aplicações da boa-fé processual, além daquelas já sistematizadas pela doutrina alemã: (i) a boa-fé impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo. O art. 6º do CPC/2015 brasileiro consagra essa derivação; (ii) a negociação processual, seja aquela relativa ao litígio, seja aquela que tem por objeto as normas e situações jurídicas processuais (art. 190 do CPC/2015), deve observar a boa-fé processual (aplicação ao processo do art. 422 do Código Civil) e (iii) a boa-fé ainda exerce uma função hermenêutica: a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas conforme este princípio (art. 489, § 3º, e art. 322, § 2º, CPC/2015, respectivamente).

⁸⁹ É importante registrar, especificamente para a aplicação do art. 80 do CPC, que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a “má-fé subjetiva”; há casos em que a “má-fé” é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, e VII do mesmo artigo. Advertindo sobre esse aspecto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *In: Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26. Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.

⁹⁰ Com inúmeros exemplos: TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório** – a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 269-316.

⁹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n. 70, out.-dez. 2018, p. 179-188.

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n. 70, out.-dez. 2018.

Como vimos, a boa-fé objetiva é verdadeira cláusula geral – e é tratada como tal pelo art. 5º do CPC/2015 –, que encerra uma série de comportamentos desejados ou esperados dos agentes em geral e aqui, no plano do processo, de todos os sujeitos processuais que, em última análise, conduzem à proteção da confiança legítima. Esse artigo impõe a todos os que participarem do processo – todos os sujeitos processuais, portanto – o dever de comportar-se conforme a boa-fé, objetivamente considerada e, por isso, vai além dos deveres de probidade de que trata o art. 77 e, de resto, não se confunde nem se restringe às diversas situações nas quais a ausência de boa-fé subjetiva é reprimida pelo CPC/2015⁹³.

Nesse contexto, as aplicações da boa-fé objetiva são as mais variadas: como vetor hermenêutico, como fonte de criação de deveres e, ainda, como modalidade de regulamentação do exercício de direitos.

Trata-se a boa-fé objetiva de elemento que deve ser considerado na interpretação dos atos jurídicos em geral e dos atos processuais, visto que há dois momentos nos quais o próprio CPC/2015 utiliza expressamente esta vertente: o art. 322, § 2º sobre a interpretação do pedido formulado pelo autor quando ingressa em juízo: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” e art. 489, § 3º, ao ensejo da interpretação das decisões judiciais é expresso: “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”⁹⁴.

A segunda relaciona-se a outros princípios como o da lealdade processual. Trata-se, nesse contexto, de entendê-la como meio que enaltece o necessário cumprimento dos deveres processuais que garantam o atingimento daqueles valores, vedando quaisquer abusos processuais. Aqui também o CPC/2015 é expresso, em diversas passagens a este respeito, sancionando, inclusive, o comportamento violador dos deveres processuais. É destacar, para fins ilustrativos, o art. 77 e parágrafos, em resposta à inobservância dos deveres indicados em seu *caput* e o parágrafo único do art. 774, que sanciona os atos atentatórios à dignidade da justiça no âmbito do cumprimento de sentença e da execução. A concessão de tutela provisória com fundamento no abuso do direito de defesa (art. 311, I) é também importante exemplo de concretização da boa-fé objetiva.

É nesse sentido que a doutrina processual tem procurado transportar manifestações da boa-fé objetiva no campo do direito privado para justificar o que denominamos regulamentação no exercício de direitos. São as situações que vedam o comportamento contraditório, assim compreendida a prática de ato (posterior) apto a frustrar a legítima expectativa de preservação

⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

da coerência de outro ato (anterior) por determinado sujeito (*venire contra factum proprium*) e suas variantes, como a *supressio* (tornar impossível a prática de um ato porque a omissão em praticá-lo é capaz de gerar confiança legítima em outro sujeito), a *surrectio* (o direito decorrente da *surrectio* em virtude do ato que a gerou) e *o tu quoque* (prática de ato que, ao romper a legítima confiança entre os sujeitos, introduz novo elemento prejudicial na relação jurídica)⁹⁵.

A boa-fé processual enuncia o dever que todos os sujeitos do processo detêm de manter uma conduta ética adequada, conforme os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento, prolongando a ética que deve nortear a vida em relação social.

⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

4 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

A Lei de Arbitragem brasileira, seguindo lição clássica de técnica de elaboração legislativa, não conceituou o instituto da arbitragem, deixando a tarefa de defini-lo para a doutrina especializada.

Selma Ferreira Lemes considera que a arbitragem, portanto, é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, em comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral⁹⁶. Carlos Alberto Carmona, por sua vez, argumenta que a arbitragem é uma técnica para solucionar controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado – a decisão é destinada a assumir eficácia de sentença judicial⁹⁷.

Indiscutivelmente, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos. A via natural de resolução de litígios domésticos é o Poder Judiciário, posto à disposição dos cidadãos pelo Estado. Há, porém, outras formas de resolução de conflitos previstas pelo ordenamento jurídico. E é justamente por isso que se fala que a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação são meios alternativos de resolução de conflitos.

A autonomia privada também é um elemento fundamental da definição de arbitragem. Não existe, atualmente, arbitragem genuinamente obrigatória no Brasil, razão pela qual toda e qualquer arbitragem decorre do exercício da autonomia privada das partes. Importante destacarmos que esta última (autonomia), por sua vez, decorre da garantia constitucional da liberdade individual, prevista no art. 5º da CF/1988. Podemos dizer que a autonomia privada é o elemento que coloca o instituto da arbitragem ao abrigo da proteção constitucional, inferindo-se daí que a arbitragem é constitucional porque revela genuína expressão da liberdade individual.

A autonomia privada das partes, ademais, desde que exercida em respeito aos dispositivos legais aplicáveis, estabelece os limites materiais da cognição do tribunal arbitral. Destacamos que, ao contrário do ocorrido na seara judicial, essas balizas não são fixadas exclusivamente pelo autor na petição inicial, mas, geralmente, por ambas as partes, em consenso, na convenção ou no termo de arbitragem.

⁹⁶ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

No âmbito arbitral, o processo nasce do consenso das partes, de maneira que ninguém pode ser obrigado a participar do processo arbitral sem que previamente tenha anuído com essa forma de solução de controvérsia. No âmbito judicial, o processo nasce da demanda do autor, em relação à qual o réu não pode se escusar, sob pena de sofrer, em regra, os efeitos da revelia. O processo judicial é sempre obrigatório para o réu, pois o processo judicial nasce da provocação individual do autor. Já a arbitragem é sempre voluntária para ambas as partes, pois o processo arbitral nasce do consenso formado pelo exercício das autonomias privadas das partes ao escolherem este procedimento para a solução de conflitos.

Destacamos, também, que a arbitragem se diferencia da conciliação e da mediação justamente porque há um terceiro imparcial que decidirá o conflito impositivamente, aplicando as normas escolhidas pelas partes. O terceiro, no caso da arbitragem, efetivamente decide, impondo uma solução às partes, não se limitando a tentar um acordo ou restabelecer o diálogo entre os atores. Não podemos, pois, tratar da definição de arbitragem sem considerar um terceiro imparcial com efetivo poder (e dever) de decidir a lide.

Por fim, relevante incluirmos na conceituação de arbitragem a característica de definitividade da sentença arbitral, na medida em que, assim como ocorre no caso da sentença judicial, a decisão de mérito proferida pelo tribunal arbitral adquirirá a qualidade de coisa julgada material, razão pela qual o seu conteúdo se tornará definitivo, imutável e indiscutível. Ao contrário do ocorrido na mediação, na conciliação e no procedimento administrativo, a decisão tomada pelo julgador imparcial na arbitragem é definitiva, ou seja, é passível de imutabilidade e indiscutibilidade por força da coisa julgada material. Árbitro não é parecerista; árbitro é julgador e a sentença arbitral de mérito é acobertada pela coisa julgada.

4.1 Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica do procedimento de arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide existente entre as partes⁹⁸.

A arbitragem pode ser definida como o meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal. A decisão é destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para

⁹⁸ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 58.

solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor⁹⁹.

Conforme ressalta Arruda Alvim, costuma-se identificar a arbitragem como equivalente jurisdicional ou, ainda, como um instrumento – tal como o processo judicial – para o exercício da jurisdição. Além disso, é disciplinada pelo direito público, porquanto objetiva à resolução de conflitos e está inserida no direito processual civil, mas a ela se aplicam também princípio e diretrizes privatistas, relativas à autonomia da vontade¹⁰⁰.

Selma Ferreira Lemes destaca que o princípio da autonomia da vontade, com grande ressonância no juízo arbitral, constitui sua própria essência, desde a faculdade de dispor desta via alternativa de solução de controvérsias quando a lei o permite (direitos disponíveis), até as disposições procedimentais que regerão o juízo arbitral. Destaca, ainda, que os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada foram assim definidos por Francisco dos Santos Amaral Neto:

A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas¹⁰¹.

O principal deles é o da autonomia privada. Isso porque a arbitragem apenas é instaurada em decorrência do acordo das partes em se submeterem à jurisdição arbitral, renunciando, portanto, à jurisdição estatal. Esse acordo de vontades, concretizado na forma da convenção de arbitragem, e que deriva da autonomia da vontade das partes, dá ensejo à criação de leis entre elas. Esse poder de particulares legislar é o que comumente se denomina autonomia privada¹⁰².

⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁰⁰ ARRUDA ALVIM. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre Freire (org.). **Arbitragem** – estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo; Saraiva, 2016.

¹⁰¹ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem**. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 35.

¹⁰² NERY, Maria Carolina. **Arbitragem e o Poder Judiciário**: proposta para um diálogo. São Paulo: RT, 2020, p. 37.

Conforme lição de Judith Martins-Costa, a principal diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada repousa no fato de que enquanto a autonomia da vontade denota o fato da vontade humana ser capaz de criar efeitos jurídicos, a autonomia privada é a expressão, em atos de comunicação social, das declarações negociais. Ou seja, é a efetivação da autonomia da vontade, do poder das partes agirem conforme suas vontades, para criar leis entre elas¹⁰³.

Nesse ponto, interessante ressaltar que a vontade negocial das partes, por meio de sua autonomia privada, dá vida à jurisdição privada que a lei, além de autorizar, coloca no mesmo patamar hierárquico da jurisdição estatal. Francisco José Cahali defende, por isso, ser inegável o caráter jurisdicional da arbitragem¹⁰⁴.

A autonomia privada desempenha função preponderante na arbitragem, tanto que é por intermédio dela que se consagra aos contraentes a opção de pactuar a cláusula compromissória, de tal maneira que as controvérsias daí decorrentes sejam dirimidas por meio do instituto. É com esteio nela que se forma o negócio jurídico voltado à eleição da arbitragem como meio de resolução de disputas decorrentes de um contrato, no qual a cláusula compromissória está inserida ou a ela faz referência.

Com efeito, o poder de julgar do árbitro decorre da lei (plano abstrato) e da autonomia privada das partes (plano concreto). Isso significa, em outras palavras, que o poder de julgar atribuído aos árbitros encontra-se enquadrado na moldura estabelecida pelas partes no exercício de suas autonomias privadas legalmente exercidas.

Ainda, o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a esse subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes as pendências, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida¹⁰⁵.

Neste sentido, Lucas Britto Mejias destaca que os processos arbitrais, ainda que fruto da vontade das partes, não deixam de estar vinculados a determinado sistema jurídico nacional. É esse sistema que, ao admitir o exercício da arbitragem, confere legítimo poder jurisdicional ao

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. O método de concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 479.

¹⁰⁴ “A Lei prevê (e assim cria o poder), estabelece regras, requisitos e condições para a jurisdição privada a ser exercida, ou seja, a jurisdição, em tese, é atribuída pelo ordenamento [...] Daí ser inegável a natureza jurisdicional da arbitragem. [...]”.

¹⁰⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 3.218.

árbitro, e se responsabiliza por reger importantes questões de governança da arbitragem, como os requisitos formais da convenção arbitral, a arbitrabilidade do litígio, os meios de composição do painel arbitral e as garantias processuais fundamentais das partes. Diante disso, cabe ao Poder Judiciário desse sistema apoiar e, dentro dos limites legais, controlar a arbitragem¹⁰⁶.

O árbitro é nomeado pelas partes (e/ou pelos outros árbitros dependendo do que for pactuado) e exerce suas funções, portanto, apenas no âmbito da arbitragem que integra e nos limites do que foi convencionado pelas partes. Sua atuação é limitada à arbitragem da qual é integrante, estando sua investidura igualmente limitada a esse processo arbitral. Isto é, enquanto a investidura do juiz é vitalícia, a do árbitro é circunstancial e temporária.

Essa diferença é uma das razões pelas quais o sistema não dá ao árbitro poder de coerção. Sua jurisdição é limitada a apenas dizer o direito, e não a forçar as partes a cumprir o quanto decidido. A sentença arbitral, portanto, é título executivo¹⁰⁷ que, se tiver que ter sua execução forçada, precisa ser apresentado ao juízo estatal, como objeto de cumprimento de sentença. Todavia, o fato de o sistema não dotar o árbitro de poder coercitivo em nada altera a natureza jurisdicional da arbitragem¹⁰⁸.

Ao lado da previsão normativa contida no art. 31 da Lei n. 9.307/1996, a redação do CPC/2015, art. 515, VII, estabelece o rol dos títulos executivos judiciais em que se enquadra a sentença arbitral. Além disso, o art. 18 da Lei n. 9.307/1996 considera o árbitro como juiz de fato e de direito. O árbitro é juiz privado, e é jurisdicional a missão que as partes lhe atribuem pela convenção de arbitragem. Em sua parte final, o artigo determina que sua sentença não necessita de homologação por ato de juiz estatal para ter validade e eficácia¹⁰⁹.

Nesse particular, sobre a primeira parte do art. 18 da Lei n. 9.307/1996, uma observação merece ser feita. Ao afirmar que o árbitro é juiz de direito, o que deve compreender é a função jurisdicional exercida pelo árbitro, essa sim, idêntica à de juiz togado.

O árbitro não exerce todo o tempo essa função, não presta concurso público para ingressar na carreira judicante, não recebe seus proventos do erário e não goza das garantias constitucionais atribuídas aos juízes. Sua atividade é *ad hoc*, isto é, apenas para a arbitragem de que toma parte.

¹⁰⁶ MEJAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**. São Paulo: RT, 2016, p. 53.

¹⁰⁷ O LArb 31 estabelece: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

¹⁰⁸ NERY, Maria Carolina. **Arbitragem e o Poder Judiciário**: proposta para um diálogo. São Paulo: RT, 2020, p. 37.

¹⁰⁹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p.59

Contudo, ao exercer sua função de árbitro, equipara-se ao juiz, consoante disciplina o artigo 18 da Lei n. 9.307/1996, pois ambos exercem *munus publicum* de julgar a causa. Ainda que o árbitro a exerça temporariamente, ambos aplicam o direito ao caso concreto, atividade essa que se consubstancia o componente maior da expressão da jurisdição¹¹⁰.

Conquanto não seja juiz nomeado mediante concurso de provas e títulos, o árbitro exerce jurisdição¹¹¹. Nesse contexto, como é a aplicação do direito ao caso concreto por juiz não estatal, a sentença arbitral é manifestação genuína da atividade jurisdicional. Consequência disso é que a sentença arbitral se reveste da autoridade da coisa julgada¹¹². Assim, o art. 18 da Lei n. 9.307/1996 é a expressão da jurisdicionalidade da arbitragem. Ao tratar o árbitro como juiz de fato e de direito, o legislador apenas quis refletir, no texto normativo, tudo aquilo que é da essência da função do árbitro¹¹³.

Destarte, o art. 475-N, IV, CPC/1973 e, agora, o art. 515, VII, CPC/2015 dão à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial, sem deixar dúvida sobre o caráter jurisdicional da arbitragem¹¹⁴. E assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, são, portanto, verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída a autoridade para resolver o litígio¹¹⁵.

Por meio da jurisdição, o juiz diz o direito substituindo a vontade das partes. A função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução de conflitos é o objeto primeiro da jurisdição¹¹⁶.

Diferem a jurisdição arbitral e estatal na medida em que a primeira, oferecida pelo Estado, está à disposição de qualquer interessado, e, uma vez provocada, exige submissão daquele em face de quem é apresentada. A segunda, as partes livremente escolhem submeter seu litígio ao árbitro. Desta forma, quem atribui ao árbitro autoridade para a solução da controvérsia são as próprias partes em conflito. Em outras palavras, as partes não podem

¹¹⁰ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p.59

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 268.

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios no processo na Constituição Federal** – processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 171.

¹¹³ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218.

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios no processo na Constituição Federal** – processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 171.

¹¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 123-129.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, comentário 3 CPC 16, p. 268.

escolher o juiz estatal para julgar a lide. Podem, no máximo e atendidas algumas peculiaridades, escolher o juízo, ao passo que na arbitragem as partes escolhem o juiz (árbitro)¹¹⁷.

Em sua concepção, contudo, a arbitragem é contratual. As partes, em comum acordo, optam pela submissão de seu conflito ao juízo arbitral, fora, portanto, da jurisdição estatal, e se obrigam a submeter-se à decisão dos árbitros por elas nomeados.

A arbitragem não se desenvolve apenas em bases privadas; estrutura-se em duas etapas: uma privada e outra pública. A arbitragem instaura-se a partir de negócio jurídico particular (convenção de arbitragem), todavia, a atuação do árbitro é autorizada e regulamentada pelo Estado, o que confere às decisões do árbitro valor e eficácia de atos jurisdicionais (art. 32 da Lei n. 9.307/1996) que podem transitar em julgado e se tornarem indiscutíveis. Essas decisões são executadas na própria jurisdição estatal com o valor de decisões judiciais estatais (título executivo judicial)¹¹⁸.

Portanto, é por meio da convenção de arbitragem (seja na forma de cláusula compromissória, seja na forma de compromisso arbitral), negócio jurídico celebrado pelas partes capazes, que essas mesmas partes se obrigam a instituir o juízo arbitral para dirimir a controvérsia entre elas existente¹¹⁹.

Assim, no exato instante em que as partes, na convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), cuja origem é contratual, indicam a forma pretendida para a solução do conflito, já se desperta a jurisdição, inerente à arbitragem por força da Lei n. 9.307/1996, a ser provocada quando da instauração do procedimento¹²⁰.

Observamos, portanto, que por força da legislação, existem dois momentos distintos que definem a natureza jurídica da arbitragem. O primeiro deles é o da sua concepção, que se dá contratualmente, uma vez que as partes, ao convencionarem resolver possíveis litígios por meio de arbitragem, se obrigam a submeter-se à decisão arbitral. Nesse sentido, a ocorrência do litígio é a condição que dá eficácia à convenção de arbitragem.

O segundo momento que define a natureza jurídica da arbitragem se observa uma vez instaurada a arbitragem, ou seja, a partir do requerimento de instauração por parte do requerente. A arbitragem adquire, a partir desse momento, contornos jurisdicionais. Esse fenômeno não é derivado apenas do contrato entre as partes, ou da eficácia do compromisso

¹¹⁷ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 60.

¹¹⁸ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, v. 214, São Paulo: RT, 2012, p. 271-298.

¹¹⁹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 61.

¹²⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 123-129.

(que tem somente o condão de convencionar a arbitragem e eventualmente detalhar o procedimento), mas da consequência que a lei dá a esse tipo de resolução de conflito, que investe o árbitro do poder-dever de dizer o direito e dá à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial¹²¹.

Concluimos, assim, que a atividade jurisdicional é típica, porém, não é exclusiva do Poder Judiciário, visto ser exercida também pelo árbitro quando instituída a arbitragem¹²².

4.2 A constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 e as mudanças na Lei n. 13.129/2015

A arbitragem foi regulamentada no Brasil por meio da Lei n. 9.307/1996, que revogou os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916, que tratavam do compromisso arbitral, e os arts. 1.072 a 1.102 do CPC/1973, que versavam sobre o juízo arbitral, alterando a redação de outros dispositivos desse último Código.

Em 26 de maio de 2015, foi editada a Lei n. 13.129/2015, que alterou alguns dispositivos da Lei n. 9.307/1996, passando a vigor no sistema jurídico em 27 de julho de 2015, 60 dias após a sua publicação. Nesse único diploma legal, que é a vigente Lei n. 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei n. 13.129/2015, foram estabelecidos aspectos de direito material e de direito processual, sistematizando, assim, o instituto da arbitragem.

