

Análise de decisão do Superior Tribunal de Justiça

O direito contratual, a boa-fé objetiva, o comportamento contraditório e a exigência de voluntariedade, negociação e solenidade para a existência e a validade da cláusula compromissória de arbitragem

Paulo Henrique Cremoneze

“Embora seja possível, em casos específicos, o reconhecimento da validade de contratos verbais, a premissa não vigora em relação à cláusula compromissória, tendo em vista que tal compromisso é autônomo em relação ao contrato subjacente, conforme previsão constante do artigo 8º da Lei 9.307/96. Inexistente, portanto, a possibilidade de afastar-se a atuação jurisdicional sem que previamente as partes tenham optado, formalmente, expressamente e solenemente, pelo juízo arbitral”. [Fundamento do acórdão do TJDF expressamente citado e referendado no REsp nº 1881149-DF (2019/0345908-4)]

No dia 1 de junho de 2021, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial nº 1881149-DF (2019/0345908-4).

A decisão tratou do princípio da boa-fé objetiva e do comportamento contraditório nas relações contratuais.

A ementa do acórdão, relatado pela ilustre **Ministra Nancy Andrighi** – de quem sou confesso admirador –, diz: “A forma do negócio jurídico é o modo pelo qual a vontade é exteriorizada. No ordenamento jurídico pátrio, vigora o princípio da liberdade da forma (art. 107 do CC/02). Isto é, salvo quando a lei requerer expressamente forma especial, a declaração de vontade pode operar de forma expressa, tácita ou mesmo pelo silêncio (art. 111 do CC/02).”

E ainda: “A manifestação de vontade tácita configura-se pela presença do denominado comportamento concludente. Ou seja, quando as circunstâncias evidenciam a intenção da parte em anuir com o negócio. A análise da sua existência dá-se por meio da aplicação da boa-fé objetiva na vertente hermenêutica”.

O voto que gerou o acórdão é magnífico. Não exageraria de modo algum se afirmasse, aqui, que seu conteúdo é solo fértil para a elaboração de artigos e ensaios sobre a boa-fé objetiva, o comportamento contraditório (e a vedação a ele), a mitigação do *rigor legis*, a validade do negócio jurídico, a regularidade das formas etc.

Para alguém que não é formalista, causa alegria uma afirmação como esta: “Assim, a alegação de nulidade por vício formal configura-se comportamento contraditório com a conduta praticada anteriormente. Por essa razão, a boa-fé tem força para impedir a invocação de nulidade do contrato de franquia por inobservância da forma prevista no art. 6º da Lei 8.955/94.”

Valorizo demais o princípio da boa-fé objetiva, de que trata o art. 422 do Código Civil [“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”]. No voto, a abordagem dele é feita sob dois aspectos: hermenêutico e limitador do exercício de direito subjetivo.

Para conceituar e aplicar a boa-fé, a Douta Ministra amparou-se em forte doutrina: “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 jurídico (norma de dever que aponta, imediatamente, a um estado ideal de coisas)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 281-282). ”

A boa-fé tem definições religiosas, morais e jurídicas. Pode ser subjetiva e objetiva. Neste momento, interessa a abordagem que se ocupa do *standard*. Muito rico nesse sentido o estudo de **Eduardo Tomasevicius Filho** que, citando *Vouin, Volansky, Jaluzot e Farnsworth*, afirma: “Devido à carga emocional do conceito de boa-fé, o standard ligado a esta consiste na ação honesta e leal. Focaliza-se o meio para alcançar o resultado, isto é, se a pessoa agiu de forma adequada, de acordo com os usos e costumes, e as regras da experiência, sintetizadas nas ideias de lealdade e honestidade. Quem pauta sua conduta pelo *standard* de boa-fé, certamente estará agindo de acordo com o que exige o princípio da boa-fé.” (*O princípio da boa-fé no direito civil*, São Paulo: Almedina, 2020, p. 90)

E o autor ainda ressalta os diferentes graus do exercício da boa-fé, diferenciando a *good faith* e a *utmost good faith* (*bona fides* e *uberrima fides*): “Sendo esta um modelo de conduta, existem graus de boa-fé. É possível agir de acordo com esta mediante a abstenção de agir mal, ou agir com todos os esforços para cumprir com sua obrigação. (...) Tendo em vista que para se atingir determinado grau de boa-fé se faz necessário maior ou menor esforço, esta incorpora o dever de diligência, ou, em linguagem moderna, impõe intensidades para o cumprimento dos deveres de acordo com o caso.” (Op. Cit. p. 90-91).

