

Atualidades

A ACEITAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PELO SILÊNCIO, À LUZ DA CONDUTA NEGOCIAL DAS PARTES: A CLÁUSULA GERAL DO ART. 111 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

LUIZ GUSTAVO MEIRA MOSER

1. Introdução. 2. Aspectos conceituais da cláusula compromissória: a) A natureza contratual da cláusula; b) Autonomia e efeitos. 3. A aceitação da cláusula e o silêncio: a) O silêncio vinculativo-formativo; b) A conduta negocial das partes: a vedação ao comportamento contraditório. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A cláusula compromissória devidamente pactuada representa a anuência de ambas as partes contratantes a submeter qualquer controvérsia contratual à arbitragem. A aceitação da cláusula se perfectibiliza, via de regra, mediante a manifestação inequívoca das partes envolvidas na avença. Contudo, na prática comercial, tendo em conta a celeridade e fluidez das contingências contratuais, é possível trilhar a linha de entendimento de que não se exige uma aceitação expressa, desde que o comportamento das partes envolvidas no negócio acene para o seu consentimento.

Em que pese o silêncio ser frequentemente associado à noção de ausência de vocação volitiva e, via reflexa, inoperante para gerar obrigações, o silêncio vinculativo-formativo encontra terreno fértil na seara comercial. Leia-se aqui, o silêncio dotado de circunstâncias capazes de habilitá-lo a manifestar vontade no liame obrigacional.

Não foi outro o entendimento recepcionado pelo legislador, no art. 111 do Có-

digo Civil brasileiro: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Nesse passo, o aceite da cláusula arbitral pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes, reclama o desenho de um cenário de proatividade, latente ou em potência, da parte recalcitrante, tencionando a anuência ao pacto. Isso porque se veda o comportamento contraditório no *iter* negocial. Portanto, se a parte, pelos seus atos, descortina conduta tendente ao aceite da cláusula arbitral, não há como reputar inexistente o vínculo havido entre os contratantes.

2. Aspectos conceituais da cláusula compromissória

a) A natureza contratual da cláusula

A utilização da arbitragem no Brasil encontrava-se engessada até a década de 1990, devido à escassa regulamentação.¹

1. Importante destacar que o Código de Processo Civil brasileiro, em suas versões de 1939 e

Com o advento da Lei n. 9.307/1996 (LA), resgatou-se de nossas instituições jurídicas o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter ao crivo judicial, confiam a árbitros, verdadeiros peritos do caso concreto, a solução de seus conflitos de interesses.² A acompanhar essa evolução do instituto, a Lei n. 11.232/2005 emprestou ao laudo arbitral o tratamento de título judicial, forte no art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil.³ Portanto, na hipótese de recalcitrância da parte adversa no cumprimento dos termos decididos no juízo arbitral, pode-se ingressar com petição de cumprimento de sentença.⁴

Nada impede que os contratantes se amparem em opções mais dinâmicas e eficientes como a arbitragem,⁵ socorrendo-se, quando necessário, ao Estado-Juiz para obrigar a parte inerte a cumprir a decisão proferida. A possibilidade de maior rapidez na solução do conflito, a especialização do árbitro das questões levadas a sua apreciação, o *enforcement* dos termos pactuados,⁶ o menor custo e também o si-

gilo acerca do conflito em debate, sobretudo questões comerciais e de grande repercussão, muitas delas envolvendo segredos industriais ou questões técnicas, são aspectos positivos aventados na utilização do instituto.

O uso da arbitragem pode ser viabilizado por duas formas, quais sejam a cláusula compromissória ou convenção arbitral, e o compromisso arbitral.⁷

postas a comportamentos contraditórios (proibição ao *venire contra factum proprium*), na hipótese de recalcitrância da parte adversa em, p.ex., se submeter ao juízo arbitral ou cumprir o que fora nele decidido, de sorte a resultar em banimento de comerciar com empresas do mesmo nicho e conexas (“banimento por tabela”), inclusive via inscrição da empresa faltosa nas *so-called* “blacklists” das Câmaras de Arbitragem. Portanto, na equação econômica custo-benefício a empresa tende a respeitar os termos pactuados, em nome de sua saúde financeira, incluídos o custo conexo de oportunidade advindo de eventual resistência. V. mais, em Philip Khan, *Les Principes Généraux du Droit devant les Arbitres du Commerce International*, Paris, JDI, 1989, pp. 305 *et seq.*; Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, Bolonha, Il Mulino, 2001; Fabrizio Marrella, “*Lex mercatoria* e principi Unidroit – Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale”, in *Contratto e Impresa-Europa*, 5, 2000, pp. 29-79; Berthold Goldman, “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, pp. 177 *et seq.*; Bruno Oppetit, “La notion de source du droit et le droit du commerce international”, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. XXVII, pp. 43-53; Franco Ferrari, “La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili”, in *Contratto e Impresa*, Anno X, n. 1 (1994), pp. 239-258; e Clive M. Schmitthoff, *The Export Trade – The Law and Practice of International Trade*, Londres, Stevens & Sons, 1975.