Em 1996, foi promulgada a Lei n. 9.307/1996, que regulamentou a arbitragem no Brasil, trazendo novos adventos para a matéria. Sua promulgação trouxe decisivas inovações na matéria, e, com elas, a expectativa de que a arbitragem se tornasse uma alternativa eficaz à atuação do Poder Judiciário.

O art. 6º da Lei n. 9.307/1996¹²³ gerou discussões doutrinárias ao ser interpretado à luz da CF/1988, art. 5º, XXXV, que garante a inafastabilidade do controle judicial na hipótese de lesão ou ameaça de direito. Houve quem se manifestasse pela sua inconstitucionalidade, face à suposta violação do art. 5º da CF/1988, sob a alegação de que, na cláusula compromissória, a manifestação da vontade das partes ainda seria incompleta, considerando-se a indeterminação

¹²¹ NERY, Maria Carolina. **Arbitragem e o Poder Judiciário**: proposta para um diálogo. São Paulo: RT, 2020, p. 42.

¹²² NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 61.

¹²³ “Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral”.

do objeto do litígio, que somente seria possível de ser plenamente conhecido ao se instituir a arbitragem¹²⁴.

A doutrina logo se posicionou francamente em favor da constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei de Arbitragem. Interpretando o art. 141, § 4º, da Constituição da República de 1946, fonte primária da qual resultou o art. 5º, XXXV, da CF/1988, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda esclarecia: “dirige-se ela aos legisladores: os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem editar que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição pelo Poder Judiciário”. Com base nesse ensinamento, Pedro A. Batista Martins explica: “o art. 5º, XXXV, da CF/1988 não contém comando voltado ao particular”, mas, “ao contrário, ao impor vedação à restrição de acesso ao Judiciário, o comando legal aponta seus efeitos para o legislador”¹²⁵.

Além disso, ao defender essa ideia já em 1999, argumenta: “a norma contida no art. 7º da Lei n. 9.307/1996 está em linha com a tendência contemporânea de conferir efetividade ao processo, tópico esse que norteou as recentes alterações no Código de Processo Civil”. Além disso, “o arcaico princípio geral de que o descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer redundava em perdas e danos foi, com toda a propriedade, revertido com as modificações introduzidas na nossa lei adjetiva”¹²⁶.

Carlos Alberto Carmona, com base na Constituição contemporânea, ressalta:

Analisando a questão da constitucionalidade da arbitragem, sob outro ângulo, e considerando-se que a Lei Maior garante (não obriga) o acesso ao Poder Judiciário, nada impede que, havendo conflitos de interesses, os envolvidos resolvam dirimi-lo através de outras vias que não o processo patrocinado pelo Estado: a conciliação, a mediação e a arbitragem são meios cada vez mais estimulados para solucionar litígios, sendo clara a própria Constituição ao encorajar sua utilização¹²⁷.

Também assim, Nelson Nery Junior entende que “não se pode tolerar, por flagrante inconstitucionalidade, a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder

¹²⁴ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 45.

¹²⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 102.

¹²⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 102.

¹²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. O autor cita, inclusive, doutrina italiana que defende ponto de vista idêntico, à luz da regra constitucional italiana, que compreende regra semelhante à da Constituição brasileira, e que ensina que o princípio de que a averiguação dos direitos controvertidos seja reservada à jurisdição estatal somente tem aplicação se as partes não manifestarem explicitamente a vontade de confiar a um terceiro a solução do litígio.

Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral”, pois “o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição”¹²⁸.

Com base nessa previsão constitucional, discutiu-se a compatibilidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 9.307/1996: art. 6º, parágrafo único (execução específica da convenção de arbitragem); art. 7º e parágrafos (execução específica da convenção de arbitragem); art. 18 (inexistência de recurso e dispensa de homologação judicial da sentença arbitral); art. 31 (equiparação entre sentença arbitral e sentença judicial); art. 41 (convenção de arbitragem como causa para extinção do processo judicial sem resolução do mérito); e art. 42 (efeito meramente devolutivo da apelação interposta contra sentença que constitui o compromisso arbitral judicial).

De todas essas previsões, aquela que realmente foi objeto de mais intenso debate no Supremo Tribunal Federal foi a atinente à possibilidade de execução específica da convenção de arbitragem, cujo resultado seria fixar o compromisso arbitral judicial por meio da substituição da vontade da parte recalcitrante pelo juiz togado. A eventual inconstitucionalidade estaria em que a parte que não desejasse firmar o compromisso arbitral não poderia ser obrigada a se submeter à arbitragem contra sua vontade, pois isso significaria um empecilho ao acesso à justiça, conforme garantido no art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Ademais, o juiz togado, ao julgar a ação judicial dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/1996, não poderia substituir a vontade da parte resistente para estabelecer o compromisso arbitral judicial, pois a cláusula compromissória (equiparada, nessa visão, ao contrato preliminar) não conteria todos os elementos essenciais do compromisso arbitral (equiparado, nessa perspectiva, ao contrato principal). Estes dois argumentos foram aqueles que mais ameaçavam a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996.

A constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 brasileira foi examinada, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7/ES. O Ministro Sepúlveda Pertence havia indeferido o pedido de homologação de sentença arbitral proferida na Espanha, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal não poderia homologar diretamente a sentença arbitral, mas apenas a sentença judicial homologatória da sentença arbitral.

O Ministro Sepúlveda Pertence levou o recurso a julgamento do Plenário, votando, em alteração à posição monocrática, pelo provimento do agravo regimental e, assim, pela homologação da sentença arbitral. Isso porque havia entrado em vigor a Lei n. 9.307/1996,

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 591-592.

que passou a dispensar a homologação da sentença arbitral, razão pela qual o direito superveniente tornava obsoleta a jurisprudência até então firmada no sentido de exigir a “dupla homologação” ou “duplo *exequatur*”.

Não obstante a mudança de posição do Relator e a concordância do réu na ação de homologação, o Ministro Moreira Alves suscitou questão de ordem, sugerindo o exame da constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 pela Corte, o que foi acatado por unanimidade. O Ministro Sepúlveda Pertence levou a questão de ordem ao Plenário, votando pela inconstitucionalidade dos arts. 6º, parágrafo único, 7º e §§ 41 e 42 da Lei n. 9.307/1996, por violação à garantia do acesso à justiça. Em resumo, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou que a vinculação da parte à cláusula compromissória vazia significava uma renúncia prévia e abstrata à jurisdição estatal, o que não era possível, pois essa renúncia somente seria válida diante do conflito já existente.

Diante dos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Nelson Jobim, após algum debate no Plenário, abriu a divergência e votou pela integral constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996. Diante da divergência entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, o Ministro Ilmar Galvão pediu vista e votou pela constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei n. 9.307/1996. Após esse voto, a Ministra Ellen Gracie pediu vista e levou a questão a julgamento novamente ao Plenário decidindo pela sua constitucionalidade integral. Na mesma sessão, votaram pela constitucionalidade os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

O primeiro deles afirma, com base nas lições de Antônio Junqueira de Azevedo, que “a tese da inexecutabilidade da cláusula compromissória põe-se em confronto com o Código Civil, que prevê situações em que o objeto do contrato não é determinado, mas determinável, sendo necessário concretizar a vontade das partes e não substituí-la”. Ademais, consigna o Ministro Maurício Corrêa: “se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem”.

Acompanhando a divergência, majoritária, o Ministro Marco Aurélio Mello afirma: “ninguém está compelido a ingressar em juízo; ninguém está compelido a interpor sistematicamente recursos. Ninguém está compelido a dar sequência a uma causa”, razão pela qual prossegue: “não leio, no inciso XXXV, que as partes, necessariamente, devem resolver as pendências mediante o acesso ao Judiciário”. O Ministro Marco Aurélio, ressaltando aspecto que nos parece fundamental, consigna que vê “na garantia constitucional do inciso XXXV do

art. 5º a consagração da liberdade”. E conclui: “E esta – a liberdade – é valor maior a ser preservado”.

Nessa mesma sessão, acompanhando a linha argumentativa do Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Sydney Sanches considerou inconstitucionais alguns dispositivos da Lei n. 9.307/1996. Depois da adesão do Ministro Celso de Mello à divergência, mesmo que sem voto ou aparte, o Ministro Néri da Silveira pediu vista dos autos e leu seu voto pela inconstitucionalidade. O Ministro Néri da Silveira entendeu que “em realidade, *ante litem natam*, dá-se na hipótese do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, de forma geral e abstrata, renúncia, mediante a cláusula compromissória, ao acesso ao Poder Judiciário, relativamente a futuros e eventuais litígios que resultem do contrato onde inserida essa cláusula”.

Na mesma sessão, manifestando opinião diversa, o Ministro Carlos Velloso votou: “dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador” [...] “a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/1988, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante a arbitragem”. Por fim, entendendo pela inconstitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, conforme havia manifestado em diversos apartes desde a primeira sessão, o Ministro Moreira Alves fez consignar em seu voto, que “desde o início, não tive dúvida alguma de que não é possível [...] haver, neste caso, livre acesso ao Poder Judiciário”.

Ao final, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a constitucionalidade dos arts. 6º, parágrafo único, 7º e parágrafos, 41 e 42 da Lei n. 9.307/1996, na medida em que, conforme consta da ementa, “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF”. Votaram pela constitucionalidade desses dispositivos os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso. Votaram vencidos, pela inconstitucionalidade, os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Os arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307/1996 foram declarados constitucionais por unanimidade.

Assim, é inequívoca a constitucionalidade do juízo arbitral em conformidade com a doutrina e a jurisprudência. O dispositivo constitucional claramente proíbe que a Lei vede o acesso ao Poder Judiciário, mas não impede que as partes, por livre e espontânea vontade, renunciem a esse direito. Em outras palavras, a lei não pode restringir o direito à jurisdição, mas as partes, se assim o desejarem, podem fazê-lo.

O transcorrer dos anos mostrou que a decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal foi acertada, pois a arbitragem está consolidada no Brasil e atua em estreita parceria com o Poder Judiciário na complexa tarefa de distribuir justiça, aplicando a vontade concreta do direito e, por conseguinte, pacificando as relações sociais.

Editada em maio de 2015, a Lei n. 13.129/2015 alterou alguns dispositivos da Lei n. 9.307/1996, que passou a vigor no sistema jurídico brasileiro em julho do mesmo ano, estabelecendo aspectos de direito material e de direito processual e sistematizando, assim, o instituto da arbitragem.

A Lei n. 13.129/2015 implantou mudanças relevantes no texto do artigo 31 da Lei n. 9.307/1996. Além de alterações processuais, prevendo a possibilidade de concessão de tutelas de urgência antes de instituída a arbitragem (arts. 22-A e B) e novo procedimento para a declaração de nulidade da sentença arbitral (arts. 33, 35 e 39), a nova lei privilegia e ressalta a importância da manifestação de vontade das partes na arbitragem. Exemplo disso é a possibilidade de as partes, em comum acordo, prorrogarem o prazo para prolatar a sentença (art. 23, § 2º) e a alteração do art. 32, I, para esclarecer que é nula a sentença arbitral na hipótese em que for nula a convenção de arbitragem.

Uma relevante mudança no texto da Lei n. 9.307/1996 trata da possibilidade de levar a administração pública ao juízo arbitral. Assim é que o debate doutrinário que se tratava antes da lei a respeito da arbitrabilidade de conflitos envolvendo a administração pública e a resistência à sua utilização no sistema jurídico brasileiro foi dirimido pela expressa permissão legal nesse sentido a partir da nova redação dada ao artigo 1º da Lei n. 9.307/1996¹²⁹.

4.3 Espécies de arbitragem

Na diversidade peculiar do juízo arbitral, a arbitragem pode se desenvolver de duas maneiras: arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc* (ou avulsa). A origem, os requisitos, os princípios e as características da arbitragem estão presentes nas duas espécies e a diferença reside na escolha pelas partes de uma instituição aparelhada para administrar o procedimento ou de um árbitro (ou colegiado) para diretamente conduzir a arbitragem.

¹²⁹ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

Na arbitragem institucional indica-se a instituição a quem é atribuída a gestão das etapas e trâmites da arbitragem. A instituição não julga o conflito, apenas administra o procedimento. Na arbitragem *ad hoc* é feita diretamente a indicação do árbitro, que deve ser totalmente independente e desvinculado de qualquer instituição para a arbitragem a que foi nomeado. Assim, caberá ao árbitro, ou à estrutura por ele criada, o cuidado com o desenvolvimento do procedimento em todos os seus detalhes, inclusive instrumentais¹³⁰.

4.3.1 Arbitragem institucional

A arbitragem institucional ou administrada é aquela na qual existe uma instituição especializada que administrará a arbitragem, com regras e procedimentos próprios, conforme a Lei n. 9.307/1996, acerca dos prazos, forma da prática dos atos, maneira de escolha dos árbitros, custos para a realização da arbitragem, forma de produção de provas, dentre outras regras indispensáveis ao procedimento.

Na arbitragem institucional as partes escolhem dirimir suas diferenças diante de instituições especializadas. A instituição arbitral, em regra, possui apenas atribuições administrativas e não jurisdicionais, praticando diversos atos preparatórios à instituição da arbitragem – na forma do art. 19 da Lei n. 9.307/1996 –, relacionando-se com as partes, seus patronos e potenciais árbitros, apurando a eventual existência de conflitos, tudo a permitir que a arbitragem possa ser, ao final, instituída.

As atividades administrativas prosseguem durante o processo arbitral em apoio às partes e ao tribunal arbitral constituído. A instituição de arbitragem não profere sentença arbitral e, por isso, não soluciona a causa. Não tem, em regra, atribuições jurisdicionais. A causa é decidida pelos árbitros e não pela instituição de arbitragem.

Destaquemos, porém, que as instituições de arbitragem também proferem decisões, normalmente de natureza provisória, cuja natureza não é meramente administrativa, por exemplo, decisões preliminares a respeito da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem, que depois deverão ser confirmadas, alteradas ou revogadas pelo tribunal arbitral. O escrutínio da sentença arbitral, bastante característico das arbitragens submetidas ao Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, também é uma prova disso, pois a Corte Internacional de Arbitragem exerce um juízo, ainda que formal, que extrapola a natureza

¹³⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 145.

puramente administrativa. A Corte pode determinar a correção de aspectos determinados da sentença arbitral pelos árbitros¹³¹.

As funções primordiais da instituição arbitral são: (I) administrar os procedimentos arbitrais; (II) disponibilizar regras de arbitragem – encartadas num regulamento de arbitragem – para auxiliar as partes e os árbitros a conduzir o processo arbitral em atenção ao devido processo legal; (III) disponibilizar, especialmente no Brasil, listas de árbitros para auxiliar as partes em suas indicações de árbitros e garantir que o processo arbitral seja conduzido por profissionais confiáveis e tecnicamente qualificados; e, por fim, (IV) administrar os custos da arbitragem, cobrando, recebendo e repassando a quem de direito os valores de custeio do processo arbitral.

A maioria das instituições de arbitragem providencia também infraestrutura adequada para o desenvolvimento do processo arbitral, como a disponibilização de salas de audiências tecnologicamente bem equipadas, salas para debates das partes e seus advogados antes da audiência e nos seus intervalos e salas para que as testemunhas, peritos e assistentes técnicos sejam acomodados durante a audiência arbitral.

Aliás, a prática recomenda que os contratantes se valham da assessoria dessas entidades, inclusive indicando os árbitros pertencentes aos seus quadros, porque existem certas formalidades que devem ser observadas para que a sentença arbitral tenha eficácia. Esses órgãos são aparelhados para conduzir o processo arbitral da melhor maneira, além de assessorar e aconselhar os interessados.

O aspecto que exige maior cuidado diz respeito ao objeto do litígio, pois desse modo fixam-se os contornos e os limites de atuação dos árbitros, evitando-se julgamento *extra petita*, portanto, anulável.

4.3.2 Arbitragem avulsa ou *ad hoc*

Conforme ensina Francisco José Cahali, na arbitragem *ad hoc*, ou avulsa, não há intervenção da instituição ou da entidade especializada. O árbitro será a única figura deste procedimento, ficando aos seus cuidados, a partir da aceitação de sua nomeação, todo o desenvolvimento da arbitragem. Nada impede seja pelo árbitro criada uma equipe ou uma estrutura para a prática de atos instrumentais à realização da arbitragem, mas tudo será feito sob a sua responsabilidade direta. Ao árbitro caberá, assim, além do exercício da jurisdição, a

¹³¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 88.

administração do procedimento¹³².

O art. 5º da Lei n. 9.307/1996 brasileira estabelece:

reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A partir deste dispositivo, classifica-se, tradicionalmente, a arbitragem em institucional ou *ad hoc*, que se realiza sem a participação de uma entidade especializada.

A arbitragem *ad hoc* é uma modalidade de arbitragem que pode ser firmada com base em regras e procedimentos criados pelas partes especificamente para aquele caso. Além disso, deve ser administrada pelas próprias partes e pelos árbitros, sem, normalmente, adotar as regras de arbitragem padronizadas de alguma instituição de arbitragem e sem, sob qualquer hipótese, submeter o procedimento à condução de alguma instituição arbitral.

Há, portanto, dois aspectos: um normativo e outro administrativo. O aspecto normativo relaciona-se à faculdade conferida às partes de elaborar regras e procedimentos específicos para o caso, sem que, obrigatoriamente, tenham que ser seguidos no processo arbitral todos os dispositivos de algum regulamento de instituição arbitral. Apesar disso, as partes podem adotar regras padronizadas elaboradas por alguma instituição arbitral.

Neste sentido, é bastante comum a adoção das Regras de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), uma Comissão formada no âmbito das Nações Unidas com o objetivo de desenvolver e uniformizar regras relacionadas ao comércio internacional. A UNCITRAL criou as regras de arbitragem em 1976, revisadas em 2010 e emendadas em 2013, formando um excelente conjunto de normas para adoção em arbitragens *ad hoc*, o que traz mais segurança às partes.

Outro aspecto da arbitragem *ad hoc* diz respeito à necessária administração do procedimento arbitral pelas próprias partes e pelos árbitros, elemento essencial e obrigatório para sua caracterização. Neste tipo de arbitragem, o procedimento arbitral não está sob a supervisão de uma instituição de arbitragem. Assim, as partes devem convencionar os prazos processuais, o procedimento para envio, recebimento e distribuição das peças processuais e decisões dos árbitros, a alocação dos custos dos atos processuais (honorários de árbitros, peritos,

¹³² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 148.

tradutores, estenotipistas etc.), local para realização das audiências arbitrais, procedimentos específicos para impugnação de árbitros e outras etapas e formalidades.

Por vezes, as partes adotam na convenção de arbitragem *ad hoc* regulamentos de instituições arbitrais, procedimento envolve, primeiramente, uma questão ética, pois a verdade é que os regulamentos das instituições administradoras de arbitragem integram uma parcela do serviço oferecido pela instituição.

Evidentemente que as regras de arbitragem destas instituições objetivam, inicialmente, permitir o desenvolvimento justo e eficiente de qualquer processo arbitral, mas também representam um componente relevante na atração de clientela. Assim, adotar estas regras de arbitragem sem que a instituição arbitral seja escolhida para administrá-lo constitui um procedimento criticável, pois significa utilizar-se de uma parcela da expertise de um ente sem remunerá-lo para tanto.

A adoção de um regulamento de instituição arbitral em uma arbitragem *ad hoc* pode comprometer a validade do processo arbitral em razão de uma possível incompatibilidade dessas regras com o desenvolvimento do caso concreto, conforme alerta Pedro A. Batista Martins:

caso a opção seja adotar algum Regulamento de Câmara de Arbitragem para o propósito de servir como regra de procedimento em uma arbitragem *ad hoc*, é importante que essa estipulação seja feita com muita clareza [pois] a competência funcional da Câmara pode ser invocada por uma das partes e, ainda, deve ser precedida de análise do Regulamento para saber de sua conformidade com o procedimento que a questão conflituosa requer¹³³.