Diante dessas afirmações, pode-se dizer que a boa-fé é um princípio para a conduta dos contratantes que se liga à eficiência. Assim, fica introjetada na *Lex Artis*, no *due of diligence*, nos *covenants*, no dever geral de cautela, entre outros institutos que informam os deveres contratuais.

Natural então que a decisão tenha vinculado o princípio da boa-fé à vedação ao comportamento contraditório. Quem coloca em prática os termos contratuais, quem não lhes opõe resistência, não pode alegar nulidade por vício formal ou qualquer outra causa. Do contrário, agirá com manifesta incoerência em relação a seus próprios atos, o que não é aceitável.

Quanto a isso a ementa do acórdão é bastante dura: “A proibição à contrariedade desleal no exercício de direitos manifesta-se nas figuras da vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). A conservação do negócio jurídico, nessa hipótese, significa dar primazia à confiança provocada na outra parte da relação contratual.”.

E, robustecidos pela doutrina, os fundamentos atingem a manifestação de vontade tácita: “(...) *dá-se por meio de um comportamento concludente, assim configurado quando incompatível com a não aceitação*” (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 546). Nas palavras de Miranda, configura-se “*por atos ou omissões que hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade do ofertante ou do aceitante*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88).

Observa-se a intimidade entre o princípio da boa-fé objetiva e a vedação ao comportamento contraditório para reconhecer a validade e a eficácia de um contrato sem o maior dos rigorismos formais. Muito aproveita o destaque para o que mais adiante se dirá neste ensaio. Ideia que deve ser guardada neste instante, porém. Porque a parte que mais interessa do acórdão é a que se fez epígrafe deste ensaio e que agora se repete:

“Embora seja possível, em casos específicos, o reconhecimento da validade de contratos verbais, a premissa não vigora em relação à cláusula compromissória, tendo em vista que tal compromisso é autônomo em relação ao contrato subjacente, conforme previsão constante do artigo 8º da Lei 9.307/96. Inexistente, portanto, a possibilidade de afastar-se a atuação jurisdicional sem que previamente as partes tenham optado, formalmente, expressamente e solenemente, pelo juízo arbitral”.

Esse foi o fundamento do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, citado e mantido pelo que o Superior Tribunal de Justiça prolatou, o que permite afirmar, entre um e outro, uma concordância plena. O Direito é dialético por excelência, reconheço e sempre digo isso. Cansa, porém, a quantidade de não-questões que acabam transformadas em questões. Uma delas é exatamente a da cláusula compromissória de arbitragem.

A lei e o sistema jurídico são muito claros em afirmar que: 1) o acesso à jurisdição é garantia fundamental e, portanto, goza de primazia; 2) não existe renúncia tácita ao exercício do direito de ação; 3) a arbitragem exige a voluntariedade como pressuposto de validade (antes, de existência); 4) a negociação prévia, formal, expressa e solene é

imprescindível para o uso do juízo arbitral; e 5) em se tratando de cláusula compromissória de arbitragem, forma e conteúdo se confundem.

O que diz o art. 8º da Lei nº 9.307/96 (lei de arbitragem)?

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

Ora, se a cláusula é autônoma em relação ao contrato e se a nulidade deste necessariamente não implica a dela, é certo afirmar, por engenharia reversa, que mesmo em um contrato informal, ela tem que ser formalizada, solenizada. A manifestação favorável ao compromisso arbitral não pode ser subentendida, inferida pelo comportamento; há de ser expressa, sempre.

Isso vale para contratos verbais, para os informais e para os de adesão. Nos verbais, a forma escrita é exigida. Nos informais? A formalidade. E nos de adesão, a negociação prévia, comprovada, de modo destacado no clausulado ou em instrumento apartado.

Considerando esses pontos, não se pode falar em arbitragem sem prévia aquiescência; deve estar inequivocamente exteriorizada, solenemente modulada. A dúvida pesa contra a validade e a eficácia da cláusula compromissória.

Embora bastante óbvio, não falta quem busque da Justiça – e vejo nisso abuso do direito de demandar – a validação do que, juridicamente, é um autêntico descompromisso arbitral, um verdadeiro quadrado redondo, por meio duma hiperbolização da dialética e da desnaturação da própria arbitragem.