7. A distinção que podemos traçar entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral reside no fato de que a cláusula nasce no momento inicial do negócio principal, como medida preventiva dos interessados, com a intenção de assegurar e garantir as partes de uma eventual controvérsia futura. V., nesse sentido, Arruda Alvim, “Cláusula compromissória e compromisso arbitral – Efeitos”, in *Revista de Processo* 101/192-223, 2001; Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei 9.307/1996*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998. A respeito da autonomia da cláusula, consultar Pedro Batista Martins, “Princípio da Au-

1973, prevê a possibilidade de submissão de litígios ao juízo arbitral, com decisões autônomas, se um juiz togado dele participasse. Do contrário, haveria necessidade de homologação. Portanto, o juízo arbitral, a não ser no período logo posterior à Constituição de 1824, dependia de intervenção judicial. A legislação interna engessava sobremaneira a utilização do instituto, pois negava força à cláusula compromissória para afastar a jurisdição estatal. Com o advento da lei brasileira de arbitragem, a necessidade de homologação da decisão proferida no foro arbitral foi revogada, concedendo-se autonomia à cláusula compromissória.

2. V., nesse sentido, Bruno Oppetit, *Théorie de l'Arbitrage*, Paris, PUF, 1998, pp. 28 *et seq.*

3. “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...); IV – a sentença arbitral;”

4. Recomenda-se, por razões de ordem econômica, que o exequente acoste à petição todo e qualquer documento e prova cabal passível de corroborar com os termos da petição.

5. A Lei n. 9.307/1996 dispõe no seu art. 1º que a arbitragem é meio hábil para dirimir conflitos originados de direitos patrimoniais disponíveis, vedando sua utilização para direitos indisponíveis.

6. O *enforcement* no “mundo dos negócios” pode ser traduzido pelas sanções econômicas im-

O compromisso arbitral, lastreado na Lei n. 9.307/1996, oferece duas modalidades de uso: (i) a judicial, referindo-se à hipótese em que a controvérsia já está em juízo comum, o que leva ambas as partes a firmar, por termo nos autos, a adoção do juízo arbitral, declinando a competência, por acordo de vontades, do juiz togado; (ii) a espécie extrajudicial, que será celebrada por escrito particular, mediante duas testemunhas que também assinarão o compromisso, ou por instrumento público. Percebe-se que no compromisso arbitral as partes ou já estão litigando em juízo comum e então decidiram adotar a arbitragem ou, após o advento do conflito, resolvem submeter a decisão da controvérsia ao pleito arbitral, sem que tenha havido, quando da assinatura do contrato, uma comunhão de vontade em relação à submissão ao instituto da arbitragem.⁸

A cláusula compromissória, por seu turno, consubstancia-se na promessa que vincula as partes contratantes a submeter ao foro arbitral os litígios vindouros e possíveis advindos do contrato. Estabelece-se, por meio da cláusula, que, na eventualidade de uma possível e futura divergência entre os interessados na execução do negócio, estes deverão lançar mão do juízo arbitral para dirimir sua controvérsia.⁹

A finalidade da cláusula compromissória comporta, portanto, o pacto inarredável de submeter ao foro arbitral a solução de eventuais disputas decorrentes do contrato principal entre eles firmado, de modo a afastar a busca da tutela pretendida perante o Poder Judiciário.

tonomia da Cláusula compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral”, in *Revista de Mediação e Arbitragem* 7/174-193, 2005.

8. Art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.307/1996.

9. José Emílio Nunes Pinto, “A cláusula compromissória à luz do Código Civil”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, n. 4, 2005, pp. 34-47.

b) Autonomia e efeitos

A LA concedeu, em seu art. 8º, plena autonomia à cláusula compromissória em relação ao contrato, de modo que mesmo na hipótese de nulidade ou outros vícios no contrato, estes não afetam a cláusula compromissória, a qual perdurará a fim de dirimir eventual controvérsia. A existência da cláusula é suficiente para instauração da arbitragem, não se justificando a intervenção judicial. É, portanto, negócio jurídico, que, se não for devidamente adimplido, esteado no art. 7º da LA, recebe tratamento de execução específica.¹⁰

Nesse mesmo sentido, vale referir o *Leading case Premium Nafta Products Ltd. vs. Fili Shipping Ltd. House of Lords*.