Neste caso, a adoção descuidada de regras de arbitragem de instituições de arbitragem em uma arbitragem *ad hoc* poderá levar à invalidade do processo arbitral. Afinal, a arbitragem *ad hoc* confere às partes maior liberdade e flexibilidade, mas é necessária uma cooperação quase total entre elas, não só ao início, senão também durante todo o juízo. A falta de acordo a respeito de questões formais pode levar ao fracasso da arbitragem por uma inadequada seleção do modo de organizá-la.

No que diz respeito à escolha dos árbitros, as partes podem estabelecer, desde logo, na convenção de arbitragem, os nomes dos árbitros que julgarão, possivelmente, a controvérsia ou criar um mecanismo de escolha de árbitros que será disparada no momento de surgimento do conflito. A respeito da primeira hipótese, Pedro A. Batista Martins recomenda que as partes “registrem ao menos dois substitutos para cada árbitro para a hipótese de impedimento ou

¹³³ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107.

suspeição”¹³⁴. Na segunda hipótese, o autor sugere, como alternativa, “constar da estipulação a pessoa ou entidade que irá nomear o árbitro (*appointing authority*), para o caso de falta de consenso ou ausência de nomeação de uma das partes”¹³⁵.

Destacamos que o fundamental na redação da cláusula compromissória de uma arbitragem *ad hoc* é, evidentemente, deixar clara a escolha pela arbitragem e criar algum mecanismo seguro e eficiente de escolha de árbitros que não dependa do absoluto consenso ou ratificação das partes no momento de surgimento do litígio. A ausência de estipulação do procedimento arbitral na cláusula compromissória de arbitragem *ad hoc* poderá ser corrigida no momento de celebração do termo de arbitragem ou, se as partes não chegarem a um consenso, poderá ser determinada pelos árbitros, que, na ausência de convenção em sentido contrário das partes, possuem poder normativo subsidiário para estabelecer o procedimento arbitral, conforme garante, inclusive, o § 1º do art. 21 da Lei n. 9.307/1996.

Caso as partes não nomeiem diretamente os árbitros na convenção de arbitragem, não criem um mecanismo de nomeação de árbitros e não cheguem a um consenso quanto à nomeação de árbitros quando do surgimento do conflito, inevitavelmente a parte interessada em iniciar a arbitragem deverá ingressar, perante o Poder Judiciário, com a ação de instituição obrigatória da arbitragem, normalmente designada de ação de execução específica da convenção de arbitragem, prevista nos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/1996. Deve-se evitar, a todo custo, esta fase inicial de judicialização da arbitragem, especialmente porque, neste caso, os árbitros serão nomeados, em regra, pelo Poder Judiciário¹³⁶.

Outra particularidade da arbitragem *ad hoc* é a possível redução de alguns custos do processo arbitral. Como na arbitragem *ad hoc* não há uma instituição a administrar o procedimento, as partes ficam dispensadas de arcar com estes custos administrativos. Por outro lado, as partes arcarão com os custos para montar a estrutura necessária para desenvolver o procedimento arbitral, por exemplo, a locação de espaço para realizar a audiência arbitral. Destacamos também que nas arbitragens *ad hoc* não existem honorários arbitrais previamente fixados – como ocorre nas arbitragens institucionais, em que as instituições arbitrais possuem uma tabela prefixando os honorários dos árbitros em razão de diversos fatores –, razão pela

¹³⁴ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107.

¹³⁵ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107.

¹³⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 84.

qual as partes têm a possibilidade de negociar diretamente com os árbitros os valores de honorários a eles devidos.

Esse modelo de arbitragem geralmente é menos oneroso, mas em caso de dificuldades durante o processo, não cabe outra maneira de solucioná-las senão recorrendo a um juiz que resolva as incidências. Com as escusas expostas, o juízo arbitral *ad hoc* pode ser também mais rápido do que o institucionalizado. No entanto, arca com dificuldades quando é exigido um minucioso acordo arbitral.

4.4 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, e vem previsto já no art. 1º da Lei n. 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A arbitrabilidade será subjetiva ou objetiva, conforme se refira aos sujeitos ou ao objeto do conflito. A capacidade das partes ao firmarem a convenção é *conditio sine qua non* para a utilização da arbitragem – arbitrabilidade subjetiva. Capacidade é a aptidão da pessoa para ser titular de um direito e vem genericamente estabelecida pelo art. 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Mas a titularidade do direito difere de seu exercício. Para o exercício dos direitos, a lei estabelece restrições, em razão da idade, da falta de discernimento por problemas mentais ou vícios, e ainda da prodigalidade, conforme previsão nos arts. 3º e 4º do Código Civil¹³⁷.

Por sua vez, para atender à arbitrabilidade objetiva, exige-se que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível, como rege a literalidade da norma¹³⁸.

A arbitrabilidade é a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa. Quando se faz menção às características subjetivas, quer-se fazer referência à arbitrabilidade subjetiva; quando se faz menção às características objetivas, quer-se fazer alusão à arbitrabilidade objetiva. Por um lado,

¹³⁷ BRASIL. Código Civil (2002). “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”; “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

¹³⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 134.

a arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão sobre “quem” pode se submeter à arbitragem enquanto, por outro lado, arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre “o que” pode ser submetido ao processo arbitral¹³⁹.

Procura-se, por meio da arbitrabilidade, estabelecer, basicamente, *quem* pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*) e *o que* pode ser submetido ao processo arbitral (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*).

4.4.1 Arbitrabilidade subjetiva

A Lei n. 9.307/1996 brasileira estatui, no seu art. 1º: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A leitura do artigo, no que tange à arbitrabilidade subjetiva, ampara-se na ideia de capacidade de contratar, o que, em princípio, remonta ao conceito de capacidade de fato (ou de exercício ou de ação), conforme descrito nos arts. 3º e 4º do Código Civil, cuja inobservância pode levar à anulabilidade ou à nulidade do ato jurídico, na forma do art. 104, I e do art. art. 166, I, ambos do diploma material civil. Neste sentido, Giovanni Ettore Nanni ensina que a arbitrabilidade subjetiva “deflui da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizar e exercer direito por si mesmo”¹⁴⁰.

O Código Civil está de acordo com a Lei n. 9.307/1996 em relação à arbitrabilidade subjetiva, pois afirma, em seu art. 851: “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Assim, destacamos que a análise realizada até então parte do pressuposto de que a convenção de arbitragem teria natureza contratual, portanto, seria uma espécie de negócio jurídico de direito privado, razão pela qual a capacidade mencionada no art. 1º da Lei n. 9.307/1996, para fixar os limites da arbitrabilidade subjetiva seria aquela capacidade de fato prevista no Código Civil. A expressão legal “pessoas capazes de contratar” significaria, assim, pessoas com capacidade de fato, na forma do Código Civil¹⁴¹.

Sob o ângulo da arbitrabilidade subjetiva, o espólio pode celebrar convenção de arbitragem, desde que representado pelo inventariante e mediante autorização judicial. Da

¹³⁹ Eduardo Damiano Gonçalves conceitua a arbitrabilidade da seguinte forma: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama arbitrabilidade”. GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 8.

¹⁴⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

¹⁴¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 230.

mesma forma, o administrador judicial da massa falida, mediante autorização judicial, pode firmar convenção de arbitragem cujo objeto, por exemplo, sejam os bens e os direitos integrantes do acervo patrimonial arrecadado com a falência. Igualmente, o condomínio edilício pode comprometer convenção de arbitragem, desde que representada pelo síndico e mediante autorização da assembleia de condôminos. Também assim, a sociedade em comum pode contratar convenção de arbitragem, desde que atendidos os pressupostos dos seus atos sociais ainda não registrados.

A massa falida, espólio e condomínios (de edifícios), podem ser partes em procedimentos arbitrais, pois têm capacidade de contratar, e assim, de ser parte e de estar em juízo. Por sua vez, os entes despersonalizados, para dispor de direitos, necessitam de permissão. Assim, o espólio e a massa falida, com autorização judicial ao inventariante ou ao administrador, podem celebrar convenção arbitral, tal qual o condomínio, pelo síndico com a autorização da assembleia de condôminos. A permissão, nestes casos, é um requisito essencial, ensejando sua falta à invalidade da convenção arbitral.

A restrição à instituição do juízo arbitral decorre da indisponibilidade do direito visto nestas situações. Assim, a convenção arbitral envolvendo menor relativamente incapaz, mesmo assistido pelos pais, tem restrição, pois os direitos em questão são indisponíveis. E mesmo no caso de contratos envolvendo a mera administração, embora permitidos sem autorização judicial aos incapazes assistidos ou representados, o óbice à utilização da arbitragem surge em razão da necessária participação do Ministério Público no processo (art. 82, J, 3, do CPC/1973; art. 178, II, do CPC/2015)¹⁴².

Por sua vez, os entes despersonalizados, para dispor de direitos, necessitam de permissão. Assim, o espólio e a massa falida, com autorização judicial ao inventariante ou ao administrador, podem celebrar convenção arbitral, tal qual o condomínio, pelo síndico com a autorização da assembleia de condôminos. A permissão, nestes casos, é um requisito essencial, ensejando sua falta à invalidade da convenção arbitral.

4.4.2 Arbitrabilidade objetiva

Em relação à arbitrabilidade objetiva, o art. 852 do Código Civil dispõe: “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras

¹⁴² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 134.

que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Observe-se que a parte final do dispositivo não repete a fórmula dos “direitos patrimoniais disponíveis”, presente na Lei n. 9.307/1996, mas menciona apenas questões que “não tenham caráter estritamente patrimonial”. O Código Civil, portanto, é expresso em adotar o critério da mera patrimonialidade.

O *caput* do art. 1.º da Lei n. 9.307/1996 brasileira utiliza a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” para fins definir arbitrabilidade objetiva. Segundo Pedro A. Batista Martins, “direitos patrimoniais disponíveis são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular”¹⁴³.

Carlos Alberto Carmona explica que um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. O autor afirma que são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, desde que o alienante tenha plena capacidade jurídica para tanto:

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes. [...]. São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir¹⁴⁴.

Direitos não patrimoniais são excluídos do juízo arbitral, assim como os direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à imagem, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas). No entanto, eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do dano *ex delicto*, e partilha de bens na separação ou no divórcio).

¹⁴³ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38-39.

Segundo Francisco José Cahali, a disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição. Logo, é necessário que as partes tenham o poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, podendo dispor sobre eles pelas mais diversas formas dos negócios jurídicos; são, pois, interesses individuais, passíveis de negociação, que podem ser livremente exercidos pela parte¹⁴⁵.

4.5 Convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é a forma pela qual as partes, no exercício da autonomia privada, fazem a sua opção pela jurisdição arbitral. Nesse contexto, é o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme rege a Lei n. 9.307/1996, art. 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus conflitos ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.

A convenção de arbitragem, por sua vez, tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no tocante a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Dessa maneira, com a convenção de arbitragem, a competência do juiz togado é afastada, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.

Na convenção arbitral, de acordo com a vontade das partes, é possível eleger tanto a arbitragem institucional como a arbitragem *ad hoc*. Sua validade deve ser analisada em cotejo com (I) a capacidade para contratar; (II) o consentimento livremente manifestado; (III) a matéria passível de ser objeto de arbitragem; (IV) a observância da forma prescrita na lei.

¹⁴⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 135.

4.5.1 Cláusula compromissória

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” (art. 4º da Lei n. 9.307/1996), e “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996).

A cláusula compromissória é negócio jurídico de direito privado, celebrado como pacto adjeto dentro de outro contrato, entre pessoas capazes, tendo por objeto direito disponível, por intermédio do qual as partes se comprometem a, no futuro, instituir a arbitragem. A obrigação pactuada pelas partes por meio da cláusula compromissória é a de fazer¹⁴⁶.

Ao firmarem a cláusula compromissória, os contratantes concordam com a submissão de eventual conflito à justiça privada, não mais podendo arrepender-se ou reverter a questão, unilateralmente, à jurisdição estatal. Surgindo o conflito, cabe às partes instituir a arbitragem, seja de boa-fé, e em estrito cumprimento do contrato, com a elaboração e a assinatura do compromisso, ou através da execução da cláusula compromissória¹⁴⁷.

A cláusula compromissória pode estar estipulada no contrato, ou em documento separado, a ele reportado. Seja como for, em qualquer situação, ela não é acessória, mas autônoma em relação ao negócio jurídico, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996. Em outras palavras, mesmo omissa o instrumento, mas por força da previsão legal, a invalidade de outras cláusulas, ou mesmo de todo o contrato, não contamina a cláusula arbitral que, preenchidos seus requisitos, permanece válida e eficaz.

Por meio da execução da cláusula compromissória, a negativa da parte a se submeter à arbitragem, conforme convencionado pela cláusula compromissória, pode ser substituída pela prolação de sentença judicial (art. 7º da Lei n. 9.307/1996), cujo objeto é determinar, forçadamente, a instituição de procedimento arbitral, dando cumprimento à declaração anterior da vontade das partes. Esse tema será estudado mais adiante com maior profundidade.

Caso uma das partes despreze a convenção de arbitragem previamente instituída e proponha ação judicial para discutir a mesma matéria convencionada a ser submetida à arbitragem, antes de discutir o mérito, deve o réu alegar a existência de convenção de

¹⁴⁶ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 66.

¹⁴⁷ MARTINS, Pedro Antonio Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 210-211.

arbitragem, que desloca a competência para o processamento e o julgamento da causa à arbitragem (CPC/1973, art. 301, IX e CPC/2015, art. 337, X)¹⁴⁸.

4.5.1.1 Cláusula compromissória vazia

A Lei n. 9.307/1996, em seu art. 6º, estabelece:

Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

O dispositivo legal transcrito alude às cláusulas vazias (*clause blanche*), aquelas que não contêm qualquer indicação, diretamente ou por referência, a regras de arbitragem ou a uma instituição arbitral, tampouco sobre como devem ser indicados os árbitros¹⁴⁹.

Conhecida também como cláusula em branco, por meio dela, as partes se obrigam a submeter seus conflitos à arbitragem, sem estabelecer, contudo, as regras mínimas para o desenvolvimento da solução arbitral nem, tampouco, indicar as regras de uma entidade especializada. Assim, quando surgir o conflito, será necessário às partes firmarem um compromisso arbitral estabelecendo as regras que serão utilizadas, além de indicarem o árbitro, ou os árbitros.

Quando a cláusula é vazia, isto é, não contém elementos mínimos para a instauração adequada da arbitragem e do tribunal, essa lacuna terá de ser preenchida pelas próprias partes ou, se isto não ocorrer, frustra-se a arbitragem e as partes deverão socorrer-se do Poder Judiciário para dirimir a controvérsia. Por isso, a cláusula compromissória vazia deve ser evitada¹⁵⁰.

O art. 6º da Lei n. 9.307/1996 preenche a lacuna da cláusula arbitral que não contenha as indicações para a nomeação de árbitros a fim de instituir-se o juízo arbitral. Para solucionar

¹⁴⁸ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 67.

¹⁴⁹ FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold Goldman. **On International Commerce Arbitration**. The Hague: Kluwer Law, 1999, p. 266-268.

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.,p. 1826.

o impasse, determina a lei que a parte interessada notificará o adversário acerca de seu interesse de ver instaurado o processo arbitral por meio de qualquer forma de comunicação que comprove o recebimento¹⁵¹.

Conforme expusemos, deve-se evitar a elaboração de cláusula compromissória vazia, ou seja, sem a especificação da forma de indicação dos árbitros, porque essas cláusulas tenderão a gerar a situação que acabará levando os litigantes ao Poder Judiciário (art. 7º da Lei n. 9.307/1996)¹⁵².

Assim como ambas as espécies de cláusula cheia, a cláusula vazia igualmente comporta execução específica. Mas há uma relevante diferença: a cláusula vazia, ao reverso da cheia, não autoriza a instituição de arbitragem sem a parte demandante passar pelo procedimento judicial estabelecido no artigo 7º da Lei n. 9.307/1996¹⁵³.

Se houver discordância sobre a instituição da arbitragem, que depende fundamentalmente do modo de nomear os árbitros, caberá a execução específica da cláusula compromissória nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/1996.

Importante consignarmos que mesmo diante de uma cláusula compromissória vazia, as partes já renunciaram à jurisdição estatal quanto à matéria objeto do contrato, iniciativa que vincula os contratantes. Apenas não se terá a instauração imediata da arbitragem, pois, conforme as características da cláusula, ela se mostra inviável diante da falta dos elementos necessários para tanto. Ou seja, a cláusula em branco tem como consequência a inviabilidade da pronta provocação do juízo arbitral. Para estes casos, é necessário às partes a celebração de um compromisso arbitral ou a propositura de ação judicial para preencher a cláusula. Este compromisso será buscado, primeiramente, por provocação extrajudicial da parte interessada à outra, objetivando o ajuste consensual. Frustrada esta iniciativa, por desacordo ou simples omissão do convocado, abre-se à parte o direito de propor ação judicial específica para este fim.

4.5.1.2 Cláusula compromissória cheia

O art. 5º da Lei n. 9.307/1996 estabelece:

Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as

¹⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 143-144.

¹⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 138.

¹⁵³ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 69.

partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

O dispositivo legal ora transcrito alude às cláusulas cheias. Considera-se cláusula cheia aquela disposição contratual na qual contenham os elementos previstos no art. 5º da Lei: indicação de arbitragem institucional, sendo inaugurada a arbitragem segundo as regras da entidade eleita, ou especificação na cláusula da forma como será promovida a instituição da arbitragem, principalmente no que se refere à nomeação de árbitros para viabilizar a instalação do juízo arbitral. De uma forma objetiva: será considerada cheia a cláusula que contemplar o quanto necessário para o início à arbitragem (art. 19 da Lei n. 9.307/1996). Indicando as partes a instituição para administrá-la, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas.

As partes podem dispor livremente sobre arbitragem: forma, lei aplicável, escolha dos árbitros, se pode haver decisão por equidade, se haverá confidencialidade etc. Essa hipótese revela que a cláusula compromissória é cheia, isto é, contém elementos que bastam para esgotar todas as possibilidades para a instalá-la¹⁵⁴.

As cláusulas cheias podem ser de duas espécies: remissivas (expressas na primeira parte do dispositivo legal) e dispositivas (na segunda parte)¹⁵⁵. Ambas comportam execução específica e autorizam a instituição de arbitragem sem que a parte demandante passe pelo procedimento judicial estabelecido no art. 7º da Lei n. 9.307/1996¹⁵⁶.

Mas, para isso, e mesmo para ser cunhada de cláusula cheia e se valer de seus efeitos mais diretos, é imperioso que o regulamento do órgão arbitral, seja institucional ou entidade especializada, contemple a faculdade de se instituir a arbitragem mesmo ausente a outra parte (cláusula cheia remissiva), ou que tal mecanismo venha contemplado na própria cláusula (cláusula cheia dispositiva)¹⁵⁷.

Aliás, é comum a sugestão pelas próprias instituições de modelos de cláusula a serem incluídas nos contratos, inclusive disponibilizando a redação nos respectivos *sites* ou material de divulgação. Mas as partes podem ir além, ou seja, aproveitar a liberdade de contratar para

¹⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 1826.

¹⁵⁵ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106.

¹⁵⁶ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 68.

¹⁵⁷ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106.

estabelecer diversas outras regras relativas à organização e ao desenvolvimento da arbitragem¹⁵⁸.

Neste contexto, podem fixar, por exemplo, (a) a sede e o local de desenvolvimento dos atos procedimentais; (b) a escolha da lei aplicável, permitida a opção pelo julgamento com base na equidade ou com fundamento em princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, respeitada a ordem pública e os bons costumes; (c) o prazo para a apresentação da sentença arbitral; (d) a língua a ser utilizada no procedimento, e se for em duas línguas, qual prevalecerá em caso de dúvida; (e) se todos os conflitos decorrentes daquele contrato serão resolvidos pela arbitragem, dividindo, por exemplo, por matéria e valor; (f) a responsabilidade pelo pagamento das despesas com o procedimento, inclusive estipulando honorários dos árbitros, conforme art. 11 da Lei n. 9.307/1996.

Importante, porém, que estas previsões sejam harmônicas ao regulamento da instituição eleita; caso contrário, estar-se-á diante de uma cláusula patológica.

4.5.1.3 Cláusula compromissória patológica

O termo cláusula patológica é creditado a Frédéric Eisemann¹⁵⁹. Trata-se de cláusula compromissória que contém vício suscetível de perturbar o bom andamento da arbitragem¹⁶⁰.