Falo em desnaturação porque é o que ocorre sempre que uma parte deseja impor arbitragem à outra. Pois o que, natural e voluntariamente aceito, é positivo passa a ser o mais simples e literal constrangimento.

Em qualquer que seja o tipo de contrato, a cláusula compromissória tem que ser sempre prévia e expressamente negociada, aceita livremente, exteriorizada como fruto da vontade, invariavelmente formal e solene para que de modo algum se tenha por minimamente ofendida a garantia fundamental constitucional do acesso à jurisdição.

Protegem-se, assim, os jurisdicionados, os contratantes, os contratos, a jurisdição, os princípios gerais do Direito e a arbitragem, um inteligente meio de solução de conflitos de direitos patrimoniais disponíveis.

A melhor forma de incentivar a arbitragem, de impulsionar seu uso, é ressaltar sua feição facultativa, que lhe supõe uma eleição por desimpedida vontade. Ela assim conquista espaços pela confiança, jamais pela coação.

Numa decisão em que a Corte Superior entendeu que a forma é menos importante do que o conteúdo, que a boa-fé é indissociável da coerência de comportamento e que a conduta, o ânimo, orienta mais a relação contratual do que o rigor legal, a regularidade

instrumental é sobremodo homenageada em relação à cláusula compromissória de arbitragem.

Em outras palavras: a forma não é tão importante para o contrato como um todo, mas, para a validade e a eficácia do compromisso arbitral, é imprescindível. O comportamento contraditório pode descharacterizar pleito de nulidade por vício formal, porém comportamento algum é capaz de validar cláusula compromissória se não forem fielmente observadas as exigências da lei que existe para regulá-la.

Como consta da decisão, não há “possibilidade de afastar-se a atuação jurisdicional sem que previamente as partes tenham optado, formalmente, expressamente e solenemente, pelo juízo arbitral”.

É isso.

E é de se destacar mais uma vez, não como esforço retórico, mas para que não se tenha menor dúvida a respeito que, embora “seja possível, em casos específicos, o reconhecimento da validade dos contratos verbais, a premissa não vigora em relação à cláusula compromissória”.

Insisto por lembrar do famoso escritor inglês **G.K. Chesterton**, que disse certa vez: “*chegará o dia em que teremos que provar ao mundo que a grama é verde*”. Penso que, no cenário jurídico brasileiro, esse probatório dia chegou faz tempo e, em que pese a clareza de muitas normas, como as da Lei de Arbitragem, ainda há quem insista em ignorar a voluntariedade para defender a imposição.

Entendo a importância da arbitragem e já atuei como árbitro em algumas disputas. Defendo seu uso em boa medida e espero que se desenvolva no país. Apenas não posso aceitar que a voluntariedade seja ignorada e que seu exercício implique renúncia tácita de jurisdição a quem quer que seja.

O que é certo é certo, o que é errado é errado — sejam quais forem os bons sentimentos por trás. Repito o que disse antes, mesmo algo positivo, como a arbitragem, pode ser desnaturalizado se ofender garantia fundamental ou se for exercido sem ter em elevada conta o que é próprio de sua legítima constituição: a adesão voluntária, desimpedida, dos interessados.

Pode-se ainda inferir da decisão que, mesmo que a cláusula compromissória de arbitragem seja formalmente perfeita, orientada rigorosamente segundo a lei, e externe solenemente a livre vontade dos contratantes, jamais poderá vincular quem nela não tomou parte.

Fala-se, em especial, do segurador sub-rogado, grande protagonista de litígios de responsabilidade civil por danos causados dentro dos círculos contratuais.

A vítima de um descumprimento de contrato muitas vezes é titular de apólice de seguro. Sofrido o dano, invoca-a e recebe a indenização. Por força de lei, o segurador sub-roga-se nos direitos e ações do segurado e, em homenagem ao mútuo que representa,

ao colégio de segurados que protege, busca o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, a outra parte do contrato que, em alguns casos, contém cláusula de compromisso arbitral.

Por mais que a busca do ressarcimento esteja em um contexto contratual, o direito do segurador, porém, não deriva do contrato inadimplido, do dano contratual, mas da lei que ordena a sub-rogação, em vigência do contrato de seguro. Assim, seu interesse independe dos termos e condições do contrato, dentre os quais o que sustentam a cláusula compromissória.