Na oportunidade, a *House of Lords* manifestou, no dia 17.10.2007, parecer favorável no referente à força vinculante da cláusula compromissória, ainda que inserida em contratos cujo teor é passível de anulação em virtude de patologias detectadas em sua formação. Em breves linhas, o caso envolveu contratos de afretamento de navios, cujos termos pactuados incluíam cláusula compromissória com eleição de foro da London Maritime Association of Arbitrators, de acordo com o Arbitration Act 1950 e demais modificações a este relacionadas. A disputa envolveu oito contratos modelo Shelltime 4 de afretamento de navios, celebrados entre oito empresas do grupo Sovcomflot, de controle estatal russo, e outras oito afretadoras. A Sovcomflot alegou que os contratos foram celebrados em termos desfavoráveis porque as afretadoras haviam subornado o representante legal da Sovcomflot, responsável pela assinatura dos contratos.

10. Joel Dias Figueira Júnior, *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1999; José Carlos de Magalhães, “A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil”, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 9/165-172, São Paulo, abr./jun./2006; Rafaella Ferraz e Joaquim de Paiva Muniz, *Arbitragem Doméstica e Internacional*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

A principal questão repousava na indagação a seguir: um contrato que contivesse uma cláusula arbitral e que fosse declarado nulo (*void*) permitiria que a parte adversa ignorasse a cláusula arbitral e pleiteasse seus direitos perante o Judiciário (o contrato era regido pelo direito inglês por escolha das partes). As questões secundárias se referiam à autonomia da obrigação de arbitrar das demais obrigações do contrato principal e a interpretação a ser dada aos termos contidos nas cláusulas arbitrais.

Ocorre que, em razão da alegação de vícios na formação do contrato, a *Premium Nafta* ingressou no Juízo comum inglês, no afã de ver os contratos rescindidos, desconsiderando, portanto, o foro privado pactuado, sob o argumento de que o contrato entabulado não era válido e, via reflexa, também não o era a cláusula compromissória inserta. Outrossim, aventou-se que a redação da cláusula permitiria interpretar que o foro arbitral não cobriria questões relativas à formação do contrato, mas tão somente questões pertinentes a sua instauração num momento ulterior. Contudo, os Lordes entenderam que eventuais obstáculos conceituais não teriam o condão de capitular a cláusula compromissória, uma vez que os termos acordados deveriam ser respeitados. Denegou-se, assim, o apelo da *Premium Nafta*. A decisão baseou-se na tese de que a cláusula compromissória deve ser atacada somente se e quando surgirem razões que digam respeito ao seu conteúdo objetivo. Confirmou a Câmara dos Lordes que a cláusula compromissória cria um contrato distinto do contrato contendo as obrigações principais.

Em última análise, o julgado chama atenção pela desenvoltura com que é tratado o tema da separação entre a cláusula compromissória e o "*main contract*", sobretudo no que respeita à importância em nos atermos à racionalidade imbuída na cláusula compromissória, que sempre deve ser preservada, bem como sua funcionalidade e eficiência econômica, já que cons-

truída sob o pilar do princípio do consensualismo, que deve orquestrar a redação e operacionalização da cláusula arbitral. Assim, mesmo se o contrato for passível de anulação, a cláusula arbitral permanecerá ílesa.

Em uma palavra, a cláusula compromissória é dotada de coerção para instaurar o procedimento.

3. A aceitação da cláusula e o silêncio

a) O silêncio vinculativo-formativo

A origem etimológica da palavra *silêncio* remete à *silentium*, *silere*, cujo significado está em *sileo*, cujo sentido é calar, deflagrando, portanto, a ideia de omissão do sujeito.¹¹

No Direito romano, a obrigação nasce de um ato cuja origem é a vontade expressa no pacto, um concurso da vontade de duas ou mais pessoas a respeito de determinado objeto. A abstenção era reputada como consentimento.

De acordo com Serpa Lopes, o silêncio consiste em "*um ato negativo em relação ao falar, sendo conseqüentemente, a abstenção de falar*".¹²

O silêncio guarda relação estreita com a proibição ao *venire contra factum proprium*, pois o silêncio ou inação do titular do direito produzem a perda desse direito.¹³ É o que a doutrina alemã denomina de *Verwirkung*. Para configurar-se a *Verwirkung*, é preciso a omissão do exercício do direito, o transcurso de um período de tempo, mais ou menos longo e a objetiva deslealdade e intolerabilidade do exercício,

11. Batista de Mello, "O silêncio no direito", in *RT* 751/731-743, 1998; E. V. Miranda Carvalho, "A função do silêncio na formação e na dissolução dos contractos", in *Revista Justiça*, vol. VIII, 1936, pp. 102-108.

12. Serpa Lopes, *O Silêncio como Manifestação de Vontade*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 135.

13. A coerência de comportamento das partes é o assunto do próximo tópico do trabalho.

quando a outra parte já tenha adquirido a confiança de haver o credor renunciado ao seu direito.¹⁴

Muito se discute a respeito dos efeitos do silêncio, sobretudo a sua capacidade para gerar obrigações. No âmbito contratual, a indagação reside em saber se pode valer aceitação de uma oferta, e, portanto, ser suficiente à formação do contrato.