Uma cláusula compromissória pode ser patológica por diversas razões: pode estar inexata ou incorreta a referência à instituição onde será processada a arbitragem; a cláusula pode parecer permitir que a escolha da arbitragem seja opcional; pode conter mecanismo defeituoso quanto ao apontamento de árbitros, ou, ainda, pode apontar árbitros que já morreram na ocasião do surgimento da disputa. Em resumo: erros, incongruências, ambiguidades e imprecisões na cláusula compromissória ensejam a dificuldade de sua efetivação¹⁶¹.

Para Frédéric Eisemann, é patológica toda cláusula que não preencher uma das quatro funções consideradas por ele fundamentais: a) produzir efeitos obrigatórios sobre as partes; b) descartar a intervenção de tribunais estatais antes da prolação da sentença; c) conferir aos

¹⁵⁸ Exemplo de cláusula compromissória cheia: CCBC. **Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá**. Disponível em: <http://ccbc.org.br/Materia/1070/modelo-de-cl%C3%A1usula>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹⁵⁹ EISEMANN, Frédéric. La Clause d'Arbitrage Pathologique. In: **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974, p. 129-161.

¹⁶⁰ FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold Goldman. **On International Commerce Arbitration**. The Hague: Kluwer Law, 1999, p. 262.

¹⁶¹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 69.

árbitros o poder de regular os litígios; e d) permitir a instauração de procedimento apto a conduzir as melhores condições para a prolação de sentença arbitral eficaz¹⁶².

Nesses casos, nos quais impossível extrair da cláusula a certeza de que os contratantes elegeram a arbitragem como solução alternativa de controvérsias, parece mais adequado ser a cláusula submetida ao reexame das partes ou à revisão judicial para averiguar a existência da convenção de arbitragem¹⁶³. Isso porque, o desenvolvimento da arbitragem nessas situações pode ser inútil, na medida em que a sentença estará inexoravelmente exposta à invalidação, podendo, inclusive, invocar o direito de ação, garantia fundamental do cidadão prevista na CF/1988, art. 5º, XXXV¹⁶⁴.

A cláusula patológica se traduz na cláusula cuja redação é contraditória, incongruente, confusa, ambígua ou de difícil interpretação. Sua imprecisão pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, e enseja dificuldade na sua efetivação. Ainda, a disposição pode conter erros, impropriedades ou falhas capazes de afetar a sua própria eficácia, e até impedir a realização do projetado inicialmente pelos contratantes.

Nem sempre a cláusula compromissória está redigida de forma a possibilitar a instauração imediata da arbitragem. Muitos contratos estabelecem laconicamente que as dúvidas e controvérsias dele surgidas serão solucionadas por arbitragem, mas não indicam a forma de operacionalizá-la, isto é, se farão uso da arbitragem institucional, quando nomeiam uma Câmara ou Centro de Arbitragem para administrar o processo arbitral, ou a *ad hoc*, quando as partes estabelecem as regras nas quais a arbitragem será processada naquele caso específico.

Selma Ferreira Lemes afirma que mesmo as cláusulas arbitrais ambíguas, contraditórias, defeituosas, enfim, patológicas, podem prosperar no sentido de instituir a arbitragem, desde que em consonância com a vontade das partes em elegê-la. Para tanto, há de se fazer uso do processo hermenêutico apontado pela jurisprudência arbitral e judicial nacional e comparada¹⁶⁵.

¹⁶² EISEMANN, Frédéric. La Clause d'Arbitrage Pathologique. In: **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974, p. 129.

¹⁶³ FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold Goldman. **On International Commerce Arbitration**. The Hague: Kluwer Law, 1999, p. 263.

¹⁶⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 167-170.

¹⁶⁵ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 22.

4.5.1.4 Cláusula compromissória escalonada

A cláusula escalonada consistente na previsão expressa de busca pela solução da controvérsia por meio de mediação ou conciliação previamente à arbitragem (cláusula med-arb), ou em fase própria durante o procedimento, com suspensão deste (cláusula arb-med)¹⁶⁶.

Fernanda Levy assim identifica a cláusula escalonada: estipulações contratuais prevendo fases sucessivas que contemplam os mecanismos mediação e arbitragem para a solução de controvérsias¹⁶⁷.

A previsão da cláusula med-arb, em regra, recomenda a submissão das partes à conciliação ou mediação prévia, porém, algumas indicam a necessidade de tentativa de autocomposição como requisito à instauração do procedimento arbitral, ou seja, como condição para que a arbitragem seja iniciada¹⁶⁸.

A aplicação dessa cláusula poderá trazer vantagens de naturezas diversas às partes. Por um lado, as incentiva a alcançar solução à controvérsia de maneira consensual por meio da mediação. Por outro lado, oferece a garantia de que, não havendo a resolução da disputa, haverá uma solução final por meio da instituição da arbitragem e, conseqüentemente, da prolação da sentença arbitral¹⁶⁹.

4.5.2 Compromisso arbitral

De acordo com o artigo 4º da Lei n. 9.307/1996, o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas. O art. 9º da mesma Lei assim rege: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

¹⁶⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 171.

¹⁶⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas** – a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 200: “Esse escalonamento pode ocorrer de duas maneiras: pela previsão inicial de mediação e caso ela reste infrutífera no sentido de obtenção do acordo, continua-se a gestão do conflito com a arbitragem (cláusula arbitral escalonada med-arb) ou no sentido inverso, iniciado o procedimento arbitral, ele é suspenso para que a mediação se desenvolva, para em seguida ser retomado para a homologação do acordo ou continuidade do procedimento arbitral (cláusula arb-med)”.

¹⁶⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 171-172.

¹⁶⁹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 73.

Assim, o compromisso arbitral pode assumir a forma judicial, hipótese em que deverá ser celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda, segundo o artigo 9º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, Se for extrajudicial, o § 2º do mesmo artigo estabelece que será celebrado por escrito por instrumento particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Afora a forma judicial ou extrajudicial que pode assumir o compromisso arbitral, os artigos 10 e 11 da Lei n. 9.307/1996 dispõem sobre os elementos obrigatórios e facultativos do compromisso arbitral. Muito embora a lei tenha detalhado o conteúdo do compromisso arbitral, é lícito às partes acordar sobre elementos diversos¹⁷⁰.

Consoante o artigo 10 da Lei n. 9.307/1996, são elementos obrigatórios do compromisso arbitral: a) nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; b) nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; c) matéria que será objeto da arbitragem; e d) lugar em que será proferida a sentença arbitral.

A qualificação das partes (artigo 10, I, da Lei n. 9.307/1996), tão completa quanto possível, tem como objetivo esclarecer quem são as partes contratantes que escolheram a arbitragem como forma de solução de conflitos. Uma questão relevante a respeito da qualificação das partes diz respeito ao estado civil. O estado civil de solteiro, depois do reconhecimento dos efeitos civis da união estável, a partir da CF/1988, passou a representar uma situação bem definida. Isto porque haverá consequências diferentes às partes que são efetivamente solteiras e aquelas que vivem em união estável, razão pela qual deve a parte declinar exatamente qual seu estado civil para que os árbitros examinem se é imprescindível ou não a presença do companheiro na relação arbitral¹⁷¹.

O domicílio das partes é igualmente importante, uma vez que compõe a qualificação de ambas e, além disso, pode ser relevante para orientar os árbitros a respeito do juiz estatal competente para tomar alguma medida coercitiva durante a arbitragem.

A indicação dos árbitros (Lei n. 9.307/1996, art. 10, II) pode ser feita pelas partes, a quem cabe optar por indicar a entidade que os nomeará. Essencial, quando da indicação dos árbitros, que as partes informem no compromisso arbitral os dados dos árbitros, para evitar dúvidas sobre suas identidades¹⁷².

¹⁷⁰ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 76.

¹⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 199.

¹⁷² NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 76.

A matéria objeto da arbitragem (Lei n. 9.307/1996, art. 10, III), não origina grandes problemas. Isso porque, segundo o art. 19 da Lei, os árbitros podem suprir eventuais lacunas do compromisso arbitral, não havendo, portanto, necessidade de as partes descrevem detalhadamente nem esgotar inteiramente a questão da matéria objeto da arbitragem¹⁷³.

Quando há indicação direta do árbitro, é prudente enumerar outros nomes em substituição ao primeiro escolhido para a hipótese de impedimento, recusa ou qualquer outro fator que impeça a participação do eleito. Pela mesma razão, é interessante que o compromisso arbitral também seja assinado pelos árbitros indicados, manifestando, já nessa oportunidade, a aceitação do encargo¹⁷⁴.

O lugar em que será proferida a sentença arbitral (Lei n. 9.307/1996, art. 10, IV) tem grande importância na medida em que trará consequências na eventual necessidade de efetivação coercitiva da sentença, caso precise ser executada no Brasil (Lei n. 9.307/1996, art. 34)¹⁷⁵.

No sistema brasileiro, a sentença será nacional se proferida no país. Assim, é essencial que as partes tenham ciência do local de prolação da sentença arbitral posto que, se proferida no exterior, é necessária sua homologação (Lei n. 9.307/1996, art. 33).¹⁷⁶

A ausência de um dos elementos obrigatórios do compromisso arbitral não levará necessariamente à nulidade do compromisso de plano, mas pode gerar impedimento à instauração da arbitragem. Contudo, permite-se que os árbitros e as partes elaborem adendos ao compromisso quando da instituição da arbitragem, consoante (Lei n. 9.307/1996, art. 19, parágrafo único)¹⁷⁷.

Conforme o art. 11 da Lei, são elementos facultativos do compromisso arbitral: a) local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; b) a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; c) o prazo para apresentação da sentença arbitral; d) a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; e) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e f) a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Sobre a sede da arbitragem (art. 11, I, da Lei n. 9.307/1996), podem as partes

¹⁷³ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

¹⁷⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação – conciliação – resolução** CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 177-179.

¹⁷⁵ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25.

¹⁷⁶ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 77.

¹⁷⁷ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

convencionar que os atos da arbitragem sejam realizados em um ou mais lugares. Essa é uma opção legislativa que prima pela celeridade e pela desformalização do processo e que, portanto, não observa as regras dispostas no CPC/1973 sobre local da propositura da demanda¹⁷⁸. Assim, à luz do princípio da autonomia privada das partes, podem elas dispor sobre qual a sede da arbitragem. Notemos, no entanto, que a Lei n. 9.307/1996 ancorou a nacionalidade da arbitragem ao local em que a sentença arbitral será proferida, e não ao local em que os atos da arbitragem serão praticados¹⁷⁹.

O prazo para a prolação da sentença da arbitragem (art. 11, III) poderá ser convencionado pelas partes no compromisso arbitral. Se não for convencionado, será o de seis meses, consoante dispõe o seu art. 23, contados do início da instituição da arbitragem. O prazo acordado pelas partes para a prolação da sentença arbitral poderá surgir da adoção das regras de algum órgão arbitral, e dependerá, nesse caso, dos regramentos institucionais desse órgão perante o qual a arbitragem será processada¹⁸⁰.

Sobre a indicação das leis que regerão a arbitragem (Lei n. 9.307/1996, art. 11, IV), a autonomia privada das partes lhes permite escolher a lei (processual e material) a ser aplicada, podendo utilizar, ainda, regras corporativas, ou seja, o conjunto de normas que disciplinam uma atividade ou profissão, de caráter nacional ou internacional¹⁸¹.

Sobre a fixação da responsabilidade pelo pagamento das despesas e dos honorários dos árbitros e sobre os próprios honorários (Lei da Arbitragem, art. 11, V e VI), a instituição escolhida pelas partes para processar a arbitragem fará o controle. Também nesse particular, o princípio da autonomia privada permite às partes convencionarem a seu modo, no compromisso arbitral, a responsabilidade pelos custos do processo arbitral. Segundo o art. 11, parágrafo único da Lei, fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial. Não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixem por sentença. O mesmo artigo, no entanto, apenas apresenta um rol exemplificativo a respeito do que podem as partes dispor no compromisso arbitral. Existem, ainda, diversas outras possibilidades atribuídas às partes sobre o que acordar a respeito do processamento da arbitragem que visam instaurar. Uma delas é a escolha do idioma em que se processará a

¹⁷⁸ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 78.

¹⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209.

¹⁸⁰ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 78.

¹⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 212.

arbitragem, questão fulcral para o processo, relevante, inclusive, para indicar os árbitros que irão participar do painel arbitral¹⁸².

4.6 Árbitros

De acordo com o artigo 13 da Lei n. 9.307/1996, “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

A capacidade exigida para quem pretende exercer essa função é aquela prevista pelo Código Civil, de maneira que são excluídos tanto os relativamente incapazes (maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os toxicômanos, os deficientes mentais, os excepcionais e os pródigos, nos termos do art. 4º do Estatuto Civil de 2002), como os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (os menores de 16 anos, os deficientes mentais e os impossibilitados, ainda que transitoriamente, de exprimir sua vontade, conforme a redação do art. 3º do Código Civil). Não se cogita, em hipótese alguma, da possibilidade de ser o árbitro pessoa jurídica: só a pessoa física pode exercer o cargo. E aqui há que distinguir a atividade dos órgãos arbitrais institucionais da atividade dos árbitros: os primeiros apenas organizam a arbitragem, fornecendo meios, procedimentos, regras, estrutura operacional; os últimos analisam a causa, decidem-na, proferindo a sentença arbitral¹⁸³.

Não se exige que o árbitro seja advogado ou formado em direito. É comum que ele seja engenheiro, médico, ou seja, especialista na matéria do conflito a ser dirimido. Ainda assim, recomenda-se que, no caso de mais de um árbitro, pelo menos um seja advogado ou bacharel em direito. Já os predicados desejados dos árbitros vêm previstos na própria Lei: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (art. 13, § 6º)¹⁸⁴.

Nos termos do art. 13, § 6º, da Lei n. 9.307/1996, são deveres dos árbitros no desempenho de suas funções: a) imparcialidade, ou seja, o árbitro não deve estar envolvido com os contendores, o que não se confunde com neutralidade, vez que neutro é aquele que não toma partido de qualquer dos litigantes numa discussão. É evidente que o árbitro tomará partido na sentença arbitral, mas, mesmo assim, tomará partido sem estar envolvido com as partes, vez

¹⁸² NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016, p. 79.

¹⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 229.

¹⁸⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 211.

que, se isso ocorrer, será ele impedido; b) Independência. Os árbitros devem estar distantes das partes, ainda que gozem, como de fato gozam, de sua confiança e por elas tenham sido indicados. c) Competência. Os árbitros devem conhecer a matéria que lhes é submetida, além de ostentarem experiência, de acordo com os critérios estabelecidos pelas partes para a indicação do árbitro. Assim, por exemplo, devem dominar o idioma em que a arbitragem se desenvolverá nos termos da convenção. De outro lado, devem contar com as características exigidas pelas partes na convenção de arbitragem, como, por exemplo, ser engenheiro mecânico com dez anos de experiência. d) Diligência, o que significa que o árbitro deve agir com cuidado, zelo e aplicação na busca da solução arbitral do conflito. e) Discrição. Tendo em vista este dever, imposto por lei, o árbitro deve manter sigilo daquilo que tem conhecimento em razão da arbitragem, de tal sorte que as partes podem incluir na cláusula ou no compromisso arbitral – sem descartar as regras da entidade especializada – a obrigação de não fazer, ou seja, de não divulgar aquilo que o árbitro tem conhecimento em razão do seu mister. Descumprida a obrigação, responderá por perdas e danos (arts. 189 e 389 do Código Civil). Essa assertiva empresta supedâneo, inclusive, ao sigilo que envolve a arbitragem, apontado, normalmente, como uma de suas vantagens em relação à solução judicial¹⁸⁵.

A primeira qualidade exigida do árbitro é a imparcialidade, ou seja, a equidistância a ser guardada pelo julgador em relação às partes. A imparcialidade é referida como um dos princípios do procedimento arbitral (art. 21, § 2º), e, pela importância, o seu descumprimento autoriza a invalidação da sentença (art. 32, VIII). Imparcialidade significa a isenção do árbitro em relação às partes, e a total falta de interesse no resultado do conflito. Impõe ao julgador não ter preferências ou favorecimentos a um dos interessados, mantendo-se em posição equidistante aos envolvidos. E, portanto, um estado de espírito do árbitro, não ligado a questões fáticas, mas sim psicológicas (subjetivas), da característica da parte com que ele mais se identifique, por exemplo¹⁸⁶.

O árbitro também deve estar despido de diferenças ou de preconceitos em relação a uma das partes que possam influenciar suas decisões, pois esses sentimentos podem igualmente comprometer sua imparcialidade – e aqui seria a parcialidade inversa, ou seja, capaz de prejudicar uma das partes. Aferida sob a perspectiva subjetiva, a imparcialidade se exterioriza na conduta do árbitro durante o procedimento, e especialmente na tomada de decisões, embora,

¹⁸⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 123.

¹⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 211-218.

muitas vezes, a postura tendenciosa seja presumida pelas circunstâncias ou comportamentos anteriores envolvendo as partes¹⁸⁷.

Tanto a independência como a imparcialidade do árbitro se conectam com o conceito de confiança, que no dizer de Tercio Sampaio Ferraz Junior se refere também à confiança fiducial, ou seja, à confiança na confiança do outro e que se identifica com a lealdade de forma recíproca (partes e árbitros); portanto, com a boa-fé:

com a imparcialidade tocamos num dado fiducial da confiança como princípio basilar de comportamento. Como se trata de uma disposição de consciência que se espelha na conduta, é uma condição subjetiva, que se comunica, em termos do binômio: fidúcia no escolhido/lealdade de quem escolhe, aliada à competência, diligência e discricção” 16 (art. 13, § 6º da LA). E “a independência tangência a confiança fiducial com a confiança cognitiva, pois é um atributo com características mais objetivas¹⁸⁸.

A imparcialidade e a independência são atributos inegociáveis tanto do árbitro como do juiz. Com efeito, o ato de julgar pressupõe responsabilidade e a falta de isenção do julgador contamina o julgamento¹⁸⁹.

O árbitro é juiz de fato e de direito, isto é, no desempenho de sua função – e apenas enquanto está desempenhando a função de árbitro –, é equiparado ao magistrado e pode decidir de forma impositiva o caso que se lhe é submetido nos termos dos arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307/1996. Não significa, evidentemente, que o árbitro tenha as mesmas prerrogativas funcionais de um magistrado¹⁹⁰.

A jurisdição do árbitro, tal qual a do colegiado arbitral (painel ou tribunal) é temporária, não é permanente. A jurisdição do árbitro é restrita ao procedimento no qual foi investido. Nasce e desaparece com o procedimento, não transcende a este. Um novo procedimento, entre as mesmas partes, e quiçá relativamente ao mesmo contrato, reclama nova investidura, com as formalidades daí decorrentes¹⁹¹.

¹⁸⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 211-218.

¹⁸⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sobre o dever de revelar na Lei n. 9.307/1996, **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 28, jan.-mar. 2011, p. 65-82.

¹⁸⁹ Na visão de Carlos Alberto Carmona, “a situação de equidistância deve ficar muito clara para as partes e para os árbitros, especialmente naquelas hipóteses em que os litigantes apontam diretamente os seus árbitros para compor o tribunal arbitral”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

¹⁹⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 122.

¹⁹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 198.

Por expressa restrição constitucional, o juiz togado está proibido de atuar como árbitro (art. 95, parágrafo único, I, CF/1988)¹⁹², sob pena de perder o cargo (art. 26, II, a, Loman)¹⁹³, salvo se aposentado, pois haveria o desvio de sua finalidade precípua: exercer a judicatura.

A escolha dos árbitros dependerá da forma como as partes estabeleceram a origem da arbitragem (cláusula ou compromisso), e a espécie adotada (institucional ou avulsa). Em geral, serão percorridas as três fases: a indicação, a nomeação e a aceitação. A depender do caso, promove-se a nomeação diretamente (pela instituição ou pelas partes, se assim convencionado). Ficará pendente, nesta hipótese, apenas a aceitação pelo escolhido¹⁹⁴.