A eventual exteriorização de vontade do segurado pelo juízo arbitral não obriga seu segurador, não havendo que se falar em má-fé, desvio contratual ou comportamento contraditório, simplesmente porque ele não é parte do contrato e não anuiu expressamente com essa faculdade.

Pensar de modo contrário seria desrespeitar a natureza jurídica da Lei de Arbitragem, ofender direitos e garantias fundamentais, pondo em risco a saúde do negócio de seguro, imprescindível para o bem comum e para a proteção econômico-financeira da sociedade.

Falou-se, mais acima, dos não-problemas que parte da comunidade jurídica indevidamente transforma em problemas. Um deles, mais ou menos recente, está na intersecção entre o Direito dos Seguros e o Direito Marítimo.

Por conta de equivocada leitura de uma decisão proferida pelo órgão especial do Superior Tribunal de Justiça (SEC 14.930), tentou-se validar, em alguns casos, a cláusula de compromisso arbitral (acompanhada de foro estrangeiro) que desde sempre existe no anverso de todo *Bill of Lading*, o principal instrumento do contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Até esse suposto precedente, a cláusula sempre foi considerada abusiva, inválida e ineficaz, quando não nula de pleno direito. Primeiro, por causa do dirigismo contratual; segundo, por desrespeitar a própria Lei de Arbitragem; terceiro, por não observar forma solene; quarto, por não se orientar pela vontade livre das partes.

Tratava-se na prática, como ainda se trata, de cláusula imposta pelo transportador ao dono da carga em contrato de adesão. O dono da carga em momento algum, salvo em casos raríssimos, externa opção pela arbitragem.

Esse se tornou em parte um problema, nos dias de hoje, por causa da leitura que certos transportadores marítimos, muito convenientemente, passaram a fazer da SEC 14.930.

Mas é preciso deixar claro que a decisão do STJ naquele caso, além de tratar apenas de questões formais presentes em qualquer caso de homologação de sentença estrangeira, jamais se constituiu, e nas palavras do próprio relator, precedente para a arbitragem e para a sub-rogação do segurador. Muito menos para o transporte marítimo. Esses três definitivamente não eram objeto do julgado.

Tanto é que, em acórdão recente, o TJSP fez questão de os diferenciar com o cuidado necessário: “*No tocante à decisão do Superior Tribunal de Justiça colacionada no recurso, cabe destacar que no referido caso, em específico, tal decisão foi exarada para validar decisão arbitral estrangeira (não em sede de recurso de ação judicial), ou seja, em situação diversa do caso em tela.*” (Apelação nº 1008265-44.2017.8.26.0562, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 22.09.21)

Não obstante, uma leitura incorreta dos limites daquele outro acórdão, do STJ, acabou por gerar decisões, ainda em pequeno número, que passaram a afastar indiscriminadamente a jurisdição brasileira, extinguindo litígios judiciais sem qualquer resolução de mérito.

E isso é bastante perigoso.

De qualquer forma, no caso específico do transporte marítimo internacional de carga — e aqui volto ao tema da boa-fé —, não se pode falar em comportamento contraditório do dono da carga, porque este não faz nem deixa de fazer absolutamente nada que não seja pagar o frete. Vê-se obrigado a aderir a um combo de normas contratuais unilateralmente impostas, muitas das quais de uma manifesta abusividade aos olhos do Direito brasileiro, por conta do que lhe resta apenas aguardar o cumprimento de obrigação de resultado, consistente no transporte da coisa.

Ele não age, não interage, não pratica qualquer ato; não é concorde ou contrário àquelas diminutas imposições do contrato, apenas tem de as engolir calado, enquanto aguarda que, no principal, ele se cumpra. Diante de tal situação, pode-se dizer na tribuna da assembleia contratual que, embora parte, o dono da carga está de mãos atadas, refém da vontade e da conduta do transportador contratado, o verdadeiro, senão único, protagonista do negócio de transporte.

Daí a não ofensa ao princípio da boa-fé objetiva e a não caracterização do comportamento contraditório. A dinâmica do contrato de transporte de carga é bem distinta das de outras espécies, sobretudo a do contrato de franquia, que gerou a decisão em exame.

A solenidade da cláusula compromissória há de ser ainda maior, mais exigível, diante da natureza adesiva do contrato. A caracterização de um possível comportamento contraditório, por outro lado, há de ser arrefecida, já que o dono de carga na prática nada faz nem pode fazer. Compete-lhe, como já foi dito, esperar passivamente. A ele nada se pede ou nada existe para ser feito além da contraprestação imediata em dinheiro.