Se o elemento essencial do negócio jurídico é a vontade, o contrato forma-se pela união das vontades, pois a declaração unilateral é apenas vontade una. O consentimento, a vontade de cada parte, deve contribuir para a formação do contrato.¹⁵

Apenas em casos excepcionais a simples abstenção da palavra pode ser considerada manifestação de vontade. Para tanto, são exigidas determinadas circunstâncias que manifestem a inequívoca vontade de quem se abstém. Este entendimento encontra-se positivado na maioria das legislações atualmente em vigor, inclusive a partir do art. 111 do Código Civil brasileiro, conforme abordar-se-á em seguida.

De acordo com o § 151 do BGB, “O contrato se forma pela aceitação da proposta, sem que se requeira seja a aceitação declarada ao proponente, se, de acordo com os usos de tráfico, tal declaração não deva ser esperada, ou o proponente tivesse a ela renunciado”.¹⁶

O sistema alemão apresenta características muito peculiares, a começar pela noção de “declaração silenciosa de vanta-

de”, uma vez que abrange tanto a manifestação de vontade pela conduta, como pelo silêncio.¹⁷

Como se percebe, a norma prelecionada no § 151 do BGB tem por finalidade facilitar a conclusão do contrato.

No Direito francês, mais precisamente, no art. 1.759 do Código Civil,¹⁸ encontramos interessante exemplo relativo à ampliação do contrato de locação, em virtude do silêncio do proprietário.¹⁹

No sistema *common law*, por seu turno, há uma distinção entre aceitação por declaração e aceitação por comportamento. Esta última hipótese pode ser subdividida em aceitação por comportamento e aceitação mediante outra conduta.

Entende-se que a aceitação expressa pelo comportamento seria equivalente ao disposto no § 151 do BGB e no art. 1.327 do Código Civil italiano,²⁰ e que exerceu forte influência na confecção do novo Código Civil brasileiro, inclusive com a adição do art. 111.

17. A respeito, Karl Larenz, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978; Franco Ferrari, “A comparative overview on offer and acceptance inter absentes”, in *Boston University International Law Journal*, vol. 10, n. 2, 1992, pp. 171 et seq.

18. O art. 1.759 do *Code Civil* francês dispõe: “Si le locataire d’une maison ou d’un appartement continue sa jouissance après l’expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l’usage des lieux, et ne pourra plus en sortir, ni en être expulsé qu’après un congé donné suivant le délai fixé par l’usage des lieux”.

19. No Brasil, a Lei n. 8.245 (Lei de Locações), art. 46, § 1º, disciplina a declaração de vontade presumida, em que, tacitamente, locador e locatário estabelecem um acordo de vontades, mediante o qual há presunção *iure et de iure* da prolongação, no tempo, da relação obrigacional.

20. O art. 1.327 do Código Civil italiano dispõe: “Esecuzione prima della risposta dell’acetante. — Qualora, su richiesta del proponente o per la natura del affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo en el luogo in cui ha avuto inizio l’esecuzione (...)”.

14. V., nesse sentido, Franz Wieacker, “El principio general de la buena fe”, in *Cuadernos Civitas*, 1982, pp. 9-23.

15. Véra Jacob de Fradera, “O valor do silêncio no novo Código Civil”, in *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 569-582.

16. No original, § 151 do BGB: *Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrsitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie versichtet hat.*

Muito embora o silêncio, conforme explicitado acima, comporte em sua natureza terminológica, desde os tempos remotos, a noção de ausência de exteriorização de ato volitivo, não se nega, sobretudo na seara comercial, na qual a velocidade dos negócios exige respostas precisas, que o silêncio de uma das partes possa ser reputado como consentimento.

O dispositivo legal corrobora o entendimento de que os usos e costumes representam fundamental importância na constituição dos casos de eficácia do silêncio como manifestação de vontade, e, via de consequência, gerador de obrigações.²¹

O artigo constitui uma cláusula geral, onde o legislador recorreu a dois conceitos indeterminados, quais sejam, as “circunstâncias” e os “usos”.

Esse foi o entendimento levado a efeito pelo Código Civil brasileiro, por meio do art. 111, “*O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”.

21. Não é diferente o entendimento a respeito dos princípios que gravitam em torno das relações comerciais internacionais. Para fins exemplificativos, citamos o art. 2.16 dos princípios UNIDROIT e art. 18 da CISG (Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias), os quais remetem aos usos e costumes as hipóteses de eficácia do silêncio como manifestação de vontade entre as partes envolvidas na avença. V., nesse sentido, Parviz Owsia, “Silence: efficacy in contract formation. A comparative review of French and English Law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, part. 4, out./1991, pp. 784-806; Avery Katz, “The strategic structure of offer and acceptance: game theory and the law of contract formation”, *Michigan Law Review*, vol. 89, n. 2, 1998, pp. 250 e ss.; James Gordley, “Mistake in contract formation”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, pp. 433-468. Nesse mesmo sentido é a dicção do art. 18(3) da Convenção de Viena (1980) e o art. 2.11 dos princípios UNIDROIT. V. Catherine Kessedjian, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par l’Unidroit”, in *Revue Critique de Droit International Privé*, (84)(4) out.-dez./1995, pp. 641-670.

Nessa esteira, constata-se vestígios ainda do antigo brocardo do Direito Canônico: quem cala, consente. O aspecto distintivo desta regra, não obstante, diz respeito à consideração do silêncio como aceitação somente quando um conjunto de circunstâncias estiver presentes: a particular natureza da transação (contrato com obrigações para apenas uma das partes), ou as particulares circunstâncias do contrato. Segundo a doutrina, as “particulares circunstâncias do contrato” constituem uma cláusula geral, oferecendo ao juiz o poder de avaliar quando o silêncio resultará em aceitação.

Dentre as circunstâncias, costuma-se incluir a existência de um acordo anterior, onde foi estabelecido expressar no silêncio uma aceitação. Outro teor para esta cláusula geral, “as particulares circunstâncias do contrato”, seria a qualificação do silêncio como aceitação, quando as partes continuamente acordam entre si contratos da mesma natureza.²²

Quanto aos “usos”, no Brasil, a sua relevância jurídica é ainda prematura, já que a nossa tradição é demasiado positivista. Contudo, no âmbito do Direito Comercial,²³ a sua utilização é mais corrente e frequente. Percebe-se aqui a aproximação que o legislador ambiciona entre Direito Civil e Comercial.

22. O art. 9º da Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG) dispõe que as práticas negociais reiteradas entre os contratantes vinculam no exame de vontade contratual das partes. Assim algumas decisões: USA, U.S. Court of Appeals (11th Circuit), *Treibacher Industrie, A.G. vs. Allegheny Technologies, Inc.*, n. 05-13995, 12.9.2006; Austrália, Federal Court of Austrália, *Hannaford (trading as Torrens Valley Orchards) vs. Australian Farmlink Pty Ltd.*, n. ACN 087 011 541 (2008) FCA 1591, 24.10.2008. O estudo e a análise interpretativa do art. 9º, bem como a da jurisprudência dos tribunais estrangeiros e arbitrais, poderão servir de parâmetro para inspirar a interpretação e aplicação do art. 113 do Código Civil brasileiro de 2002.

23. Véra Jacob de Fradera, “O valor do silêncio no novo Código Civil”, cit., p. 579.

Nesse diapasão, na aceitação da cláusula compromissória, o silêncio pode sim representar consentimento, desde que aliado à conduta negocial das partes que tençione exprimir vontade no processo obrigacional.

b) *A conduta negocial das partes: a vedação ao comportamento contraditório*

A coerência comportamental das partes está fortemente ligada à proibição do *venire contra factum proprium*,²⁴ cuja origem advém do princípio da boa-fé objetiva.

O Código Civil brasileiro de 1916 não fazia nenhuma referência à boa-fé objetiva, consagrando, entretanto, em várias passagens, a boa-fé subjetiva como forma de interpretação contratual. Por outro lado, a boa-fé objetiva estava prevista no Código Comercial de 1850, com expressa previsão no art. 131, inciso I.²⁵ No direito civil comparado, diversos países já contemplavam em suas ordenações jurídicas o princípio da boa-fé objetiva, como no § 242 do Código Civil Alemão (BGB) que dispõe: “*O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes*”.²⁶ Outrossim, o

24. Nos países de *common law*, os termos *reliance* e *legitimate expectations* traduzem a pedra de toque da doutrina *estoppel*, segundo a qual a parte não pode se contradizer quando, pelo seu comportamento ou declaração, despertou a confiança de outrem. Tutela-se, portanto, a percepção do agente receptor. V. mais em Bénédicte Fauvarque-Cosson, “La confiance légitime et l’estoppel”, in *Electronic Journal of International Law*, vol. 11.3, dez./2007, disponível em <http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>.

25. Código Comercial, art. 131, I: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

26. No original § 242 BGB: “*Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

Código Civil português de 1967, em seu art. 227 preleciona: “*Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”. Essas codificações do direito comparado, portanto, trazem em seus dispositivos legais o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, da boa-fé como norma de conduta, uma vez que esta, por revelar a verdadeira intenção dos contratantes, deve ser pautada na probidade, moralidade e honradez, inerentes à pessoa humana.

Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, a tradição do apego à letra da lei rendeu-se à positivação dos princípios que gravitavam em torno do ordenamento jurídico e desempenhavam, até então, função meramente supletiva para colmatação de eventuais lacunas. Não obstante, o fato de os princípios estarem agora positivados na lei agregou-lhes um valor simbólico, qual seja a força de norma e, via de consequência, a sua obrigatoriedade e vinculatividade ao caso concreto.

A fim de analisar a evolução da funcionalidade da boa-fé objetiva na edificação do contrato, necessário se faz uma breve incursão ao passado. O contrato materializava-se pela troca, significava um instrumento de relação do poder pessoal. Havia sempre essa ideia de retribuição, a comutatividade estava atada ao prestígio pessoal. Na sociedade romana, o termo contrato origina-se do verbo *contrahere*, que significa obrigar-se mutuamente. Os contratos eram reconhecidos como tais porque tinham uma “*actio*” obrigando-os. Com o declínio dos formalismos, o contrato passa então a ser visto de forma plenamente objetiva. Se houvesse vínculo objetivo, haveria eficácia obrigacional. Com o evolover dos tempos, a concepção do contrato passa a agregar o valor cristão do pecado mitigado com a necessidade de circulação de bens e riqueza. Origina-se o brocardo *pacta sunt servanda*, denotando a ideia do

consenso como eixo de obrigatoriedade do contrato.

A ideia atual de contrato desenvolveu-se na Idade Moderna, momento em que surgiu a noção de liberdade contratual a partir da premissa de que os sujeitos somente se obrigam em razão de sua própria vontade. No entanto, considerar o contrato apenas como manifestação da vontade é disfuncional. Percebe-se que ao lado da noção da operação econômica, o contrato ata-se à fenomenologia jurídica, campo de atuação da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva carece sempre de concreção, repousando aqui as dificuldades representadas no pensamento tradicional, tão apegado ao texto da lei para socorrer-se à solução para o caso concreto. Apresenta-se como uma norma absolutamente dinâmica, cuja conformação, bem entendido, a perfectibilização, só se concretiza se submetida à realidade circundante.

A positivação da boa-fé objetiva repercutiu em todas as relações contratuais. A cláusula compromissória, tendo em conta a sua natureza contratual, será igualmente influenciada pelo elemento de eticidade.²⁷ A cláusula geral de boa-fé, positivada

27. A noção de boa-fé no Direito advém do mundo romano, embora os historiadores indiquem a sua maior ancientidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico *fraus* e não *fides*. V. mais em Judith H. Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1999. Judith Martins-Costa faz a distinção entre o espectro de significados derogados à palavra *fides*. Dentre eles, três são os prismas semânticos basilares, quais sejam: a *fides sacra*, a *fides facta* e a *fides ética*. A *fides sacra* está documentada na Lei das XII Tábuas, no culto da deusa Fides e na análise dos poderes atribuídos ao *pater*. A *fides facta* remete à noção de garantia. Por fim, a *fides ética* implicaria o sentido de dever. Com o advento do *ius gentium* em Roma, passa-se a fundamentar o dever jurídico na *bona fides*, ou seja, na conservação da palavra dada, não mais na realização de uma formalidade jurídica. Princípio basilar do direito romano clássico, a *fides* era concebida como fidelidade à palavra dada. Demais disto, ca-

nos arts. 422 e 113 do Código Civil brasileiro, e que encontra guarida na seara comercial, impõe deveres de conduta no cumprimento contratual, dentre os quais a lealdade negocial. A lealdade negocial exige uma conduta coerente das partes. Mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração os interesses da outra parte contratante, o *alter* ou coparticipe, deflagrando um inescandível traço colaborativo na relação contratual.²⁸

O sujeito envolvido na avença, por seus atos, palavras e gestos, em uma palavra, comportamento, desperta no outro sujeito da relação a confiança de que a obrigação será devidamente adimplida.²⁹ No entanto, importa lembrar que o reconhecimento do ato do sujeito não reside apenas na autonomia privada, já que se assim o fosse, o sujeito que mudasse de opinião não mais estaria vinculado. O que vincula, repise-se, não é o ato em si, mas sim a confiança que o comportamento das partes despertou nos sujeitos da relação.³⁰

racterizava-se por ser um valor ético-social tipicamente romano, desenvolvido com muito mais vigor entre os romanos do que entre qualquer outra civilização. V. mais em Juan de Churrua, *Introducción Histórica al Derecho Romano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, p. 170; Joan Miquel, *Derecho Privado Romano*, Madri, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, pp. 177 *et seq.* Sobre a *fides*, o autor D'Ors pondera de forma irreparável: "(...) la *fides* es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealtad a la palabra dada". Consultar Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pp. 61 *et seq.* A respeito da noção de *fides* para a construção do pensamento jurídico romano, v. também Maren Guimarães Taborda, "A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na *fides*", *Estudos Jurídicos*, vol. 34, n. 91, Porto Alegre, 2001, pp. 29 *et seq.*

28. Bertrand Fages e Jacques Mestre, "Effects du contrat - Chroniques", in *Revue Trimestrelle du Droit Civil*, n. 1, 2002, § 7º *et seq.*

29. V., nesse sentido, Selma M. Ferreira Lemes, "Cláusula compromissória. Ação declaratória. Pretendida inaplicabilidade de cláusula de arbitragem. Improcedência", in *Revista de Arbitragem e Mediação* 2/261-171, 2004.

30. Antonio Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Lisboa, Almedina, 1997; Mario Júlio

Preconiza-se que o agir dos sujeitos envolvidos na relação, desde a fase pré-contratual até a pós-contratual,³¹ deve convergir para o cumprimento do que fora anteriormente estipulado, sob pena de ferir a confiança gerada entre as partes.

O que temos na construção e execução da cláusula compromissória é a incidência da boa-fé objetiva, ou seja, critério de interpretação dos negócios jurídicos e norma de conduta imposta aos partícipes do liame obrigacional. Exige-se uma atitude coerente por parte dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional, em uma palavra, um agir pautado pela boa-fé objetiva. O liame obrigacional que ata credor e devedor é visto como uma ordem de cooperação, polarizada pelo adimplemento, cujo escopo é a satisfação dos interesses de ambas as partes.³²

Portanto, a relação obrigacional passa a ser entendida como um laço colaborativo entre as partes e não mais como uma rígida polarização entre credor-devedor, antes reputados como antagônicos.

O *venire* parte da ideia de que as partes, em decorrência da confiança que campeia a relação jurídica, devem agir de maneira coerente, seguindo a sua linha de conduta, e, portanto, não podem contrariar repentinamente suas práticas, por meio de um ato posterior. Exatamente por isso o contratante não pode contrariar a sua própria atitude.³³ A confiança instalada nas

de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Lisboa, Almedina, 2000.

31. Antônio Junqueira de Azevedo, “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribuir para o inadimplemento contratual”, in *RT* 750/116 e ss., Ano 87, 1998.

32. Clóvis Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 36.

33. Antônio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire*

tratativas e execuções de um negócio jurídico expõem o sujeito a uma correspondência de considerações éticas e morais.

A proibição do comportamento contraditório assegura a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, onde não se admite a adoção de condutas contraditórias. Trata-se de uma regra de congruência comportamental a ser inafastavelmente observada pelas partes, por meio do qual se veda que se aja em determinado momento de uma certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento que frustre a conduta anteriormente tomada.

A corroborar esse entendimento doutrinário e interpretar a legislação pátria, o caso *Aiglon* representou a primeira sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, que transferiu a competência ao STJ de julgar as homologações de sentença estrangeira.³⁴

Em sua primeira manifestação, o Superior Tribunal de Justiça surpreendeu ao demonstrar plena cognição a respeito das vicissitudes do comércio internacional,³⁵ proferindo decisão em prol da preservação do contrato e da relação travada entre as partes contratantes.³⁶

contra factum proprium e da utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, in *Revista Forense*, vol. 351/275-283, 2000.

34. STJ, Corte Especial, SEC 856-EX, publicado no *DJ* de 27.6.2005, rel. Carlos Alberto Menezes Direito.

35. V., nesse sentido, Edson Oliveira de Almeida, “Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado pelas partes. Validade”, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 8/241-245, 2006.

36. Arnoldo Wald e Valéria Galíndez, “Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória”, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 6/228-245, 2005; Luiz Gustavo Meira Moser, “Arbitration clause and acceptance: the role of silence and fair dealing in

Em breve relato, o caso versava sobre um contrato de compra e venda internacional de algodão, onde figurava uma cláusula compromissória pela qual, na eventualidade de um conflito, este seria dirimido pela Liverpool Cotton Association (LCA), entidade pioneira e respeitada no mercado mundial de algodão. Tendo ocorrido o descumprimento do contrato pela empresa brasileira, a arbitragem foi instaurada e decidiu-se em favor da empresa suíça, obrigando aquela ao pagamento de parcelas inadimplidas. Descontente com o resultado, a Têxtil União S/A interpôs recurso, alegando, em suas razões, não ter expressamente aceito a cláusula compromissória, inclusive justificando tal atitude por meio do silêncio em que permaneceu à época da instauração do procedimento arbitral, quando fora instada a se manifestar pelas diversas notificações perpetradas.

Na prática comercial internacional, é possível trilhar a linha de entendimento de que a cláusula compromissória não exige aceitação expressa das partes. Tanto é assim que a Lei n. 9.307/1996, ao tratar do tema, nada dispôs, assim como a Convenção de Nova Iorque de 1958.³⁷ Portanto, ainda que não tenha havido uma aceitação expressa, se a parte manifesta inequívoco interesse em nomear árbitro e alegar suas razões de mérito na arbitragem, em face da confiança gerada entre as partes, consubstanciada na troca de correspondências, não se pode afastar a ocorrência da aceitação da cláusula compromissória em tais situações.

Esse foi o entendimento adotado pelo Código Civil brasileiro em seu art. 111.

O dispositivo legal corrobora o entendimento de que os usos e costumes repre-

sentam fundamental importância na constituição dos casos de eficácia do silêncio como manifestação de vontade, e, via de consequência, gerador de obrigações. Em outras palavras, o silêncio pode ser reputado como consentimento, desde que as circunstâncias o legitimem.

O extrato da ementa da decisão no caso *L'Aiglon S/A. vs. Têxtil União S/A* é paradigmática: "*Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória (...)*".

Há que se levar em consideração a confiança e expectativa geradas entre as partes, norteadas pela boa-fé objetiva e o dever de lealdade negocial que incide tanto em fase contratual como pós-contratual. A lealdade negocial exige um comportamento que leve em consideração os interesses da outra parte contratante, o *alter*, deflagrando um cristalino traço colaborativo na relação contratual, polarizado na consecução das disposições previamente pactuadas.

Portanto, aceitar as estipulações contratuais e, posteriormente, negar o que fora avençado representa comportamento incongruente (*venire contra factum proprium*) com os cânones da boa-fé objetiva. No caso em comentário, a confiança gerada entre as partes, conjugada com a observância ao dever de lealdade negocial que baliza suas condutas, mormente à luz da conduta previamente descortinada, revestiu o silêncio de força capaz de manifestar vontade no liame obrigacional.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, além de reconhecer os usos e costumes do tráfico negocial, exaltou a preocupação em fazer prevalecer o princípio da boa-fé objetiva e os deveres acessórios no exame da vontade contratual das partes e do seu fiel cumprimento, em detrimento do formalismo intransigente, que não se coaduna com o ritmo em que as re-

L'Aiglon S/A vs. Têxtil União S/A – A Brazilian experience", in *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 11/305-309, 2007.

37. A Convenção de Nova Iorque foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 4.311/2002. Esta Convenção dispõe sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

lações comerciais se desenvolvem na atualidade.

4. Considerações finais

A eficácia jurídica do silêncio como manifestação de vontade, embora suscite incertezas quanto a sua real concreção pelos operadores do direito, encontra terreno fértil na seara comercial.

Por outro lado, tanto em nível doutrinário como de construção pretoriana, quando se trata de estabelecer as condições em que o silêncio pode ser reconhecido como manifestação de vontade, o questionamento se impõe, sobretudo em razão da cláusula geral estampada no art. 111 do Código Civil brasileiro, a qual viabiliza reputar o silêncio como manifestação de vontade no liame obrigacional, desde que presentes as “circunstâncias” ou “usos” que o revestem de força volitiva.³⁸

Não se pode olvidar de certas cautelas ao se atribuir efeitos jurídicos ao silêncio; contudo, em relações negociais submetidas à instância arbitral, nas quais, no mais das vezes, a dinâmica das operações a elas subjacentes exige respostas imediatas, não se pode observar o formalismo intransigente, capaz de aumentar os custos e obstar a eficiência da transação.

Nesse diapasão, é possível trilhar a linha de entendimento de que a cláusula

compromissória não exige uma aceitação expressa, desde que o comportamento das partes envolvidas no negócio acene para o seu consentimento, de modo a afastar a compulsoriedade do requisito formal.

Ainda que o silêncio esteja associado à noção de ausência de elemento volitivo e, via reflexa, inoperante para gerar obrigações, o silêncio vinculativo-formativo, autorizado pelo art. 111 do Código Civil brasileiro, encontra guarida no âmbito negocial. O princípio da boa-fé objetiva³⁹ reverbera seus efeitos também na cláusula compromissória, desempenhando função balizadora e orquestrando a conduta das partes, estendendo-se da fase contratual à pós-contratual, em que os interesses dos sujeitos envolvidos transcendem o mero laço que os ata.

Por derradeiro, é possível afirmar que a análise do aceite à cláusula arbitral passa obrigatoriamente pela apuração do exame da vontade contratual à luz da conduta das partes descortinada no *iter* obrigacional. Em outros termos, a proatividade da parte recalcitrante, por exemplo, via nomeação de árbitros no procedimento de arbitragem, impugnação ou resposta a *statement of claim* ou a *letter of confirmation* colore de carga volitiva o silêncio, cenário a expressar anuência à cláusula arbitral.

acepção, ainda não alcançou os mesmos níveis da aplicação realizada pelos tribunais alemães, ao longo do tempo. V. melhor, Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Lisboa, Almedina, 1997; Judith H. Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., 1999.

38. Véra Jacob de Fradera, “O valor do silêncio no novo Código Civil”, cit., p. 580.

39. No Código Civil brasileiro, assim como no francês, a concepção sobre a boa-fé é polissemântica, ora *standard*, ora princípio, mas nessa última