Conforme destaca Selma Ferreira Lemes, uma questão importante colocada quanto se analisa a figura do árbitro é saber se existe árbitro neutro, se o conceito de imparcialidade e de neutralidade são sinônimos. Efetivamente não são, pois não existe árbitro neutro, assim como não existe juiz neutro. Neutralidade não se confunde com imparcialidade. Não existe ser humano neutro; não somos robôs autômatos. O ser humano é fruto do meio em que vive, de suas convicções religiosas, sociais e políticas e é por elas influenciado. Portanto, não existe pessoa neutra: logo, não existe árbitro neutro. A neutralidade pressupõe a indiferença, o que é algo difícil de ser concebido. Ser imparcial é resolver a controvérsia de acordo com o seu livre convencimento (art. 21, § 2º, da Lei n. 9.307/1996), conforme o seu modo de entender e fixar suas convicções sobre o assunto¹⁹⁵.

Sobre a rubrica de impedimento, o art. 14 da Lei de Arbitragem estabelece a aplicação das regras de impedimento e suspeição dos juízes, previstas no Código de Processo Civil de 2015 em seus arts. 144 e 145, para obstar a nomeação ou manutenção do árbitro.

Desta forma, pela proximidade com as partes, advogados, ou envolvimento com o conflito, o árbitro, tal qual o juiz, espontaneamente, ou provocado pelos interessados, não poderá atuar no procedimento. Mas a restrição de atuação é alargada, pois também representa obstáculo à investidura do árbitro, ou seu afastamento, a violação aos acima referidos atributos de independência e imparcialidade (art. 14, § 1.0, da Lei 9.307/1996), na amplitude tratada pela doutrina a respeito, amparada em boa parte pelos códigos de ética gerais e de instituições,

¹⁹² BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 95, parágrafo único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; [...]”.

¹⁹³ BRASIL. Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). “Art. 26, I, a. O magistrado vitalício somente perderá o cargo: [...] II – em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes: a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular; [...]”.

¹⁹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 203.

¹⁹⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro** – princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: Ltr, 2001, p. 63.

reconhecidos como diretrizes de conduta esperada dos árbitros, podendo, ainda, se ter previsão específica nos regulamentos. Aliás, até mesmo a convenção arbitral pode trazer regras ou critérios reservados à nomeação. Estas situações são tratadas como causas de recusa por suspeição no juízo arbitral.¹⁹⁶

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a Lei n. 9.307/1996, ao estabelecer que o árbitro tem o dever de revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade, “não trata a questão da imparcialidade do árbitro em *numerus clausus*, pelo contrário, estabelece uma dimensão aberta, muito ampla desse dever, em razão das peculiaridades mesmas da arbitragem”¹⁹⁷.

Com efeito, a imparcialidade é pedra angular do direito. A existência de um julgador imparcial, além de garantia constitucional (art. 5º, XXXVII, LII e LIV, da CF/1988), assegura legitimidade ao pronunciamento a ser proferido. Exatamente por isso, também na arbitragem, o requisito da imparcialidade deve ser observado, sob pena de eventual ação anulatória da sentença arbitral (arts. 21, § 2º, c/c 32, VIII, da Lei n. 9.307/1996).¹⁹⁸

Tendo em vista que a intenção da Lei foi a de equiparar o árbitro ao juiz togado (arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307/1996), e impor-lhe os mesmos deveres e responsabilidades (arts. 13, § 6º e 17 da Lei n. 9.307/1996), especialmente exigindo dele a imparcialidade (art. 13, § 6º da Lei n. 9.307/1996) erigida, inclusive, a princípio impositivo do procedimento (art. 21, § 2º da Lei n. 9.307/1996), naturalmente equipara o árbitro ao juiz togado em relação às hipóteses de impedimento e suspeição impostas aos magistrados (art. 14 da Lei n. 9.307/1996).

É preciso verificar, todavia, que o árbitro normalmente não assina a cláusula arbitral ou o compromisso, vez que a obrigação de levar o conflito à solução arbitral é prerrogativa das partes. Assim, é evidente que no momento da instauração da arbitragem e como requisito desta (art. 19 da Lei n. 9.307/1996), o árbitro deve aceitar a nomeação e, só a partir da sua aceitação, considera-se, então, instituída a arbitragem. Neste momento, antes de aceitar o mister, o árbitro revelará às partes qualquer circunstância que o impeça de ser árbitro, o que se convencionou denominar “dever de revelação”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 219.

¹⁹⁷ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi na SEC 9.412/EX, rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 30-5-2017.

¹⁹⁸ DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 290.

¹⁹⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 132.

Indicado e/ou nomeado poderá o árbitro escusar-se e assim negar a aceitação. Aliás, o eleito é totalmente livre para assumir ou não o encargo, independentemente de qualquer razão, dispensada inclusive a apresentação de justificativa. Até então, inexistente qualquer vínculo entre os envolvidos. Ainda, excepcionalmente, pode o árbitro, no curso do procedimento, vir a ser impossibilitado de exercer a função (por doença ou até morte). Em todas estas situações, a arbitragem ficará acéfala, exigindo a substituição do julgador (art. 16 da Lei 9.307/1996). Ingressa no contexto, se houver, o suplente indicado no compromisso (o § 1 do art. 13 faculta a sua nomeação, confirmada pelo caput do art. 16), e este, tal qual o árbitro primitivo, submete-se às mesmas exigências e contingências para assumir e seguir no exercício da função.

O problema surge, entretanto, quando inexistente substituto na convenção. Nesta hipótese, aplica-se o mesmo procedimento da indicação, nomeação e aceitação do árbitro inicial, ou seja, se confiada a arbitragem a uma entidade arbitral, seguem-se as suas regras. Inexistente previsão, necessitando a escolha de anuência comum, ou sendo *ad hoc* o procedimento sem consenso entre as partes, a solução dada pela Lei de Arbitragem foi encaminhar os interessados ao procedimento previsto no art. 7.º (pedido judicial de formalização do compromisso e nomeação de árbitro).²⁰⁰

O exercício da função pelo árbitro depende da confiança das partes. Assim, a lei permite que se estipule a forma de sua substituição ou que, de outro lado, as partes declarem na convenção que não aceitam substituto e, se assim acordaram, extingue-se o compromisso arbitral nos termos do art. 12 da Lei n. 9.307/1996.

Logo, podemos afirmar que, diante de qualquer das causas que impedem o escolhido de ser árbitro, as partes podem convencionar: a) a impossibilidade expressa na convenção de arbitragem sobre a substituição do árbitro, extinguindo o compromisso arbitral, fazendo com que tenham que submeter seus litígios ao Poder Judiciário; b) a substituição do árbitro, nos termos do art. 16 da Lei n. 9.307/1996, seguindo: b.1) a vontade das partes e a forma pactuada na convenção de arbitragem; b.2) acordo entre as partes; b.3) inexistindo forma de substituição dos árbitros ou acordo e não havendo expressa disposição das partes quanto à impossibilidade de substituição do árbitro, seguir-se-á o procedimento judicial do art. 7º da Lei n. 9.307/1996 para que o juiz escolha o novo árbitro²⁰¹.

²⁰⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 222.

²⁰¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 138.

O art. 17 da Lei de Arbitragem equipara o árbitro, no exercício de suas funções ou em razão delas, aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal. No entanto, omite a lei quanto à responsabilidade civil do árbitro, embora faça uma superficial referência em seu art. 14²⁰². O tema foi tratado por Fernanda Rocha Lourenço Levy: há responsabilidade do árbitro sob duas perspectivas: uma enquanto “juiz de fato de direito” (Lei n. 9.307/1996, art. 18); outra, enquanto prestador de serviço vinculado aos compromissos assumidos perante as partes²⁰³.

4.6.1 Boa-fé e deveres anexos no contrato de investidura

Dá-se o nome de contrato de investidura o que vincula árbitro e partes de uma arbitragem ao negócio jurídico. Conquanto seus contornos dogmáticos estejam em construção, já há certa clareza sobre o conteúdo do contrato, é dizer, dos deveres e direitos que o preenchem²⁰⁴.

Primeiramente, a doutrina qualificava-o como espécie de contrato de mandato, ou de agência, ou, ainda, como locação de serviços. Posteriormente, em atenção às especificidades envolvendo o tipo de negócio havido entre os árbitros e as partes, além do conteúdo do contrato, alcançou-se diversa qualificação, chegando-se a ideia de “contrato de investidura” ou “convenção de investidura arbitral”²⁰⁵.

Conforme observa Selma Ferreira Lemes, a função judicial inerente ao árbitro dá-lhe uma posição de independência que não reflete a representação das partes²⁰⁶. Porém, conquanto a complexidade das relações jurídicas entretidas entre árbitros e partes de uma arbitragem, é possível definir que o dever primário de prestação (obrigação principal) consiste, para o árbitro, no desempenho do poder-dever de decidir o conflito que opõe as partes, o árbitro obriga-se a julgar e não apenas a diligenciar para que haja julgamento²⁰⁷.

²⁰² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 223.

²⁰³ LEVY, Fernanda. Da responsabilidade civil dos árbitros e das instituições arbitrais. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINNI, Rogério (org.). **Responsabilidade civil** – estudos em homenagem ao Prof. Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009, p. 172-183.

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 360.

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 361.

²⁰⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro** – princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr., 2001, p. 50.

²⁰⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras anotações sobre o árbitro e os contratos – entre o poder e o dever. **Cadernos IEC n. 1**, Canela, abr. 2010, p. 51.

Dotado de poder jurisdicional – assegurado na Lei n. 9.037/1996, ao equiparar, em seu art. 18, o árbitro ao juiz e a decisão arbitral à sentença judicial –, o árbitro, pessoa física designada pelas partes para resolver definitivamente um litígio que as opõe, torna-se parte de um contrato quando, ao ser consultado pelas partes ou pelos demais árbitros, decide se quer/pode/deve aceitar a obrigação de julgar²⁰⁸.

Diante dessa situação, uma vez aceita a proposta, verifica-se a configuração do contrato de investidura, contrato complexo, pois a missão do árbitro é um aspecto da sua investidura, a qual não se constitui individualmente. Os dois momentos contratuais não são justapostos, mas profundamente vinculados entre si. A investidura do árbitro está relacionada à operação complexa de contratos produzidos e vinculados como elos de uma corrente, que se traduz na conclusão de uma convenção de arbitragem, designação de árbitros e aceitação por eles da missão. Esta sucessão de obrigações poderia ser resumida em duas obrigações de fazer: para as partes, designar os árbitros; para os árbitros, concluir sua missão²⁰⁹.

Conforme o contrato de investidura, a obrigação principal do árbitro é decidir o conflito que conduziu à arbitragem com independência e imparcialidade. Considera-se, todavia, que julgar é o ato culminante de um processo iniciado antes mesmo de se instituir a arbitragem, pois supõe determinadas condições prévias e inafastáveis no curso de todo o processo – a imparcialidade e a independência. É importante registrarmos esse verdadeiro condicionalismo da prestação principal do árbitro: não se trata apenas de julgar, mas de julgar com independência e imparcialidade. Só assim a obrigação principal do contrato de investidura estará adimplida e os requisitos legais do art. 13 da Lei da Arbitragem estarão preenchidos²¹⁰.

No adimplemento de sua obrigação principal – a de julgar o litígio –, os árbitros devem empregar “dedicação, diligência e celeridade”, promovendo a “boa gestão do procedimento arbitral”. Há requisitos subjetivos do contrato (independência e imparcialidade do árbitro) que explicam as especificidades da feição assumida no contrato de investidura pelo princípio da boa-fé, assim como a gama de deveres anexos decorrentes do princípio. Nessa figura contratual, há superposição entre confiança e boa-fé que, amalgamadas, estão no núcleo do contrato. Assim determina o art. 13 da Lei n. 9.307/1996. O árbitro é a pessoa que conta com a confiança das

²⁰⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras anotações sobre o árbitro e os contratos – entre o poder e o dever. **Cadernos IEC n. 1**, Canela, abr. 2010.

²⁰⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro** – princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr., 2001, p. 49.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 363.

partes, tratando-se de uma confiança fiducial, que estrutura o contrato e imanta toda a relação²¹¹.

Conquanto integrante dos deveres informativos, o dever de revelação não se confunde com a mera informação, pois supõe uma informação qualificada pela sua destinação: desvendar possíveis ou potenciais conflitos, permitindo às partes sindicarem eventual conflito de interesses. Implica, portanto, condutas positivas do árbitro na averiguação de situações de conflito, encontrando limite na possibilidade de seu conhecimento a respeito de determinadas circunstâncias. Engloba o dever de esclarecimento – que é mais do que informar, comportando a explicitação da informação, quando necessário à plena compreensão do teor da informação dada – e configura um dever dinâmico, que perpassa todas as fases da relação contratual, traduzindo-se no dever de revelação de circunstâncias supervenientes ao momento da conclusão do contrato de investidura²¹².

Regido pelas regras da responsabilidade profissional subjetiva, o dever de revelar assumido pelo árbitro não se afasta nem das pautas da razoabilidade (inadmitindo-se impugnações fúteis e, nesse sentido, atentatórias à boa-fé), nem afasta os deveres de diligência e de probidade das partes. Conforme internacionalmente reconhecido, o *standard* da revelação é, primeiramente, subjetivo e, depois, objetivo, não dispensando o ônus do destinatário da revelação de também agir, nos limites da boa-fé, para espantar eventuais dúvidas suscitadas pela revelação, questionando as informações recebidas e diligenciando por informações adicionais. As partes têm o ônus jurídico de se informar sobre o árbitro, averiguar, razoavelmente, as informações por ele fornecidas no questionário sobre conflitos de interesse preenchido no início do procedimento arbitral e, quando da decisão de promover uma impugnação, agir com probidade, isto é, com correção de conduta e de acordo com os *standards* comportamentais da boa-fé objetiva²¹³.

Não se admite, portanto, por ser contrário aos ditames da boa-fé, atribuir-se às partes um papel meramente passivo, como ocorre na jurisdição estatal. Cabe-lhes o encargo de averiguar previamente se há, ou não, situações potenciais de conflito e de discernir se essas situações são aptas para minar a relação de confiança. O árbitro deve trazer as informações às partes e a essas, por sua vez, incumbe investigar e discernir se são fatos relevantes hábeis a

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 364.

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 365.

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 365.

causar conflito ou não²¹⁴.

A relação de investidura que liga árbitros e partes gera o dever de os árbitros revelarem circunstâncias que possam impactar sua independência e sua imparcialidade. De maneira semelhante, gera às partes o ônus de direito material (encargo) de se informar sobre questões que sejam a elas acessíveis, vez que se deve presumir que as partes estão cientes de informações disponíveis em domínio público. Também incide ao árbitro o dever de recato, igualmente como decorrência da confiança investida. Recato não significa, necessariamente, sigilo, este último existindo na medida em que previsto em lei, regulamento ou por disposição das partes. O sigilo, porém, não se admite quando interesses públicos estão em causa, vigendo, então, o princípio da transparência ou da publicidade, conforme reconhecido no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996²¹⁵.

Sendo dinâmicos os deveres decorrentes da boa-fé normativa, incidem, também, no transcurso da execução contratual, isto é, durante o procedimento arbitral, seja no que tange ao dever de revelação sobre eventos supervenientes que possam atingir a relação de confiança, seja no que toca ao comportamento durante o transcorrer do procedimento. Fere-se o dever de agir na arbitragem segundo a boa-fé quando as partes utilizam provas ilegalmente obtidas; criam obstáculos irrazoáveis ao labor dos árbitros; ou quando há conduta contraditoriamente desleal, por forma a incidir na vedação do *venire contra factum proprium*; ainda, quando há abuso no emprego das *anti-suit injunctions*; ou quando atrasam o regular andamento do procedimento pela recusa em pagar os custos da arbitragem, pois há, também, relação contratual entre as partes e a instituição arbitral sob a qual se processa o litígio²¹⁶.

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 365.

²¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 368.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 368.

5 APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA ARBITRAGEM

A boa-fé é chamada nos procedimentos arbitrais não apenas no concernente à relação contratual entre árbitros e partes, como decorrência do contrato de investidura, mas, igualmente, é invocada (e, por vezes, superinvocada) pelas partes como argumento para solucionar o litígio apresentado e pelos árbitros, como fundamento às suas decisões²¹⁷.

Essa “onipresença” não significa que haja clareza no significado, na função e no modo de utilização do instituto e, muito menos, que haja previsibilidade no que determinado tribunal entenderá como “comportamento segundo a boa-fé” das partes em litígio²¹⁸. Na arbitragem internacional, o problema é mais grave em razão dos diferentes significados emprestados ao signo linguístico “boa-fé” nos vários ordenamentos jurídicos²¹⁹.

Conquanto essa superinvocação, certo é que a sua presença é inafastável, por exemplo, para além da hipótese mencionada, quando (i) em discussão à relação obrigacional que liga as partes em litígio, sua presença como norma de comportamento é imposta pelo ordenamento brasileiro não solucionar o caso, mas para permitir que, pela análise do comportamento das partes, os árbitros alcancem a solução, nos quadros do sistema; (ii) em certas situações, como nas arbitragens de investimento, a função é ainda mais extensa, agrupando boa-fé subjetiva e objetiva²²⁰.

Judith Martins-Costa reforça a observação de Bernardo Cremades, segundo o qual o árbitro, quando analisa a própria competência, deve estar consciente de que a convenção arbitral surge da oferta pública que os Estados signatários do tratado de investimentos realizam acerca dos investimentos procedentes de outro país. Apenas quando o investidor atua de boa-fé (subjetiva) pode aceitar a oferta pública, e apenas então estará legitimado para solicitar a proteção internacional. Do contrário, o árbitro, no exame de sua competência, deverá recusar a proteção, com o que a ausência de boa-fé terá efeitos no plano processual. Esta é a razão pela qual a jurisprudência arbitral reiteradamente tem indicado não caber a aceitação da alegação de “estar de boa-fé” por parte do investidor cujo investimento foi feito ou obtido “por meio de

²¹⁷ CREMADES, Bernardo. La buena fe en el arbitraje internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 31, 2011, p. 54.

²¹⁸ CREMADES, Bernardo. La buena fe en el arbitraje internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 31, 2011, p. 54.

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 369.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 369.

corrupção, lavagem de dinheiro ou fraude”²²¹.

Segundo Judith Martins Costa, como vimos, a expressão boa-fé objetiva carrega em si um modelo ou instituto jurídico indicativo de (I) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (II) um cânone de interpretação dos contratos e (III) um *standard* comportamental. Conquanto não se possa definir um conceito, os juristas chegam ao seu conteúdo ao analisar diferentes situações nas quais os Tribunais encontram a razão de decidir (ou uma delas) na violação a esse *standard* comportamental²²².

A teoria da boa-fé objetiva encerra um formidável instrumento de hermenêutica jurídica para detectar eventual abusividade das cláusulas contratuais expressas ou para reconhecer a inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda para proceder à interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que preciso restabelecer o equilíbrio contratual²²³.

Na mesma linha principiológica, que marca as denominadas “Normas Fundamentais do Processo Civil”, constantes do preâmbulo do CPC/2015 em vigor, inspirando-se, por certo, na dogmática do direito privado, o legislador estabeleceu, no art. 5º, uma cláusula geral de boa-fé processual, que deverá nortear a atuação, durante as sucessivas etapas do procedimento, de todos os protagonistas do processo: o juiz, as partes, o representante do Ministério Público, o defensor público e os auxiliares da justiça (serventuários, peritos, intérpretes, etc.)²²⁴.

O fundamento constitucional da boa-fé decorre da cooperação ativa dos litigantes, especialmente no contraditório, que devem participar da construção da decisão, colaborando, pois, com a prestação jurisdicional. Não há se falar, com certeza, em processo justo se as partes atuam de forma abusiva, conspirando contra as garantias constitucionais do *due process of law*²²⁵.

Neste sentido, a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem aplicado a boa-fé processual como critério válido para rechaçar a invocação maliciosa das normas processuais e o comportamento inadequado de uma parte, em detrimento do direito à efetividade da tutela jurisdicional do outro litigante²²⁶.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 369.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

²²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

²²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

²²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

²²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

E isso tudo encontra campo fértil no âmbito do processo arbitral, no qual, com maior razão, a atitude leal e proba das partes deve estar presente desde o requerimento de instauração da arbitragem até a decisão final a ser proferida na respectiva demanda. Não se trata de transplantar pura e simplesmente a norma do CPC/2015 para a arbitragem, mas de reafirmar a interação que deve existir – quando compatível e coerente – num mesmo ordenamento jurídico, entre diferentes sistemas processuais²²⁷.