Esse dono de carga, porém, quase sempre é protegido por apólice de seguro do ramo de transportes. Diante do dano causado pelo transportador, ele é indenizado e o seu segurador é quem, sub-rogado, demandará o ressarcimento em regresso.

A cláusula já antes abusiva se torna ainda mais quando o reclamante do dano é o segurador sub-rogado, que não é parte no contrato de transporte. Se face ao dono da carga, segurado, não era dado falar em compromisso — porque a imposição não compromete —,

com mais razão (ontológico-jurídica) não é possível falar, sequer cogitar, em estendê-la ao segurador.

Ao segurador não se opõe a cláusula de um contrato do qual não foi parte em momento algum, especialmente a que exige voluntariedade, forma solene e expressa, aquiescência e concordância prévias. Sendo a cláusula indevida ao titular do contrato, mais ainda será ao que não pode ser assim definido.

E que se diga com todas as letras que, ainda que fosse válida em relação ao segurado, a cláusula jamais seria eficaz contra o segurador, exatamente porque a regra legal que lhe garante a sub-rogação e a busca do ressarcimento assim o determina a propósito de tudo que, de algum modo, prejudique o exercício pleno desse direito [§2º *É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.* (Art. 786 do Código Civil)].

O ato, ainda que válido (e a cláusula compromissória no *Bill of Lading* raramente é), é de uma profunda ineficácia para o segurador sub-rogado cujo direito de regresso venha a diminuir ou extinguir. No caso, tem-se ainda gravíssimo vício constitucional, já que afeta diretamente a garantia fundamental de acesso à jurisdição. Afirma-se prejuízo ao segurador sub-rogado sediado no Brasil porque inexiste renúncia tácita de jurisdição. E porque o próprio sistema legal brasileiro, sobre temas de Direito Marítimo, é um dos melhores do mundo; equilibrado, justo, desrido de regras excessivamente protetivas aos armadores e transportadores em geral.

Poucos países têm um sistema de responsabilidade civil tão desenvolvido como o Brasil e menos ainda são os que têm uma Justiça mais do que qualificada para tratar das questões complexas que lhe são inerentes. Daí o apreço pelo uso da Justiça e das regras brasileiras de Direito Civil, de Direito dos Seguros e de Direito Marítimo.

Termino este texto com aplausos à decisão do Superior Tribunal de Justiça, especialmente na parte em que referendou a do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre os pressupostos de existência e de validade da cláusula compromissória de arbitragem. Embora contundente em afirmar que é nula no contrato internacional de transporte marítimo de carga e jamais oponível ao segurador sub-rogado nos direitos e ações da vítima do dano causado pelo transportador, tenho que o uso da arbitragem é muito interessante e recomendável para desafogar a Justiça do país, sobrecarregada com milhões de litígios, muitos dos quais sequer deveriam existir.

Apenas defendo que, em qualquer campo, especialmente no que une Direito Marítimo e Direito dos Seguros, esse uso há de ser voluntário, querido, negociado, discutido prévia e solememente por todos os envolvidos, com o cuidado de se lembrar da busca da concordância formal do segurador da carga, possível autor de ação contra o transportador. Garantidas essas condições, todas exigidas pela própria Lei Brasileira de Arbitragem, fazendo-se uso do sistema legal e de câmaras arbitrais brasileiros, impedimento algum haverá para o uso do juízo arbitral, muito pelo contrário.

Penso que os ajustes de curso permitirão navegação segura por mares tranquilos. O que hoje é causa de atrito se tornará trapiche de concordância, um oceano de diálogo e busca de resolução amistosa e rápida de controvérsias, premiando a prática, a celeridade, a boa-fé e, sim, a visão econômica do Direito. A arbitragem nasceu para ser solução de problemas, não estopim de tantos outros. Então que assim seja.

O autor é sócio de Machado, Cremoneze, Lima e Gotas – Advogados Associados, mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito de Seguros e em Contratos e Danos pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência – ANSP, professor-convidado da ENS - Escola Nacional de Seguros, membro da Ius Civilis Salmanticense (Espanha), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), da Associação Internacional de Direito de Seguros (AIDA-Brasil), presidente da Instituto de Direito dos Transportes (IDTBrasil), vice-presidente da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), autor de livros em Direito de Seguros e Direito de Transportes e laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.