Notemos que a boa-fé processual se desdobra nos deveres de veracidade, de transparência e de lealdade na realização dos atos processuais, contemplados nos arts. 77 e 142 do CPC/2015. O descumprimento desses deveres caracteriza ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, cujas sanções estão detalhadamente previstas nos arts. 77, 80, 81, 100, parágrafo único, 334, § 8º, 536, § 3º, e 702, §§ 10 e 11²²⁸.

Acrescentamos aqui mais uma nota sobre o CPC/2015, que procurou valorizar a boa-fé, especialmente a de natureza objetiva, em vários de seus comandos. Inicialmente, o art. 5º do CPC/2015 prescreve que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Em complemento, há a previsão expressa a respeito do dever de cooperação processual, corolário da boa-fé objetiva, enunciando o art. 6º do CPC/2015 que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Essa colaboração também é imposta aos julgadores, vedando-se as decisões surpresas, uma vez que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10 do CPC/2015)²²⁹.

Por derradeiro, sem prejuízo de outros dispositivos, o art. 489, § 3º, do CPC/2015 prescreve que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com a boa-fé. Notamos que a boa-fé objetiva passa a ser elemento de interpretação das decisões como um todo, o que deve gerar um grande impacto na prática cível nos próximos anos. A propósito, esclarecendo de que se trata de uma boa-fé situada no plano da conduta, e não da intenção, o Enunciado n. 1, aprovado na I Jornada de Direito

²²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL n. 145, abr. 2020.

²²⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

²²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 44.

Processual Civil (agosto de 2017), estabelece que a verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do *animus* do sujeito processual²³⁰.

Nada obsta, no entanto, que essas regras materiais sejam aplicadas pelos árbitros no processo arbitral, visando reprimir a conduta temerária do litigante, conforme frisado por Hermes Marcelo Huck:

A tática primeira do guerrilheiro arbitral é fugir do processo. Tão logo notificado do requerimento de arbitragem ou se queda silente ou encaminha a petição à Câmara argumentando sobre o descabimento da arbitragem. São os brados de inarbitrabilidade objetiva ou subjetiva que primeiro são ouvidos pelas Câmaras. A lei oferece instrumentos para superar tais chicanas, porém a inafastável consequência dessas práticas — por mais infundadas que sejam — implicam o retardamento do início do processo. Não raro, a parte fugitiva, esgotadas as manobras diversionistas, acaba por surgir no dia da audiência para assinatura do termo, reiterando protestos e clamando ameaças de nulidade. Essa é apenas a tática inicial, pois outras tantas podem surgir, na sequência. Recusar-se ao pagamento das taxas administrativas e honorários de árbitro, mesmo com recursos para arcar com tais despesas, é comportamento pouco original. Essa recusa retarda o andamento do processo, além de transferir para a parte contrária o ônus financeiro da disputa. É incidente que pode desincentivar o seguimento da arbitragem ou mesmo decretar sua morte. Da mesma forma, e com certa frequência, nota-se o comportamento de guerrilha no momento da discussão do termo. O guerrilheiro faz exigências descabidas, convencido de que a parte contrária não as aceitará [...] Cabe também mencionar o velho estratagema de retardar o processo apresentando impugnações frívolas ao nome do árbitro indicado pela parte contrária ou ao presidente do tribunal. Casos há em que o guerrilheiro apresenta impugnação ao próprio árbitro por ele nomeado. Não raro, para postergar a formação do tribunal, a parte chicaneira submete questionários despropositados a serem respondidos pelos árbitros já indicados, e, quando não, levanta exigências solicitando revelações descabidas, que resultam em impugnações igualmente descabidas. A literatura arbitral é prolífica em tratar casos dessa estirpe que, ao final, são resolvidos — mas não raro —, implicam renúncias desnecessárias e significativo atraso no curso do processo²³¹.

A propositura de ação de anulação de sentença arbitral é direito assegurado à parte pela Lei n. 9.307/1996, e sua mera propositura não configura violação à boa-fé objetiva. O que se busca coibir é o exercício de direitos, de forma lícita, mas substancialmente desleal ou danosa à outra parte. Ou seja, a parte que se aproveita da previsão legal de ação de anulação de sentença

²³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 44.

²³¹ HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da Lei de Arbitragem**. São Paulo: Gen-Atlas, 2017, p. 311.

arbitral, para requerê-la, sabendo que não há fundamento para tanto. Ou o faz para obstruir a execução da sentença ou para tentar rediscutir o mérito da ação.²³²

O Superior Tribunal de Justiça está atento a essa espécie de conduta, como se infere do julgamento pela Corte Especial da Sentença Estrangeira Contestada n. 3.709, de relatoria do então ministro Teori Albino Zavascki, ao decidir:

a requerida ingressou no procedimento arbitral vislumbrando a possibilidade de dele auferir vantagens e assumiu, em contrapartida, de forma clara e consciente, os riscos decorrentes de eventual sentença em sentido contrário às suas pretensões, não podendo, ao não obter êxito em seu intento, alegar nulidade do compromisso arbitral, ferindo o postulado universal da boa-fé objetiva²³³.

Acrescente-se, por outro lado, que a legislação processual em vigor também exige comportamento ético e diáfano do órgão julgante, coibindo-o, por exemplo, de proferir “decisão-surpresa” (art. 9º). A conduta leal do julgador em relação aos litigantes vem, outrossim, expressa na preciosa regra do parágrafo único do art. 932, que confere prazo à parte para corrigir vício formal do processo.

Significativo precedente do Supremo Tribunal Federal destaca: “O formalismo desmesurado ignora, ainda, a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz”²³⁴.

Os arts. 322, § 2º, e 489, § 3º, do CPC/2015 dispõem, respectivamente, que a interpretação do pedido e da decisão judicial deve ser governada pela boa-fé. Ressaltemos, a propósito, que tanto o juiz quanto as partes não podem, sem motivo justificado, dar causa ao adiamento da realização de atos processuais, sob pena de responder, por força do disposto no art. 362, § 3º, do CPC/2015, pelas custas de retardamento. Destaquemos, ainda, que esse esperado liame cooperativo entre os protagonistas do processo arbitral, individualizado pelo comportamento ético e revestido de boa-fé, a um só tempo, minimiza o grau de tensão entre os litigantes e, sobretudo, direciona o processo, tanto quanto possível, para uma decisão rápida e justa²³⁵.

²³² VISCONTE, Debora. A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta da parte deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 8, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 28 jun. 2021.

²³³ SEC 3709. Publicação DJe 04/12/2009.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, ED no ARE 674.231-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27-8-2013.

²³⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, ano XL, n. 145, abr. 2020.

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a boa-fé objetiva configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso²³⁶. Não se trata de um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o direito, nem diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, o que se relaciona à boa-fé subjetiva. O conteúdo da boa-fé objetiva consiste em um padrão de conduta cujas exigências variam conforme o tipo de relação existente entre as partes. É o resumo de Judith Martins-Costa sobre a questão:

Como reiterei em trabalhos anteriores, o princípio da boa-fé, em sua feição objetiva, estabelece um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do alter, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a lograr o correto processamento da relação e, mediatamente, assegurar a confiança no tráfego negocial²³⁷.

A boa-fé objetiva, ademais, não se contenta apenas com deveres negativos, mas exige deveres positivos, pois a sua observância pressupõe que as partes façam tudo aquilo que esteja razoavelmente ao seu alcance para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambos os contratantes obtenham o proveito objetivado. Mais do que isso: a boa-fé objetiva impõe que as partes cooperem no sentido de reduzir, ao máximo, as perdas em razão de inconvenientes contratuais.

Nesse sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, o agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenham que sacrificar interesses legítimos próprios²³⁸.

Ressaltemos que a boa-fé objetiva possui um conteúdo relacional não apenas com o caso concreto, mas com a disciplina jurídica a que está submetida a causa. Em termos mais práticos, podemos dizer que a boa-fé objetiva aplicada a uma relação consumerista – em que há, em regra, desigualdade substancial entre as partes e assimetria de informações – não é a mesma que aquela aplicada a uma relação civil e/ou comercial. Em verdade, o padrão de conduta exigido pela boa-fé objetiva nestas relações jurídicas é diverso e constitui grave equívoco

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. (Atual.) Regis Fichtner. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. n. 550, São Paulo: RT, p. 19, jan. 2012.

²³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. (Atual.) Regis Fichtner. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 21.

misturá-los ao examinar as atitudes das partes nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual²³⁹.

Tradicional regra de hermenêutica estabelece que a má-fé não se presume, razão pela qual o ônus da prova, em regra, é de quem alega que a outra parte agiu de má-fé. Em consequência, a boa-fé é presumida e, normalmente, não precisa ser provada. A doutrina é bastante consolidada neste aspecto. No campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de registrar: “conforme a jurisprudência desta Corte, a má-fé não se presume, devendo ser provada por quem a alegou”²⁴⁰.

Mesmo em sistemas em que a boa-fé objetiva é largamente admitida, como no direito brasileiro, é preciso muita cautela para que o julgador – Estado-juiz ou árbitro – não crie direitos e obrigações não convencionados pelas partes. Muitas vezes, a parte inadimplente das obrigações expressamente acordadas no negócio jurídico faz uso da boa-fé objetiva para justificar ou minimizar os efeitos do descumprimento contratual. A boa-fé é, sem dúvida, fonte de deveres laterais de conduta, mas ela não pode servir para transformar o contrato que as partes celebraram. A boa-fé também não pode ser usada de modo paternalista para ajudar partes que não foram eficientes em calcular os riscos dos negócios que entabularam. O uso indiscriminado da boa-fé viola a liberdade individual, infringe a segurança jurídica e extravasa o papel do julgador.

Se as partes e seus advogados agirem sem a necessária boa-fé antes, durante e após o término do procedimento arbitral, o seu resultado dificilmente será satisfatório para qualquer um dos envolvidos. As partes devem: (a) respeitar a convenção de arbitragem; (b) agir em boa-fé durante o procedimento; (c) evitar ações de anulação por motivos frívolos²⁴¹.

O dever de boa-fé impõe a abstenção de condutas com caráter procrastinatório e leviano. A solicitação de provas desnecessárias, formulação de quesitos impertinentes aos peritos, oferecimento de inúmeros documentos sem relação direta com os fatos sendo discutidos são exemplos de condutas que devem ser vedadas.

Ao convidar alguém para ser árbitro, o dever de boa-fé impõe às partes a obrigação de anunciar desde logo que desejam consultar possível candidato sobre sua disponibilidade e quem

²³⁹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 129.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgRg no Ag n. 1.086.114/SP, Min. Fernando Gonçalves, j. 06-08-2009, DJ 24-08-2009.

²⁴¹ VISCONTE, Debora. A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta da parte deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 8, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 28 jun. 2021.

são as partes envolvidas, para imediatamente afastar os riscos de algum deslize no tocante à revelação de informações a quem está conflitado. Esse dever é benéfico e protetor do consulente e para o consultado. Superada a barreira do eventual impedimento ou suspeição, passa-se a indagações mais focadas.

Sobre este aspecto, a aplicação da boa-fé na arbitragem é bem delineada por Luiz Olavo Baptista:

A boa-fé nas relações entre as pessoas é um imperativo ético que existe permanentemente, e nas arbitragens adquire contornos específicos. Todavia, as relações contratuais entre os participantes – partes e árbitro, partes e seus representantes, e partes e instituições arbitrais – obedecem a regra geral de conduta de boa-fé na execução e negociação do contrato, constantes do Código Civil²⁴².

Segundo José Francisco de Almeida Santos, a boa-fé é de elevada significação para a arbitragem, na medida em que reequipara as condições entre juízo estatal e juízo arbitral, pois dela deriva um clima de ausência de combate entre as partes, de respeito pelos direitos recíprocos e pelos árbitros, e de absoluta confiança nos últimos. Assegura, ainda, que este princípio de direito informa, estrutura e vivifica a arbitragem, nela prevalecendo sempre a boa-fé, isso porque, quem faz opção pela boa-fé e, deste modo, se rende à jurisdição privada, tem o propósito de cumprir o decidido, independentemente de coação através da jurisdição do Estado²⁴³.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva está intimamente ligada aos conceitos e à aplicação prática da Lei n. 9.307/1996 no intuito de se assegurar as relações jurídicas. A própria Lei, apesar de pregar a autonomia da vontade, sempre a delimita pela boa-fé, fazendo prova disso por meio do seu art. 2º:

Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio²⁴⁴.

²⁴² BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). **20 Anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 111.

²⁴³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (coord.) **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 126-127.

²⁴⁴ SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

Na arbitragem, a boa-fé objetiva é empregada em sua plenitude, o que abarca as funções integrativa, corretora e criadora de deveres anexos²⁴⁵. Sua aplicação na arbitragem é extremamente ampla, abrange o momento de celebração da cláusula arbitral²⁴⁶, de escolha pela instauração da arbitragem e, especialmente, o decorrer do procedimento arbitral²⁴⁷, conforme a seguir detalhado.

5.1 Função interpretativa

No que diz respeito à primeira delas, a boa-fé objetiva pode ser utilizada para a correta interpretação e integração de convenções de arbitragem ambíguas ou contraditórias, sempre no intuito de conferir às disposições presentes na cláusula compromissória, no compromisso arbitral e no termo de arbitragem a maior eficiência em relação àquilo que se poderia esperar a partir de um comportamento probo e colaborativo.

Com efeito, a interpretação da cláusula compromissória consoante a boa-fé das partes não se limita apenas aos elementos textuais. Para resgarmos a real intenção consubstanciada na convenção de arbitragem as palavras são, sem dúvida, importantes, mas insuficientes. Segundo o Ministro Moreira Alves, mais do que a literalidade do texto, é preciso “ter em vista, igualmente, as circunstâncias em que as palavras do contrato foram proferidas, o seu contexto, o resultado econômico a que ele visa”²⁴⁸.

Importante ressaltar que a interpretação da convenção de arbitragem de acordo com a boa-fé não necessariamente implica dizer que a parte que alega a inexistência de cláusula

²⁴⁵ Para José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “na arbitragem, o princípio da boa-fé objetiva se manifesta nas suas três funções, isto é, (i) cânone hermenêutico-integrativo, (ii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos e (iii) norma de criação de deveres jurídicos”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137.

²⁴⁶ Segundo José Emílio Nunes Pinto, “a conduta determinada pelo princípio da boa-fé deverá estar presente durante a fase de negociação do contrato e de sua execução, fazendo com que se projete esse dever sobre ambos os pólos da relação obrigacional – credor e devedor.” PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁴⁷ Luiz Olavo Baptista entende que “o dever ético das partes tem início antes do início da arbitragem, no juízo que precisam fazer da existência de boas razões para dar início à mesma, e prosseguem evoluindo no curso do procedimento, sob a batuta da boa-fé.” BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). **20 Anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 112.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 78946, Minas Gerais, 2ª Turma, Rel. Min. Thompson Flores, j. 14-06-1976, DJ 24-09-1976.

compromissória esteja agindo de má-fé, mas que na existência de divergência, o que se deve perquirir é a vontade real das partes ao firmarem o acordo, em vez da vontade declarada²⁴⁹.

O comportamento será qualificado de má-fé quando uma parte externa oferece argumento de natureza puramente formal, isolado do contexto ou manifestamente contrário à economia do acordo, seu objeto ou objetivo. Por sua vez a interpretação de boa-fé consiste em buscar sua aplicação, com forte conotação ética, não se limitando à disposição literal, mas, em vez disso, perquirir a real intenção das partes ao estabelecerem a convenção de arbitragem. Neste sentido, é necessário pesquisar e considerar, antes de tudo, as consequências visadas pelos contratantes, de forma razoável e legítima, além de verificar o comportamento das partes, tanto na fase prévia quanto posterior ao contrato ou à controvérsia²⁵⁰.

Diante da existência de cláusula arbitral ambígua ou contraditória, deve ser pesquisada a real intenção das partes, ou seja, verificar o que os contratantes almejavam ao estabelecer a cláusula compromissória. Para tanto, é possível considerar tanto o comportamento conjunto anterior como o posterior à conclusão do contrato. Nesse particular, um comportamento só pode ser caracterizado como má-fé a partir do momento em que uma das partes utiliza argumento meramente formalista – exaltando a prevalência da forma textual sobre a substância – para convenientemente se afastar do contexto e dos objetivos do contrato visando se esquivar à determinada condenação ou mesmo obter benefício próprio.

Para se atingir a finalidade da convenção de arbitragem a partir da aplicação da boa-fé é preciso mensurar as consequências que os contratantes razoável e legitimamente visaram no momento da celebração do contrato, e seu comportamento nas diversas fases do contrato, conforme retratada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Diante da existência de cláusula arbitral ambígua ou contraditória deve ser pesquisada a real intenção das partes, ou seja, verificar o que os contratantes almejavam ao estabelecer a cláusula compromissória, para tanto, pode ser considerado tanto o comportamento conjunto anterior como posterior à conclusão do contrato²⁵¹.

A interpretação conforme a boa-fé também não admite comportamentos contraditórios e que atentem contra o princípio do *venire contra factum proprium*, à luz do art. 276 do

²⁴⁹ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 8.

²⁵⁰ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 9.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 124.217, Rel. Des. Silveira Netto, j. 16-09-1999.

CPC/2015²⁵². Por isso, não devem ser admitidas alegações tardias de nulidade da cláusula compromissória por supostos vícios se a parte participou ativamente do procedimento arbitral, manifestando contrariedade quanto à validade da cláusula apenas após decisão desfavorável na arbitragem²⁵³.

Dentre as várias expressões relacionadas à boa-fé, destacamos o dever de não agir contra o ato próprio (*venire contra factum proprium*). Isso significa dizer que a ninguém é permitido valer-se de um determinado ato quando lhe for conveniente e, posteriormente, alegar sua impossibilidade quando não mais lhe interessar. A exemplo do explanado por Paulo Luiz Netto Lobo, essa teoria radica no desenvolvimento do antigo aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, significando que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando esta conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, justifica a conclusão que não se fará valer posteriormente o direito que com estes se chocar²⁵⁴.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) que, ao extinguir ação monitória movida por uma empresa de navegação, entendeu – como defendido pela empresa ré – que deveria ser respeitada a cláusula de arbitragem prevista no contrato de fretamento de embarcações firmado entre elas:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. ALEGAÇÃO PELA PARTE DEMANDADA QUE ANTERIORMENTE HAVIA PROPOSTO DUAS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA A DEMANDANTE. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. VEDAÇÃO DERIVADA DO "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE COERÊNCIA DO CONTRATANTE COM SEUS ATOS ANTERIORES. 1. Controvérsia em torno da validade e eficácia da cláusula compromissória constante de contrato de prestação de serviços de

²⁵² BRASIL. Código de Processo Civil (2015) “Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

²⁵³ Como exemplo de reconhecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dos princípios da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, Lemes aponta o célebre caso “Ivarans Rederi vs. Lloyd Brasileiro” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 616/RJ, j. 24-04-1990), em que o relator entendeu ser válida sentença proferida em procedimento arbitral internacional mesmo diante de alegação da parte vencida de que haveria vícios no compromisso não alegados no curso da arbitragem, da qual participara ativamente. Nas palavras do Ministro Gueiros Leite, “a recorrida, empresa de navegação da Noruega, submeteu-se voluntariamente à arbitragem internacional, acompanhando-a em todos os seus trâmites. E somente anos depois veio arguir a invalidade do compromisso, porque a decisão lhe fora contrária. Submeteu-se à arbitragem, dela participou ativamente, quando poderia tê-la impugnado ao ser instaurada. O cumprimento espontâneo, por ela, da cláusula arbitral conduziu ao aparelhamento do compromisso”. LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 11.

²⁵⁴ SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 70.

afretamento de embarcações para o transporte fluvial de minério de ferro a granel, tendo a outra parte proposto, anteriormente, ação cautelar de sustação de protesto referente às faturas cobradas na presente ação monitória seguida de ação declaratória de inexigibilidade da dívida. 2. Conduta contraditória da parte recorrida, que, anteriormente, apesar da existência de cláusula compromissória, havia proposto duas demandas conexas perante o Poder Judiciário. 3. Impossibilidade desse contratante invocar a existência da cláusula arbitral, requerendo a extinção de ação monitória proposta pela outra parte, com fundamento no art. 485, VII, do CPC/2015. 4. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada no brocardo latino 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito pretender fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior na mesma relação negocial. 5. Precedentes do STJ. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.²⁵⁵

No caso dos autos, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino considerou inadmissível que uma das partes proponha ações na justiça estatal, renunciado tacitamente à arbitragem – e induzindo a outra parte a crer que o litígio entre elas será resolvido no Poder Judiciário – e, diante da ação posteriormente ajuizada pela parte contrária, alegue a existência de cláusula arbitral para escapar das vias judiciais: “Deve ser enfatizado, finalmente, que a circunstância de não ter havido renúncia expressa é de todo irrelevante, pois o que se veda é a conduta contraditória da recorrida (*nemo potest venire contra factum proprium*), em clara violação ao princípio da boa-fé objetiva”, concluiu o ministro, ao determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias para a análise do mérito da ação monitória.

Nessa esteira reflete Jairo Saddi, para quem é indispensável verificar a boa-fé objetiva em quaisquer relações contratuais, especialmente no que tange ao acordo sobre a arbitragem²⁵⁶.

Isto é, a boa-fé objetiva desempenha função interpretativa quando verificada a existência de ambiguidade ou dúvida acerca do sentido objetivo de determinada cláusula contratual, à luz do art. 113 do Código Civil. Nesta situação, a boa-fé objetiva deverá nortear o intérprete para a aplicação da solução mais razoável à lide, observando-se, nessas circunstâncias, os três parâmetros do princípio constitucional da razoabilidade: adequação, necessidade e proporcionalidade. Além disso, a boa-fé objetiva serve à integração do contrato, na medida em que auxilia no preenchimento das lacunas contratuais²⁵⁷.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1894715/MS (2019/0152051-6).

²⁵⁶ SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 76.

²⁵⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 129.

5.2 Função de controle – norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos

A boa-fé objetiva também atua na arbitragem para evitar o abuso de direito. Assim, quem celebra convenção de arbitragem deve submeter seus conflitos de interesse à arbitragem, sendo certo que qualquer tentativa de se opor ao processo arbitral de forma desarrazoada implica violação à boa-fé. Assim, o ajuizamento de ações judiciais sem fundamento, objetivando a declaração de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no curso da arbitragem também representa abuso de direito. Da mesma maneira, age a parte que, sem fundamento adequado, para inibir arbitragem, ajuíza a *anti-arbitration injunction* perante o Poder Judiciário, especialmente em países que não o da sede da arbitragem²⁵⁸.

Adverte Selma Ferreira Lemes que a parte que deixar de acatar cláusula compromissória regularmente pactuada pode, à luz dos deveres acessórios de conduta que defluem da cláusula geral da boa-fé, em especial a lealdade contratual, incidir em duplo ilícito: violar a Lei n. 9.307/1996 e o Código Civil, ensejando, além da instituição obrigatória da arbitragem, também a responsabilidade civil contratual, por acarretar tanto o dano material como o dano moral. A parte que inadimpliu o contrato pode ser obrigada a ressarcir os incômodos causados pela procrastinação da instauração da arbitragem²⁵⁹.

Nesta linha do abuso de direito, Debora Visconte examina, ainda, a atuação da boa-fé objetiva no ajuizamento de ações de anulação da sentença arbitral. Segundo a autora, a propositura de ação de anulação de sentença arbitral é direito assegurado à parte, pela Lei n. 9.307/1996, e sua mera propositura não configura violação à boa-fé objetiva. Entretanto, o que se deve buscar coibir, segundo a autora, é o exercício de direitos, de forma lícita, mas substancialmente desleal ou danosa à outra parte, ou seja, a conduta da parte que se aproveita da previsão legal de ação de anulação de sentença arbitral, para requerê-la, sabendo que não há fundamento para tanto ou, ainda, o faz para obstruir a execução da sentença e/ou para tentar rediscutir o mérito da ação²⁶⁰.

²⁵⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 134.

²⁵⁹ LEMES, Selma Ferreira. **A cláusula compromissória e a boa-fé**. Uma jurisprudência pedagógica – comentários à sentença proferida pelo juiz Alexandre Alves Lazzarini da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória. Processo n. 000.01.004878-2. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri02.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 7.

²⁶⁰ VISCONTE, Debora. A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta da parte deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 8, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 28 jun. 2021.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que julgou improcedente pedido de anulação de sentença arbitral que condenou uma companhia em R\$ 2,7 milhões em virtude da retenção indevida do pagamento de cotas sociais cedidas a ela:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. CONFLITO DE INTERESSES DIRIMIDO PELO TRIBUNAL ARBITRAL, SURGIDO NO BOJO DE CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS. 1. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TAXATIVIDADE. 2. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. NÃO OCORRÊNCIA. 3. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO COESA E COERENTE A EVIDENCIAR A DESNECESSIDADE, E MESMO IDONEIDADE, DA PROVA REQUERIDA. RECONHECIMENTO. 4. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA (BOA-FÉ OBJETIVA). PRETENSÃO DE REVISAR A JUSTIÇA DA DECISÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no art. 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral. 1.1 A ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que a elas seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial. 2. O exame quanto à suficiência das provas ou à necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. O indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório. 3. Da fundamentação expendida pelo Tribunal arbitral, constata-se que a fixação do preço das quotas sociais pressupõe não apenas o conhecimento, mas, principalmente, o assentimento das partes contratantes acerca da situação contábil da sociedade por ocasião da realização do negócio jurídico. Logo, qualquer débito ali constante não poderia ser compreendido como "oculto", conclusão, é certo, que dispensou a realização de perícia contábil. De seus termos, é possível inferir, claramente, que a realização de prova pericial, a recair justamente sobre a contabilidade da sociedade empresarial ? conhecida e utilizada pelas partes para o estabelecimento do preço do negócio jurídico na sequência perfectibilizado ? seria de todo inútil à identificação de algum débito oculto, sem que houvesse a individualização mínima deste pela parte interessada, providência absolutamente factível, já que perpetrou, sponte propria, a retenção do valor do pagamento com base, naturalmente, em débitos específicos. 3.1 Diante da coesa e substancial fundamentação adotada pelo Tribunal arbitral, a não realização da prova pericial contábil requerida, considerada desnecessária ao deslinde da controvérsia pelo Tribunal arbitral, não encerrou vilipêndio aos princípios do contraditório e da ampla

defesa, apto a ensejar a anulação da sentença arbitral, mas, sim, consectário do livre convencimento motivado do Juízo arbitral. 4. Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de "ordem pública" ? variável dado o momento histórico ?, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral. 4.1 A compreensão adotada pelo Tribunal arbitral de que o comportamento contratual da recorrente ensejou o desequilíbrio contratual ajustado pelas partes e enriquecimento indevido, não importa em ofensa à ordem pública, mostrando-se absolutamente possível, segundo o direito brasileiro, eleito pelas partes para dirimir o mérito do conflito de interesses? não se tecendo, no ponto, nenhuma consideração de mérito, se acertada ou não a decisão **arbitral**. 4.2 A argumentação expendida pela insurgente de que a **sentença arbitral** violou o princípio da **boa-fé** objetiva evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão **arbitral**, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória. 5. Recurso especial improvido²⁶¹.

O ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso, afirmou que o controle judicial excepcional das decisões arbitrais por meio de ação anulatória, previsto no artigo 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como justificativa para demonstrar mero inconformismo da parte sucumbente.

No recurso especial, a companhia apontava violação do direito à produção de prova pericial no procedimento arbitral e do princípio da boa-fé objetiva. O colegiado, porém, considerou que o tribunal arbitral agiu sob livre convencimento motivado e respeitou a ordem pública, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

O relator reconheceu, ainda, que as ações anulatórias não servem à simples revisão do mérito da sentença arbitral, mas devem estar fundadas em uma das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, a exemplo da nulidade da convenção de arbitragem, da escolha de árbitro ilegítimo e da decisão proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Em relação à suposta violação da ordem pública e da boa-fé objetiva, o ministro destacou que, segundo o juízo arbitral, a descabida retenção de pagamento, com o objetivo de imputar ao cedente a responsabilidade pelos débitos anteriores ao acordo, configurou enriquecimento sem causa, o que ofendeu o princípio da boa-fé objetiva. Concluiu o relator ao rejeitar o recurso da companhia que “a argumentação expendida pela insurgente evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória”.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660963/SP; Recurso Especial 2017/0058735-0.

Marcelo Roberto de Carvalho Ferro²⁶² sustenta que o dever geral de boa-fé impõe a todos os participantes de um processo arbitral a adoção de um comportamento pautado pela atuação transparente, que permita a prolação de uma sentença executável e privada de vícios, ou defeitos.

Nem sempre é fácil traçar a linha divisória entre o exercício regular do direito e o abuso de direito, eis que somente os elementos de fato do caso concreto poderão auxiliar o intérprete a achar a solução correta. Destacamos, ademais, que no caso de violação à boa-fé objetiva, a parte inocente realmente tem à disposição a ação de indenização por perdas e danos. Não obstante esta possibilidade, é de se reconhecer que o mecanismo de liquidação nestes casos é complexo, pois a prova do dano é, muitas vezes, difícil de ser realizada.

Os deveres de lealdade e boa-fé norteiam também as partes na jurisdição privada, competindo aos litigantes e seus procuradores expor os fatos perante o árbitro ou tribunal arbitral conforme a verdade, não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento, não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, dentre outras práticas incompatíveis com o dever de cooperação, reciprocidade e lealdade, tudo conforme definido pelas partes em convenção arbitral ou em regulamento de entidade arbitral administradora do painel. Em regra, no juízo arbitral, as partes litigam por força de contingências, inesperadas ou indesejáveis, pois é comum que o conflito decorra de relação negocial estabelecida anteriormente entre elas, tendo-se como certo que o descumprimento de cláusula contratual, nada obstante previsível, é sempre não desejado pelos contratantes, até porque, se assim não fosse, não estabeleceriam qualquer tipo de relação.

Significa dizer que no âmbito da jurisdição arbitral, as partes têm interesse em solucionar a lide com justiça e de acordo com a boa-fé objetiva, com rapidez e custos reduzidos. Por isso, a possibilidade de se instaurar uma lide temerária ou verificar-se a litigância de má-fé propriamente dita é pouco provável na jurisdição arbitral. Conforme o entendimento de Fábio Nusdeo, caberá às partes antes de mais nada superar e remover de vez a divergência do que explorá-la até as últimas consequências, mesmo porque poderão logo mais estarem de novo frente a frente ou lado a lado em outra grande negociação.

²⁶² FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al.* (coord). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 631.

Nada obstante, as partes que não atenderem no juízo arbitral ao princípio da lealdade e da boa-fé responderão pelo dano processual causado à *ex adversa*. Na sentença arbitral, o árbitro ou tribunal decidirá a respeito da litigância de má-fé, e, se for o caso, fixará a responsabilidade da parte, condenando-a na verba honorária, custas e despesas efetuadas, acrescidas da indenização pelos prejuízos causados, respeitadas as disposições do compromisso arbitral a esse respeito, se houver. Não dispondo a convenção sobre essa matéria, então, serão aplicadas as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, conforme as normas procedimentais definidas pelo árbitro ou tribunal arbitral, por delegação das partes e, subsidiariamente, segundo as orientações contidas no CPC/2015²⁶³.

O árbitro deverá, portanto, sempre levar em consideração que a boa-fé está pautada na conduta ética dos contratantes, de modo a conferir significado claro e real quanto àquilo que fora pactuado, evitando-se ambigüidades e abuso de direito por qualquer das partes.

5.3 Função integrativa – norma de criação de deveres jurídicos anexos

A boa-fé objetiva também atua na arbitragem ao impor às partes a observância dos deveres anexos de conduta. Conforme observa José Emilio Nunes Pinto, a posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é de colaboração, pois o que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando estas surgirem²⁶⁴.

Em seguida, o autor examina o comportamento da parte que, diante de uma cláusula compromissória vazia ou de uma cláusula compromissória patológica, simplesmente se recusa a colaborar para integrar e/ou corrigir os elementos desta convenção de arbitragem, defendendo que essa postura é uma violação à boa-fé objetiva, a justificar a reparação civil da parte inocente:

Por essa razão, entendemos que, em face das novas disposições legais introduzidas pelo Código Civil, a revelia da parte ou, ainda, a recusa em instaurar a arbitragem caracteriza a prática de um ato ilícito, na forma preconizada pelo art. 186 do CC/2002. Certo é que a ação ou omissão voluntária estará caracterizada, respectivamente, na recusa ou na revelia. Dano surgirá fatalmente para a parte que requereu a instauração da arbitragem, na medida em que terá visto frustrada a sua intenção de ter a controvérsia solucionada definitivamente por meio desse mecanismo, sem mencionar que terá visto afetado um dos elementos integrantes da equação econômica do negócio jurídico, desequilibrando-a. Caracterizado o ato ilícito, na forma

²⁶³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 400.

²⁶⁴ PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

prevista no art. 186 do CC/2002 antes mencionado, surgirá para essa parte revel ou que se recusou a instaurar a arbitragem, na forma convencionada, a obrigação de indenizar por perdas e danos²⁶⁵.

José Emilio Nunes Pinto defende que a parte optou por se tornar revel ou se recusou a agir conforme havia ajustado, assistindo à outra parte o direito de reivindicar a indenização por perdas e danos, inclusive danos morais efetivamente sofrido²⁶⁶. Afirma, pois, que diante de uma convenção de arbitragem vazia e/ou patológica, as partes possuem o dever anexo de colaboração, de maneira que aquela parte que se opõe maliciosamente à arbitragem ou que deixa de tomar atitudes proativas no sentido de torná-la viável o mais breve possível viola a boa-fé objetiva, razão pela qual deve responder por perdas e danos.

O art. 422 do Código Civil impõe às partes contratantes o dever de guardar a boa-fé na execução de suas obrigações e se estende ao cumprimento de obrigações que remanescem durante a fase pós-contratual. No campo arbitral, o sigilo sobre o procedimento arbitral, dados e informações trazidos à discussão, e o próprio teor mesmo da sentença arbitral é manifestação inequívoca de alinhamento com a boa-fé, expresso na confiança que deve prevalecer na relação entre as partes e fundada no dever lateral de proteção. A confiança que deve existir entre as partes está intimamente ligada à boa-fé objetiva. Portanto, confiança, colaboração e informação têm sua gênese na boa-fé objetiva, dela são manifestações como deveres laterais e visam, de forma simples, evitar que se criem danos para as partes e seus patrimônios²⁶⁷.

A regra do art. 6º da Lei n. 9.307/1996 é uma oportunidade propiciada às partes para sanarem irregularidades perpetradas na elaboração da cláusula compromissória visto que, surgida a controvérsia, impedem a sua instituição. Por essa razão, o contencioso previsto no art. 7º da Lei n. 9.307/1996 tem efetivamente, na estrutura da lei, natureza de excepcionalidade. Esse contencioso não foi criado para ser utilizado como regra geral. Esta, sem dúvida, é a esperada colaboração das partes em suprir as deficiências constatadas fundada na confiança mútua, removendo os obstáculos que impeçam a instauração da arbitragem.

Nessa perspectiva, a própria Lei n. 9.307/1996, em especial, o art. 6º, se funda na boa-fé objetiva ao abrir a oportunidade para que as partes exerçam efetivamente a colaboração que

²⁶⁵ PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁶⁶ PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁶⁷ PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

delas se espera e atuem em linha com a confiança depositada mutuamente ao celebrarem a cláusula compromissória. Constatamos, portanto, o perfeito alinhamento da estrutura da lei com as cláusulas gerais do Código Civil.

A intervenção judicial prevista no art. 7º da Lei n. 9.307/1996 visa assegurar o efeito vinculativo da cláusula compromissória. Busca-se resgatar, na cláusula vazia ou na cláusula patológica, a verdadeira intenção das partes ao celebrar a cláusula compromissória, ainda que isso seja difícil e tarefa por demais complexa.

Para José Emilio Nunes Pinto, sendo a cláusula compromissória de natureza contratual, o art. 422 do Código Civil se aplica integralmente nas hipóteses de revelia ou recusa da outra parte para aquela que requereu a instauração da arbitragem. Isso porque, se ao concluírem a cláusula compromissória, as partes se alinham com a boa-fé, é certo que esta se aplicará, igualmente, à fase de cumprimento das obrigações assumidas. Portanto, surgindo a controvérsia, o que se pode esperar das partes é que ajam conforme convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral destinado a solucioná-la, seja na forma do art. 5º, sendo a cláusula cheia, ou na forma do art. 6º, ambos da Lei n. 9.307/1996, vazia ou patológica²⁶⁸.

Diante disso, só os comportamentos determinados por esses dois dispositivos estarão alinhados com a boa-fé e com os deveres laterais de proteção, informação, colaboração e manifestação prática da confiança. Afinal, prevalecerá nesses casos a confiança entre as partes ao celebrar a cláusula compromissória. Além disso, nunca é demais lembrar que a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico – devemos, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação.

Sob essa ótica, a revelia ou a recusa, a que se refere o art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996, comportamentos da parte que se distanciam dos *standards* da boa-fé objetiva e do cumprimento dos respectivos deveres laterais, são fatores que afetam o equilíbrio da equação econômica, acarretando prejuízos à parte que requereu a instauração da arbitragem e que deseja ver a controvérsia solucionada.

Por essa razão, em face das novas disposições legais introduzidas pelo Código Civil, a revelia da parte ou, ainda, a recusa em instaurar a arbitragem caracteriza a prática de um ato ilícito, na forma preconizada pelo art. 186 do Código Civil. Certo é que a ação ou omissão

²⁶⁸ PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

voluntária estará caracterizada, respectivamente, na recusa ou na revelia. Dano surgirá fatalmente à parte que requereu a instauração da arbitragem, na medida em que terá visto frustrada a sua intenção de ter a controvérsia solucionada definitivamente por meio desse mecanismo, sem mencionar que terá visto afetado um dos elementos integrantes da equação econômica do negócio jurídico, desequilibrando-a.

Caracterizado o ato ilícito, conforme previsto no art. 186 do Código Civil, surgirá para essa parte revel ou que se recusou a instaurar a arbitragem, na forma convencionada, a obrigação de indenizar por perdas e danos. Importante lembramos, entretanto, que

a iliciedade da conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico²⁶⁹.

Muito embora a parte que requereu a instauração da arbitragem venha a ter a sua intenção materializada quando da decisão do contencioso (art. 7º da Lei n. 9.307/1996), do ponto de vista da legislação civil codificada, o comportamento da outra parte já terá caracterizado a prática de um ato ilícito, assistindo à parte afetada o direito de ver apuradas as perdas e danos a serem indenizados (art. 402 e seguintes do Código Civil).

A aplicação da boa-fé na arbitragem desafia o descumprimento do dever de agir com retidão durante o procedimento arbitral por meio das “táticas de guerrilha”²⁷⁰, que, segundo Eleonora Coelho, são métodos antiéticos utilizados por aqueles que não estão interessados, ou que buscam evitar e/ou atrasar o resultado útil da arbitragem²⁷¹.

Em outras palavras, a expressão “tática de guerrilha” é utilizada para conceituar qualquer conduta praticada pela parte, interna ou externa ao procedimento arbitral, cujo objetivo seja frustrar a arbitragem. Trata-se, portanto, de atos que violam a boa-fé objetiva²⁷²,

²⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 416.

²⁷⁰ Segundo Caio Campello de Menezes, “O termo ‘guerrilha’ origina-se do idioma Espanhol e significa pequena guerra. As guerrilhas seriam manobras com contornos irregulares de conflitos travados por um restrito grupo de combatentes que utilizam táticas não convencionais com elementos surpresa e com certo grau de agressividade contra exércitos tradicionais”. MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 12, jan.-mar., 2015, p. 82-107.

²⁷¹ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 5, p. 35-55, abr.-jun. São Paulo: RT, 2017, p. 39.

²⁷² Eleonora Coelho defende: “ilegais ou não, as táticas de guerrilha são sempre antiéticas. Isso porque configuram violação ao princípio geral de atuação ética e de boa-fé, e ao dever de lealdade decorrente da convenção de arbitragem, necessário para que os árbitros possam conduzir o procedimento de forma planejada e para produzir os resultados esperados.” COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 5, p. 35-55, abr.-jun. São Paulo: RT, 2017, p. 40.

e que, diante da ilimitada imaginação do ser humano, são de difícil sistematização. Para Manoel Pereira, consistem em táticas de guerrilha:

- 1) expedientes destinados a retardar a constituição do tribunal arbitral ou o seu prosseguimento, nomeadamente a formulação de incidentes processuais, por vezes múltiplos, sem fundamento e, frequentemente, sem sentido racional.
- 2) recusa injustificada de árbitros, designadamente no decurso da instância arbitral, muito frequentemente com fundamento em alegada falta de imparcialidade ou de independência.
- 3) Ameaça injustificada de utilização de meios impugnatórios da atividade do tribunal arbitral e, sobretudo, da sentença arbitral.
- 4) Ameaça injustificada de instauração de ações de responsabilidade civil contra os árbitros²⁷³.

Eleonora Coelho, por sua vez, seleciona os seguintes atos enquadráveis nesse conceito:

- (i) a excessiva produção probatória; (ii) a prática de atos protelatórios; (iii) a geração de conflito entre as partes; (iv) a oposição aos árbitros desprovidas de fundamentos; (v) apresentação extemporânea de argumentos e documentos; (vi) ajuizamento de medidas antiarbitragem; (vii) tentativas de obter vantagens indevidas perante o Tribunal Arbitral; (viii) coação de testemunhas e *experts* visando um posicionamento favorável; (ix) ações desrespeitosas com os sujeitos da arbitragem; (x) criação de entraves na audiência arbitral²⁷⁴.

Para Caio Campello de Menezes, consistem em tática de guerrilha: (a) o suborno de árbitro, auxiliares do tribunal arbitral ou testemunhas; (b) a intimidação de alguma pessoa envolvida na arbitragem; (c) a adoção de métodos de controle de informações; (d) a apresentação de fatos ou documentos falsos²⁷⁵.

Todavia, de acordo com Maurício Gomm dos Santos, o “antídoto” para enfrentar as táticas de guerrilha ainda residem na idoneidade, seriedade, zelo, cuidado e experiência dos árbitros e advogados, e, conseqüentemente, nos contornos – por estes – definidos sobretudo no início da arbitragem²⁷⁶. Nesse contexto, aumenta-se a importância da adequada aplicação

²⁷³ BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral?** O mau exemplo de maus profissionais. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021, p. 1.091.

²⁷⁴ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 5, p. 35-55, abr.-jun. São Paulo: RT, 2017, p. 40-41.

²⁷⁵ MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 12, jan.-mar., 2015, p. 82-107.

²⁷⁶ SANTOS, Maurício Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). **20 anos da lei de arbitragem** – homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 342.

da boa-fé objetiva na arbitragem para combater as táticas de guerrilha e, conseqüentemente, permitir a efetiva utilização da arbitragem.

Nesse panorama, a boa-fé objetiva possui um papel essencial para solucionar o problema, na medida em que impedirá o uso de expedientes de guerrilha. No caso, a função criadora da boa-fé impõe às partes adotarem todas as medidas possíveis para cumprir determinado contrato, de forma que possam aproveitar as benesses de seu adimplemento.

Como distinguir, no processo arbitral, a atuação agressiva, porém aceitável, da parte e seus patronos, da prática de atos de guerrilha ou terrorismo? As principais câmaras de arbitragem do mundo divulgam suas regras procedimentais e as normas éticas para conduta durante o procedimento. No geral, são bem redigidas e adequadas, mas não passam de regras de conduta, guias éticos ou normas de bom comportamento. Podem ser muito úteis e auxiliar na condução de um processo, mas – se muito delas se exigir – podem falhar, ser insuficientes ou mesmo inaplicáveis.

A esse arsenal ético se pode recorrer, quando o Tribunal detecta o uso de táticas de guerrilha pela parte. Nessas circunstâncias, não há alternativa senão recorrer à razoabilidade e à boa-fé, imprescindíveis na arbitragem, para combater as práticas terroristas que apenas fazem por desacreditar a instituição. Ao Tribunal Arbitral cabe decidir como enfrentar tais situações, no caso concreto. Os árbitros detêm e concentram poderes para conduzir o processo arbitral e impor limites ao comportamento das partes e seus patronos.

Árbitros não têm, entretanto, poder de coação. Na condução de uma audiência, nem sempre é fácil coibir o comportamento antiético ou mesmo antijurídico. O Presidente do Tribunal sequer dispõe de força para exigir a retirada do recinto de um advogado ou parte que apresentem comportamento comprometedor e nocivo ao andamento do processo. No entanto, se o árbitro não tem recursos para retirar o inconveniente do recinto, pode ele próprio deixar a sala de audiências e suspender a sessão, ou mesmo suspender o processo.

A legislação processual brasileira regula a litigância de má-fé. Parece ser punição adequada para as táticas de guerrilha. Na experiência arbitral brasileira tem sido pouco utilizada a punição ao comportamento de má-fé processual. As sentenças arbitrais, por vezes, tentam punir tal abuso no momento da distribuição dos ônus de custas e despesas processuais, ou ainda, quando viável, na ponderação da sucumbência. Aplicar multas mais pesadas pela conduta inadequada ou pelo uso da má-fé processual pode ser a solução mais imediata²⁷⁷.

²⁷⁷ HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da Lei de Arbitragem**. São Paulo: Gen-Atlas, 2017, p. 311.

Aliás, não é outro o tratamento no direito português para os casos de violação do direito lateral de protecção, como ocorre na hipótese de prática de ato ilícito decorrente de revelia ou recusa de instauração de arbitragem vinculada a uma cláusula compromissória que se revelara “vazia” ou “patológica”, onde caberia às partes evitar que se impusessem danos às suas pessoas e patrimônios. Estaremos, nesse caso, diante da violação de um dispositivo legal de caráter imperativo e não da violação de uma obrigação contratual, já que para esta última a Lei n. 9.307/1996 criou uma liturgia própria²⁷⁸.

O que nos chama a atenção em razão da positivação da boa-fé é que há deveres decorrentes de lei impostos a ambas as partes. Por outro lado, a violação desses deveres legais é sancionada como prática de um ato ilícito. António Menezes Cordeiro, corroborando no campo do direito comparado, em face do Código Civil português:

as violações dos chamados deveres de protecção têm enquadramento directo na cláusula geral de responsabilidade aquiliana. Como resulta de toda a casuística que está na base da figura, os deveres de protecção visam assegurar que, a coberto de relações obrigacionais ou factores que, com elas, tenham semelhanças – cada vez mais diluídas, aliás, pela evolução subsequente – os intervenientes se inflijam danos, uns aos outros, nas suas pessoas ou patrimônios. Como é de reconhecimento generalizado, este âmbito nada tem a ver com os interesses obrigacionais em si: está em causa a protecção geral assegurada pelo Direito, através dos esquemas que, hoje, representam a velha Lex Aquilina de *damno*²⁷⁹.

Não há dúvidas, portanto, de que a a boa-fé objetiva incide na arbitragem visando exigir que as partes atuem em colaboração ou cooperação, sempre no intuito de tornar viável o negócio arbitral.

²⁷⁸ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 639.

6 CONCLUSÃO

A arbitragem consiste em mecanismo por meio do qual as partes outorgam poderes para um terceiro independente e imparcial solucionar determinado conflito existente ou futuro. Esse mecanismo funda-se, essencialmente, na autonomia da vontade das partes, característica esta que a distingue do processo judicial, dando-lhe, inclusive, autonomia, de forma que, salvo estipulação das partes, a arbitragem não é subordinada às regras processuais impostas pelo legislador.

O fato, contudo, não retira a natureza jurisdicional da arbitragem. Isso porque, (i) a sentença arbitral equipara-se à sentença judicial (Lei n. 9.307/1996, art. 31); (ii) cabe ao árbitro decidir, em regra, sobre sua competência para apreciar determinado litígio (Lei de Arbitrage, art. 8º) e (iii) possui outras características inatas ao exercício do poder jurisdicional, como: (a) a substitutividade da vontade das partes; (b) a inércia do órgão julgador; (c) a imutabilidade da sentença arbitral; (d) a imparcialidade do árbitro; e (e) o contraditório.

Verificadas a natureza jurídica e a importância da autonomia privada, analisamos a convenção de arbitragem, instrumento necessário para a adoção desse mecanismo de resolução de conflitos, que possui duas espécies: (i) o compromisso arbitral e (ii) a cláusula compromissória.

Verificamos, entretanto, que a diferença entre esses instrumentos limita-se à existência do litígio no momento em que se optou pela arbitragem. No compromisso, o litígio é preexistente enquanto, na cláusula compromissória, as partes estabelecem a utilização da arbitragem em caso de um litígio no futuro. Assim, observamos que o compromisso arbitral e a cláusula compromissória possuem a mesma finalidade, consistente na outorga de jurisdição para um terceiro solucionar o litígio. Verificamos, ainda, que a celebração da cláusula arbitral consiste na opção das partes, com base na autonomia da vontade, de solucionar seus conflitos por um método de resolução de conflitos que lhes seria mais adequado que o Poder Judiciário.

Logo, ao surgir a controvérsia, o que se espera das partes é que ajam de acordo com o que convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral destinado a solucioná-la, à luz da boa-fé.

A boa-fé objetiva, portanto, impõe que as partes adotem todas as medidas possíveis para cumprir a convenção de arbitragem, instaurando o procedimento arbitral caso venha a surgir um litígio. Sendo assim, torna-se indispensável a verificação da boa-fé objetiva em quaisquer relações contratuais, especialmente no que toca o acordo sobre a arbitragem.

A era contemporânea caracteriza-se pelo dinamismo, pela constante alteração da realidade e da sua compreensão. O ritmo das transformações tem inegavelmente se acelerado. Todos os dias nos chegam novos dados, novas descobertas e novos paradigmas; nosso cotidiano se transforma, nosso conhecimento se amplia e nossas convicções se alteram. O ser humano moderno, inteligente, tem a obrigação de mudar de opinião e de certeza várias vezes durante a vida. O Direito, por sua vez, exerce importante papel na transformação da realidade social e na construção de uma nova ética, para impedir que o homem extrapole certos limites, pois, se assim não fosse, se instalaria o caos absoluto e a lei do mais forte ou do mais malicioso. A proibição ao comportamento contraditório não quer limitar, em absoluto, a liberdade de mudar de opinião e de conduta, mas apenas frear o exercício dessa liberdade quando daí possa derivar prejuízo a quem tenha legitimamente confiado no sentido objetivo de um comportamento inicial.

No âmbito arbitral, a boa-fé impõe um padrão de conduta às partes no sentido da recíproca cooperação, considerando os interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica da arbitragem. Da boa-fé objetiva derivam deveres impostos e deve ser considerada um valor integrado ao sistema.

As partes devem sempre agir à luz da boa-fé e servirá como ponto de partida para a análise contratual; em outras palavras, no momento em que é iniciada a análise jurídica de determinada relação contratual, deve-se adotar como premissa que as partes negociaram, celebraram, executaram e terminaram, conforme o caso, determinado contrato, com base na boa-fé, devendo aplicar a boa-fé para, só então, concluir se há ou não a sua violação.

Para formar o vínculo contratual, é necessário que uma parte proponha à outra determinado regulamento e que a outra parte o aceite, pois o contrato se forma e as partes se vinculam, precisamente, quando essa proposta e essa aceitação se encontram, dando lugar àquilo ao consenso contratual, simbolizando a tutela da confiança e da lealdade recíprocas entre os contratantes, diminui as incertezas e a insegurança que caracterizam as sociedades atuais, cada vez mais complexas e dinâmicas.

Como vimos, a boa-fé tem origem no signo latino *bona fides*, que significa fidelidade, crença, confiança, sinceridade e convicção interior. A boa-fé objetiva é a conduta em consonância com os padrões sociais estabelecidos e reconhecidos em determinado local, ou seja, é a postura do homem médio diante da realidade social em que vive. É o dever de conduta leal, honesta ou mesmo correta nas relações jurídicas obrigacionais, trazendo assim uma situação de confiança entre as partes envolvidas

Em decorrência da sua aplicação na arbitragem, as partes estão obrigadas a agirem com probidade e lealdade, desde o momento em que for celebrada a convenção arbitral, até o final do procedimento arbitral. A conduta ética que o legislador previu para os contratantes tem, portanto, a finalidade primordial de garantir legitimidade e transparência no negócio firmado, no caso, no documento que estabelece a escolha das partes de submeter um determinado litígio à solução arbitral, ou seja, a convenção de arbitragem, cuja finalidade é trazer confiança mútua por parte dos contratantes, evitando desconfianças e inseguranças.

O atual Código Civil brasileiro, quando qualifica o abuso do direito como ato ilícito (art. 187), toma em consideração justamente a conduta antifuncional, isto é, aquela que representa um desvio dos fins sociais, econômicos e éticos da lei. Dessa maneira, o abuso do direito tanto ocorre quando o agente o exerce contrariando o objeto da instituição jurídica, seu espírito e sua finalidade, como quando descumpre a necessária subordinação da ordem jurídica à ordem moral.

No caso da boa-fé objetiva, o que se espera do indivíduo é justamente lealdade, transparência e fidelidade em suas relações. Todas estas características devem nortear todo o procedimento arbitral, desde o início, até o seu fim. O comportamento fiel das partes dentro do procedimento arbitral garante que não haja abuso durante o procedimento, evitando abusos e eventuais lesões, cooperando com a realização do interesse das partes. A boa-fé estabelece limites éticos à liberdade do indivíduo, liberdade esta característica da Arbitragem, de forma a guiar as condutas de forma proba e leal, desde a celebração da convenção arbitral até a decisão final a ser proferida.

Verificamos, por fim, que a boa-fé, aliada à existência de mútuo consentimento, consubstanciam elementos fundamentais e imprescindíveis à materialização da jurisdição arbitral, desde o seu início, quando a expectativa é criada pela confecção da convenção, até o término do processo arbitral, e gerando efeitos além dele, na fase pós-arbitral, quando da análise, pelo juiz togado, da existência desses dois elementos fundamentais. Isto perpassa, inclusive, pelos deveres éticos do árbitro, o qual apresenta as bases para a realização do procedimento arbitral livre de condutas antiéticas, abarcando a atuação do painel arbitral com respeito à imparcialidade, independência, competência, discricção e diligência

Como visto, procuramos demonstrar a efetividade da arbitragem pela aplicação da boa-fé e a força do pacto assinado que garantirá a palavra empenhada e o cumprimento das obrigações nos exatos termos que as próprias partes mesmo construíram, se comprometeram e assinaram, garantindo um julgamento justo, a fim de que se obtenha a tutela jurídica efetiva e a verdadeira distribuição da justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, v. 214, São Paulo: RT, 2012.

ARRUDA ALVIM. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre Freire (org.). **Arbitragem** – estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo; Saraiva, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, p. 7, 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). **20 Anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras anotações sobre o árbitro e os contratos – entre o poder e o dever. **Cadernos IEC n. 1**, Canela, abr. 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais**. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. *In*: **Zeitschrift für Zivilprozess**, n. 86, Heft 3, 1973.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1247145-0/1, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Armando Toledo, j. 10-03-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n. 464.963-2-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-02-2006, public. DJ 30-06-2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgRg no Ag n. 1.086.114/SP, Min. Fernando Gonçalves, j. 06-08-2009, DJ 24-08-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 78946, Minas Gerais, 2ª Turma, Rel. Min. Thompson Flores, j. 14-06-1976, DJ 24-09-1976.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 124.217, Rel. Des. Silveira Netto, j. 16-09-1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 616/RJ, j. 24-04-1990.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 5. ed. de acordo com a Lei n. 13.1291/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 6, p. 18-28, abr.-jun., Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático, conceito e sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (org.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

CCBC. **Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá**. Disponível em: <http://ccbc.org.br/Materia/1070/modelo-de-cl%C3%A1usula>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 5, p. 35-55, abr.-jun. São Paulo: RT, 2017.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CREMADES, Bernardo. La buena fe en el arbitraje internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 31, 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ética e lealdade no processo arbitral. **Revista do Advogado da AASP**, n. 145, abr. 2020.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n. 70, out.-dez. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993

EISEMANN, Frédéric. La Clause d'Arbitrage Pathologique. *In: Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Clearer ethics guidelines and comparative standards for arbitrators. *Liber Amicorum*. Bernardo Cremades, Madrid, La Ley, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sobre o dever de revelar na Lei n. 9.307/1996, **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 28, jan.-mar. 2011.

FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. *In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de et al. (coord). Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Monteiro. A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. *In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). Arbitragem – temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. **A boa-fé qualificada nos contratos de seguro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold Goldman. **On International Commerce Arbitration**. The Hague: Kluwer Law, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da Lei n. 9.307/1996. *In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coord.). A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, jan.-mar. 2000.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da Lei de Arbitragem**. São Paulo: Gen-Atlas, 2017.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: RT, 2018.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem**. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958**. 2006.

Disponível em:

<http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20STJ%20e%20o%20Rec.%20Sent.%20Arb.%20Estrangeira%20e%20a%20CNI.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro** – princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr., 2001.

LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf.

Acesso em: 28 jun. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **A cláusula compromissória e a boa-fé**. Uma jurisprudência pedagógica – comentários à sentença proferida pelo juiz Alexandre Alves Lazzarini da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória. Processo n. 000.01.004878-2. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri02.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas** – a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva: 2013.

LEVY, Fernanda. Da responsabilidade civil dos árbitros e das instituições arbitrais. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (org.). **Responsabilidade civil** – estudos em homenagem ao Prof. Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2000.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro Antonio Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, p. 129-154, v. 753. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**. v. 680, p. 47-58, São Paulo: RT, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro**: em busca da “ética da situação”. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 7, v. 25, p. 11-39, abr.-jun. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 8, p. 597, out. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações – adimplemento e extinção das obrigações. 2. ed. v. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. v. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. **Revista de Arbitragem**. Edição especial – arbitragem, questões polêmicas. GEARB, ano I, n. 2, p. 63-114, jul.-dez. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. n. 550, São Paulo: RT, p. 19, jan. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Dimensão histórica e desafio contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Grossi (org.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva (coautoria com Vera Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.15, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 101, v. 382, nov.-dez. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O método de concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. *In*: NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO; Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes fundamentais do Novo Código Civil**. Coautoria com Gerson Luiz Carlos Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEJAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**. São Paulo: RT, 2016.

MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 45, jan.-mar., p. 82-107. Holanda: Wolter Kluwer, 2015.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **A boa-fé nos finais do século XX**. Ordem dos Advogados de Portugal, p. 888. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f%7D.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Negociabilidade e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, v. 61, p. 107-124, jan-mar. São Paulo: RT, 2015 (versão eletrônica).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *In*: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MURIEL, Marcelo A. **A arbitragem frente ao Judiciário brasileiro**. v. 1, p. 27-39, jan.-mar., Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: RT, 2016.

NERY, Maria Carolina. **Arbitragem e o Poder Judiciário: proposta para um diálogo**. São Paulo: RT, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios no processo na Constituição Federal** – processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 7. ed. São Paulo: RT, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: das obrigações, contratos e da responsabilidade civil**. 2. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução à ciência do direito privado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem** – comentários à Lei 9.307/96, de 23-9-96. São Paulo: LED, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. (Atual.) Regis Fichtner. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, César Augusto Guimar; TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El principio de in buenn jé procesal**. Barcelona: Bosch, 2013.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, Universidade de Brasília, 1978.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, v. 4, p. 34-47. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2021.

PRATA, Ana. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21, São Paulo, 2003.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSENVALD, Nelson. **A efetividade da boa-fé no Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2004.

SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. *In*: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. *In*: CASELLA, Paulo B. (coord.) **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999.

SANTOS, Maurício Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. *In*: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). **20 anos da lei de arbitragem** – homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil** – fonte das obrigações. Contratos. v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório** – a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2001.

VERÇOSA, Fabiane *et. al.* (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VISCONTE, Debora. A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta da parte deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 8, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 28 jun. 2021.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação