FÁBIO GIORGI INFANTE

**APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA
ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

Dissertação de Mestrado

Professor Orientador: Luiz Olavo Baptista

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2011

FÁBIO GIORGI INFANTE

**APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA
ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Banca do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Internacional, sob a orientação do Professor Titular Luiz Olavo Baptista.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2011**

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho refere-se à análise da aplicação da boa-fé na arbitragem internacional. Para a consecução do objetivo do estudo proposto, a boa-fé é analisada a partir de seus conceitos clássicos subjetivo e objetivo. É estudada conforme suas diversas formas de conceituação nos principais sistemas jurídicos ocidentais, com referência principal aos sistemas romano, germânico e de *common law*. Em seguida, é compreendida em nível internacional, através do estudo detido de suas manifestações nos contratos internacionais do comércio, nos princípios contratuais de aplicação internacional e nos princípios gerais de direito do comércio internacional. O papel dos árbitros na veiculação dos preceitos internacionais do princípio da boa-fé é cuidadosamente verificado, incluindo o estudo da atividade do árbitro na escolha da lei aplicável às demandas. Sintetizada a teoria de boa-fé internacional, é realizado seu estudo através de sentenças arbitrais proferidas por tribunais arbitrais especializados, notadamente, os da Câmara de Comércio Internacional. As sentenças analisadas dividem-se em grupos representativos da manifestação multifacetada da boa-fé, sempre estudada sob a óptica do comércio internacional, seus usos e costumes. O resultado do trabalho é a verificação de um conceito particular de boa-fé no comércio internacional, reunido e considerado a partir da verificação da exigência comum de parâmetros comportamentais específicos de cooperação, razoabilidade e justiça contratual.

ABSTRACT

This study is related to the analysis of the application of good faith in international arbitration. In order for the objectives of the proposed study to be achieved, good faith is analyzed from its subjective and objective classic concepts. It is studied in accordance with the several forms of classification within the main Western legal systems, with primary references to the Roman, Germanic and Common Law systems. In continuance it is interpreted in an international level, through its manifestations within the international commercial agreements, the internationally applicable contractual principles and the general principles of international commercial law. The role of the arbitrators in the dissemination of the international concepts of the good faith principle is carefully scrutinized, including the study of the arbitrator's activity in deciding choice of law matters. Once perceived the theory of the international good faith, its study is effected through awards rendered by specialized courts of arbitration, notably, the ones connected to the International Chamber of Commerce. The analyzed awards are divided into groups which represent the multiple manifestations of good faith, always studied under the concept of international trade, its usages and customs. The conclusion of this analysis is the conceptualization of a particular theory of good faith in international trade, gathered and considered through the verification of the regular requirement of specific standards of behaviour of cooperation, reasonableness and contractual justice.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. PARTE GERAL. ANÁLISE INTRODUTÓRIA DA BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA.....	11
2.1. Boa-fé subjetiva.....	11
2.1.1. Concepções psicológica e ética.....	13
2.1.2. Fatores de concretização.....	18
2.1.3. Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.....	25
2.2. Boa-fé objetiva.....	28
2.2.1. Relevância da existência de cláusula geral de boa-fé objetiva.....	28
2.2.2. A boa-fé como parâmetro de conduta pré-contratual.....	29
2.2.3. Negociações preliminares e estudo da responsabilidade pré-contratual no Brasil.....	44
3. PARTE ESPECÍFICA. A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	52
3.1. Da óptica dos sistemas nacionais à criação dos deveres de cooperação.....	52
3.2. Particularidades na caracterização da boa-fé nos contratos comerciais internacionais.....	72
3.3. Manifestação da boa-fé nas regras de comércio internacional.....	80
3.4. Relevância do papel dos árbitros na evolução da boa-fé.....	88
3.5. Síntese teórica da boa-fé no comércio internacional.....	96
3.6. O rompimento da relação contratual e o recurso à arbitragem.....	108
3.7. Análise específica de sentenças arbitrais referentes à boa-fé.....	109
3.7.1. Como princípio geral de direito do comércio internacional.....	111
3.7.2. Na etapa pré-contratual.....	117
3.7.3. No descumprimento de deveres acessórios.....	121
3.7.4. Na mitigação de danos.....	124
3.7.5. Nas infrações referentes a atos próprios.....	125
4. CONCLUSÃO.....	127
5. BIBLIOGRAFIA.....	131

1. INTRODUÇÃO

O foco principal do trabalho que segue é o estudo da boa-fé na arbitragem internacional. A construção do trabalho será iniciada através da análise de conceitos básicos do princípio da boa-fé em seus aspectos subjetivo e objetivo.

O estudo da boa-fé exige o contato com diferentes esferas do direito, uma vez que sua influência é claramente identificável em diversos campos e de diversas formas, conforme a época e o tipo de sistema jurídico analisado¹. Não obstante, a primeira limitação imposta ao estudo ocorrerá no sentido de direcioná-lo ao campo dos contratos internacionais do comércio, contudo, sem se olvidar as parcelas inseparáveis e responsáveis pela evolução do princípio obtidas de outros campos do direito².

Os contratos de direito do comércio internacional, enriquecidos pela experiência multilateral trazida por diferentes técnicos e doutrinadores e pela freqüente conjugação de leis nacionais distintas³, verificam-se como espaço de aplicação diversificada e profunda da boa-fé.

O problema da concepção da boa-fé internacional é prova disso⁴. Em sentido contrário daquele compreendido no passado acerca da análise dos contratos, isto é, no sentido de que seu estudo ocorreria a partir do conflito de interesses das partes, as propostas doutrinária e

¹ “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. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 18 (doravante referido como “MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*”).

² Como, por exemplo, a contribuição da boa-fé possessória para estabelecimento do princípio da boa-fé subjetiva em suas concepções psicológica e ética.

³ Na primeira página de seu *Discours De La Méthode*, R. DESCARTES afirma que: “Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée, car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont.” A obra original, cuja máxima extrai-se, data de 1637 e comporta a seguinte tradução para o português: “Inexiste no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem.”

⁴ “Comparative studies normally focus on specific subject matters, problem areas and real life situations, or on relatively well-defined legal institutions like mistake, agency or *stipulatio alteri*. ‘Good faith’ fits into neither of these categories. At the same time, however, it is at least in some legal systems regarded as a vitally important ingredient for a modern general law of contract. That immediately raises the question how other legal systems cope without it.” S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape in Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge, 2000, p. 13 (doravante referido como “WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law*”).

jurisprudencial atuais⁵ são no sentido de determinar como fundamento a convergência das partes sob o princípio geral da boa-fé, tendo como escopo principal a observância de ideais de colaboração e justiça, norteadores de avenças bem-sucedidas.

Sendo imprescindível para o desenvolvimento das relações contratuais internacionais modernas⁶, é incontestável a importância da delimitação do princípio da boa-fé, na medida em que se procure seu respectivo mínimo denominador comum⁷. O tema será abordado a partir do estudo histórico do instituto nos diferentes sistemas jurídicos. Nesse sentido, será tratado, separadamente, nos principais sistemas jurídicos ocidentais, incluindo os sistemas romano, germânico e de *common law*⁸.

Dessa forma, a compreensão do quadro comparativo de evolução e estado atual da boa-fé permitirá que sejam definidos os contrastes existentes entre as linhas de pensamento dos vários sistemas e os caminhos necessários para determinação, se possível, de um mínimo denominador comum.

O estudo do princípio da boa-fé construirá, principalmente em sentido comparado com os contratos internacionais do comércio e com os trabalhos desenvolvidos por institutos como

⁵ “The contribution of arbitral awards in the creation of duties of cooperation is directly related to the freedom of arbitrators in comparison with national judges and the autonomy of the arbitration clause. In this freedom resides the force of arbitral awards to create rules of conduct to be observed by the parties.” F. DIESSE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade* in *International Business Law Journal*, n. 7, 1999, p.759 (doravante citado como DIESSE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade*).

⁶ “Na prática internacional, a obrigação de se comportar de boa-fé não se enquadra em esquemas preestabelecidos, mas corresponde a atitudes, que variam no tempo e no espaço. Diria mais; variam de acordo com a procedência ou com a cultura de cada pessoa, ou com o local onde se vai determinar a distância entre o comportamento de ao ou má-fé, distância essa que abrange vários graus de latitude, ensejando soluções muito nuançadas.” M. BASSO – P. CARVALHO (orgs.), *Lições de direito internacional – estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 76 (doravante referido como “BAPTISTA, *Lições de direito internacional*”).

⁷ Ao tratar sobre aspectos da boa-fé no comércio internacional, salienta L. O. BAPTISTA: “Neste, busca-se uma síntese dos conceitos – que represente o mínimo denominador comum a todos os sistemas – que os comerciantes e seus juristas, assim como os árbitros internacionais, utilizarão.” *Lições de direito internacional*, p. 75.

⁸ Além dos sistemas mencionados, relevante mencionar a existência, embora fora do escopo do presente trabalho, de consideração diversa do princípio nas leis chinesa, japonesa, hindu e islâmica. A divisão proposta está de acordo com a teoria de classificação das diferentes famílias jurídicas de K. ZWEIGERT – H. KÖTZ em *Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Nova Iorque, Oxford, 1998, p.73 (doravante referido como “ZWEIGERT – KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*”). Além disso, conforme será verificado, existem diferenças importantes entre os países formadores do sistema da *common law*. Por esse motivo, tal sistema não deve ser tratado como de opinião uniforme.

o Unidroit⁹ e a Comissão de Direito Contratual Europeu¹⁰, o paradigma de aplicação ideal ou a conceituação ideal do princípio no comércio internacional. A partir desse ponto, ou seja, tendo clara a forma de aplicação ideal do princípio da boa-fé nos princípios e nos contratos, os estudos avançarão para as sentenças arbitrais de tribunais especializados em questões atinentes ao comércio internacional¹¹.

Forma de solução de controvérsias de crescente procura dos agentes do comércio internacional¹², a arbitragem é instrumento que permite o desenvolvimento das relações contratuais comerciais modernas, comportadas as naturais características de celeridade e tecnicidade das decisões referentes.

Os árbitros que integram os órgãos decisórios em questão são responsáveis pela intensa evolução do princípio. Utilizam como base de sua aplicação certos princípios internacionais, de relevância incontestável¹³, bem como leis nacionais entendidas no âmbito dos contratos analisados. Inobstante, a limitação no capítulo designado ao estudo das sentenças ocorrerá na medida da centralização do estudo nas decisões dos tribunais de maior expressão e, dentro destes, nas decisões que versem sobre questões nuclearmente contratuais.

⁹ “Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2004” (referido como “Princípios Unidroit”). Em 2007, os Princípios Unidroit foram endossados pela UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*).

¹⁰ Nome oficial: “Comissão on European Contract Law”.

¹¹ Mormente, serão feitos estudos referentes a decisões de tribunais arbitrais da CCI, pela forma de aplicação da lei nacional em conjunto com regras de comércio e pelo fato de envolver particulares tão-somente.

¹² “During the year 2008, the activity of the ICC International Court of Arbitration (‘the Court’) intensified considerably. Demand for ICC arbitration grew by 10%, with 663 new Requests for Arbitration. As a consequence, the number of ongoing cases rose to over 1,300, more awards were rendered than in any previous year, and the participants in ICC proceedings—both parties and arbitrators—were more numerous and diverse than in the past.” *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 20, n. 01, 2009.

¹³ Ao tratar sobre a relevância dos Princípios Unidroit, afirma Y. DERAIS: “A number of awards show the UNIDROIT Principles being used by arbitrators to convince parties that a solution found in a national law meets their legitimate expectations because it is also accepted transnationally. The Unidroit Principles thus give national solutions a transnational status. Furthermore, taking advantage of the freedom they are given by laws or arbitration rules to apply rules of law, arbitrators may decide to resort to the Unidroit Principles as a major component of the ‘better law’ for transnational contracts.” *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective in Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, 2002.

Tendo em vista o acima exposto, sintetiza-se que o objetivo do estudo que segue é verificar em que medida o princípio da boa-fé, condensado após estudos firmados no primeiro capítulo, é aplicado pelos tribunais arbitrais internacionais. De que forma é visto, como se desenharão os próximos passos do princípio nas concepções internacionais e o que podem as partes aguardar. Essas são as questões principais.

2. PARTE GERAL. ANÁLISE INTRODUTÓRIA DA BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA.

2.1. Boa-fé subjetiva

É tarefa complexa definir boa-fé subjetiva em qualquer sistema jurídico para além de uma concepção cultural particularista. Do contrário, bastaria dizer que a boa-fé subjetiva é, por definição puramente terminológica, inerente ao sujeito. Os efeitos provenientes de tal delimitação conceitual, claramente simplificada, seriam os mais diversos e, caso somente nela baseados, o direcionamento dado por determinado ordenamento jurídico seria demasiadamente confuso.

Preocupante é constatar, em alguns casos, que se mostra confuso o tratamento do conceito de boa-fé subjetiva nos sistemas jurídicos atuais, principalmente, no que concerne à norma posta¹⁴. As noções de boa-fé subjetiva variam internamente nas estruturas jurídicas estatais, regidas pela mesma motivação histórico-cultural. Elevando o grau de comparação, imagine-se, pois, as disparidades existentes entre a concepção de boa-fé subjetiva entre sistemas jurídicos distintos, de Estados distintos, cuja origem legal de seus sistemas é diversa, ou, quando semelhante, submetida a uma evolução de diferente grau e espécie.

Seria possível concluir, portanto, que a noção de boa-fé subjetiva dependeria de um estado fático do sujeito sob análise, ou, ao menos, ao último caberia o julgamento conceitual de boa-fé subjetiva, ou seja, agiu sob os ditames de boa-fé ou não. Sabe-se, entretanto, que tal raciocínio é equivocado, não é comumente verificado e que os sistemas, em maior e menor intensidade, buscaram prescrever as situações em que a boa-fé subjetiva é o fator nuclear de relevância normativa.

¹⁴ As diferentes acepções de boa-fé subjetiva permeiam diversos sistemas, sem caráter de exclusividade no que tange ao tipo de origem. É comum encontrarmos tais diferenças em sistemas diversos de *civil law* e *common law*. Exemplos respectivos: Brasil, Alemanha, Portugal, Itália e França; e Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. Embora divididos em apenas dois grandes grupos, conforme adiante será pormenorizado, existem grandes diferenças entre a consideração da boa-fé intra-grupos.

Assim sendo, não obstante se parta do estudo das raízes histórico-sociais da boa-fé subjetiva nas diferentes culturas jurídicas, seus efeitos em determinado sistema de normas levarão a definições diversas, uma vez que, especificamente, é a norma concreta que imbuirá de significado a boa-fé subjetiva.

Exemplo nesse sentido é encontrado no sistema jurídico brasileiro, precisamente no Código Civil, que deixa transparecer o sentido de boa-fé subjetiva na conduta do agente envolvido em contrato de seguro¹⁵.

Do acima exposto, resta dúvida se a boa-fé subjetiva é o que a lei determina que seja. A resposta é negativa. Não pode assim ser considerado, pois, conforme retro mencionado, o comportamento enquadrado na esfera da boa-fé subjetiva surge esparso nos artigos dos códigos civis, conforme se fez necessária sua menção expressa pelos legisladores respectivos. Isso não faz com que tenham significado múltiplo, nem origem independente e diferenciada¹⁶.

Pelo contrário, dentro de cada sistema é de se esperar uma coerência legiferante que remeta aos mesmos fundamentos principiológicos. Destarte, a manifestação legal dos conceitos de boa-fé subjetiva nos códigos serve como evidência do desdobramento do princípio unitariamente considerado por determinado sistema. Reitera-se: as menções específicas nos códigos não devem ser utilizadas como definições do que é boa-fé subjetiva, mas somente como apreensão dos seus efeitos em determinada ordem jurídica.

¹⁵ Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio. No sentido da importância da boa-fé nos contratos de seguro, segue trecho de doutrina: “Diz-se que o contrato de seguro é um contrato de boa-fé. Aliás, todos os contratos devem ser de boa-fé. No seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo, no seguro, o dever comum de dizer-se a verdade.” C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v.5, Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1952, p. 203.

¹⁶ “Este estado de coisas orientaria o estudo da boa fé subjectiva para latitudes periféricas: com base em estudos parcelares das diversas manifestações consagradas por lei, estabelecer-se-iam, na medida do possível, as ligações viáveis entre os resultados obtidos. Semelhante processamento, a ser seguido, entraria em viva contradição com a evolução juscientífica operada, no Direito privado, desde o virar do século. (...) O que é dizer: estude-se a boa fé no sistema; não se parta da boa fé para um sistema ou de um conceito central abstracto para a boa fé.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 410-411.

Embora expressa de forma distinta, menções à boa-fé subjetiva surgem de forma comum nos ordenamentos¹⁷, geralmente outorgando proteção ao sujeito, supostamente alheio à situação de fato que para inexistir lhe exigia o conhecimento. Sendo assim, foi possível o início de trabalhos diversos no sentido de delimitar conceitualmente a boa-fé subjetiva, utilizando-a sempre como excludente de culpabilidade, tendo em vista a ignorância em determinada omissão ou ação¹⁸.

A utilização específica acima discriminada é erigida na doutrina de forma mais genérica, entretanto, segundo MENEZES CORDEIRO, é justamente através dessa flexibilização do conceito que é atingida a utilidade máxima da boa-fé subjetiva¹⁹. Adicionalmente, não seria interessante buscar fixá-la como significado concreto singular e imutável, teoricamente final, mas entendê-la como necessária de lapidação de significado específico, conforme o direcionamento fornecido pela situação real.

Relevante mencionar, igualmente, que o exercício de compreensão do conceito da boa-fé subjetiva em determinado ordenamento não será encontrado com a somatória do conteúdo normativo existente, mas com a busca da identidade entre tais prescrições.

2.1.1. Concepções psicológica e ética

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.

¹⁷ Cite-se, por exemplo, os códigos civis brasileiro e português.

¹⁸ “A possibilidade de formular um conceito amplo de boa-fé subjectiva que, embora à custa da sua compreensão, abranja as manifestações conhecidas pela lei civil, é real. E tem sido aproveitada. Jäggi vem definir a boa fé subjectiva como a “não consciência do injusto, apesar de uma falha no direito”. Antes, porém, vincara, de modo repetido, a inexistência de uma proteção global da boa fé subjectiva, com a conseqüente necessidade de previsões específicas para a sua aplicação; sublinhara, também, não ser o seu conteúdo sempre igual, antes surgindo adaptado pelas disposições várias que a utilizam.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 412.

¹⁹ “O todo poderá ser completado pelo poentar da boa fé subjectiva, numa sistemática mais lassa mas mais realista e, como tal, mais científica e mais útil.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 412.

Foram levantadas diversas discussões acerca da melhor aplicabilidade ou da aplicabilidade intentada pelos legisladores quando da inserção da boa-fé subjetiva nos códigos civis modernos, ou seja, se na esfera puramente psicológica ou ética.

Conforme já mencionado, a aplicação psicológica da boa-fé subjetiva leva em conta somente o estado de ignorância do sujeito, sem considerar qualquer outro fator interno ou externo. A aplicação nessa esfera favoreceria o comportamento defeituoso, atópetado de negligência e inconsciência, em detrimento do comportamento comum, exercido por aquele que não contribuiu, em nenhum aspecto, para vício na situação sob análise²⁰.

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 sanção²¹.

A aplicação do princípio da boa-fé subjetiva com qualidade ética exigiria, conforme se pode depreender do acima exposto, 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 conhecer”²², importou também à doutrina e aos legisladores certificar que não sofreria dos mesmos males de incerteza ligados à natureza psicológica. Onde falharam alguns sistemas

²⁰ Em BAPTISTA, *Lições de direito internacional*, p.84, é citado nesse ponto o pensamento de F. GORPHE em *Le principe de bonne foi*, Paris, Tese, 1928.

²¹ Nesse ponto, o autor faz referência ao pensamento de A. R. LUFINHA em *A posse de boa-fé para efeitos de prescrição*, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 420.

²² MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 430.

jurídicos no que se refere à definição de boa-fé, outros foram bem-sucedidos. No primeiro grupo pode-se encaixar o código civil português de 1966; no segundo, o código civil italiano de 1942.

A falha descritiva existente no código civil português²³ foi a de não expressar com a acuidade necessária o aspecto ou alcance da boa-fé subjetiva a ser aplicado no caso concreto. A partir dessa descrição incompleta, surgem com maior frequência interpretações faltosas e retrógradas.

Por outro lado, sistemas que se utilizaram da boa-fé subjetiva no caráter ético, tendem a resolver com maior capacidade as demandas referentes. De acordo com o código civil italiano, a boa-fé subjetiva é percebida pelo Direito na medida em que aquele que ignorava o dano causado a outrem, fazia-o com ignorância alheia à culpa grave. Por seu turno, culpa grave seria aquela incorrida pelo indivíduo que não agisse de acordo com os ditames comportamentais do *bonus pater familias*.

Duas curiosidades cercam o tema e os códigos civis português e italiano, utilizados aqui a título de simples comparação. Primeiramente, ambos encontram suas raízes histórico-culturais nas tradições romanísticas. A diferença que impulsionou o código italiano a patamares mais precisos que o lusitano jaz nos trabalhos doutrinários datados do século passado²⁴ que, desde a partida, direcionaram a conceitualização da boa-fé subjetiva como união entre elementos psicológicos e éticos. Justamente dessa caracterização inicial é que surgiu definição consonante de boa-fé no código civil italiano²⁵.

²³ Artigo 1260.º - (Posse de boa fé) 1. A posse diz-se de boa fé, quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem. 2. A posse titulada presume-se de boa fé, e a não titulada, de má fé. 3. A posse adquirida por violência é sempre considerada de má fé, mesmo quando seja titulada.

²⁴ Cf. posição de GALFO RUTA verificada em MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 429.

²⁵ Art. 1147. E' possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. Parágrafo primeiro. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave.

Segundamente, foi considerado pela doutrina e jurisprudência nacionais como de natureza psicológica, mas com desdobramento ético devidamente balizado pela limitação da ignorância escusável à existência de culpa grave. Na realidade, a boa-fé subjetiva italiana é de natureza eminentemente ética, uma vez que escapa ao campo de interferência puramente psíquica do agente ou omissa. De acordo com essa concepção, a boa-fé ética compreende um aspecto natural psicológico, que se queda lógico quando pressuposta a ignorância como fator erigido psicologicamente.

Por seu lado, na Alemanha, a posituação moderna do conceito de boa-fé subjetiva veio através do § 942, que, de forma negativa, definiu-a como o conhecimento do adquirente acerca da falta de título de propriedade pelo alienante ou pelo desconhecimento derivado de negligência patente. Basicamente, equivale dizer que o adquirente deve se cercar de todos os dados disponíveis antes de selar o acordo, sob pena de sofrer com, por exemplo, a negativa de anulação do negócio jurídico, fonte do dano a si causado.

Logicamente, a interpretação concreta deve levar em conta os aspectos econômicos e pessoais envolvidos. Não pode exigir a mesma cautela de um advogado e de um operário leigo, ou em um negócio compreendendo bem de grande valor e bem de pequeno valor²⁶.

²⁶ “Na base de questões decididas pelos tribunais alemães, tem interesse registrar um certo número de indícios que, a não alertarem o adquirente em termos de acatar esse dever de informação e cuidado, conduzem à ausência de boa-fé por negligência: a) O tipo e a forma do negócio de aquisição: o preço proposto e a situação geral do mercado ou, em geral, o tipo de negócio, podem, pela sua natureza inabitual, recomendar cautela; b) A situação da alienação: a pessoa que adquira, de noite, num local estranho, certos objectos valiosos, deve suspeitar; c) O modo habitual ou inabitual por que se desenvolva o negócio; d) O grupo social a que pertença o adquirente: a um banqueiro, a um comerciante ou a um advogado é, pelos conhecimentos e experiência, de exigir mais cuidado que a um operário; e) A opinião do tráfico sobre a legitimação necessária normal do alienante: esta não pode, porém, ir tão longe que derogue o efeito legitimador adveniente da posse, tal como resulta da lei; f) Declarações do alienante: estas devem ser consideradas de modo crítico, procedendo-se, em especial, à análise dos documentos exibidos: apresentem estas contradições patentes, haverá má fé; este aspecto é importante, p. ex., para a aquisição de automóveis; g) Situação patrimonial do alienante: perante um alienante em dificuldades econômicas conhecidas, há que ter cautela; h) Outras circunstâncias referentes à pessoa do alienante. Tudo isso deve ser entendido em termos de normalidade, de tal forma que, no caso concreto, o simples recurso ao senso comum permite um largo consenso quanto a saber a extensão do dever de diligência e de informação a cargo do adquirente.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 436-437. O autor menciona nesse trecho lista de preceitos retirados de F. QUACK, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munique, 1979, 649 ss.

Ainda nesse sentido, MENEZES CORDEIRO entende que a experiência germânica, quando traz a ausência de boa-fé no conhecimento da ausência ou do desconhecimento culposo, na realidade, determina de forma diversa uma mesma violação. Em sua opinião, o desconhecimento culposo englobaria o conhecimento da ausência de título.

Não se pode coadunar com tal interpretação, pois, embora oriundos do estado cognitivo do indivíduo, um fator é positivo (conhecimento da falta) e o outro negativo (desconhecimento negligente). Embora ambos sejam condenáveis pela legislação alemã, o segundo aspecto de descaracterização da boa-fé subjetiva é provado pela omissão, enquanto o primeiro por dolo, faltante qualquer caráter de ignorância quanto ao status jurídico do bem sob negociação.

Seja qual for a interpretação escolhida, a principal questão a ser observada nesse ponto é a de que a boa-fé subjetiva em seu aspecto ético, desprendida da exclusiva esfera mental do indivíduo, faz norma entre as partes, porque determina um estado jurídico dependente do estado mental e das atitudes tomadas, sopesados os fatores de formação do caso concreto.

Observe-se, contudo, que embora a boa-fé subjetiva ética pareça estar bem delineada par aplicação e bom funcionamento da ordem jurídica e transferência de bens, não é infalível.

No sistema alemão, por exemplo, tem-se que o registro público do título de propriedade de bens imóveis torna desnecessária qualquer verificação posterior por parte do adquirente no que se refere ao título do alienante. Isso faz com que seja imposto um limite importante à boa-fé ética, que a torna relativa e distante do comportamento leal e honesto intentado inicialmente pelos legisladores.

Essa consideração sistemática da boa-fé ética no sistema alemão provoca problemas que podem permitir aquisição fraudulenta de bens, sem ativar a proteção jurídica da boa-fé ética (ao menos conforme definida no código alemão). Como exemplo de tal assertiva, vislumbra-se a hipótese de aquisição de um bem por certo indivíduo, cujo título é certificadamente detido pelo alienante respectivo, uma vez registrado publicamente, mas cuja aquisição anterior ocorreu de forma duvidosa. Fazendo-se remissão à letra do código alemão,

o comportamento seria de boa-fé, pois havia o conhecimento do título pelo alienante e a ausência de desconhecimento fundado em negligência clara.

Obviamente, o sistema jurídico se encarrega de outras formas de correção de tais tipos de incongruência sistêmica. Porém, de qualquer maneira, é importante notar que esse tipo de possibilidade de deturpação da boa-fé ética a torna questionável e vazia de conteúdo moral, pois o comportamento é o parâmetro de decisão da norma em primeiro plano. A reserva mental do adquirente, no exemplo acima, é de difícil verificação direta.

Além disso, critica-se, inclusive, a existência dos deveres de diligência e informação consagrados pelos tribunais alemães e italianos para caracterização da boa-fé ética. A observância desses deveres é parcela da base do sistema jurídico como um todo, não sendo privilégio da boa-fé ética, portanto, não serviriam para identificá-la propriamente²⁷. Esses deveres, no entanto, não eram exigidos quando da utilização da boa-fé puramente psicológica.

O fruto da evolução do pensamento acerca da boa-fé subjetiva serviu para retirá-la do ambiente puramente mental dos indivíduos e, assim, de difícil constatação, e localizá-la com base em aspectos exteriores, padronizados conforme a ética imprimida em cada sistema jurídico. O exercício mostrou-se válido, conforme será verificado posteriormente, na descrição da boa-fé objetiva.

2.1.2. Fatores de concretização

O estudo da boa-fé subjetiva nos códigos civis revela uma proteção relativa à boa-fé presumida e uma condenação à má-fé. O Código Civil português, por exemplo, prima por penalizar a má-fé a proteger a boa-fé. É possível que isso ocorra, sobretudo, devido à maior facilidade na perquirição da má-fé e dificuldade quanto à certeza de detecção de comportamentos alegadamente de boa-fé.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 441.

Embora possa parecer, boa-fé e má-fé não são atitudes excludentes, ou seja, a falta de uma não significa a existência da outra na totalidade dos casos. Vide o exemplo do adquirente que não se beneficia da compra por ter agido com desconhecimento negligente da falta de título do alienante.

É certo que se afirme, conforme mencionado no código italiano, que a atitude de certo adquirente não pode ser corroborada pelo Direito, quando ausentes certos pressupostos de boa-fé ética na celebração do negócio jurídico. Por consequência, resta dúvida se seria possível imprimir de forma taxativa o caráter de má-fé na atitude de tal adquirente.

Por inúmeros motivos, pode o comportamento do adquirente ter falhado em relação aos paradigmas estabelecidos pelo Direito. Pode, dessa forma, o adquirente ser descuidado, ter falha aguda de julgamento quanto ao negócio realizado, mas não, por isso, ter agido de má-fé.

Não se pode interpretar precipitadamente a semântica deste raciocínio ainda inacabado. A postura negligente e ingênua daquele que contrata não é ratificada e justificada através desse pensamento. É que se exige um mínimo de perícia para assim tratar.

Infelizmente, ao menos para aqueles prejudicados por essas determinações objetivas do Direito, a proteção jurídica no trato negocial é limitada, não pode se estender a limites assistencialistas que abalem a segurança das relações jurídicas. O sistema precisa ser defendido com a medida madura de rigidez e flexibilidade exigida concretamente.

No caso em discussão, a negligência excessiva não merece proteção, não se enquadra nas acepções éticas de boa-fé comumente consideradas; por outro lado, não obstante, não é e não pode ser automaticamente designada como atitude de má-fé, sob pena de se punir o mesmo comportamento duplamente em nome de uma lógica simplista.

Independentemente da caracterização de qualquer comportamento como de boa ou má-fé, afirma-se ²⁸ que a real preocupação do Direito não é uma investigação desses

²⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 511.

comportamentos em si, mas a salvaguarda da correção das relações inerentes, ou seja, a validade de certo ato jurídico, o direito de propriedade, o enriquecimento sem causa, entre outros.

Assim não fosse, vale dizer, se o Direito se preocupasse somente com a intenção dos sujeitos enquanto jacente no interior de suas mentes, perderia precisão na determinação da validade e existência de fatos jurídicos e direitos variados. A análise da real intenção dos agentes, além de tarefa árdua e imprecisa, carece de relevância frente à proteção dos fatores que, efetivamente, interferem nas relações de fato estabelecidas com terceiros.

Não é importante o quanto o agente achou que havia de certeza no título de propriedade do alienante, mas o quanto, dentro de sua capacidade e da profundidade do negócio relevante, fez para alinhar a relação jurídica com a cautela exigida pelo Direito.

Em continuação, cabe aqui uma recapitulação das funções atribuídas à boa-fé subjetiva. Identificando-a com a boa-fé possessória, podemos considerar a boa-fé subjetiva sob dois prismas, quais sejam, psicológico e ético.

De forma exageradamente simplificativa, boa-fé subjetiva psicológica é a ignorância pura de certo fato. Por sua vez, a boa-fé subjetiva ética é a ignorância pura de certo fato, desde que desculpável, ou seja, desde que aceita pelo sistema jurídico como decorrente de comportamentos suficientemente diligentes.

Nesse sentido, o sistema não irá admitir comportamentos fora dos padrões de cautela exigidos concretamente. Assim, resguardará um nível mínimo de segurança nas relações jurídicas exteriores, despreocupando-se com o espírito da inteligência do agente.

As funções atribuídas à boa-fé subjetiva são, portanto, a proteção da boa-fé, enquanto atos que comportem tal característica, bem como a recriminação da má-fé, considerada, assim, como qualquer comportamento ausente de boa-fé.

Ademais, cumpre ressaltar novamente o papel forçadamente exercido pelos julgadores na determinação da boa-fé subjetiva, enquanto psicológica. Para os sistemas que a consideram como única medida de aplicação das regras de verificação de comportamento, a tarefa do julgador é sobremaneira penosa.

Resumidamente, o juiz terá que decidir sobre uma causa determinada analisando tão-somente a ciência ou ignorância do sujeito em relevância. Nesse caso, a conduta do agente não será importante, uma vez que é a intenção mediante a qual este agiu que regerá a aplicação do Direito.

Como é comumente criticada, a decisão judicial baseada somente nesse aspecto, independentemente da verificação dos indícios de um comportamento de um tipo ou de outro, isto é, de boa ou má-fé, não indicaria com precisão a realidade psicológica em jugo, enquanto incapaz de devassar a mente do agente²⁹.

Destarte, feita a verificação dos indícios em questão, não obstante a decisão proferida, não se poderia atestar o real estado de cognição do sujeito. No máximo, os fatores de análise só poderiam indicar ao juiz o que provavelmente ocorreu, dentro de características ordinárias, tanto da situação fática, quanto da natureza do sujeito envolvido. A boa-fé subjetiva psicológica é aparente.

Considerando-se esse aspecto de aparência, resta ao julgador, além de perceber o que traduziu o comportamento de um sujeito, perceber o que o comportamento deveria ter traduzido. O padrão ético entra nesse ponto.

O julgador verificará de que maneira o comportamento deveria ter sido realizado e se, de fato, os indícios mostram atitude consonante. Se positivo, consubstancia-se a boa-fé, do contrário, é atestada a má-fé. Mais uma vez, surge a idéia das funções da boa-fé subjetiva. De um lado, a proteção da boa-fé e dos comportamentos que nela são baseados, de outro, a

²⁹ “A boa fé psicológica deixa uma margem lata ao acaso. (...) O controlo do sistema sobre suas soluções e do ser pensante sobre as questões que se lhe ponham, em termos jurídicos, requerem uma boa fé ética.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 514.

penalização da má-fé, enquanto atitude em desacordo com o estabelecido no caso concreto, ou seja, insuficiente para atingir níveis aceitáveis de cautela e diligência.

Desta feita, o julgador realiza uma investigação dos indícios casuísticos e não da cognição real do agente. Para que realize tal investigação, entretanto, é forçado pelo sistema a se basear em determinados requisitos que, embora gerais (vide a referida ‘desculpabilidade’), tendem a nortear concretamente o conjunto de atitudes tomadas ou que deveriam ser idealmente tomadas para justificarem a proteção da boa-fé pelo sistema. É a intromissão fatal da boa-fé subjetiva ética.

Considerando-se todas as razões expostas ao longo desta seção, não é de se surpreender que muitos sistemas, inclusive o português e o italiano, tenham recepcionado a noção ética da boa-fé subjetiva. O núcleo da boa-fé subjetiva, portanto, alicerçada em noção ética, corresponde a um desconhecimento relevado pelo Direito. Essa ponderação do sistema deve concluir que o indivíduo em relevância agiu de acordo com padrões mínimos de cautela exigidos de acordo com o caso concreto.

O caso específico deve ser analisado para que sejam tiradas as conclusões pertinentes, pois não basta que o Direito estabeleça um dever geral de honestidade, deve estabelecer padrões que protejam a ordem mínima de segurança montada entre contratantes quaisquer.

Como já se disse, não devem ser absolutamente resguardados os interesses daqueles que ignoram nos limites da displicência e descuido. O ambiente negocial - aqui incluídos os casos possessórios, que ajudaram a desenvolver o conceito de boa-fé possessória, germe das noções psicológica e ética aqui desenvolvidas - demanda essa seriedade aguda.

Além da preocupação nuclear desenvolvida no sentido de se estabelecer a importância da ignorância escusável, cabe definir outra questão quanto à boa-fé subjetiva: a forma pela qual o Direito a trata. Os tratamentos dividem-se no estatuir e no prever. A resposta não é universal nesse sentido, no entanto, será discutida qual a forma de aplicação genérica mais prática e de resultados comprovadamente mais positivos.

Inicialmente, faz-se necessário compreender de maneira mais detida o que significa estatuir e prever a boa-fé subjetiva. Estatuir a boa-fé subjetiva significa determiná-la, atribuindo-se conseqüências às ações que estejam de acordo ou não com a norma que lhe compreende. Por outro lado, prever a boa-fé subjetiva, ao menos no sentido aqui discutido, significa considerá-la como um instituto fora do Direito, estabelecido como parâmetro que o Direito busca atingir.

Definidas as opções acima e levando-se em conta o discutido até o momento, é mais fácil de ser percebida a alternativa mais lógica. Para a atribuição de conseqüências positivas às ações, deve-se considerar a boa-fé estrita dos indivíduos; não basta que sejam omissos ou neutros. A possibilidade de agir de forma incólume sob a neutralidade é eliminada pelo Direito, na medida em que é punida de forma idêntica à ação de má-fé. Na prática, o Direito eliminou a neutralidade das ações estabelecendo padrões mínimos de desculpabilidade.

Concluindo, o Direito direciona as ações para padrões reconhecidamente de boa-fé. Não significa dizer que não exista, de fato, neutralidade nas ações dos sujeitos, mas sim que não bastará tal neutralidade para eximir suas ações das conseqüências negativas atribuídas à má-fé. O direcionamento, portanto, que o Direito dá às ações, favorecendo aquelas de boa-fé e penalizando as de má-fé, permite dizer que a boa-fé é estatuída nos sistemas. Não só é reconhecida sua existência, como também é perseguida pelo sistema.

Seguindo a linha argumentativa tecida acima, pode-se inferir que a boa-fé subjetiva sob a noção ética aproxima-se em nível significativo à boa-fé objetiva, uma vez que ambas são pautadas por padrões de conduta externamente estabelecidos, ou seja, padrões estatuídos normativamente ou em decorrência de um dever geral estatuído. Para o momento, basta essa assertiva sobre as características da boa-fé objetiva, considerando que o conceito será tratado especificamente em seção posterior.

Não obstante seja possível comparar os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva, é relevante destacar que guardam diferença importantíssima entre si. A boa-fé subjetiva sob noção ética, embora estabeleça ações sob determinados deveres de diligência, conforme determinados concretamente, ainda considera o estado mental do agente, ou seja, percebe a desculpabilidade a partir da noção de ciência ou ignorância do sujeito. Esse fator não é considerado quando se trata de boa-fé objetiva, conforme se verá adiante.

Os deveres de conduta oriundos da boa-fé subjetiva servem para formar ou para concretizar o cenário padrão de informação e de ciência no qual o agente deve estar inserido durante determinada avença.

A boa-fé subjetiva determina, então, que comprovado o cuidado pelo agente no caso concreto, ou seja, se comprovadamente tomadas as medidas de cautela, este alega não saber, não será prejudicado. É assim que se verifica a real diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva. Nesta, o critério cognitivo não é considerado para determinação da má-fé.

Ainda assim, é perigoso basear conseqüências jurídicas reais na ciência do agente. Por isso, diz-se que a norma que estatui a boa-fé subjetiva o faz com base na confiança³⁰, pois seus efeitos positivos serão atribuídos mediante a comprovação de fatores acessórios (deveres de cautela), não da comprovação da ciência ou ignorância real, pois tal estado é impossível de ser comprovado de forma absoluta.

Por fim, vale discorrer acerca da aplicabilidade genérica da boa-fé subjetiva, em outras palavras, da existência de uma cláusula geral de boa-fé subjetiva. Nesse sentido, significa dizer se é possível determinar que, independentemente de disposição normativa específica

³⁰ “Por isso mesmo, quanto aos pressupostos aplicativos, a boa-fé requer, no entendimento dominante, um relacionamento particularizado entre dois sujeitos, um ‘contacto social qualificado’, como diz ROTH, pois só nesse quadro se estabelece, por um lado, uma interpretação comunicativa que gera a confiança, e só ele potencia, por outro, a recíproca interferência danosa que os deveres de conduta correcta intentam prevenir.” J. de S. RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 216-217. No mesmo sentido, “Os objectivos da boa fé subjectiva, definidos particularisticamente nas suas aplicações típicas, constituem uma síntese com os fins mais globais dos sistema jurídico: a aparição da confiança, nos diversos cenários, basta para o demonstrar.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 525.

versando sobre excludentes de responsabilidade sob boa-fé subjetiva, pode certo sujeito valer-se de condição favorável equivalente.

É verdade que à boa-fé objetiva é atribuída uma concepção de cláusula geral, a ser discutida adiante, mas isso não é verificado com tanta clareza ao se tratar da boa-fé subjetiva. Sua interpretação sistemática deve valer-se da analogia em determinados casos, ou seja, ao intérprete deverá ser possibilitada sua utilização em benefício do caso concreto e da técnica jurídica apurada.

No entanto, considerando a sensível questão que se coloca inevitavelmente ao se versar sobre boa-fé subjetiva – o estado mental do agente - ainda que não seja o único fator de julgamento, deve-se ser limitada em medida considerável. Contudo, não deve aproximá-la em demasia à aplicação genérica da boa-fé objetiva, não obstante os padrões éticos que venha a seguir conforme o sistema no qual se insere.

2.1.3. A distinção entre boa-fé subjetiva e a objetiva

Dentro da presente seção, serão diferenciados os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva. Para tanto, conquanto já tenha sido caracterizada a boa-fé subjetiva, far-se-á remissão adicional aos termos já descritos para o propósito da presente comparação.

De acordo com o que já foi afirmado anteriormente, à boa-fé subjetiva pode-se relacionar diretamente o estado mental de um indivíduo. Adicionalmente, viu-se que a aplicação ocorre de forma mais comum dentro dos direitos reais, especificamente, na matéria da posse. 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.

Sendo assim, em suma, a boa-fé subjetiva é assente na ignorância escusável do agente, do possuidor e do contratante. Essa ignorância escusável é determinada conforme o caso, por

exemplo: crença no título de propriedade por parte do alienante, crença na representação válida por suposto mandatário, usucapião, dentre outros.

Por sua vez, 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 precisos³¹, com base em um padrão comportamental³².

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 contrato³³. Dessa forma, mostra-se menos etérea e abstrata que a boa-fé subjetiva, na medida em que é parâmetro de aplicação da relação contratual. É dinâmica, portanto. 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. Não será tolerada a ação individualista, ainda que fundamentada em Direito. Vide o exemplo manifesto no artigo 771 do código civil brasileiro. Mesmo fazendo jus à indenização, o segurado deve avisar de imediato o segurador acerca do sinistro, para que este tenha minoradas as consequências negativas oriundas de tal situação.

³¹ Dispõe o Código Civil brasileiro: 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.

³² 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 (...)”. Apelação com Revisão nº 1247145-0/1, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Armando Toledo, julgado em 10 de março de 2009.

³³ Ao tratar da boa-fé objetiva, afirma J. 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 finalidade do contrato (...)”. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 420 (doravante referido como “MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*”).

Para que se tenha noção da importância da consideração da boa-fé objetiva nesse diapasão, confira-se exemplo extraído do direito alemão. A importância da utilização desta faceta da boa-fé objetiva decorre do fato de ser, em alguns casos, o recurso único de interpretação para aplicação de indenização.

Cite-se o “caso dos rolos de linóleo”³⁴, o qual identifica a interpretação dos tribunais alemães no sentido de forçar a indenização pelo vendedor ao consumidor, em caso de acidente deste no estabelecimento daquele, por falta de cuidado e diligência na conservação da loja (no caso, os rolos de linóleo caíram sobre um consumidor potencial que transitava no interior da loja).

Tendo em vista que no direito alemão, diferentemente do direito brasileiro, não existe a cláusula geral de responsabilidade civil, como naquele caso inexistia contrato firmado entre o vendedor e o consumidor, o recurso utilizado pelos tribunais foi o da violação pelo vendedor de deveres de conduta objetivos, baseados no respeito à contraparte³⁵.

Aproximação entre a boa-fé objetiva e a subjetiva encontra-se 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 que, com isso, busque-se 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

³⁴ Caso julgado pelo Supremo Tribunal alemão (*Reichsgericht*) em 07 de dezembro de 1911, cf. mencionado em MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 547.

³⁵ “(...) ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 412.

de consciência interna que habita a boa-fé subjetiva. A gradação da aplicação da norma de boa-fé objetiva dar-se-á, portanto, de acordo com a necessidade do sistema.

2.2. BOA-FÉ OBJETIVA

2.2.1. Relevância da existência de cláusula geral de boa-fé objetiva

Anteriormente à vigência do Código Civil atual, que determinou de forma expressa a observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, tinha-se apenas 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 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu de forma consonante em demanda atinente a determinado contrato de consórcio, determinando a devolução das parcelas sem correção monetária, não obstante a alteração significativa das bases contratuais (troca unilateral do objeto de consórcio) e a aplicação do valor corrigido pela concessionária no mercado aberto³⁶. O perigo da manutenção do princípio da boa-fé subjetiva foi exibido categoricamente nesta decisão, uma vez que a reteve à noção de moral, sem limites de aplicação objetivos.

Ademais, conforme já tratado acima, o Poder Judiciário tinha que 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

³⁶ “Os contratos são ajustados para serem cumpridos pelo princípio elementar da boa-fé, que deve reger qualquer relação jurídica.” Apelação Cível nº 1685/89, 2ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Negi Calixto, julgado em 02 de maio de 1990.

vista a falta de cláusula geral de boa-fé. Atualmente, no entanto, a utilização do princípio é expressa nas decisões judiciais³⁷.

Em caso recente, que demonstra a utilidade do princípio modernamente, 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. Dever que, embora não expresso na apólice, era logicamente oriundo da cobertura contratada, dado o caso específico³⁸.

2.2.2. A boa-fé como parâmetro de conduta pré-contratual

De forma genérica e simplificada, pode-se dizer 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

³⁷ Conforme acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “Não deve a operadora de plano de saúde, tratando-se de procedimento de urgência e emergência, ficar discutindo a interpretação de cláusulas contratuais referentes ao período de carência (...) devendo, ao contrário, concentrar-se nos deveres de cuidado e cooperação oriundos do Princípio da Boa-Fé Objetiva, eis que o tratamento de saúde deve ser prestado ao consumidor com lealdade pelo seu parceiro contratual.” Apelação Cível nº 2.000.00.376517-1/000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador William Silvestrini, julgado em 06 de março de 2009.

³⁸ “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” Recurso Especial nº 735.168/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de março de 2008.

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 contratos³⁹.

Inicialmente, cumpre salientar 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, como era a aplicação na época, a ação era baseada na responsabilidade contratual.

A problemática encontrada pelo doutrinador mencionado era a de justificar a aplicação de uma responsabilidade contratual a uma situação que não pressupunha a existência de um contrato, uma vez nulo. Quando da verificação da 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 celebração do contrato. Os interesses positivos, 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 da 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,

³⁹ V. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 485. Sobre o assunto: “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.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 528.

independentemente da verificação da 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 de tais fatores de nulidade⁴⁰. 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*, tal como concebida por JHERING, subjaz no fato de buscar uma responsabilidade contratual a uma avença nula. Não obstante, afirma-se que sua intenção não foi a de determinar exaustivamente a forma pela qual as características da indenização deveriam ser sistematizadas, mas sim de apontar um caminho ainda inexplorado pelo direito no campo da formação dos contratos⁴¹.

⁴⁰ “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, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 530.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO 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 idéias a partir de sua teoria. *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 532. 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 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.

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 da análise do segundo aspecto de desenvolvimento da teoria em discussão, qual seja, o da projeção legal⁴².

Consideradas demasiadamente simplificadas as respostas disponíveis no campo da concepção negocial da *culpa in contrahendo*, buscou-se analisá-la sob o prisma da previsão legal, ou seja, sob a concepção trazida por lei, conforme existente nos diversos ordenamentos. Tal remessa, no entanto, não resolve a questão, porquanto ainda necessário averiguar o teor das normas, conforme inseridas nos sistemas, que teoricamente hão de recepcionar o desenvolvimento da teoria.

É possível desvencilhar-se rapidamente dos entraves impostos pelas discussões acerca da nulidade ou validade do contrato e subsequente imputação de responsabilidade ao ofensor quando se fundamenta a teoria da *culpa in contrahendo* sem o apoio da relação contratual.

Reitera-se que, segundo JHERING, a responsabilidade seria de ordem contratual, no entanto, qualquer que seja o estado do contrato, remetendo-se a *culpa in contrahendo* à lei, a

Conseqüentemente, para LEONHARD, os deveres de conduta prévios à formação infrutífera do contrato não teriam natureza contratual e, portanto, não seriam recepcionados pela *culpa in contrahendo*. Esta é a segunda classe de críticas ao autor, que se resumem na limitação dos estudos por si desenvolvidos, na medida em que não sugeriram uma solução para os casos dos deveres prévios cujos contratos subsequentes foram inválidos, nulos ou, até mesmo, inexistentes. Ainda que interrompida no ponto explicado no parágrafo acima, a evolução da teoria de JHERING continuou no trabalho de terceiros. O estudioso que tomou os pontos defeituosos da análise de LEONHARD foi H. SIBER. Defendia a idéia que, durante a fase de negociação, as partes celebrariam um contrato preliminar, que regeria os termos da negociação formadora do contrato final. A idéia de SIBER, no entanto, encontrou duras críticas por conta de se apoiar sobre uma ficção. Na realidade, as partes aproximam-se de forma livre e voluntária para negociar, sem se prender, ainda que tacitamente, a deveres precisos de conduta, limitando-se, no entanto, às determinações gerais do dever geral de boa-fé.

⁴² “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, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 539.

questão quanto à validade do contrato fica prejudicada, uma vez que não seria a fonte da teoria.

A concretização da remessa acima apontada ocorreu, inicialmente, com indicação da responsabilidade delitual. Nos ordenamentos jurídicos português e alemão, buscou-se fundamentar a *culpa in contrahendo*⁴³. Não bastava tampouco uma simples remessa a qualquer parcela da responsabilidade delitual, mas a artigo que determinasse a necessidade de indenização nos casos de danos pré-contratuais.

Na doutrina italiana, o pioneiro da *culpa in contrahendo* foi G. FAGGELA⁴⁴, que a introduziu no sistema da responsabilidade pré-contratual. Sem deixar clara, no entanto, sua opção pela concepção contratual ou legal da teoria, o autor buscou fundamentar a necessidade de indenização na realidade do trato negocial.

Nesse sentido, entendendo tratar-se, por vezes, de relacionamentos mais extensos e complexos que a temática contratual da oferta e aceitação imediata. Considerou que, uma vez que as partes concordam em elaborar trabalhos preliminares à formação do vínculo, estariam se responsabilizando pela realização de tais trabalhos e pela conseqüente incidência de custos.

Destarte, caso os trabalhos fossem realizados e houvesse a interrupção definitiva das negociações por uma das partes, assim, encerrando as possibilidades de formação do vínculo, seria devida a indenização.

Fique claro que não é imputada às partes a obrigação de contratar, por isso, não se indenizaria a parte remanescente por falta do ânimo de contratar, mas pelos gastos decorrentes dos trabalhos preliminares que se tornaram inúteis por conta da desistência alheia,.

⁴³ Respectivamente, no artigo 483.º/1 e no § 823 dos códigos civis.

⁴⁴ Cf. posição descrita em MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 540.

Ainda assim, ou seja, mantendo-se de forma transparente que a indenização teria como objetivo a recuperação do estado econômico anterior da parte desistida, a teoria da *culpa in contrahendo*, conforme desenvolvida por FAGGELA, foi substancialmente contestada por não considerar sequer a culpa da parte desistente para determinar a indenização. É importante relevar que, em alguns casos, a parte desistente não possui culpa.

Não é difícil encontrar motivos para criticar o radicalismo da defesa de uma responsabilidade (pré-contratual) que prescindia de dolo ou de negligência. Por esse motivo, mesmo que sem basear sua construção teórica em artigos determinados de lei, pode-se interpretar que o autor concebesse a *culpa in contrahendo* na possibilidade de previsão legal ao invés de uma concepção contratual. A fundamentação sob argumentos de responsabilidade objetiva não teria aplicação nos casos de interrupção das negociações preliminares.

Retornando aos estudos desenvolvidos pelos doutrinadores alemães, afirma-se que suas tentativas no sentido de aproximar a *culpa in contrahendo* de previsões legais foi infrutífera, pois se basearam em analogia partida de previsões específicas existentes no código civil nacional⁴⁵. Considerando tais analogias como único pilar da teoria, torna-se insustentável qualquer argumentação de si advinda, uma vez que é incerto afirmar-se que as previsões específicas denotam a existência de uma mesma fonte genérica de Direito ou a representação, pelo contrário, de exceções a uma regra geral imposta.

Para solucionar a questão, seria necessário recorrer-se a fatores externos que independessem dos enunciados específicos em estudo. Na ausência de tal exercício, não se pode afirmar que a solução perfeita da caracterização da *culpa in contrahendo* seja atingida pela concepção legal.

⁴⁵ “Uma análise dos diversos preceitos do BGB, utilizados para amparar um instituto geral de *culpa in contrahendo*, porquanto estritamente ligada a particularidades formais da lei civil alemã, tem pouco interesse teórico. Por um lado, a existência de preceitos dispersos, portadores de directivas confluentes, sugere o aflorar de um princípio comum. A sua dispersão aviva, porém, por outro, a hipótese da especialidade: destinados a contemplar situações particulares, eles não poderiam, de modo admissível, suportar construções por analogia.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 543.

Tendo em vista o acima exposto quanto às concepções negocial e legal da *culpa in contrahendo*, conclui-se que nenhuma tem a capacidade de fixar as bases de sua aplicação de forma concreta. Quanto ao aspecto negocial, foi visto que a doutrina buscou estabelecer a responsabilidade pré-contratual num assentimento tácito das partes quanto aos trabalhos desenvolvidos em tal fase. Em alguns casos, isso se provaria e a questão seria resolvida pela auto-regulação entre as partes. Contudo, não serve como regra geral de limitação da dinâmica pré-contratual.

Em segundo lugar, procurando-se a resposta no recurso legal, de pretensa profundidade, verificou-se que tampouco foi capaz de solucionar a questão autonomamente, tendo em vista a falta de uma regra geral instituída para a responsabilização na fase de formação contratual. A saída nesse sentido foi a de aproximar as situações de fato a regras específicas estatuídas que, analogamente, serviriam para justificar a teoria. Por conta da insustentável lógica de raciocínio de formação de um princípio geral, como acima demonstrado, abandonou-se, igualmente, a tentativa de solucionar o problema por esse meio.

Finalmente, na carência de teorias que pudessem explicar com a propriedade e completude necessárias as implicações do tema, recorreu-se à análise do estudo da jurisprudência atinente ao assunto, a qual será pormenorizada nos subitens seguintes.

(i) Julgamentos baseados na existência de um dever de proteção entre as partes na fase preliminar.

O primeiro caso de reconhecimento da *culpa in contrahendo* nos tribunais alemães foi o dos rolos de linóleo. Nesse caso, tendo desejado adquirir determinados tapetes de linóleo em certa loja, a consumidora foi acompanhada do empregado da loja para coletá-los na seção específica quando foi ferida, por descuido do empregado, que deixou cair da prateleira referidos tapetes.

A corte alemã entendeu que a indenização devida à compradora por conta da queda dos tapetes tinha a mesma natureza que a oriunda dos danos patrimoniais existentes da interrupção absoluta das negociações preliminares, por existir um dever de proteção mútua da propriedade, tanto quanto da vida, em situações pré-contratuais.

Na esteira da decisão paradigmática acima descrita, seguiu-se uma linha jurisprudencial na Alemanha que estendeu consideravelmente o âmbito de aplicação do dever de proteção. A extensão ocorreu de tal forma que este era exigido até em estado anterior ao do início das negociações formais, bastando haver entre as partes uma aproximação intencional no sentido de contratar. Nesse sentido, é complicado precisar, em termos de prova, quando do momento de aproximação real das partes para negociar a contratação.

As decisões sob argumentos da existência de deveres de cuidado pré-contratual das partes aprofundaram-se, adicionalmente, no sentido da proteção dos valores patrimoniais e, até mesmo, da proteção de terceiros envolvidos. A título de exemplo, em muitos casos, a motivação dos tribunais para deferimento dos pedidos indenizatórios foi a falta de diligência por parte de estabelecimentos na manutenção de seus estabelecimentos, provocando danos físicos aos seus compradores e terceiros acompanhantes⁴⁶.

(ii) Julgamentos baseados na existência de um dever de esclarecimento entre as partes na fase preliminar.

A quebra do dever de esclarecimento equivale à falta de informação ou ao fornecimento de informação falsa ou deficiente, ensejando a *culpa in contrahendo*, não obstante a possibilidade de fundamentação adicional em teorias de vício nas declarações de vontade.

⁴⁶ Narrando caso decidido pelo Judiciário alemão: “Em BGH 28-Jan.-1976 – o caso da folha de hortaliça – pôs-se o seguinte. A A., acompanhando a sua mãe que pretendia fazer algumas compras, penetrou numa loja; quando tencionou a ajudar a mãe a embrulhar as mercadorias, escorregou numa folha de hortaliça e feriu-se com gravidade. O BGH deu provimento à acção de indemnização posta contra a entidade titular do estabelecimento por entender que, pela boa fé, o dever de protecção contratual, violado por negligência, abrangia, também, a segurança de certos terceiros.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 548.

A força de tais deveres mostrou-se claramente nas decisões dos tribunais alemães. Alegando a violação dos deveres de informação, em muitos casos os autores conseguiram sucesso em suas demandas.

Primeiro exemplo nesse sentido é o de uma trabalhadora alemã que escondeu durante determinado processo de seleção o fato de ainda se encontrar debilitada por doença obtida preliminarmente⁴⁷. Escondendo tal condição, iniciou suas atividades, contudo, sem observar as recomendações médicas de repouso necessário. Devido à recaída que teve por não seguir as ordens médicas, faltou por inúmeras vezes na nova função laboral adquirida, desistindo por completo pouco tempo depois.

A empresa, que se viu sem a nova funcionária contratada, teria que reiniciar o processo de seleção, incorrendo em novos custos operacionais. Tendo em vista o dano patrimonial sofrido, a empresa promoveu demanda contra a ex-funcionária, procurando reaver o montante equivalente aos custos de tempo e dinheiro no processo de seleção que culminou com sua contratação e demissão prematura.

O tribunal alemão atendeu ao pedido da empresa, responsabilizando a ré pelos custos incorridos pela empresa com base na falta de cumprimento de um dever de informação da funcionária quando do momento da contratação.

Segundo o tribunal, caso a funcionária tivesse informado a empresa acerca de sua condição, teria sido direcionada por esta a seguir as ordens médicas. Por conseguinte, a empresa teria sua nova funcionária na plenitude de sua capacidade ou, ao menos, considerando a condição da candidata incapacitante para atender às exigências da vaga, teria aproveitado o mesmo processo para contratação de candidato terceiro.

Através do exemplo transcrito, vê-se a importância da manutenção e observância da informação da contraparte na dinâmica negocial alemã. Esse caso aproxima-se deveras de

⁴⁷ Matéria decidida pelo BAG em 07 de fevereiro de 1964, cf. descrito em MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 550.

exemplos clássicos de informação na contratação de seguros-saúde sob o Código Civil brasileiro, conforme se explica adiante.

Aqueles que buscam a cobertura das operadoras de seguro passam por uma entrevista prévia, que visa devassar o histórico clínico do futuro segurado. As informações prestadas pelos futuros segurados são a única base da qual se utilizam as operadoras de seguro para determinar o risco e, por conseguinte, o prêmio a ser pago.

Na ciência de condição pré-existente, é dever de o segurado informar à operadora de seguro os termos exatos de tal condição durante a entrevista prévia. Tendo ciência e faltando com o dever de informação, não terá a cobertura necessária.

Decorre de lei essa determinação e sua rigorosidade serve para conter os danos provenientes da ocultação de informações, porquanto dificilmente verificável pela operadora de seguro quando da entrevista, apoiando-se num dever de boa-fé de natureza puramente psicológica.

Nesse caso específico, não há deveres de conduta ou de diligência por parte do entrevistado determinados pelo código, além da simples veracidade na prestação de informações, conforme percebidas pelo futuro segurado.

(iii) Julgamentos baseados na existência de um dever de lealdade entre as partes na fase preliminar.

A violação do dever de lealdade, em grande parte dos casos, implica, igualmente, numa violação dos deveres de informação. Por conta desse aspecto, ou seja, em razão de muitas vezes a violação da lealdade se consubstanciar numa falta de informação, é difícil diferenciar os dois tipos de dever.

Além do caso-modelo que será abaixo descrito, teoricamente, pode-se procurar distinguir os deveres através de uma busca na intenção do agente. Mais uma vez, infelizmente, adentra-se à esfera anuviada do psicologismo dos contratantes.

Não obstante, caso seja verificada a intenção de não informar do agente, viola antes o dever de lealdade para, seguida e inexoravelmente, violar o dever de informação. No entanto, por mais difícil que pareça, é possível separar casos em que haja somente a violação de um dever ou de outro, assim, delimitando claramente seus respectivos campos de atuação na orientação padrão contratual.

Existe violação somente do dever de lealdade no rompimento injustificável das negociações preliminares. Todas as informações necessárias foram prestadas, mas de forma individual as negociações são interrompidas, independentemente do dispêndio de recursos pela parte desistida. Viola-se, assim, o dever de lealdade.

Exemplo fornecido pela jurisprudência alemã de violação do dever de lealdade, tal qual enxergado isoladamente, é o da desistência injustificada das preliminares ou má-formação da avença final por ação exclusiva de uma das partes.

Englobando os dois fatores mencionados, segue explicação do caso⁴⁸. Determinado órgão público alemão, titular de imóvel, negociava sua locação a particular dentro de certos parâmetros, inclusive, delimitados por um modelo. No decorrer das negociações, o locador alterou a linha contratual originalmente fornecida, quebrando a expectativa gerada no particular anteriormente.

O tribunal entendeu haver uma violação do dever de lealdade pelo órgão público, pois havia imprimido no eventual locatário confiança de que o negócio seria formado conforme certos termos. Em sentido contrário ao da argumentação de base da decisão final do tribunal alemão, frise-se, em favor do particular, saliente-se que não se deve supervalorizar as

⁴⁸ Caso julgado pelo tribunal federal alemão (BGH - *Bundesgerichtshof*) em 08 de junho de 1978, cf. descrito em MENEZES CORDEIRO p. 552.

negociações preliminares e lhes dar efeitos similares ao dos contratos formalizados. É bem verdade que a violação indiscriminada dos deveres de lealdade pré-contratuais tende a formar um ambiente de insegurança jurídica com o qual não se deve conformar.

Por outro lado, caminhar inadvertidamente em favor da supervalorização das negociações preliminares é imbuir de rigidez excessiva uma fase na qual, por definição, os interesses das partes não são certos em absoluto. Não há ainda manifestação receptícia final, característica última de formação do vínculo contratual⁴⁹.

Por todo o exposto na presente seção, é natural concluir que não existe uma posição determinada em favor da autonomia das partes em contratar ou de normas que determinem em exato o campo de aplicação dos deveres pré-contratuais. O que se pode definir é que o valor destes deveres é autônomo.

Independem do tipo contratual a ser firmado ou do valor econômico envolvido, embora a complexidade negocial que exige tais deveres com maior profundidade refira-se, habitualmente, a negócios de vulto econômico considerável, que já se refletem nos tipos de trabalho desenvolvidos na fase das negociações preliminares.

A obediência a esses deveres também não pode ser explicada através do papel jurisprudencial de interpretação das concepções negocial e legal definidas no item acima, embora seus avanços tenham sido importantíssimos para preencher a lacuna que imprimia a

⁴⁹ A aceitação é sempre concludente, não importa o tempo que tenha havido entre esta e a oferta inicial. Portanto, não se pode dizer que houve uma série de ofertas e aceitações, mas sim uma série de ofertas e contrapropostas que anuíram, em parte, às ofertas reciprocamente realizadas. A própria definição de aceitação impede que nos utilizemos do termo “aceitação parcial” e causa redundância no uso do termo “aceitação concludente”, pois toda aceitação, para que seja compreendida como tal, deve ser completa, final, ou seja, concludente. Sendo assim, embora anuviada pela gama de propostas e contrapropostas pré-existentes, a aceitação existe e pode ser definida, podendo, assim, ser utilizada como dado para a aplicação das teorias jurídicas descritas. Em defesa da presente argumentação: “A decisão talvez seja o momento mais significativo, como culminância da fase das negociações, pois é o momento conclusivo do debate e do diálogo abrangente, no qual, por pressuposto, todas as questões foram devidamente colocadas. É verdade que as negociações podem ser começo e fim dos entendimentos. Negociar não significa ainda contratar, em que pese, como foi dito, a possibilidade de criação de vínculos jurídicos com a eficácia de titular as partes de direitos, que podem ser exercidos regularmente na esfera judicial e, às vezes, até mesmo arbitral.” (grifado) I. STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p.85 (doravante referido como “STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*”).

inexistência de uma cláusula geral de responsabilidade civil no direito alemão, diferentemente do que ocorre no Direito.

A proteção que as partes devem fornecer mutuamente não pode ser deixada livre no campo a autonomia das partes pré-negocial, tampouco pode ser suscitada em termos específicos na lei⁵⁰.

A partir dos entendimentos jurisprudenciais acima expostos, novas teorias formaram-se para explicar os fundamentos da *culpa in contrahendo*. A primeira delas é atribuída a G. HAUPT⁵¹. Segundo sua orientação, existia a formação de contratos mesmo sem a ocorrência de declarações negociais e relação aos deveres pré-contratuais baseados em lei. Sua teoria intitulava-se “doutrina das relações contratuais de fato”.

A partir de suas premissas, as relações contratuais eram passíveis de formação pelo contato social, pela existência de organizações comunitárias e pela prestação indiscriminada de serviços à sociedade.

A formação dos contratos de fato através do contato social correspondia à idéia de que no cotidiano eram formados contratos sem a ocorrência da temática clássica da oferta e aceitação expressas, bem como da ficção de formação tácita de contratos. O contato social era o único responsável. Para tanto, utilizava-se de exemplos como do transporte gratuito e o do caso dos tapetes de linóleo. Inclusive, nesse caso, afirmava que não era possível apoiar a responsabilidade no delito simples, tampouco na suposição de contratos preliminares tácitos.

Nesse caso, assim como no dizer genérico de sua teoria, o contato social era o responsável pela presença dos envolvidos nos locais de formação do contrato ou de ocorrência dos fatos resultantes na demanda por indenização. É importante frisar que, no que concerne ao

⁵⁰ “Desfeitas as ilusões comunitaristas, deve reconhecer-se que as partes, com interesses diferentes, quando não contrapostos, podem considerar-se ‘leais’ apenas numa leitura jusromântica, distante das realidades. A autonomia em si, só comporta liberdade em seu sentido puro, de arbítrio. Qualquer ‘lealdade’ que se pretenda descobrir, tem de ser atribuída a vectores estranhos à contratação e às partes: é, apenas, uma necessidade jurídica de respeitar as normas ou princípios específicos.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 554.

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 555.

alargamento da *culpa in contrahendo*, o tipo de contrato de fato relevante de acordo com HAUPT é aquele oriundo do contato social.

Sem dizerem respeito diretamente ao desenvolvimento da *culpa in contrahendo*, a segunda e terceira divisões da teoria das relações contratuais de fato correspondiam, respectivamente, à formação de sociedades e vínculos de trabalho acometidos de nulidade superveniente e ao fornecimento indiscriminado de serviços.

Nesse último caso, afirmava HAUPT que o dever de prestação social era a força motriz do transporte público e demais similares, mesmo sem a existência de um contrato. Ora, como é de conhecimento, modernamente, independentemente do tipo de relação social outorgada ao público indiscriminado, é errado afirmar a inexistência de um contrato⁵².

Sérias críticas seguiram, do mesmo modo, contra a inclusão dos deveres de prestação social de HAUPT nas relações contratuais de fato. Contudo, sua contribuição foi relevante para o aperfeiçoamento do que, nos estudos desenvolvidos por doutrinadores que lhe seguiram, viria a retomar a idéia de deveres pré-contratuais.

⁵² A aceitação tácita na oferta ao público é modo muito comum nas relações jurídicas mais simples do cotidiano. Exemplo dessas relações é a contratação de serviços de transporte entre o particular e a empresa detentora da concessão da exploração de serviços de transporte público municipal. É certo que, ao entrar no meio de transporte, o indivíduo já contratou o serviço nos moldes estabelecidos pela Administração Pública, portanto, a perfeição do contrato independe de qualquer comunicação entre este e o coletor do preço da passagem, pois se presumem de conhecimento do passageiro o preço e o itinerário do meio de locomoção. Ao contrato de transporte público é considerada compatível, ao invés da aceitação tácita, a adesão através do comportamento social típico, consistente no ato de utilização de um serviço genericamente fornecido. Esse conceito elimina a declaração de vontade do transportado, pois afirma que a existência do serviço independe da aceitação individual deste. Não obstante a opinião relatada, é inegável a existência da manifestação de vontade do transportado. A oferta ao público é genérica na sua essência, portanto, não é adequado que se vincule a indeterminação do oblato, como é o caso, à inexistência do caráter receptício da oferta. Ela é voltada para a parcela da população que depende do transporte naquele trajeto e aquele que entra no meio de transporte público, aceita. Nesse sentido: “Não se pode dizer que o ato de entrar no ônibus, ou no bonde, ou de se ter de pagar o preço não seja manifestação de vontade. O que se passa é que quase todo conteúdo da manifestação de vontade já estava *preestabelecido*, e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito de ser transportado eficácia de negócio jurídico típico. (...) Quem foi no trem, no bonde, no ônibus, na barca, ou na balsa, *negociou*.” F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, t. XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 31-32.

H. DÖLLE foi o responsável por propor uma divisão tripartite diversa daquela inicialmente desenhada por HAUPT. Baseando seus trabalhos nos ideais de confiança e de proteção dali advindas, introduziu a seguinte divisão: deveres de proteção, deveres de informação e deveres de entrega patrimonial⁵³.

O papel e o significado primordial da nova divisão proposta pelo doutrinador mencionado foi o de amparar a *culpa in contrahendo* na confiança. A princípio, não há novidade em tal teorização. Todavia, considerando as especificidades da teoria de DÖLLE, vê-se que aproximou a confiança e a *culpa in contrahendo* em aspectos mais precisos, na medida em que não se limitou a exprimir sua idéia mediante o vocábulo “confiança”.

Precisou a aproximação através do conteúdo da primeira subdivisão, a dos deveres de proteção. A confiança a ser protegida seria resultante da aproximação dos indivíduos, ainda que não contratual. A proximidade social inserida por HAUPT desdobrar-se-ia num incitar automático de confiança entre as partes, que solicitaria a aplicação de deveres de proteção.

No entanto, não foi em DÖLLER que se verificou a criação do liame entre a confiança e a exigência dos deveres de proteção. Esta conexão foi obra de K. BALLERSTEDT⁵⁴. A situação de confiança criada e o desenvolvimento mútuo pré-contratual resultariam numa segunda forma de contratar. Essa segunda forma de contratar seria regida por deveres próprios, quais sejam, os deveres pré-contratuais.

⁵³ V. posição doutrinária contrária à criação dos deveres acessórios: “O mal-estar que rodeia a doutrina destes deveres tem naturalmente a ver com a ausência de uma explicação material convincente para o seu aparecimento. Enquanto as teses contratualistas os incluem sem mais no conteúdo do contrato e se vêm confrontadas, por isso, com a acusação de pura ficção e irrealismo, outras, instituindo por certo que não há base voluntarístico-negocial que os sustente, lançam como fundamento dos deveres de protecção noções nebulosas como a do *contacto social* entre as partes com a acrescida possibilidade de produção de danos mútuos, ou a da *confiança* reciprocamente depositada pelos parceiros contratuais na abstenção de comportamentos lesivos dos seus interesses.” M. A. C. da FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Coimbra, 1994, p. 47.

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 561.

2.2.3. Negociações preliminares e estudo da responsabilidade pré-contratual no Brasil

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, bem como os produtos. Embora seja um caso onde 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 mencionada relação de compra e venda.

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

A formação de qualquer contrato de interesse econômico relativo⁵⁵ é passível de ser composta de uma fase preliminar de duração indeterminada, justificando-se, pois, pela necessidade de avaliação dos riscos que envolvem o negócio e das possíveis vantagens decorrentes da existência de um custo de oportunidade favorável.

Nesse contexto são inseridas as negociações preliminares. São, portanto, entendimentos, estudos, esforços empregados no sentido da compreensão adequada da

⁵⁵ “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.” (grifos nossos). GOMES, Orlando, *Contratos*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 71 (doravante GOMES, *Contratos*).

possibilidade de realização do negócio. Para que existam, não é requerido um consenso explícito, mas somente a intenção de contratar e de iniciar as discussões relativas para tal⁵⁶.

Por esse motivo, entende-se serem usualmente despidas de quaisquer vínculos obrigacionais entre os participantes⁵⁷, 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.

É admitida, 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 corrente⁵⁸.

A natureza principal desses entendimentos prévios por escrito, natureza essa que permite a não consubstanciação do liame obrigacional, é sua *eventualidade*. Nasce do desejo das partes de criação de 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 conversações⁵⁹.

⁵⁶ PACIONI *apud* G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, v.1, Milão, Francesco Vallardi, 1915, p.3 (doravante citado como CARRARA, *La formazione dei contratti*).

⁵⁷ “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.” M. H. DINIZ, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v.1, São Paulo, Saraiva, 1993, p.66.

⁵⁸ Essa afirmativa é corroborada pelas obras aplicáveis de O. GOMES, Caio Mário S. PEREIRA, Maria Helena DINIZ, S. RODRIGUES, W. BULGARELLI, dentre outros. Em sentido contrário, encontra-se S. VENOSA, *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 2ª 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.

⁵⁹ Cf. M. M. SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil – Fonte das Obrigações: Contratos*, v. III, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p.69. Como forma de reforço e identidade à admissão do caráter da *eventualidade*, acredita que o consentimento das partes com relação a alguns pontos da discussão só terá de ser observado se da

Embora seja correto afirmar a falta de vínculo nas tratativas, é mais abrangente o entendimento⁶⁰ 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.

A crescente aproximação entre os negociantes internacionais é proporcional à responsabilidade pelo sucesso do contrato desejado. Como prova dessa materialização do comprometimento pré-contratual, os instrumentos internacionais desenvolvidos, como as cartas de intenção⁶¹ (*letters of intent*), contratos de sigilo (*non-disclosure agreements*), têm a função essencial de consolidar, passo a passo, as disposições preliminares caracterizadoras do contrato futuro e, conseqüentemente, de servir de parâmetro para o estabelecimento dos danos pré-contratuais por ruptura das tratativas.

No caso dos contratos informáticos, por exemplo, admite-se a existência de três tipos de documentos pré-contratuais: (i) a carta de intenção, já mencionada, com a função de esboçar as linhas das seguintes etapas pré-contratuais e de decretar expressamente o início das negociações; (ii) as atas de discussão, sendo resenhas das opiniões das partes, não contêm compromissos precisos, mas, não obstante, servem como elemento probatório para a determinação de suas vontades até então; e (iii) os acordos-marco, que têm como objeto a oficialização da evolução das negociações, contendo, até mesmo, cláusulas vinculadas ao prazo da negociação e arbitragem.

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.

⁶⁰ GOMES, *Contratos*. p.62.

⁶¹ Sobre a natureza das cartas de intenção, diz L. O. BAPTISTA que são “um acordo de vontades, pelo menos quanto a se negociar para chegar a um outro contrato”. *Formação do contrato internacional* in *Revista de Direito Público*, n. 80, out-dez 1986. Sobre sua função, afirma J. SCHMIDT: “The formation of the contract is not then based on the unique ‘meeting of minds’, but rather on a series of partial agreements whereby the parties gradually reach the final consensus. These partial agreements are often materialized with letters of intent (in a broad sense).” *Letters of Intent* in *International Business Law Journal*, n. 3/4, 2002, p. 266.

Existem, a partir da questão exposta da eficácia probatória dos acordos parciais, dois principais entendimentos. O primeiro é que, uma vez que as partes tenham concordado pontualmente e redigido cláusulas identificadoras dos entendimentos preliminares, não lhes será permitida a não observância dessas disposições preliminares quando da celebração do contrato⁶².

Em sentido oposto, o segundo defende que as partes nada têm de observar quanto ao cumprimento pronto das avenças parciais. As cláusulas acordadas anteriormente à formação do contrato, que neste não foram inseridas, em nada têm de ser observadas⁶³, ao contrário do contrato, por óbvio.

Toda essa preocupação com a fase preliminar do contrato justifica-se por ser o momento onde nascem as linhas gerais do vínculo efetivo, embora controversa seja a questão quanto a sua importância, pois não constituem requisito imprescindível à existência dos contratos, e, de fato, podem sequer existir, como verificado nos casos, por exemplo, 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 demais custos incorridos quando do curso desses trabalhos. Em segundo lugar, a própria existência de

⁶² A. CHAVES, *Responsabilidade Pré-Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Lejus, 1997, p. 77 (doravante CHAVES, *Responsabilidade Pré-Contratual*).

⁶³ “(...) infatti le parti nel período delle trattative parlano di molte cose e queste, se non sono inserite nel contratto, non hanno alcun valore, perchè solo il contratto deve essere osservato e non le trattative. Le cose dette dalle parti prima della conclusione del contratto non s’intendono far parte del contratto, perchè altro è contrattare e altro è avere la disposizione a contrattare.” CARRARA, *La formazione dei contratti*, p. 9.

despesas ou de diminuição patrimonial experimentado pela parte sobre a qual foi imposto o término arbitrário das negociações⁶⁴.

De fato, as partes ao realizarem um primeiro contato 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 a elaboração de um anteprojeto contratual. Caso contrário, ou seja, na hipótese das partes realizarem despesas antes da comunicação do início dos trabalhos preparatórios, nada poderão requerer a título de indenização⁶⁵.

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

A posição da doutrina moderna, sem afastar a liberdade das partes em contratar, assegurando, por isso, o direito de desistência das negociações, procura, ao mesmo tempo, diminuir as consequências do exercício desse direito, especificamente no que tange aos danos patrimoniais sofridos por aquele frustrado na expectativa do contratar.

É importante que se frise, 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 tais gastos foram consentidos pelas partes.

Não se pode permitir que a indenização ultrapasse esses termos e, principalmente, não é sensato ter-se sempre como parâmetro o valor do ressarcimento equivalente àquele gasto pela parte não desistente.

⁶⁴ Crítica à responsabilidade pré-contratual na fase de tratativas é encontrada em CARRARA, *La formazione dei contratti*, p. 14-15. Sustenta a impossibilidade de avaliação de danos em razão da própria natureza das tratativas. Por ser caracterizada pela incerteza e insegurança de seu sucesso, reputa-se de conhecimento das partes o risco que assumem ao realizar as despesas relativas, isto é, o risco de efetuarem gastos que em nada podem resultar.

⁶⁵ “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, *Responsabilidade Pré-Contratual*, p. 147.

Embora a aplicabilidade direta dos trabalhos (e do capital investido nesses trabalhos) do negociante que não se retirou tenha sido frustrada, é muito provável que o conhecimento técnico desenvolvido e o material adquirido (como, por exemplo, minutas contratuais, pesquisas de mercado, levantamento de eventuais fornecedores, dentre outros produtos e serviços) sejam-lhe úteis no futuro, especialmente no que se refere à próxima negociação que promover de natureza similar àquela encerrada em primeiro lugar.

Nessa fase, o contrato ainda não existe. Sendo assim, deve ser explícito que não há obrigação das partes em contratar pela simples existência das negociações. Se de tal modo 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 contrato⁶⁶. 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 a caracterização da 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.

⁶⁶ A saber, resumidamente: (i) a teoria da base contratual pura, consistente na obrigação de fornecimento de contrato válido e eficaz por parte daquele que, pura e simplesmente, consentiu em iniciar as relações contratuais. É combatida pela inaplicabilidade ao direito moderno, uma vez que, baseada nas teorias romanas, não se estendem aos acontecimentos pré-contratuais, restringindo-se apenas às situações contratuais; (ii) a teoria do enriquecimento ilícito, baseada no enriquecimento patrimonial do desistente das negociações em detrimento do empobrecimento patrimonial do desistido. A principal crítica a essa teoria é a de que, na maioria dos casos, não será verificado o enriquecimento patrimonial daquele que desistiu, ao passo que o empobrecimento patrimonial alheio é comum; (iii) a teoria da convenção tácita é aquela considera indenizáveis as despesas realizadas no intervalo entre o recebimento da proposta e sua retratação, por haver uma garantia tácita de que a proposta feita não seria retirada. A inexatidão dessa teoria é seu principal defeito, pois não há forma de reputar qualquer obrigação senão quando da existência de um contrato ou pré-contrato; e (iv) a teoria da declaração unilateral de vontade, fundamentada na idéia de que o proponente encontra-se obrigado em todos os casos a executar o contrato a partir do momento que expede sua manifestação de vontade. A crítica é justamente nesse ponto, ou seja, não se pode considerar o manifestante obrigado antes mesmo do conhecimento do destinatário da proposta, pois só produzirá efeitos após a ciência respectiva de seus termos. As teorias da culpa, do abuso de direito e da boa-fé e equidade, por serem de maior importância e procedência nos tempos atuais, serão analisadas no corpo do texto principal.

A teoria baseada nos princípios da boa-fé objetiva é, talvez, a que melhor explique a existência da responsabilidade pré-contratual. Conforme já retratado anteriormente, 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 brasileiro⁶⁷.

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-lo⁶⁸.

Assim, o desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, seja quanto ao dever de informação, correção, sigilo, proteção ou cuidado, importa a obrigação de indenizar, principalmente na esfera internacional, onde tal princípio ganha mais relevância que nos ordenamentos internos. Segue exemplo.

Supondo que as partes, vislumbrando a celebração eventual de um acordo, tenham concordado em adquirir auxílio legal de seus advogados para a análise das minutas desenvolvidas durante esse período, ou de modelos de minutas anteriormente utilizados por uma das partes em outras operações correlatas. Pois bem, atentando-se principalmente à hipótese de ser utilizado um esquema operacional já familiar a uma das partes, observa-se que apenas uma delas (a qual os modelos são fornecidos), terá de efetuar gastos com os serviços jurídicos prestados por seus advogados em referência aos estudos da estrutura legal do futuro negócio.

⁶⁷ “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.” É de entendimento geral que o artigo citado, embora não disponha expressamente, queira regular a situação também antes e depois dos contratos. A respeito dessa afirmativa, segue o trecho: “(...) a seriedade que se exige no cumprimento de um contrato, não há razão para não demandá-la na fase preliminar, em que cada um confia na lisura, na lealdade, na sinceridade da outra.” CHAVES, *Responsabilidade Pré-Contratual*, p. 100.

⁶⁸ “(...) 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 (...)”. C. M. PEREIRA, *Lesão nos contratos*, 6ªed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.104.

Admitindo-se, a título de exemplo, que esse foi o único gasto despendido até então e que, além disso, a parte fornecedora do modelo cesse repentina e discricionariamente as conversas, cabe-lhe o ato de ressarcir os valores empregados referentes aos serviços jurídicos avençados pela outra parte.

Em termos gerais, a parte que se julgar lesada poderá apenas buscar reparação do dano preciso que sofreu em decorrência de despesas, desistência de outros negócios e interrupção do curso normal das atividades. Não poderá exigir o cumprimento do contrato prometido, por não haver propriamente contrato algum. O fundamento dado pelo código civil brasileiro para a caracterização do dever de reparar encontra-se nos arts. 186, 187 e 927⁶⁹.

Independentemente da base jurídica escolhida para a caracterização da responsabilidade pré-contratual, são de exemplos como o citado que surgirá o dever de indenizar à parte que não observar a razoabilidade do término antecipado das tratativas.

Em outras palavras, se as partes mantiverem-se cientes do real estado em que se encontram suas intenções durante os entendimentos, esforçando-se e agindo cautelosamente, sob o princípio da boa-fé, para o alcance do instante último das negociações, em sentido geral (compreendendo a proposta e a aceitação formadora do contrato, redundantemente), não haverá motivos quaisquer para a aplicação dos princípios de correção da responsabilidade pré-contratual.

⁶⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.; Art. 187. 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.; Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3. PARTE ESPECÍFICA. A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.

3.1. Da óptica dos sistemas nacionais à criação dos deveres de cooperação

Inicialmente, faz-se necessário estudar as características básicas do princípio da boa-fé nos principais sistemas nacionais, de forma que será fundamental a utilização de tais características como parâmetros para a identificação das nuances da boa-fé, conforme aplicada pelos árbitros em decisões atinentes a demandas de comércio internacional.

Ressalte-se, entretanto, que a análise a ser realizada neste ponto servirá de base para a compreensão dos estudos específicos a serem formados adiante, nada mais. Assim, mantém-se o núcleo do estudo na aplicação do princípio da boa-fé em arbitragem comercial internacional, mas, concomitantemente, são fornecidas as premissas indispensáveis.

Pois bem, não é tarefa fácil comparar a aplicação de um princípio ou de sua concepção em diversos sistemas nacionais, principalmente enquanto não há tratamento uniforme dentro dos próprios sistemas cuja comparação se busca realizar. Fosse tratado algum assunto de entendimento pacífico, sua comparação seria mais facilmente realizada, muito embora nenhum estudo de direito comparado possa ser classificado como simples.

Dessa forma, resta saber como poderá ser realizada a síntese do princípio da boa-fé, tida como aquela de aplicação em ambiente internacional puro, livre de demasiadas tendências nacionais. Além disso, papel da presente seção será o de saber se a descrição do princípio que será trazida é, de fato, representante da óptica de determinado sistema nacional.

Embora a aplicação do princípio encontre diferentes tratamentos dentro dos sistemas judiciais de cada país, a opinião majoritária da doutrina será indicador primordial de uma unidade de pensamento, principalmente através de sua verificação frente à caracterização geral do princípio nos demais sistemas.

Em suma, conforme será demonstrado, existe um núcleo comum do princípio que evolui de diversas formas conforme o direcionamento que sofre dentro das visões dos sistemas nacionais⁷⁰. Ocorre, pois sua origem encontra similitudes inegáveis⁷¹, que, por sua vez, serão a base para construção teórica do princípio para utilização na arbitragem comercial internacional.

(i) Expressão da boa-fé objetiva no direito alemão

Como é de conhecimento, a boa-fé foi inserida no sistema de normas alemão através do §242⁷² do código civil, sendo a formalização de ideais já constantes de textos medievais alemães, basicamente, do termo “Treu und Glauben”, traduzido como “fidelidade e fé”⁷³. Relevante mencionar que a junção dos termos produz o significado que, para o direito brasileiro, relaciona-se ao princípio da boa-fé objetiva.

A utilização do §242 pelos tribunais e advogados alemães é emblemática, pois se inicia sob forte e exagerado preconceito⁷⁴. Seguidamente, é utilizada fora de seus limites inicialmente planejados para, somente após determinado período de convivência, achar seus contornos de aplicação atual. É necessário observar que é fácil tecer uma análise de questões meditadas e resolvidas.

⁷⁰ Sobre o resultado dos estudos do princípio da boa-fé no direito europeu: “There is, then, a certain ‘common core’ of result, but even if *all* the legal systems included within the study were to accept a general principle of good faith in contracts, this would by no means have the same significance, let alone the same impact, in the context of each legal system.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 700.

⁷¹ “...when referring to the parallel development of the Law of international trade in the various countries, the criterion of similarity, and not that of uniformity, is adopted. This relatively modest approach appears to be more realistic and more exacting test of uniformity were chosen which raises a vision of identity of legal regulation in various national jurisdictions.” C. M. SCHMITTHOFF, *Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 138 (doravante referido como “SCHMITTHOFF, *Essays*”).

⁷² § 242 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. Conforme tradução para o inglês: “The debtor is bound to perform according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 18.

⁷³ “*Treue*, the one element of the German phrase, signifies faithfulness, loyalty, fidelity, reliability; *Glaube* means belief in the sense of faith or reliance.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 30.

⁷⁴ “The good faith provision was seen, on the one hand, as ‘the source of the baneful plague gnawing in a most sinister manner at the inner core of our legal culture’; on the other hand, it was celebrated as the ‘queen of rules’ which could be used to unhinge the established legal world.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 20.

Fosse a aplicação atual da boa-fé no direito alemão diferente, naturalmente, a justificativa de sua evolução seria outra. Isso não acontece por falta de base teórica para a presente justificativa, mas, simplesmente, porque a análise da evolução histórica de qualquer instituto baseia-se, forçadamente, sobre circunstâncias passadas.

Assim sendo, o ponto que gerou maior atrito na aplicação da boa-fé no direito alemão verificou-se no final do ano de 1923, com o cenário de hiperinflação desencadeado no período entre guerras. Os tribunais alemães decidiram, com base no §242, alterar o valor nominal das dívidas em detrimento da legislação monetária em vigor.

A decisão dos tribunais alemães contra dispositivo legal criou um clima de insegurança de grandes proporções, na medida em que não se tinha mais como averiguar o tratamento de questões sujeitas a aplicação de princípios gerais, tal com o §242. A ideologia nacionalista da época, inclusive, encontrou guarida em provisões dessa natureza geral⁷⁵.

Passado o período de nacionalismo exacerbado alemão, presente nas décadas de 1930 e 1940, foram inseridas diretrizes no sistema normativo que estabeleceram a interpretação de todas as normas, inclusive as gerais, a partir de ideais de respeito à vida humana e aos direitos fundamentais.

É considerado o §242 do código civil alemão como ponto de origem de deveres acessórios no cumprimento dos contratos, tanto na fase pré-contratual quanto na fase pós-contratual. Então, deveres de cooperação, informação, responsabilidade por término injustificado das negociações preliminares, confidencialidade, etc., foram inseridos no direito alemão a partir do §242.

⁷⁵ “The ‘unlimited interpretation’ was an important key to the insidious perversion of the legal system by those charged with its preservation.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 22.

A interpretação do artigo em questão levou à caracterização desses direitos e deveres porque sua disposição, conforme esfera objetiva de sua concepção, tem função de integração do sistema normativo. Preenche lacunas, dá subsídios para criações interpretativas jurisprudenciais mais livres que as normas de caráter fechado. Diz-se que é, portanto, uma norma aberta, pois sua aplicação não se encerra em si mesma. Na verdade, sua aplicação é concretizada na medida em que aliada com outra norma fechada.

A aplicação do §242 serviu até para a correção de relações contratuais onde se verificou a desigualdade excessiva superveniente, ou seja, para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. A questão é que tais normas não haviam sido incluídas no sistema jurídico de maneira formal, então, claramente, os tribunais alemães utilizaram-se do princípio de maneira a alterar as relações contratuais de acordo com limites não estabelecidos⁷⁶. A interpretação dos tribunais contra o que é disposto em lei não é incentivada diretamente pelo princípio, mas é uma de suas conseqüências, caso sua atuação não seja delimitada de outra forma.

Outra observação que deve ser feita é que a regra do §242 não diz respeito ao estado de consciência do sujeito, ou seja, não se trata de boa-fé subjetiva⁷⁷. Voltando à definição de boa fé objetiva, o §242 significa, dentre outras, um padrão de conduta mediante o qual as ações dos contratantes são controladas. É uma norma de aplicação variada que, no direito alemão, como já sabido, deu abertura à utilização de outras normas que, atualmente, tem tratamento sob dispositivos próprios⁷⁸.

⁷⁶ “It is obvious, however, that by arrogating to themselves the right to adjust the contract, the courts are also interfering with the Law as laid down by the draftsmen of the BGB. Not unlike the Roman *praetor*, they have thus acted to *correct* the civil law (*iuris civilis corrigendi causa*).” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 26.

⁷⁷ “In commercial relationships the companion principle of good faith and justifiable reliance on external manifestations of intent are paramount. (...) Thus, the parties to a commercial long-term contract may be obligated to renegotiate if their relationship has gone awry” J. KÖNDGEN – G. BORGES, *Commercial Law* in M. REIMANN – J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, Haia, Kluwer, 2005, p.129-130.

⁷⁸ “Many legal institutions ‘based on’ §242 BGB have started to lead an independent life. The control of standard contract terms is regulated today by the Standard Contract Terms Act, and the relevant case law thus no longer burdens the commentaries to §242 BGB. (...) The contract with protective effect *vis-à-vis* third parties, positive malperformance and *culpa in contrahendo* are also generally not discussed *sub* §242 BGB although they are, in some or other way, taken to be related to this rule.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 31.

Esse fator justifica a aplicação aberta do §242, pois se mostrou necessária durante períodos nos quais não existiam normas específicas para determinados assuntos. Resta dúvida se essa seria a concepção do princípio da boa-fé no direito alemão, tal qual como retratado no §242 do código civil. Seria, então, questionar se seria uma norma de aplicação aberta utilizada quando da falta de dispositivos próprios que justificassem a atuação do magistrado.

Ocorre que não parece correto justificar o princípio dessa maneira, pois existe um limite para sua aplicação. Não poderia ser um passaporte para a interpretação desimpedida dos juízes, embora tenha utilidade nesse sentido e exerça papel fundamental na evolução do direito. A interpretação jurisprudencial é necessária e deve ser estimulada, mas deve, por outro lado, estar sujeita a certos limites que não parecem ser bem definidos na concepção doutrinária do §242.

(ii) Expressão da boa-fé objetiva no direito francês

O código civil francês dispõe, em seus artigos 1134 e 1135⁷⁹, acerca da execução dos contratos sob o princípio da boa-fé. Diferentemente do direito alemão, o cumprimento dos contratos sob tal princípio, no início de sua utilização, não gerou consequências de grande monta. Basicamente, pois não teve força suficiente para justificar o reajuste de disposições contratuais em casos de desigualdade superveniente, por exemplo.

Além disso, de imediato, não autorizou ações dos tribunais no sentido de interpretar os contratos de forma a alterá-los depois de celebrados. A única hipótese aceita de não cumprimento contratual advinha de força maior, mas somente porque já existia previsão em lugar próprio do código civil⁸⁰, não como decorrência do princípio da boa-fé.

⁷⁹ Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Art. 1135. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

⁸⁰ Art. 1148. Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

O desenvolvimento do direito contratual francês na segunda metade do século XIX baseou-se na teoria da autonomia da vontade das partes, sem preocupar-se com as possíveis decorrências do princípio da boa-fé de forma direta. Os contratos eram analisados, portanto, a partir da visão da autonomia da vontade e dos vícios que poderiam surgir da junção das vontades complementares. A partir da conclusão do contrato, então realizado como consequência da junção livre das vontades das partes, a avença não poderia ser desfeita ou flexibilizada.

No início do século XX, no entanto, o direito francês viu surgir a teoria do abuso de direito, de forma dependente ao princípio da boa-fé, incluso no artigo 1.134. Assim, um indivíduo cometeria abuso se, durante o exercício dos direitos em tela, utilizasse-os para causar danos a outrem ou fosse contra o propósito econômico-contratual específico⁸¹. A insegurança trazida por uma teoria aberta de abuso de direitos foi limitada quando considerada pelos tribunais franceses como uma consequência do princípio da boa-fé, ou seja, subordinada ao campo da boa-fé.

Adicionalmente, ao longo do século XX, a interpretação jurisprudencial do artigo 1.134 do código civil serviu de fundamento para o surgimento da responsabilidade pré-contratual por interrupção injustificada das tratativas, bem como do dever de informação recíproca das partes.

Relevante informar, nesse ponto do estudo, como se verifica em diferentes ordens a função integrativa e pioneira da interpretação extensiva do princípio da boa-fé pelos tribunais. Por exemplo, os deveres de informação, inicialmente utilizados de forma subordinada à boa-fé contratual, adquiriram contornos próprios⁸², independentes, tal qual se verificou na Alemanha com relação à interpretação de certos termos contratuais padrão considerados injustos pelos tribunais.

⁸¹ Cf. WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 34.

⁸² “Interestingly, though, the doctrine of *obligation d’information* has attained a degree of independence and unity which has emancipated it from its parent, good faith, an independence which recent legislation which gave it formal recognition in the important context of consumer contracts will serve only to emphasise.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 36.

O desempenho dessa função do princípio da boa-fé reflete-se, naturalmente, no trabalho jurisprudencial, que é iniciado a partir de uma interpretação de artigo que comporta o princípio da boa-fé dentro do ordenamento e desenvolve-se, encontrando reconhecimento formal do sistema, ou seja, em esfera legislativa, após experiência e meditação por parte dos tribunais.

Existem casos, entretanto, em que o processo de desenvolvimento parte de forma diversa no ordenamento de um país. No caso do Brasil, por exemplo, antes da inclusão da previsão acerca da observância do princípio da boa-fé nas diversas fases do vínculo contratual, os juízes decidiam, na falta de disposições expressas versando sobre a boa-fé, com base em teorias como a do enriquecimento ilícito e do próprio abuso de direito⁸³.

Vê-se que o sentido da evolução foi inverso daquele verificado na França. Não obstante, assemelham-se por conta do objetivo comum dos juízes, qual seja, o de produzir decisão respaldada no princípio da boa-fé, seja decidindo a partir deste ou em sua direção.

Seja como for, é verdade que algumas disparidades sistêmicas podem ocorrer antes que esse processo seja devidamente encerrado, como a exacerbação do papel do poder judiciário, na medida em que age abertamente contra a lei. No cenário francês, cite-se um exemplo de ocorrência de decisões que extrapolaram, de início, os limites determinados para a atuação dos juízes: o afastamento de cláusulas contratuais de exceção, consideradas abusivas, bem como redução ou eliminação de multa contratual.

Os tribunais franceses determinaram, em alguns casos⁸⁴, que determinadas cláusulas não deveriam ser consideradas escritas, independentemente de sua classificação como

⁸³ Hoje, conforme é cediço, a conduta abusiva das partes é reprimida com base no princípio da boa-fé objetiva. 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 (...)”. Apelação com Revisão nº 1247145-0/1, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Armando Toledo, julgado em 10 de março de 2009.

⁸⁴ Cf. trecho de decisão da Cour de cassation nesse sentido (JCP 1991.II.21763), publicada em 14 de maio de 1991: “Décide à bon droit qu’une clause revêt un caractère abusif et doit être réputée non écrite, le jugement qui relève que cette clause figurant sur les bulletins de dépôt exonère le laboratoire de toute responsabilité en cas de

abusivas. Agiam baseados em suposta previsão de criação de legislação contra o abuso contratual de direitos. Assim sendo, em casos como o do exemplo, a parte ofendida teria verificada a alteração do contrato de imediato, caracterizando um reequilíbrio contratual promovido pelo juiz de ofício.

Legitimando um controle como este, a *Cour de cassation* tratou de estabelecer um critério de ação dos tribunais que extrapolava sua competência. Os tribunais, dessa forma, forneceriam conteúdo de previsão normativa cuja existência ainda seria verificada. Coincidência ou não, foi adotada pela França lei uniforme sobre cláusulas em contratos de consumo consideradas injustas, sendo dirimido, então, o problema criado pela *Cour de cassation* com a decisão comentada.

Logicamente, levando em conta a polêmica trazida pela inserção do princípio no cotidiano jurídico francês, a doutrina logo tratou de dividir-se em defensores e ofensores radicais do tema⁸⁵. Aqueles que defendiam a utilização do princípio faziam-no de forma a justificá-lo na fase pré-contratual e na criação de deveres de lealdade e cooperação. Sustentavam que a utilização do princípio vinha ajudar a construir o ideal do espírito dos contratos, porque cada relação jurídica seria um mundo próprio formado pelas partes e carente de seus melhores e ativos esforços para desenvolvimento e sucesso da avença, sempre agindo em benefício do outro.

Por sua vez, os ofensores direcionavam suas críticas ao princípio através de uma visão mais cética, de que as partes não poderiam agir somente em benefício da outra, sendo que estariam revestidas de maior interesse pelos próprios resultados que angariariam através do contrato. O princípio estaria sendo utilizado de forma exagerada pelos tribunais, sendo ferramenta de criação adicional e incerta de deveres contratuais.

perte des diapositives déposées et dont il ressort qu'une telle clause procure un avantage exclusif au laboratoire et que celui-ci, du fait de sa position économique, se trouve en mesure de l'imposer à sa clientèle."

⁸⁵ Como exemplos de ofensores e defensores do tema, respectivamente, cite-se R. DEMOGUE de um lado e J. FLOUR e J. AUBERT de outro. Cf. informados em WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 38.

Na realidade, nenhum dos opostos ganhou força argumentativa equivalente à posição intermediária, já mais amadurecida, de que a boa-fé deveria ganhar status de princípio, mas que, de fato, sua utilização não tinha limites determinados, pois era norma que ganhava forma somente através da utilização conjunta com outra norma de caráter mais preciso⁸⁶. O composto seria incerto, portanto, o resultado do julgamento também. Incerteza de julgamento é um aspecto sempre amedrontador para os estudiosos e operadores do direito, conseqüentemente, nada mais natural que o surgimento de críticas dessa monta à utilização freqüente do princípio causador do desconforto.

(iii) Expressão da boa-fé objetiva no direito inglês

Não há previsão de um princípio geral de boa-fé no direito inglês. Como decorrência, não há observância pré-contratual de cuidados especiais e recíprocos das partes na fase de negociação.

O pensamento que dominou o direito inglês foi orientado de acordo com uma postura individualista, tida como inerente à natureza das posições das partes na fase de negociação de um contrato⁸⁷. Não era concebido, deste modo, que os contratantes prejudicassem seus próprios interesses em benefício da outra parte. Logicamente, não significa dizer que lhes era permitido dar informações falsas à potencial contraparte. No entanto, não seria requerida uma postura ativa de sua parte no auxílio mútuo.

⁸⁶ “In the end good faith remains a hazy notion, which is expressed effectively only when it runs into the legal mould of other concepts with more precise contents. This congenital weakness stems from the vague nature of a notion which in practice remains essentially moral and which has been made into a norm of behaviour governing precontractual relations(…)” P. JOURDAIN, Patrice, *Rapport Français in La bonne foi (Journées louisianaises) apud WHITTAKER-ZIMMERMANN, Good Faith in European Contract Law*, p. 38.

⁸⁷ “One strand seizes on the idea that a doctrine of good faith implies that each contracting party must in some sense exercise restraint in the pursuit of self-interest – to act in good faith is to take into account the legitimate interests or expectations of the other party. However, just as cricket without a hard ball is not cricket, so it is widely held that a contract without tough self-interested dealing simply is not contract.” R. BROWNSWORD, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law* in R. BROWNSWORD-N. J. HIRD - G. HOWELLS (orgs.), *Good Faith in Contract*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 15.

Em continuidade, na fase contratual, bastaria que as partes agissem de acordo com os termos formalizados para evitar a incidência de penalidades. Dessa forma, não precisariam manter vigília constante sobre as eventuais dificuldades atinentes à relação com o objeto do contrato. Independentemente do caráter individualista que se possa vislumbrar à primeira vista, é possível compreender este raciocínio.

Embora pareça excessivamente pragmático e conservador quando comparado com os entendimentos alemão e francês, por outro lado, traz segurança jurídica na medida em que permite a definição precisa dos deveres contratuais, além de estabelecer o controle dos efeitos contratuais excessivamente abusivos de outras formas.

A ausência de dever geral de boa-fé não significa, de nenhuma maneira, permissão à execução de ações de má-fé ou falta de estímulo à conduta correta e justa das partes. Destarte, a falta de uma regra geral de obediência ao princípio da boa-fé no direito inglês não deve ser tida como uma deficiência normativa desse sistema, mas, simplesmente, como forma alternativa de controle das deficiências contratuais realizada nesse sistema de forma mais difusa que habitualmente estudado na Alemanha e França.

Principalmente, pode-se dizer que importante representante desse direcionamento descentralizado dos efeitos contratuais ocorre através da obediência à expectativa razoável das partes. Dessa forma, quando necessário, a vontade das partes é interpretada judicialmente e são tomadas as medidas coercitivas para regradar a avença de acordo com sua natureza.

Além disso, o tema da boa-fé não é estranho à doutrina específica referente a determinados contratos, como o contrato de seguro, de parceria ou a fidúcia. No caso dos contratos de seguro, por exemplo, o direito inglês utiliza-o para aplicação de deveres de informação e de correição na alegação de sinistros por parte do segurado⁸⁸.

⁸⁸ “Theoretically, the doctrine of ‘utmost good faith’ in insurance law is equally applicable to both parties to the contract, the insurer as well as the insured. However, in reality it proved extremely advantageous to the insurer and was often rather problematical from the insured’s point of view.” D. FRIEDMANN, *The Transformaion of ‘Good Faith’ in Insurance Law* in R. BROWNSWORD-N. J. HIRD-G. HOWELLS (orgs.), *Good Faith in Contract*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 314.

Nesse caso, a boa-fé utilizada implica, na prática, deveres muito mais relevantes para o segurado, enquanto que a tendência moderna nos demais países aceitantes da natureza objetiva da boa-fé é em sentido mais equilibrado entre segurador e segurado. Em adição aos deveres impostos ao segurado, conforme já mencionados acima, o equilíbrio em questão mostra-se, por exemplo, no dever do segurador em cientificar o segurado acerca das informações que são relevantes para contratação da apólice, bem como em não negar de forma descabida o pagamento da indenização.

Por sua vez, nos contratos fiduciários, vê-se uma atuação intensa dos agentes na consecução do objetivo contratado, por uma consequência natural do papel assumido. É necessário notar que os contratos fiduciários, no entanto, estabelecem a atuação de agentes em favor de um dos contratantes. Isso muda a dinâmica contratual, pois não se trata de partes com interesses opostos⁸⁹, como ditou a justiça inglesa na construção do raciocínio contra a existência do princípio da boa-fé na negociação de contratos⁹⁰.

⁸⁹ “Certainly the standard of good faith performance of contracts is not as exacting as the standard of good faith applied to fiduciaries, who are required to act consistently with the self-interest of another person.” E. A. FARNSWORTH, *Good Faith in Contract Performance* in J. BEATSON-D. FRIEDMANN (orgs.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford, 1995, p. 154 (doravante referido como “FARNSWORTH, *Good Faith in Contract Performance*”).

⁹⁰ Cf. trecho de voto proferido por Lord Ackner: “The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined ‘in good faith’. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an ‘agreement’? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.” House of Lords, *Apelação (Martin Walford v. Charles Miles)*, rel. Lord Ackner, j. 23 de janeiro de 1992.

Na prática, é como se o comportamento identificado como oriundo do respeito ao princípio da boa-fé fosse contratado caso a caso, ou seja, pré-determinado contratualmente, ao contrário da existência de uma série de comportamentos lógicos que se poderiam esperar na hipótese de respeito a um princípio geral de boa-fé. Igualmente, é uma tentativa de regular todas as consequências de uma relação social qualquer, ou de um grupo delas, seja através de lei ou de contrato. Ao contrário, é imprescindível que a regulação normativa ou contratual permaneça em níveis que permitam ao julgador um mínimo grau de interpretação da vontade das partes.

Complementarmente, o direito contratual inglês apóia-se em outros recursos na defesa dos interesses das partes contra exágeros contratuais. Exemplos desses recursos são a aplicação de doutrinas específicas criadas pelos julgadores e a promulgação de lei geral contra termos contratuais injustos⁹¹. A questão principal que se impõe aos doutrinadores e julgadores ingleses é a da suficiência desses mecanismos como alternativa à aplicação de um dever geral de boa-fé. Nesse ponto, a opinião divide-se⁹². Alguns acreditam ser o mecanismo suficiente e funcional. Outros entendem que a aplicação difusa do controle às inadequações contratuais não basta e deve ser regulada subsidiariamente através de uma regra geral.

Claramente, volta-se à discussão inicial que impediu o sistema normativo inglês de abarcar uma regra geral desse caráter, que, por sua vez, não deixa de ser justificada pela opinião dos doutrinadores alemães e franceses do início do século XIX. Aparentemente, o sistema inglês mostra, atualmente, a via que seria proposta pela doutrina alemã e francesa avessa ao princípio geral de boa-fé no início dos respectivos processos de inserção.

⁹¹ Determinada lei denomina-se “Unfair Contract Terms Act”, de 1977, cuja definição oficial segue: “An Act to impose further limits on the extent to which under the law of England and Wales and Northern Ireland civil liability for breach of contract, of for negligence or other breach of duty, can be avoided by means of contract terms and otherwise, and under the law of Scotland civil liability can be avoided by means of contract terms.”

⁹² Cf. já mencionado, no início do período em questão, a opinião que regulava os sistemas alemão e francês negava uma aplicação do princípio da boa-fé tal como realizada na atualidade. O sistema francês preocupava-se, mormente, com a intenção pura das partes, ou seja, em assegurar a autonomia de suas vontades e de seus efeitos. O alemão, por sua vez, em evitar a interpretação aberta e incerta do princípio da boa-fé pelos juízes, acusando sua utilização de flexibilizar excessivamente as relações contratuais.

Curioso é verificar que, ao menos à primeira vista, o resultado de ambas as trilhas não mostra grande diferença nos dias de hoje quando se trata do período contratual⁹³. Lógico que são necessárias certas adaptações quando se trata de matéria legal em um sistema nacional e em outro, principalmente quando se comparam institutos em países de *civil law* e de *common law*. Não obstante, seja através da regulação geral dos ordenamentos francês e alemão, seja através da regulação dos efeitos específicos estudada no direito inglês, a preocupação dos sistemas jurídicos é a mesma, qual seja, abusos devem ser evitados e certo grau de previsibilidade deve ser assegurado às partes.

(iv) Expressão da boa-fé objetiva no direito dos principais países de influência européia

Os principais sistemas europeus acima estudados comportam as raízes a partir das quais derivam o tratamento do tema nos demais países do continente. Naturalmente, essa influência, conforme aplicável, é encontrada inclusive em países da América do Sul e da América do Norte⁹⁴, seguindo os mesmos princípios de influência e origem dos sistemas jurídicos como um todo⁹⁵.

⁹³ “In conclusion, it should be noted that English judges and legal scholars remain divided on the question whether English law’s recourse to piecemeal solutions to achieve many of the results which good faith is perceived to require is satisfactory. Some clearly think that it is, and even Lord Steyn, who is clearly not at all hostile to the notion, has observed that there is no need for English law to introduce a general duty of good faith (...). Other English writers have argued for an overt and more principled approach based on a ‘rule of good faith’, itself reflecting a vision of contract as a co-operative venture rather than the traditional individualistic terms of the free market.” WHITTAKER-ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 48. Como evidência do pensamento de J. STEYN em favor do princípio geral da boa-fé: “In systems of law where there is a general duty of good faith in the performance of contracts the need to supplement the written contract by implied terms is less than in the common law system. The implication of terms fulfils an important function in promoting the reasonable expectations of parties. Two types of implication are relevant. First, there are terms implied in fact, ie, from the contextual scene of the particular contract. Such implied terms fulfil the role of ad hoc gap fillers. Often the expectations of the parties would be defeated if a term were not implied eg, sometimes a contract simply will not work unless a particular duty to co-operate is implied.” *The intractable problem of the interpretation of legal texts in The Sidney Law Review*, v. 25, n. 1, mar 2003, p. 11.

⁹⁴ Vide a influência dos direitos alemão e inglês sobre o tratamento da boa-fé, respectivamente, no Brasil e na Austrália, embora nesta jurisdição a temática da boa-fé comece a se aproximar do sistema adotado nos Estados Unidos da América.

⁹⁵ Cf. nota acima ref. a K. ZWEIGERT – H. KÖTZ em *Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Nova Iorque, Oxford, 1998, p.73

Dessa forma, é visível a influência do pensamento alemão, em maior ou menor grau, na Grécia, Áustria e Suíça. Na Grécia, o sistema alemão faz-se presente de forma bastante relevante. O código civil grego estabelece um dever geral de boa-fé tal qual o direito alemão⁹⁶. Adicionalmente, estabelece uma aplicação mais ampla do princípio, na medida em que instituiu expressamente a possibilidade de alteração ou término do contrato pelos juízes no caso de alteração superveniente do contrato⁹⁷.

De forma equivalente, mostra a experiência na Suíça que existe uma previsão geral de boa-fé, cuja definição teórica é completa. Estabelece que todos devem observar a boa-fé no exercício dos direitos e cumprimento das obrigações. Sua aplicação é, dessa forma, muito similar àquela derivada do código civil alemão.

Na Áustria, por sua vez, não existe descrição normativa expressa da boa-fé, embora seja admitida sua utilização geral em conjunto com o ideal de práticas comerciais justas, conforme descrito no código civil austríaco⁹⁸. Ressalte-se, entretanto, que a conceitualização da boa-fé não é abrangente como no direito alemão, sendo derivada de princípio geral de justiça que norteia o sistema austríaco⁹⁹.

⁹⁶ A regra geral do artigo 288 do código civil grego regra que: “The debtor is obliged to effect the performance as good faith requires, after consideration also of common usage.” Segue comentário relevante da doutrina especializada: “This general clause is not the only provision which deals with good faith, but can be regarded as the basic rule on the matter. Apart from the duties which the parties have specially provided for, others may arise which during the performance will be imposed by good faith. This broadening of the obligation has today taken on such dimensions as to constitute one of the most fundamental modern items of progress in the field of law of obligations and an expression of its social function. By the implementation of the principle of good faith, the relation of the obligation is distanced from a purely individualistic spirit.” M. STATHOPOULOS, *Contract Law in Greece*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, p. 51.

⁹⁷ Cf. art. 388 do código civil grego.

⁹⁸ Cf. §914.

⁹⁹ “In Austria the good faith principle is a generally acknowledged ethical rule (cf. OGH 29 April 1965, SZ 38/72), which is derived from the Imperial Decree of 1 June 1811, introducing the General Civil Code, where ‘the general principles of justice’ are reorganized as basis of civil law (...)” O. LANDO – H. BEALE (orgs.), *The Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, Haia, Kluwer, 1999, p. 118 (doravante citado como LANDO-BEALE, *The Principles of European Contract Law*”).

Por sua vez, o direito inglês influenciou o desenvolvimento das normas aplicáveis na Escócia e Irlanda. Nesse ponto, importante mencionar que a Irlanda trata a questão de forma muito similar à Inglaterra, enquanto que, na Escócia, já se fala em existência latente do princípio da boa-fé, admitindo-se a análise de questões a partir de tal teoria¹⁰⁰.

Ao contrário do que poderia parecer, por conta da proximidade dos sistemas norteamericano e inglês, nos Estados Unidos¹⁰¹, a influência predominante no que tange a boa-fé foi a do direito alemão. Dessa forma, tal influência foi refletida na própria legislação¹⁰². Posteriormente, encontrou sua evolução teórica ao longo do desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário nacionais¹⁰³.

Dessa maneira, admite-se em tal ordenamento a existência do princípio da boa-fé objetiva, mas não de forma pacífica. O assunto é recorrentemente discutido, principalmente na medida em que se procura entender as formas de sua aplicação. Por exemplo, são propostas três formas de uso da boa-fé no sistema americano.

A primeira delas, através de uma função negativa. Essa opinião define a boa-fé como um excludente de todas as atitudes de má-fé. Assim, seria uma forma de barrar comportamentos violadores do andamento regular do contrato. A segunda, através de uma função limitadora do exercício do direito das partes no contrato, próxima à idéia de repressão ao abuso de direito. Finalmente, a terceira coloca a boa-fé na função conhecida como

¹⁰⁰ Nesse sentido, v. E. CLIVE, *The Scottish Civil Code Project in Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge, Cambridge, 2003, p. 93.

¹⁰¹ É importante observar que as referências à legislação norte-americana e ao sistema adotado pelo país referem-se aos excertos do *Uniform Commercial Code* e ao *Restatement (Second) of Contracts*. Considerando que a legislação contratual difere entre os estados da federação, não se pode tratar de todos de maneira equivalente.

¹⁰² Nesse sentido, segue trecho aplicável do *Uniform Commercial Code*: “§ 1-304. Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.” Além disso, de acordo com as definições gerais do *Uniform Commercial Code*: “‘Good faith’, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.” No artigo 5 acima mencionado, referente a letras de crédito, a definição de boa-fé é: “‘Good faith’ means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.” De forma similar, segue trecho do *Restatement (Second) of Contracts*: “§205. Duty of Good Faith and Fair Dealing. Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.”

¹⁰³ V. FARNSWORTH, *Good Faith in Contract Performance*; R. S. SUMMERS, *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization in Cornell Law Review*, v. 67, 1982; S.J. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith in Harvard Law Review*, v. 94, 1980.

integrativa, preenchendo lacunas e resolvendo omissões nas relações contratuais. Na verdade, as funções descritas são complementares. Não são excludentes¹⁰⁴.

Na jurisprudência norte-americana, ainda existem dúvidas acerca da utilização inequívoca do princípio da boa-fé. Mais precisamente, onde exatamente encontram-se os limites dentro dos quais ocorrem as decisões dos magistrados no preenchimento de lacunas contratuais como, por exemplo, na determinação de deveres de cooperação¹⁰⁵.

Seja como for, não obstante existam divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, como é natural quando se trata de aspectos que comportam tantas interpretações distintas, a questão central é que o direito norte-americano, diferentemente do direito inglês e mais aproximadamente do direito alemão, enxerga de forma independente o princípio da boa-fé¹⁰⁶. Dessa forma, é possível que sejam determinadas algumas atitudes inerentes a um comportamento de má-fé, como desvios do espírito de negociação, falta de diligência, dolo na falta de execução perfeita dos contratos, abuso de direito e interferência ou falha na cooperação com a performance da outra parte¹⁰⁷.

Na Austrália, embora não se tenha instituído o princípio da boa-fé da mesma forma que nos Estados Unidos, existe um esforço dos tribunais em definir o tema. Assim, aproxima-se mais desse direito que do inglês. A boa-fé na Austrália é tida como implícita, no entanto,

¹⁰⁴ Cf. FARNSWORTH, *Good Faith in Contract Performance*, p. 163.

¹⁰⁵ “The duty of good faith arises to qualify all performance obligations, and, of course, the courts have responded to particular situations according to the context presented. Indeed, some lines of cases have become so driven by context that it is not clear whether they represent the overall doctrine; the good faith obligations of employers towards employees, for example, seem to have a life of their own. But even if we limit our view to cases of commercial relations between commercial parties, the scope of the duty of good faith performance is vague. (...) So here is our problem. Contractual relationships are both cooperative and distributive. As performance progresses, we reach issues not directly addressed by the agreed terms. We want to enable cooperation to continue, we want to respect the parties’ allocation of risk as far as it goes, and we do not want to ‘place one party at the other’s mercy’. On the one side, there is the tort law of fraud to protect the innocent, but we want the contract doctrine to go further than that. On the other side, there is the law of fiduciary obligation, but in the case of ordinary commercial contracts we do not want the law to go that far”. T. RAKOFF, *Good Faith in Contract Performance: Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey* in *Harvard Law Review*, v. 120, 2007, p. 1189-1190.

¹⁰⁶ Cf. R.S.SUMMERS, *Good Faith in American Contract Law* in S.WHITTAKER - R. ZIMMERMANN (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge, 2000, p. 135.

¹⁰⁷ Cf. Restatement (Second) of Contracts §205, Comment d (1979).

tendo em vista a ação dos tribunais, é possível que o assunto seja o centro de futuras discussões que busquem pacificar a relativa controvérsia atual¹⁰⁸.

Acerca da matéria em discussão, o direito francês é considerado, indiscutivelmente, como um dos pilares sobre os quais muitos outros países desenvolveram as respectivas noções. Nesse grupo, encontram-se, por exemplo, Espanha, Holanda, Bélgica e Itália, mesmo tendo em vista que os italianos, em etapa de evolução posterior, tenham seguido mais profundamente os ideais alemães. Prova disso são os vários artigos de seu código civil que submetem sua interpretação a partir de uma noção geral de boa-fé, instituem a onerosidade excessiva e permeiam as relações entre as partes de caráter de correição¹⁰⁹.

É similar o histórico do princípio no direito holandês. Iniciado em bases francesas, ou seja, com a obrigação de comportamento das partes segundo a boa-fé devidamente estatuída, porém, sem grande relevância, a partir do início do século XIX, sofreu notória influência alemã. A partir da aplicação mais alargada do princípio, antes centralizado como no direito francês, verificou-se, a partir da promulgação do código civil de 1992, sua manifestação em outras partes do código holandês, representando fixação formal e ampla do princípio.

Os espanhóis e belgas seguiram a orientação francesa de forma mais uniforme, encontrando algumas adaptações, naturalmente, como a caracterização belga do abuso de direito como função limitativa da boa-fé e a codificação espanhola do abuso de direito apenas desenvolvido jurisprudencialmente na França.

¹⁰⁸ “Our courts, in a rush to ‘take a stand’ for the notion of ‘good faith’ by implying a term, have overlooked the detrimental impact this approach will have on the wider institution of contract law. This unsophisticated approach fails to take account of the inherent principle of ‘good faith’ that already exists, underlying and informing the whole framework of contract law.” J W CARTER - E. PEDEN, *Good Faith in Australian Contract Law* in *Journal of Contract Law*, v. 19, 2003, p. 179.

¹⁰⁹ Nesse sentido, seguem os dispositivos aplicáveis do código civil italiano: (i) em referência à interpretação dos contratos: “Art. 1366. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.”; (ii) em relação à onerosidade excessiva: “Art. 1467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458.”; e (iii) finalmente, sobre o comportamento das partes: “Art. 1175. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.”

O regime que existe nos países nórdicos é tratado separadamente devido à semelhança que possuem entre si. Deve-se ao fato de que as relações políticas entre os países sempre foi muito estreita. O conjunto dos países nórdicos é formado atualmente pela Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia e Islândia. Exemplo da proximidade dos países em questão é a união política existente até pouco tempo entre, de um lado, Dinamarca, Noruega e Islândia e, de outro, Suécia e Finlândia¹¹⁰.

Além disso, são vários os tratados existentes entre este grupo de países, como acordos em matéria contratual que inter-relacionam ambos os grupos nórdicos acima citados e que determinam deveres gerais de honestidade e lealdade uniformes, embora sejam tais princípios interpretados de forma ligeiramente diversa dentro de cada ordenamento¹¹¹.

(v) Síntese

A despeito de todas as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais estudados, principalmente aquelas existentes entre sistemas como o alemão, que adota o princípio da boa-fé para campos que extrapolam o próprio campo dos contratos, e o inglês, o qual não reconhece um dever geral de boa-fé, mesmo em esfera contratual, é possível afirmar a existência de uma mudança maior na concepção dos ordenamentos nacionais no que se refere aos papéis dos contratos.

Tal movimento ocorre de forma inversa nos países de *common law* e de *civil law*, como a França, por exemplo. Neste, a teoria da autonomia das vontades é limitada em prol de uma interpretação contratual baseada na boa-fé, similar ao que alguns chamam de função

¹¹⁰ “The close interrelationship of the Nordic legal systems is explained by the fact that the political and cultural ties between the Scandinavian countries have always been very close. It is true that the complete unification of the three Nordic kingdoms of Denmark, Norway and Sweden was only temporary, in the time of the Union of Kalmar (1397-1523), but the links between Sweden and Finland on the one hand, and between Denmark, Norway and Iceland on the other, proved much more durable and lasted for centuries.” ZWEIGERT – KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, p. 277.

¹¹¹ Cf. WHITTAKER - ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 56.

paternalista dos julgadores. Nos países de *common law*, a mudança é em sentido oposto, ou seja, as teorias específicas existentes começam a ter sua suficiência questionada¹¹².

As soluções dadas pelos sistemas jurídicos quando postos a enfrentar problemas contratuais variados são baseadas em raciocínios diversos. Muitos dos sistemas fundamentam-se no princípio da boa-fé como conhecido no direito brasileiro. Outros fundamentam suas soluções, por exemplo, no abuso de direito, na expectativa das partes com relação ao andamento regular do contrato, nas relações fiduciárias e nas próprias teorias existentes de responsabilidade civil.

Ainda assim, os entendimentos são diferentes dependendo da fase do vínculo estudado. Conforme já mencionado, alguns sistemas, como o inglês, não enxergam a fase pré-contratual como passível de proteção da mesma forma que o direito alemão. A fase de execução do contrato, ou fase contratual propriamente dita, também encontra diferentes resultados. Existem doutrinas incorporadas nos sistemas que permitem alterações das condições do contrato, em nome de seu reequilíbrio, da eliminação de condições supervenientes que desequilibraram a relação. Curioso notar que, nesse sentido, a proteção alcança até o desequilíbrio entre as partes na fase pré-contratual.

Um caso utilizado como paradigma de estudo do princípio da boa-fé no direito dos países europeus é claro nesse aspecto. Conforme relatado, um vendedor de um determinado objeto de arte não tinha ciência do real valor da peça sujeita à venda, ao contrário do comprador. Nessa situação, diferentemente da solução dada pela maioria dos ordenamentos europeus, de acordo com as doutrinas contratuais aplicáveis no direito inglês, caso o comprador não agisse positivamente na manutenção da ignorância do vendedor, levando-o a realizar venda a valor notoriamente inadequado à peça, não teria sua conduta penalizada e o negócio seria validado.

¹¹² Cf. M. MAGGI, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Haia, Kluwer, 2004, p. 36 (doravante referido como “MAGGI, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”), onde se faz referência à introdução de conceitos pontuais de boa-fé no direito inglês através da 1993 EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. No mesmo sentido, H. L. MACQUEEN – R. ZIMMERMANN, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, Edinburgh, 2006, p.46.

Ainda nesse exemplo, nos termos há pouco mencionados, a maioria dos ordenamentos europeus consideraria o negócio inválido, no entanto, percorrendo caminhos diversos. As justificativas compreendem a proteção à ignorância do vendedor, por sua falta de qualificação técnica para averiguar o real valor do objeto; a malícia do comprador, que comprava o objeto sabendo de sua desvalorização irreal e ignorada; enriquecimento ilícito e, de forma mais genérica, por falta de observância do princípio da boa-fé e conduta ilegítima do comprador.

As diversas soluções são aqui mencionadas de forma ilustrativa. Servem apenas para que se note que os efeitos jurídicos produzidos nos diversos sistemas tendem a guardar certo grau de semelhança, seja nos resultados, seja nas doutrinas nas quais se utilizam para pautar suas decisões. Em alguns casos, como o acima tratado, é verdade que os efeitos e os fundamentos podem ser totalmente diversos, mas, dependendo da fase do vínculo e do tipo de contrato especificamente tratado, o resultado poderia ser impressionantemente similar.

Prova disso é a admissão do princípio da boa-fé nos contratos de seguro em direito inglês. Caso estivesse sendo relatada a formação de um contrato de seguro, o dever de informação das partes seria crucial. Diferentemente do exemplo acima, não bastaria a ausência de uma conduta ativa das partes, seria necessária a iniciativa constante das partes no que tange à informação mútua.

Da mesma maneira, não se pode afirmar absolutamente que, fora de uma regra contratual específica como a dos contratos de seguro ou dos contratos de consumo regulados pelo *Sale of Goods Act*, no direito inglês, não há uma teoria geral que oriente as decisões de forma similar àquela dos países que adotaram o princípio da boa-fé de forma ampla.¹¹³

Mas, de qualquer forma, seguindo novamente o exemplo da venda da obra de arte, pode-se notar claramente que a aplicação do princípio da boa-fé e ou institutos de similar efeito provocariam a invalidade do contrato ou a alteração radical do preço acordado. Em

¹¹³ Sobre a explicação da doutrina do *estoppel*, v. L. O. BAPTISTA, *Parallel arbitrations - waivers and estoppel* in CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M., Ed. *Parallel state arbitral procedures in international arbitration*, Paris, 2005 (doravante referido como “BAPTISTA, *Parallel arbitrations - waivers and estoppel*”).

outras situações, esses efeitos podem ensejar o término do contrato, a imposição de deveres acessórios específicos, o não exercício de um direito e até o dever geral de indenizar.

A principal diferença existente entre os sistemas de *civil law* e de *common law* é que, enquanto os primeiros recorrem às doutrinas gerais de boa-fé, abuso de direito, etc., estes dependem em maior escala da interpretação dos juízes acerca dos termos do contrato baseado no estudo da intenção razoável das partes.

A identificação do espírito do contrato nesse sistema ocorre de forma nuclear e independente de um dever geral de boa-fé, embora, conforme cediço, fundamente suas decisões em doutrinas como a do *estoppel*. O exercício dos julgadores dos países de *common law* aproxima-se da função hermenêutico-integrativa da boa-fé, na medida em que procuram identificar os termos implícitos nos contratos, seja de fato ou por lei¹¹⁴.

Nesse ponto do estudo, ainda não é cabível afirmar que todos esses efeitos podem ser considerados como derivados do princípio geral de boa-fé¹¹⁵. Para esse propósito, servirá o estudo das sentenças específicas à luz do sentido internacional do princípio.

3.2. Particularidades na caracterização da boa-fé nos contratos comerciais internacionais

É necessário entender, a princípio, as técnicas de redação existentes na prática contratual moderna. Conforme a lei aplicável ao contrato e a forma de solução de

¹¹⁴ “The first type consists of terms ‘implied in fact’ and they are found by applying the so-called test of the ‘officious bystander’.” “(...) Terms recognised under this test are seen as directly related to presumed party intention, though this is determined in a typically objective fashion. Far more important in practice, however, are terms ‘implied in law’. While formally these are to be implied in contracts only if they are *necessary* (as opposed to being merely reasonable), over the last century and a half the courts have found them in a vast variety of different types of contract and different situations.” WHITTAKER - ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 680.

¹¹⁵ Nesse sentido, ao tratar das diferentes doutrinas utilizadas no tratamento de questões contratuais: “‘Quite a number of these doctrines are still regarded (in some systems) as emanations of the principle of good faith. Others are seen to have been linked in this way to good faith historically, but to have ‘flown the nest’, being now accepted as distinct or ‘autonomous’ legal doctrines, with their own contours and concerns.” WHITTAKER - ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 676.

controvérsias escolhida pelas partes, nesse ponto considerada a escolha de foro ou pela arbitragem, a importância da redação e do real perfil das partes varia.

De acordo com as leis de países de *common law*, como Inglaterra e Escócia, é muito mais elevada a importância da redação expressa de determinadas disposições contratuais, principalmente aquelas que não tenham fundamento exposto em lei ou posição jurisprudencial pacífica. A falta de redação expressa, nesses casos, implica em interpretação dos tribunais com relação à intenção das partes ou do espírito do contrato, o que, em determinadas situações, pode escapar da motivação de uma ou de todas as partes. Assim, o artifício utilizado pelos redatores dos contratos sujeitos a tais leis e jurisdições é a expressão precisa da vontade das partes nas situações aplicáveis à natureza do negócio.

Ocorre que, como é natural, mesmo com as mais avançadas técnicas de redação e experiência comercial das partes e dos responsáveis pela elaboração dos contratos, é possível que existam aspectos imprevistos que sujeitem a interpretação do contrato à função de preenchimento de lacunas dos julgadores. Toda a problemática acerca da caracterização das doutrinas aplicáveis aos contratos, específica ou genericamente, faz-se presente nessas situações.

Por outro lado, o problema do respeito às disposições contratuais pode se mostrar de forma diversa nos países que adotam o princípio da boa-fé de forma geral, ou regulam as relações contratuais a partir de doutrinas similares. Nestes, existem casos onde a preocupação dos julgadores dirige-se no sentido de adequar a relação contratual de forma independente da vontade das partes, seja esta implícita ou expressa. O julgamento contra disposições expressas nos contratos justifica-se, por exemplo, através da proteção à parte mais enfraquecida no momento da negociação.

Na prática da redação contratual, o problema que é comum a ambos os sistemas é o da identificação da lei e da jurisdição às quais o contrato será submetido em caso de dúvida ou litígio. O entendimento de um órgão julgador acerca dos princípios aplicáveis aos contratos, seja o da boa-fé ou da expectativa razoável das partes, atuará de forma diversa e, portanto,

cuidados específicos devem ser tomados na redação das cláusulas, especialmente quanto à sua eficácia em caso de execução forçada¹¹⁶.

Mesmo com todos os cuidados necessários na redação das cláusulas contratuais, a ação dos redatores não pode amainar os efeitos da interpretação de julgadores em casos que escapem o período de vigência das disposições, isto é principalmente notado na fase pré-contratual. Nessa fase, considerando a falta de acordos formais preliminares, quaisquer discussões entre as partes no sentido de indenização por interrupção injustificada das negociações não poderão ser resolvidas de forma diversa senão através dos julgadores aplicáveis.

Por sua vez, a relação das partes será levada de forma crua à interpretação judicial¹¹⁷ e, então, de forma plena, a intenção das partes será avaliada com base nos preceitos doutrinários contratuais de uma determinada jurisdição. Esta poderá, conforme o caso, entender a existência de um dever de indenizar ou, até mesmo, defender a possibilidade de quebra das negociações por ausência de um dever de contratar ou de qualquer abuso de direito.

É necessário que essa problemática seja pormenorizada através de uma rápida incursão acerca do problema das negociações preliminares, figura tão presente nos contratos comerciais de maior complexidade. Essas figuras compreendem o dispêndio de grandes quantias e o cumprimento diferido de obrigações, envolvendo as partes em aspectos multifacetados, que impossibilitam a previsão absoluta de seus efeitos através de cláusulas contratuais expressas.

O tratamento dado pelos diferentes sistemas jurídicos pode ser vislumbrado, ainda que de forma limitada, através do exemplo da quebra das negociações preliminares. A assertiva decorre do fato de que, ao contrário do direito alemão e brasileiro, por exemplo, muitos países

¹¹⁶ “(...) Então, o melhor para um negociador é procurar, na medida do possível, compatibilizar o contrato com as leis aplicáveis potencialmente. O que equivale a dizer que não deve ferir os princípios de ordem pública de um ou outro ordenamento jurídico em questão, procurando adequar as cláusulas e condições às peculiaridades dos direitos com os quais o contrato se conecta, quer quando se trate de possível disputa judicial, quer quando da homologação e eventual execução judicial de um laudo arbitral.” M. BASSO, *A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*, São Paulo, LTr, 1994, p.48.

¹¹⁷ Pressupõe-se a interpretação por meio do órgão judicial aplicável pela falta de quaisquer acordos entre as partes, inclusive, aqueles que asseguram o recurso à arbitragem.

não admitem a figura da responsabilidade pré-contratual e, assim, baseados em fatores diversos, não reconhecem o dever de indenizar por danos oriundos nessa fase.

Destarte, caso exista a interrupção injustificada das tratativas, em países como a Alemanha e o Brasil, seria reconhecida a obrigação de indenização pela parte desistente por conta de eventuais gastos razoavelmente despendidos pela parte reclamante, ou seja, gastos despendidos de acordo com as negociações de forma direta ou de forma indireta, desde que comprovados indispensáveis para a formação do vínculo em questão.

Na França, a responsabilidade decorreria do abuso de direito, tendo em vista um cenário onde a parte desistente excedeu os limites da liberdade de contratar por infligir danos à parte reclamante. Na Inglaterra, o problema seria tratado de forma diversa. Não haveria a clara possibilidade de indenização caso fosse originada simplesmente em gastos incorridos unilateralmente sem o enriquecimento da outra. Caso estivesse sendo considerado o enriquecimento da parte desistente, esta deveria cobrir os gastos efetuados pela parte reclamante.

A existência de uma responsabilidade contratual em fase de negociações preliminares não é aceita na maioria dos países estudados¹¹⁸. No Brasil, por exemplo, considerada a teoria da responsabilidade civil pré-contratual e o dever de negociação sob o princípio da boa-fé mesmo em fase pré-contratual, justifica-se o dever de indenização por eventuais gastos incorridos de forma razoável, ou seja, sujeita aos padrões de boa-fé. Não obstante, não seria considerada uma responsabilidade contratual por interrupção das tratativas, como forma de extensão fictícia dos efeitos do contrato não formado à data de renúncia das tratativas

Tal qual o direito francês, nesse ponto, o direito brasileiro propaga o respeito à liberdade de contratar, naturalmente, sem afastamento do dever de indenizar conseqüente da responsabilidade pré-contratual. A responsabilidade de contratar existe, mas a autonomia da

¹¹⁸ Por exemplo, a Holanda, cf. WHITTAKER - ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, p. 246.

vontade das partes em contratar deve ser respeitada não obstante a existência de danos a outrem. Os danos serão indenizados e a autonomia da parte desistente será respeitada.

Mas, fora do arcabouço jurídico dos países acima citados a título de exemplo, ainda existe uma expressão mais independente sobre a expressão da boa-fé nos contratos internacionais. Essa forma de expressão mais exacerbada do princípio da boa-fé nos contratos internacionais, mais próxima àqueles ideais presentes nos países que determinam sua aplicação de forma mais comum e irrestrita, é traduzida, de forma mais comum, em deveres de cooperação.

Da mesma forma que se pode argumentar sobre o surgimento do abuso de direito a partir de teorias de responsabilidade civil contratual e do comportamento de boa-fé em não terminar injustificadamente as tratativas como decorrente da responsabilidade pré-contratual, pode-se afirmar que os deveres de cooperação são uma forma de expressão do princípio da boa-fé.

Justifica-se a assertiva acima, pois os deveres de cooperação e a boa-fé não se confundem completamente. A boa-fé é um princípio geral que, dentre suas funções passíveis de exercício, mais intensamente ou menos, conforme o sistema jurídico estudado, orienta a criação de deveres, evita o exercício abusivo de direitos e preenche lacunas na relação contratual, seja ela decorrente de falta de previsão em lei ou no próprio contrato. O dever de cooperação não tem tantos desdobramentos, embora represente um importante marco na caracterização das relações contratuais, especialmente as internacionais.

Em alguns estudos¹¹⁹, busca-se afirmar a existência independente dos deveres de cooperação, como unidade autônoma de estudo, com tipos contratuais supostamente próprios¹²⁰ e que representariam uma etapa posterior na evolução do princípio da boa-fé¹²¹.

¹¹⁹ Como o de F. DIESSE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade* in *International Business Law Journal*, n. 7, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p.737 e ss. (doravante citado como *DIESSE, The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade*).

¹²⁰ Seguem exemplos de cláusulas de contratos dessa espécie: “1.1. The Parties may and intend to cooperate with one or more of the other Parties to this Agreement or with third parties in the conduct of or the participation in particular Activities. 1.2. For the purpose of conducting the Activities, details of the concerned parties’ respective

Assim sendo, o dever de cooperação expresso no linguajar doutrinário internacional¹²², traduzido para uma concepção mais familiar às considerações efetuadas com relação aos sistemas nacionais, equivaleria à boa-fé objetivamente considerada¹²³.

Na realidade, conforme opinião da doutrina mencionada, o que se tem é, em primeira análise, a diferenciação entre boa-fé subjetiva e objetiva. De acordo com essa definição, à boa-fé corresponde o vocábulo ‘lealdade’, mas sabe-se que a boa-fé objetiva representa muito mais do que simples lealdade entre as partes. Representa deveres de cuidado e zelo ativo por parte dos contratantes.

Essa é uma definição que equivale àquela dos deveres de cooperação em doutrina internacional. Relevante mencionar que a nomenclatura ‘deveres de cooperação’ tem significado diverso em alguns sistemas. No brasileiro, por exemplo, é considerada como uma

cooperation will be agreed upon between the parties participating in such activity on a case-by-case basis and by entering into (a) separate consortium agreement(s) or any other type of joint organisation or agreement(s). Within such agreements, the Parties to this Agreement, which are participating in such activity, will – as suitable in consideration of the purpose of the. Activity to be conducted – accept third parties either as additional (cooperation) partners or participants in their joint organisation or agreement or accept third parties as subcontractors.”

¹²¹ “This duty to cooperate is therefore more extensive than the obligation to act in good faith. The latter is limited to holding a belief that is justifiably mistaken, or to the duty not to harm one’s partner, while cooperation imposes, in addition to loyalty, a higher degree of care and well intentioned conduct that are assessed according to the circumstances and the type of contract.” DIESSE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade*, p.737. Fazendo referência ao artigo 1:202 PECL, sobre dever de cooperação, e à sua existência verificada na França, Alemanha e Itália, M. W. HESSELINK diz que: “A duty to co-operate is recognized, on the basis of good faith, in many European legal systems. (...) Although article 1:202 PECL is intended by the Lando Commission to have a more limited function, if the PECL were to be enacted as a European Code of Contracts, it might nevertheless develop as the main anchor-point under European code for the further development of social contract law. It seems perfectly suitable as a basis for social rules that courts might wish to develop.” *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission* in HESSELINK, M. W. – DE VRIES, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Deventer, Kluwer, 2001, p. 57. Para referência, segue a íntegra do artigo 1:202 PECL: “Duty to Co-operate. Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

¹²² “The notion of good faith has occasionally been presented as a means of implying a general requirement of balance in contracts. The modern sense of the notion of good faith in French law is often construed as a requirement of *loyauté* (honesty or fairness), sometimes coupled to a duty of co-operation, especially in complex contracts or in contracts over complex goods or services.” C. GIROT, *User Protection in IT Contracts: A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology*, Haia, Kluwer, 2001, p.29.

¹²³ “Good faith stands at the Center of the duty to cooperate because in its absence the rights of affected states are subject to abuse, particularly in light of the lack of a requirement of prior consent. Good faith as a principle of international law has, of course, significance well beyond the duty to cooperate” N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge, Cambridge, 2008, p.70.

das funções que se desdobram da boa-fé objetiva¹²⁴. Assim, de acordo com o entendimento da doutrina brasileira, os deveres de cooperação representam apenas a prática de uma série de atos acessórios à relação obrigacional, visando a sua manutenção ótima¹²⁵.

Adicionalmente, independer o dever de cooperação do princípio da boa-fé, conforme se poderia aventar, não representaria, necessariamente, possibilidade de espaço para seu desenvolvimento. Sua evolução ocorrerá não obstante seja considerado atrelado ao princípio da boa-fé. Exemplo dessa assertiva é a utilização da teoria do abuso de direito.

Seja considerada como dependente do princípio da boa-fé¹²⁶ ou livre de amarras, os efeitos que propaga são teoricamente os mesmos. É verdade que a prática pode trazer desvios na aparente identidade entre as teorias nos diferentes ordenamentos tratados, mas tal distinção não está ligada à questão da dependência, mas aos aspectos acessórios e naturais intra-sistemas que provocam tratamentos diferentes para questões similares baseadas em teorias de base muito próximas.

Sem dúvida, independentemente da opinião acatada, conforme acima debatidas as principais expressões, não pode ser diminuída a importância do dever de cooperação nos contratos internacionais. O dever de cooperação representa, indubitavelmente, um passo largo em direção à modernização das relações contratuais, uma formalização de características que são necessárias, muitas vezes, para balizar avenças bem-sucedidas.

¹²⁴ Cf. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 438-439.

¹²⁵ Incluem-se nessa categoria os deveres de informação, de aviso e esclarecimento, de confidencialidade, cuidado, dentre outros, cf. classificação encontrada em MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 439 e T. NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 151-152 (doravante citado como “NEGREIROS, *Teoria do contrato*”). Ainda a esse respeito, C. V. do COUTO E SILVA utiliza-se de denominação diversa ao falar dos ‘deveres de cooperação’ conforme classificados nas obras acima. Nomeia-os como ‘deveres secundários’ em *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006, p. 91 (doravante citado como “COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*”).

¹²⁶ Sobre a natureza do dever de cooperação, segue comentário de S. LEIBLE - J. PISULINSKI - F. ZOLL: “This principle is an example of the application of a more general principle of good faith. This principle finds other formulations in pre-contractual obligations (...). It differs from the duty of loyalty. To co-operate means, for the parties involved, making performance possible by loyal and faithful behaviour. Loyalty means taking care of the other party’s interests.” *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munique, Sellier, 2007, p. 270.

O ponto de oposição desse cenário, ou seja, aquele onde são demonstrados os problemas que decorrem de contratos mal formulados ou desobedecidos com base na ausência de boa-fé objetiva e, mais especificamente, cooperação entre as partes, será desenvolvido no item relativo ao estudo das sentenças arbitrais adiante.

Conforme introduzido nos parágrafos acima, forte indício da caracterização da boa-fé na ordem internacional é a disposição de cláusulas contratuais abertas, ou seja, que permitem a inclusão ou criação posteriores de deveres acessórios. Os deveres de cooperação, assim considerados como derivados do princípio da boa-fé, são manifestação de ações práticas exigidas das partes durante toda a relação contratual.

Curioso será analisar o efeito da boa-fé nas decisões arbitrais. Através de pesquisa doutrinária, é fácil encontrar opiniões extremadas que, por força da construção do fundamento de suas teorias, utilizam-se de linhas de raciocínio excessivamente parciais¹²⁷. É muito importante considerar a existência dos deveres acessórios na interpretação dos contratos, mas não se deve desconstruir a relação jurídica de modo a deformá-la. A autonomia da vontade das partes deve ser identificada e respeitada. Muitas vezes, é clara a redação contratual no sentido de evitar a incidência de deveres não expressos ou supostamente não inseridos, mas devidos de acordo com posterior julgamento¹²⁸.

¹²⁷ Cf. DIEESE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade*, p. 766. Em sentido contrário, limitando a criação dos deveres de cooperação, CAIO MARIO da S. PEREIRA diz que: “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 não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios.” *Instituições de Direito Civil*, v.3, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 21.

¹²⁸ Cf. cláusula contratual tipicamente inserida em contratos de financiamento: “**1.1. No Fiduciary Relationship or Partnership.** The Borrower acknowledges that neither any Agent nor any other Secured Party has any fiduciary relationship with, or fiduciary duty to, the Borrower arising out of or in connection with this Agreement or any of the other Loan Documents, and the relationship between the Administrative Agent and the other Secured Parties, on the one hand, and the Borrower, on the other, in connection herewith or therewith is solely that of debtor and creditor. This Agreement does not create a joint venture among the parties. The parties hereto intend that the relationship among them shall be solely that of creditor and debtor. Nothing contained in this Agreement or any other Loan Document shall be deemed or construed to create a partnership, tenancy-in-common, joint tenancy, joint venture or co-ownership by or between any Lender, on the one hand, and any other Lender, the Borrower or any other Person, on the other hand. **No Secured Party shall in any way be responsible or liable for the debts, losses, obligations or duties of the Borrower or any other Person other than itself.**” (grifado). No caso, relevante informar que a eventual decisão sobre controvérsia seria resolvida por tribunal localizado em Nova Iorque, Estados Unidos da América, de acordo com as leis estaduais e federais respectivas.

Em conclusão, o julgador deve ter o equilíbrio necessário para cumprir essa função de identificação e consolidação das normas contratuais em nome das partes, caso necessário. Observe-se que o argumento referente à preservação, em certa medida, da vontade das partes não inclui a revisão contratual por onerosidade excessiva. Não pelo conteúdo do instituto, mas pela sua reconhecida independência do princípio da boa-fé em parte dos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro¹²⁹.

De qualquer forma, as decisões arbitrais servirão para equilibrar a visão acerca do conceito de boa-fé na ordem internacional, tanto em situações em que tenha sido incluído a partir de concepções de *lex mercatoria*¹³⁰, quanto em casos cuja interpretação tenha de ser feita a partir de uma concepção nacional qualquer.

3.3. Manifestação da boa-fé nas regras de comércio internacional

O tratamento de questões contratuais ordinárias ganha complexidade quando estas são analisadas sob o aspecto internacional. Nesse meio, exige-se das partes cumprimento de obrigações acessórias mais refinadas. Tais obrigações são, na realidade, a materialização de uma demanda comportamental mais exigente nos contratos internacionais, adaptando-se, deste modo, as obrigações das partes ao meio comercial do qual se utilizam.

Se a relação em formação, ou em andamento, exige grandes alocações de recursos, grandes custos de oportunidade, é de longa duração ou de execução diferida, será exigida das partes a comunhão de esforços aplicável para que não existam desavenças.

¹²⁹ Seguem, respectivamente, os artigos dos códigos civis brasileiro e italiano sobre o tema: Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação; Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

¹³⁰ “The emergence of an autonomous law of international trade is one of the most significant legal reactions to the changing social and economic conditions of the world. We should not expect miracles of this development and not hope for sensational and quick results. But in the fullness of time this new branch of law will provide a reliable legal framework for the conduct of international business carried out in good faith between countries of different economic order and in a different stage of economic development.” SCHMITTHOFF, *Essays*, p. 100.

Qualquer um dos fatores elencados acima já representa dificuldade incomum, mesmo em relações contratuais sem qualquer fator internacionalizante. Dessa forma, podem ser motivadores de discussões de grande profundidade e difícil solução, principalmente, quando as cláusulas do contrato em que se inserem não são bem elaboradas.

Esse cenário é problematizado, ainda mais, quando se verifica a presença em conjunto dessas características nas relações comerciais internacionais. Isso ocorre de forma regular nesse meio e, por esse motivo, demandam-se soluções de redação contratual ainda mais completas e customizadas.

Nessa esteira, a primeira classe de regras decorrentes dos usos e costumes internacionais é aquela oriunda do próprio contrato. As regras estabelecidas em contrato são expressas e obrigam as partes de forma direta. Podem estas se obrigar em maior ou menor medida. Note-se que estes não são deveres meramente instrumentais, como a necessidade de notificação prévia ou a observância de sigilo, que serão classificados como deveres de cooperação inerentes aos contratos internacionais.

É possível que a importância desses deveres aumente conforme o grau de complexidade do contrato. Ainda assim, afasta-se da aproximação que é possível identificar entre as partes de um contrato na esfera internacional. A configuração de deveres de cooperação em esfera internacional pode ser melhor visualizada quando há obrigações que, efetivamente, excedem a órbita natural de ação do sujeito.

Exemplos dessas obrigações são o alerta da contraparte quando da verificação de possíveis danos, a não imposição de restrições à instauração de procedimento arbitral, alegando a invalidade da cláusula relevante, a de ressarcir danos incorridos em fase pré-contratual, dentre outros. Considera-se que as partes possuem um dever de solidariedade entre si¹³¹.

¹³¹ “O século XIX foi marcado pelo individualismo, consagrando-se o princípio da fidelidade aos compromissos assumidos. Já o século XX foi marcado pela solidariedade, daí por que seu grande aporte para o direito das obrigações foi, sem dúvida, o aparecimento da nova noção de boa-fé entendida no sentido de lealdade contratual.

Parece exagerado afirmar a existência de um dever de solidariedade contratual, uma vez que, analogamente, exige-se das partes o comportamento dirigido aos hipossuficientes. É necessário recordar que a contraparte em um contrato internacional, muitas vezes, tem um grau de sofisticação e conhecimento que a distancia da qualidade de hipossuficientes. Para que não haja exageros, o senso de equilíbrio de interpretação dos árbitros deve ser acurado.

De qualquer maneira, as partes sujeitam suas regras contratuais ao crivo da interpretação do órgão julgador quando necessário. Caso não haja disposição expressa acerca do que supostamente deveria existir, sua falta será sentida pelas partes quando da instauração da discussão da controvérsia. Nesse ponto, a função do órgão julgador será, caso a si seja permitida a integração das disposições contratuais, a de realizar o trabalho de interpretação do contrato e conseqüente elucidação dos direitos acessórios implícitos.

Para evitar, portanto, a interferência de terceiros nos termos entre si pactuados, as partes devem, além de observar as obrigações impostas reciprocamente, desenvolver os limites e conteúdo do contrato de forma a inserir critérios de revisão e demais mecanismos que evitem a necessidade de interferência externa, ou seja, que permitam uma solução extrajudicial, ou melhor, intracontratual da questão. Isso pode ser verificado através de cláusulas que prevejam a alteração de taxas de juros, valor de remuneração principal e prazos de pagamento em um contrato de financiamento, por exemplo.

Sob essa visão, torna-se mais verossímil a existência de solidariedade entre as partes. O ceticismo sobre a existência de uma predisposição natural das partes em se auxiliarem mutuamente na consecução de seus objetivos é justificado por alguns ordenamentos. Prova disso é o ideal pragmático inglês sobre a característica da intenção das partes no momento pré-contratual.

O dever de lealdade durante a execução do contrato aparece, assim, na sua forma mais rica, complexa e inovadora.” BAPTISTA, *Lições de direito internacional*, p. 253. No mesmo sentido, v. DIEESE, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade*, p. 753.

A partir da recolocação da questão da solidariedade contratual como pressuposto de funcionamento de determinado tipo de contrato, pode-se afirmar que seus efeitos jurídicos estão sujeitos a deveres objetivamente considerados como necessários para execução e término do contrato. Dessa forma, pode-se compreender o motivo da inserção de cláusulas de revisão dos termos do contrato.

Além das cláusulas elaboradas pelas partes, outra fonte de destaque nos contratos internacionais são as regras de comércio desenvolvidas por meio de princípios criados por órgãos auto-reguladores, por assim dizer, como os Princípios Unidroit, os Princípios Europeus de Direito Contratual¹³², bem como aquelas introduzidas por tratados internacionais¹³³, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias¹³⁴.

As normas de direito internacional tendem a outorgar às partes a mútua expectativa de comportamento razoável. Seguindo a linha de grande parte dos ordenamentos internos e, até mesmo, exacerbando os limites de algumas políticas internas acerca do tema, criam deveres de solidariedade não previstos expressamente nos ordenamentos internos.

Faz parte da consciência moderna da função dos contratos. Os trabalhos de elaboração de normas e princípios em comércio internacional permeiam suas disposições em determinados princípios gerais comuns, como o da liberdade de contratar, da força vinculante

¹³² “The Principles of European Contract Law 2002” (doravante referido como “PECL”).

¹³³ V. os principais trabalhos da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) em matéria de regras internacionais: 1985 - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; 2001 - United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade; 2002 - UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation; 2005 - United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts; 2008 - United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea - the “Rotterdam Rules”.

¹³⁴ “1980 - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”. Relevante mencionar que o texto integral da CISG foi submetido à aprovação da Câmara dos Deputados em 08 de novembro de 2010. Atualmente, o projeto está aguardando parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN), tendo sido designado como relator o Deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR).

do contrato, do abuso de direito, do *venire contra factum proprium* e, principalmente, o da boa-fé¹³⁵.

A normativa comercial internacional, então, direciona as relações contratuais de acordo com características gerais muito aproximadas e que visam à manutenção dos contratos mediante a colaboração intensa entre as partes. É bem-sucedida quando consegue harmonizar as teorias aceitas pelos sistemas de *civil law* e de *common law*¹³⁶. A eficácia da execução das disposições que carrega é essencial.

Naturalmente, por ventura, existirão óbices à aplicação de disposições de princípios e convenções internacionais. Independentemente da aceitação teórica que uma convenção tem em determinado sistema, sabe-se que sua internalização depende de uma série de etapas formais dentro dos ordenamentos jurídicos que, muitas vezes, trazem consigo barreiras de cunho político e burocrático.

É verdade que as intenções dos princípios contratuais de caráter geral, como os do Unidroit e os PECL, não são a de se tornarem normas rígidas e imutáveis dentro dos sistemas, pois isso representaria barreira à dinamicidade da evolução constante à qual estão sujeitos por interesse da comunidade internacional.

Independentemente dos esforços dos redatores dos princípios e convenções, não são totalmente aceitas as teorias em si embutidas até mesmo por árbitros (assim entendidos na

¹³⁵ Nesse sentido, seguem os artigos aplicáveis da CISG, dos Princípios UNIDROIT e dos PECL: Art. 7 CISG: “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”; Article 1.7 UNIDROIT: “(Good faith and fair dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”; Article 1:201 PECL: “Good Faith and Fair Dealing. (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”

¹³⁶ Cf. notas do Secretariado da UNCITRAL sobre a aceitação da CISG: “3. One reason for the wide acceptance of the Convention stems from its flexibility. The drafters of the Convention achieved this flexibility through the use of different techniques, and, in particular, by adopting a neutral terminology, by promoting the general observance of good faith in international trade, by establishing as a rule that the general principles on which the Convention is based should be used when filling any gap in the set of standards created by the Convention, and by recognizing the binding effects of agreed usages and established practice.”

qualidade de julgadores habituados com questões comerciais de grande calibre)¹³⁷. Existem disposições nos princípios que podem afetar, de acordo com o entendimento dos julgadores aplicáveis, a sustentabilidade da relação contratual em si¹³⁸.

Por esse motivo, os princípios podem ser utilizados somente em parte e com funções delimitadas, embora sejam resultado de estudos aprofundados do comércio internacional e das práticas nele existentes. Pode-se citar, como exemplo, a adoção parcial dos Princípios Unidroit em contratos-modelo elaborados pela Câmara de Comércio Internacional¹³⁹.

A parte não recepcionada nos contratos-modelo em questão refere-se aos mecanismos de renegociação contratual em casos de alteração superveniente e inesperada do equilíbrio contratual, cuja idéia exprime-se através das ‘cláusulas de *hardship*’¹⁴⁰. Segundo comentários da doutrina especializada¹⁴¹, a partes não se sentiriam a vontade para utilizar-se de previsões contratuais que permitissem o reequilíbrio contratual forçado por terceiro. Observe-se que essa intervenção ocorreria na hipótese de insucesso da renegociação inicial entre as próprias partes.

¹³⁷ “(...) I see the risk that, even in the context of international arbitration, the Principles may not always be accepted as the ‘applicable law’. In fact, it cannot be excluded that arbitrators having a more ‘traditional’ approach to this issue may as well interpret the clause proposed by the Unidroit as a provision for the simple incorporation of the Principles in the contract, which would leave open the problem of determining the governing law.” F. BORTOLOTTI, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles – ICC Model Contracts – ITC Model Contracts* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 5, abr-jun 2005, RT, p. 128-129 (doravante referido como “BORTOLOTTI, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles*”).

¹³⁸ Cf. decisão CCI, caso nº 8873 (1997) e decisão CCI nº 9029 (1998) mencionadas em BORTOLOTTI, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles*, em nota. Nesse sentido, segue opinião da doutrina: “Como nem todas as legislações admitem a teoria da imprevisão – ou a cláusula *rebus sic stantibus* – e a jurisprudência sói ser incerta, é na autonomia da vontade que as cláusulas de *hardship* se apóiam. Por isso é a extensão em que determinado sistema jurídico contempla essa autonomia que se admitirá, ou não, a validade dessa avença.” L. O. BAPTISTA, *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 144 (doravante citado como “BAPTISTA, *Contratos internacionais*”).

¹³⁹ Cf. modelos referentes aos contratos de agência, distribuição, fusões e aquisições, dentre outros citados em nota em BORTOLOTTI, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles*, p. 130.

¹⁴⁰ “(...) it has been observed that the provisions regarding Hardship take into consideration only the imbalance of the two performances and not the other case considered by the practice, i. e. the loss of any economic interest in the contract by one of the parties.” U. DRAETTA, *Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts* in *International Business Law Journal*, nº 3/4, 2002, p. 350. (doravante referido como DRAETTA, *Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts*”).

¹⁴¹ Em nota, afirma BORTOLOTTI que: “In fact, in dealings between professional traders, who are supposed to be able to estimate the convenience of the deals they enter into, it is felt by the business community that a too broad protection against unfairness might be abused too easily by those who simply wish to avoid a deal which is no more convenient.”, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles*, p. 131. No mesmo sentido, v. DRAETTA, *Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts*, p. 350.

Da mesma forma, conforme mencionado em parágrafo acima, os árbitros poderiam não considerar tais teorias de reequilíbrio contratual por violação das práticas comerciais específicas à relação sob análise. Vê-se, então, que o reequilíbrio contratual derivado da teoria por onerosidade excessiva poderia não encontrar ampla aceitação no julgamento de determinadas matérias, mesmo que o próprio contrato contivesse alternativas de renegociação de suas disposições em casos específicos e gerais.

A manutenção do contrato nesses casos é considerada como secundária frente à violação da vontade das partes (ou da parte prejudicada) em sustentar uma relação deformada. A avaliação desses casos é dificultada quando não se erigem de situações de patente disparidade, mas sim daquelas de relativa incerteza, onde não se pode aferir de imediato o grau de prejuízo sofrido pelas partes e que, portanto, a liberdade de contratar, como princípio geral, deveria prevalecer sobre a sobrevivência do contrato a qualquer custo.

Nesse sentido, é ilustrativa a comparação entre as cláusulas de indexação¹⁴² e as cláusulas de *hardship*¹⁴³ ordinariamente incluídas nos contratos. Segundo afirma L. O. BAPTISTA¹⁴⁴, embora as duas espécies de cláusulas sejam ligadas, dentre outros aspectos, a alterações econômicas com reflexos diretos no contrato, é o caráter de previsibilidade que deve ser levado em consideração para diferenciá-las. As cláusulas de indexação relacionam-se a alterações previsíveis, ou seja, esperadas, enquanto que, nas cláusulas de *hardship*, as mudanças derivam de condições imprevisíveis.

¹⁴² Segue exemplo de cláusula que indexa garantias baseadas em contratos de exportação a seu preço de mercado: “**Top-Up Section.** If the Contract Value of the Export Contracts falls below the Coverage Ratio, then the Borrower shall within five (5) Business Days following demand by the Lender, (i) assign to the Lender additional Export Contracts, so that the Borrower is in compliance with Section 5.11 (Coverage Ratios) or (ii) prepay the Loan or a portion thereof in an amount sufficient to ensure the compliance by the Borrower with Section 5.11 (Coverage Ratios).”

¹⁴³ Exemplo de circunstância imprevisível decorre de alterações na economia ou política de determinado país, exigindo readaptação contratual nas bases da seguinte cláusula: “**Severability.** If any provision of this Agreement or the other Credit Documents is held to be illegal, invalid or unenforceable, (a) the legality, validity and enforceability of the remaining provisions of this Agreement and the other Credit Documents shall not be affected or impaired thereby and (b) the parties shall endeavor in good faith negotiations to replace the illegal, invalid or unenforceable provisions with valid provisions the economic effect of which comes as close as possible to that of the illegal, invalid or unenforceable provisions. The invalidity of a provision in a particular jurisdiction shall not invalidate or render unenforceable such provision in any other jurisdiction.”

¹⁴⁴ *Contratos internacionais*, p. 144-145.

As próprias partes podem preferir o término do vínculo a uma sobrevivência forçada que, naturalmente, denotaria seu afastamento dos ideais de cooperação e solidariedade contratual. Sabe-se que tais ideais são essenciais para a motivação das partes na solução de dificuldades nucleares ou acessórias à execução das obrigações respectivas.

Ratifique-se que, nesse caso, ainda no exercício de sua flexibilidade, os Princípios Unidroit permitem o afastamento de suas disposições não passíveis de aplicação, seja por questões de ordem pública ou desrespeito aos princípios e usos e costumes do comércio internacional adotados pelos árbitros no momento da decisão de controvérsia.

O exemplo da problemática acima descrita acerca da previsão de *hardship* inserida nos Princípios Unidroit pode ser transplantado para a admissão do princípio da boa-fé e suas considerações específicas nos demais casos julgados por arbitragem ou pela via judicial regular.

Significa dizer que as disposições relacionadas à boa-fé inseridas nos contratos internacionais e nas criações sistemáticas de comércio internacional também serão objeto de análise pelos árbitros, juízes e partes. Decidirão as partes sobre as implicações que a admissão da boa-fé poderá causar na relação. Os árbitros e os juízes, por sua vez, decidirão pelo seu julgamento em face às regras de comércio e à ordem pública¹⁴⁵, conforme aplicável.

De qualquer forma, em busca de aceitação e adesão por parte dos entes nacionais e dos agentes do comércio internacional, esses princípios e convenções são elaborados sempre com o objetivo de atravessar o filtro imposto pelas normas de ordem pública dos eventuais membros¹⁴⁶. Essa estratégia é montada, especialmente, através da ação de indivíduos

¹⁴⁵ “Ainsi, l'Arbitre international n'a pas seulement la faculté - certes à employer avec prudence et retenue mais aussi avec fermeté - il a le devoir de faire prévaloir l'ordre public transnational, c'est-à-dire des valeurs fondamentales, morales et sociales, de solidarité et de justice.” P. LALIVE, *L'ordre public transnational et l'arbitre international* in *New instruments of private international law*, v. II, Milão, Giuffrè, 2009, p. 610.

¹⁴⁶ Nesse sentido, v. trecho a seguir da Nota Técnica nº 01/2009/CAMEX-SECEX, de 08 de dezembro de 2009, apensa ao projeto de lei com o texto integral da CISG submetido à Câmara dos Deputados: “O princípio que essencialmente rege a CISG é o da preservação dos contratos. Por isso, o seu desfazimento somente deve ocorrer em situações extremas. À parte lesada, e sem prejuízo do que prevê o direito interno de cada um dos Estados signatários, a CISG garante remédios contra o descumprimento do contrato, como a indenização por perdas e danos e execução específica das prestações ajustadas. Portanto, há compatibilidade geral entre os princípios de

estritamente ligados à prática jurídica internacional, como advogados, comerciantes, professores, comissões de estudo e, principalmente, árbitros.

O papel central dos árbitros nessa construção teórica é justificado pela exigência que possuem em prover soluções para casos diversificados e sujeitos a normas de naturezas distintas. Faz parte de sua função. Considerando, então, que não se podem eximir da criação de soluções para os casos a si trazidos, os árbitros dão as soluções para os casos e acompanham sua implementação nos países ou país onde a discussão corre.

Dessa forma, podem acompanhar de perto a aceitação de suas decisões nos países aplicáveis, experimentando a ação dos poderes judiciários. Assim, paulatinamente, refinam o conteúdo e forma de suas decisões, de maneira a evitar o impedimento das execuções sob argumentos de violação à ordem pública.

3.4. Relevância do papel dos árbitros na evolução da boa-fé

A arbitragem representa mecanismo de suma importância na evolução da boa-fé no comércio internacional. É o ambiente no qual são decididas matérias de comércio internacional provenientes de contratos que, conforme já visto, podem comportar relacionamentos complexos e, conseqüentemente, problemas de mesmo grau.

Por força da lógica, os tribunais arbitrais prolatam suas decisões através da consciência julgadora de seus árbitros. Decidem o resultado e sancionam comportamentos contrários à ordem¹⁴⁷. Assim, quando se tratam de questões envolvendo a matéria de comércio

direito brasileiro sobre compra e venda de mercadorias e a CISG, resumidos no consensualismo entre as partes, a obrigatoriedade do contrato, a razoabilidade e a boa fé objetiva (proibição de comportamento contraditório, lealdade negocial), entre outros.” (grifado). Considerando, não obstante, o papel de alteração legislativa por vezes provocado pelos princípios e convenções no direitos internos, afirma a doutrina que: “There are, however, rules which are clearly innovative, at least for a number of domestic laws. The reason for this is to be found partly in the desire better to meet the special needs of international trade practice and partly in the necessity to take account of the different economic and political conditions existing in the world today.” M. J. BONELL, *An international restatement of contract law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Ardsley, Transnational, 3ª ed., 2005, p. 49.

¹⁴⁷ “O comércio internacional realiza sua experiência identificando-se com os usos no âmbito das relações negociais e transformando-se em disposições sistematizadas por organismos privados e públicos, das quais todos

internacional, espera-se dos árbitros a capacidade de analisar e responder de forma técnica e adequada às necessidades das demandas trazidas.

Esse trabalho é feito constantemente e de forma crescente. A arbitragem é cada vez mais aceita mundialmente. Prova disso é a ratificação expressiva da Convenção de Nova Iorque de 1958¹⁴⁸.

Através desta convenção a eficácia da aplicação das sentenças arbitrais é assegurada¹⁴⁹ nos entes nacionais. Tal diploma representa mecanismo de extrema relevância para consideração de determinada ordem estatal no rol de cenários de investimento mundial¹⁵⁰. Segundo seus preceitos, não cabe aos judiciários nacionais negar a execução de sentença arbitral estrangeira, a não ser que em determinadas situações previstas na própria convenção¹⁵¹. Dentro das hipóteses de exceção, logicamente é incluído o respeito à ordem pública dos aderentes.

procuram não se desviar. Dessa obediência resultam dois elementos relevantes da *lex mercatoria*: a efetividade e a sanção. No que concerne ao primeiro, embora a inderrogabilidade não seja essencial a uma norma jurídica, existe esse sentimento nas partes que não excluem e nem renunciam à sua aplicação, como resulta também da atuação dos árbitros. Acresce ainda registrar que a efetividade é garantida pelo sistema jurisdicional próprio do comércio internacional, que é a arbitragem.” I. STRENGER, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996, p. 53.

¹⁴⁸ Atualmente, 145 países já aderiram aos termos da convenção. A lista completa e as reservas existentes por parte de alguns dos aderentes encontram-se disponíveis no endereço <http://treaties.un.org>, acessado em 09 de janeiro de 2011.

¹⁴⁹ Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958, promulgada no Brasil através do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

¹⁵⁰ Como se pode observar, a lógica que rege a presente convenção é a de que os investidores estrangeiros devam ter à sua disposição um mecanismo jurídico seguro que lhes permitam solucionar controvérsias à margem dos tribunais oficiais, teoricamente morosos e ineficientes. Esta lógica é consentânea com a idéia de que o capital deve ter ampla liberdade de circulação e atuação e que o Estado, através de suas diversas instâncias, inclusive o Poder Judiciário, deva interferir o mínimo possível na esfera econômica e comercial.” A. WALD, *A Convenção de Nova Iorque* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 16, ano 05, Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002, p. 328.

¹⁵¹ “Essa norma inova a Lei 9.307/96, cujo art. 38, VI, diz que poderá ser recusada a homologação para o reconhecimento ou execução do laudo arbitral, quando o réu demonstrar que ‘a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença foi prolatada’. Não obstante esse artigo reproduza o constante da Convenção, não contém a ressalva que o art. VII, n. 1, da Convenção faz, de que, embora o laudo seja anulado ou suspenso por órgão judicial do país onde foi proferido, se não contrariar a lei local, ou seja, a lei brasileira, e estiver conforme com sua ordem pública, pode ser concedida a homologação. J. C. de MAGALHÃES, *A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 18, ano 05, Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2002, p. 315-316.

Nesse ponto, cabe dizer somente que a ordem pública, assim referida literalmente na Convenção, pode ser entendida como aquela de característica nacional ou internacional¹⁵², não ordenando a Convenção a utilização de uma ou de outra. O tratamento estatal acerca da aplicação de critérios relacionados a essa questão está invariavelmente conectado à modernidade e ao liberalismo do espírito das legislações nacionais, que encontra variações relevantes de grau¹⁵³.

Assim, consideradas as limitações impostas, as decisões dos árbitros ganham força e materializam-se dentro das ordens estatais. Nesse sentido, os tribunais arbitrais reunidos em câmaras de grande expressão internacional, como a da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, promovem continuamente a concretização da visão jurisdicional do comércio internacional¹⁵⁴, livre das amarras de ordem pública que orientam os pensamentos dos juízes estatais. Não obstante, conforme já ressaltado anteriormente, necessitam observar o caráter de suas decisões e da lei aplicável à matéria de fundo dos casos (quando não escolhida pelas partes) sob a luz da eficácia.

A procura crescente pelo meio arbitral ocorre pela confiança já depositada pelos comerciantes no meio, pela ampla ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958 e pelas conhecidas vantagens de tempo e técnica. No caso, a questão da técnica dos árbitros excede as

¹⁵² “(...) Portanto, o que quer que se diga a propósito da ordem pública é válido até aquele momento, mas as mudanças que esta sofrer afetarão sentenças anteriores a elas. Isto é, a ordem pública é a do momento e lugar da homologação.” BAPTISTA, *Lições de direito internacional*, p. 53.

¹⁵³ Segue trecho doutrinário que evidencia a diferença de tratamento da convenção, no caso, o exemplo francês: “Todavia, algumas legislações procuram implementar soluções mais favoráveis à homologação de sentença arbitral estrangeira, adotando motivos menos restritivos do que aqueles previstos no art. V da Convenção de Nova Iorque. É o caso, por exemplo, do direito francês. O artigo 1.502 do Novo Código de Processo Civil francês não contempla como motivo de recusa de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira a anulação desta no país onde foi proferida, contrariamente ao dispositivo dos artigos V, 1, (e) e VI, da Convenção de Nova Iorque. Segundo a jurisprudência francesa, uma sentença arbitral anulada na Áustria, aplicando para a resolução do litígio a *lex mercatoria*, pode ser executada em território francês, apesar do disposto no art. V, 1, (e) da Convenção de Nova Iorque (...).” J. B. LEE, *A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem* in S. F. LEMES – C. A. CARMONA – P. B. MARTINS (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 187.

¹⁵⁴ “Again, the consensus-based dispute settlement system has important repercussions on the development of transnational law. The drafting practice of international trade, geared towards the ideal of conflict avoidance, reacts to the case law of international arbitral tribunals and thereby consolidates and stabilizes the general structure of the NLM which, in turn, is shaped and influenced by international drafting practice.” K. P. BERGER, *The creeping codification of the new lex mercatoria*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, p. 142.

questões da matéria adotada. Nesse meio, os árbitros são valorizados pelo grau de conhecimento e experiência que possuem no cotidiano comercial internacional.

É mais seguro para as partes terem suas demandas julgadas por indivíduos que confiem e que saibam que não estarão afetados por ideais unilaterais de aplicação legal. Esse problema cresce quando se trata de dois comerciantes de sistemas jurídicos totalmente diferentes. É importante que saibam que não estarão desamparados e em terra profundamente desconhecida.

É interessante notar que, a despeito da teórica adaptação da *lex mercatoria* às práticas comerciais internacionais, estatística divulgada pela CCI mostra que a escolha de regras transnacionais para o regramento primário de questões contratuais é minoritária.

Atualmente, embora as partes encaminhem suas disputas à apreciação dos tribunais arbitrais, as regras que os árbitros devem seguir são ligadas a um determinado sistema nacional, ao contrário do que se poderia inferir inicialmente. Isso é fruto da insegurança das partes acerca do tratamento de questões contratuais das quais se utilizam comumente. É uma questão de registro, de orientação de decisões ao longo do tempo, outorgando certo caráter de previsibilidade sobre sua interpretação e aplicação no contrato.

Esse registro também será melhor difundido com a reunião de resultados das sentenças arbitrais prolatadas em compêndios distribuídos de forma mais abrangente. Não existe um mecanismo central de consulta de sentenças arbitrais que compreenda todas as câmaras arbitrais e isso dificulta a transmissão de informações relevantes referentes a interpretações das regras de *lex mercatoria*, por exemplo.

Naturalmente, esse é um problema que decorre da própria descentralização da jurisdição arbitral, representada pelas inúmeras câmaras esparsas no mundo. É verdade que existem meios de reunião das sentenças, como compêndios arbitrais da CCI e publicação

eletrônica das decisões do ICSID e da OMC¹⁵⁵, dentre outros, mas o acesso não é tão facilitado e difundido quanto o das sentenças judiciais.

A adaptação do meio de discussão às regras materiais aplicáveis ao contrato é esperada e trará maior segurança conforme seja necessário. Assim sendo, serão escolhidas conforme se mostrem mais capazes de resolver os problemas das partes em questões em que as leis nacionais não conseguem dar solução satisfatória, ou onde necessariamente a interpretação das regras nacionais prejudicará o desenvolvimento do contrato.

A recente mundialização do direito não forneceu ainda bases tão bem estruturadas para o desenvolvimento de um sistema transnacional. Dessa forma, o desenvolvimento de tais bases ainda se encontra abaixo daquelas encontradas nos sistemas nacionais seculares¹⁵⁶.

Na medida em que seja sistematizado esse direito transnacional e as interpretações das regras contratuais contidas nos princípios perdurem e formem jurisprudência¹⁵⁷, as regras materiais de comércio internacional contidas nas definições de *lex mercatoria* encontrarão mais aceitação¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Ressalve-se que são citados os mecanismos de busca da OMC a título de exemplo formal, não material, uma vez que o sistema de solução de controvérsia aplicável não envolve diretamente particulares.

¹⁵⁶ “Arbitrators (...) may also wish to base their awards on the more solid grounds offered by national legislation, including the body of decisions in which courts have analyzed the content of the law in the specific circumstances of the case. Reference to a State law will further ensure that the award cannot be regarded as having been made ex aequo et bono, as might happen if ill-defined a-national rules are applied.” P. BERNARDINI, *International Arbitration and A-National Rules of Law* in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 15, n° 2, 2004, p. 66 (doravante referido como “BERNARDINI, *International Arbitration and A-National Rules of Law*”).

¹⁵⁷ “Knowledge of precedents may prevent unnecessary arbitration later on. Publications of awards might contribute to the development of the *Lex Mercatoria*, making the views of the business world on topics of general interest known.” P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, A Comparative Study*, Haia, Kluwer, 1999, p. 15. V. também E. ZERBINI, *Sentenças Arbitrais formam Jurisprudência?* in S. F. LEMES – C. A. CARMONA – P. B. MARTINS (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 464.

¹⁵⁸ “Statistical data recorded by arbitral institutions indicate that the parties’ choice of a-national rules of Law is quite exceptional. The ICC International Court of Arbitration records for the year 2003 that 80% of the contracts specified a national system as the applicable law, and that only eight contracts indicated rules or principles other than national laws.”

Logicamente, como tema polêmico que é, a *lex mercatoria* é também duramente criticada na doutrina¹⁵⁹. As principais características negativas que a doutrina referida releva são a imprevisibilidade de interpretação, fragmentação de suas disposições, difusão por vezes insuficiente, demasiada generalidade e repetição de preceitos que muitas vezes já se encontram nas legislações nacionais.

A aplicação direta das normas de comércio internacional, chamadas nos regulamentos arbitrais, como o da CCI, de '*rules of law*', também encontram restrições por parte dos próprios tribunais arbitrais e por parte, inclusive, de regras de arbitragem modelo, como a lei modelo de arbitragem da UNCITRAL¹⁶⁰.

Na falta de escolha explícita pelas partes acerca de lei aplicável ao mérito da disputa, os árbitros deverão preencher a lacuna em questão. Dependendo do tipo de regra sob a qual sua atividade é gerida, poderão escolher pelas *rules of law* ou pela lei nacional aplicável ao litígio, selecionada através de regras de conexão aplicáveis. A questão é que, mesmo lhes sendo possível escolher pelas *rules of law*, por vezes não o fazem.

A explicação encontra-se na preocupação da eficácia das decisões e com a segurança acerca da interpretação de determinados positivos. Muito aproximadamente da preocupação que as partes têm na escolha de leis aplicáveis a seus contratos, os árbitros também têm essa preocupação, porém adaptada à atividade que exercem no cenário comercial internacional.

Assim, na maioria das vezes, não procuram julgar diretamente com base nas *rules of law* sob o receio de esbarrarem nas ordens públicas dos estados e nas próprias regras de comércio internacional, que podem encontrar tratamento mais previsível e, portanto, seguro na interpretação de acordo com determinadas regras nacionais.

¹⁵⁹ Cf. opiniões de Jan PAULSSON, Lord MUSTILL e Alan REDFERN - Martin HUNTER mencionadas em J. F. POUDRET – S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Londres, Sweet&Maxwell, 2007 p.592 (doravante referido como "POUDRET – BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*").

¹⁶⁰ No Brasil, a lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe que: "Art. 2° A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1° Poderão ser 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. § 2° 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 comércio."

A relação entre a discussão acima colocada e a aplicação da boa-fé no comércio internacional é a de que o princípio está incluído nas regras de comércio internacional, conforme demonstrado acima na redação dos Princípios Unidroit e dos PECL. Assim, a aplicação das *rules of law* poderia levar à aplicação direta dos princípios contratuais acima mencionados e, portanto, à aplicação da boa-fé conforme considerada na ordem internacional.

No entanto, é importante ressaltar que a concepção a ser desenvolvida sobre a boa-fé no comércio internacional não equivale totalmente àquelas considerações desenhadas pelo Unidroit e pela Comissão de Direito Contratual Europeu.

A aplicação das *rules of law* não significa dizer que a boa-fé será aplicada conforme vista teoricamente no comércio internacional. Essa aplicação depende da visão dos árbitros, pautada na carga teórica de sua formação sem, contudo, equipará-los aos juízes nacionais.

Isso quer dizer que, independentemente da aplicação das *rules of law* ou de determinada lei nacional, a atividade arbitral pode corroborar, parcial ou integralmente, com as teorias que compreendem a boa-fé no comércio internacional, adiante sintetizada.

De qualquer forma, têm papel de suma importância no desenvolvimento da arbitragem, pois fazem a interpretação adequada do contrato, uma vez imersos cotidianamente na cultura comercial internacional.

Essa habilidade de pensamento resulta no julgamento de controvérsias frente a idéias de aplicação que caminham sempre sob a luz da manutenção do contrato, da razoabilidade, da justiça contratual e da boa-fé. Isso será inafastavelmente mesclado às regras que forem aplicar, sejam estas nacionais ou não.

Existe posicionamento na doutrina¹⁶¹, no entanto, que afirma haver perigo na aplicação híbrida das leis nacionais de determinado estado com manifestações da *lex Mercatoria*, como os Princípios Unidroit. Afirma-se que a qualidade e coerência das sentenças podem ser prejudicadas quando há confusão no processo de escolha da lei aplicável ao contrato.

Naturalmente, trata-se de exemplos de casos onde as partes não se pronunciaram acerca do assunto no contrato e não se pôde inferir diretamente qualquer escolha através de posterior análise pelos árbitros¹⁶².

Em sentido contrário¹⁶³, é enaltecido o esforço dos agentes do comércio em buscar adaptar as premissas de julgamento às especificidades das relações discutidas. É tarefa árdua e de êxito dubitável separar os árbitros (assim como qualquer outro julgador) de suas convicções no momento da tomada de decisão. Serão invariavelmente influenciados pelos processos de aprendizado técnico e cultural ao qual se submeteram ao longo da carreira.

Assim, devidamente balizadas pelas leis aplicáveis, a experiência multifacetada dos árbitros será instrumento de grande valia, pois em sua diversidade, tenderá a equilibrar o processo de decisão, especialmente, considerando que “*the arbitrator reasons differently and attempts to convince the parties that the law or rule of law deemed to be applicable meets their legitimate expectations*”¹⁶⁴.

¹⁶¹ F. MARRELLA, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration*, 1999-2001 in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, nº 2, 2001, p.55.

¹⁶² Nesse sentido, v. decisão da CCI na sentença nº 7235, de 1995, cf. relatada em E. JOLIVET, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI): La jurisprudence arbitrale de la CCI et la lex mercatoria* in *Cahiers de l'arbitrage*, v.1, 2001, 119-123 (doravante referido como JOLIVET, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*).

¹⁶³ “No one could seriously challenge the convenience of regulating transnational trade relations in such a way as to take into account the specificities and requirements of such relations, as opposed to those confined to a domestic legal system. The efforts of those who look to international trade practices when giving effect to non-State rules therefore deserve attention and respect.” BERNARDINI, *International Arbitration and A-National Rules of Law*, p. 67.

¹⁶⁴ Y. DERAIS, *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective* in *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles in International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, 2002, p. 12.

Por fim, é relevante mencionar posição doutrinária que é claramente favorável à aplicação dos preceitos da *lex mercatoria* pelos árbitros sempre que possível¹⁶⁵. Ponto de grande coerência dessa opinião é a afirmação de que os árbitros podem vacilar na aplicação de leis nacionais, uma vez que não foram criados e ensinados acerca dos critérios de determinada legislação nacional, ao contrário do próprio juiz nacional.

Verificada, portanto, a forma de atuação dos árbitros na veiculação de preceitos de ordem internacional comercial, dentre eles a boa-fé (conforme inserida na *lex mercatoria* em geral), no ponto a seguir, serão analisadas profundamente as nuances da boa-fé no comércio internacional em sentido teórico. O desenvolvimento desse item mostrará a determinação da boa-fé na ordem internacional e os padrões de comparação que serão utilizados na análise das sentenças adiante.

3.5. Síntese teórica da boa-fé no comércio internacional

Estudadas as concepções dos principais sistemas jurídicos acerca da boa-fé, sua expressão nas características dos contratos modernos e nas regras de comércio internacional, será procurada, nesse item, uma definição aproximada do que seria o conceito de boa-fé em direito internacional.

Conforme já estudado ao longo desse trabalho, o conceito de boa-fé varia conforme o cenário cultural que seja estudado. É necessário que sejam retomados e reunidos alguns conceitos já vistos anteriormente a título de organização das premissas e melhor entendimento da construção do presente raciocínio.

¹⁶⁵ A opinião em referência vai além e sugere sempre que possível a aplicação dos usos e costumes da indústria comercial em questão, v. J. LEW - L. MISTELIS – S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia, Kluwer, p. 440.

É dito que o comércio internacional busca entender e aplicar a boa-fé a partir de um processo de criação de um mínimo denominador comum. A questão central que se coloca, não obstante a teoria de formação do critério de boa-fé internacional, é a da eficácia¹⁶⁶.

Assim, a aplicação da boa-fé através da execução de determinada sentença arbitral ocorrerá tanto quanto seus efeitos não desrespeitem a ordem pública do local de execução. É notável a habilidade dos julgadores em construir suas decisões de forma a aplicar as leis escolhidas, mas sem exageros.

Todavia, a pergunta que se faz refere-se às formas de manifestação dessa boa-fé no comércio internacional. Parece pacífico afirmar, inicialmente, que a boa-fé em comércio internacional admitiria aplicação irrestrita em todas as fases do contrato. Dessa forma, incidiria desde o momento da instauração fática das tratativas até os momentos pós-contratuais.

Para solucionar a problemática de aplicação da boa-fé, tem-se que compreender e estabelecer padrões de comparação entre os diferentes sistemas existentes. Alguns, conforme se verificou, diferenciam a boa-fé e seus efeitos de forma mais nítida que outros¹⁶⁷. Promovem sua aplicação de forma mais aberta e permitem a criação de deveres anexos, acessórios ou secundários.

É a cultura jurídica que impulsiona a utilização de preceitos de forma aproximada ou não. Embora se dividam em famílias jurídicas distintas, conforme já mencionadas na introdução do presente estudo, podem ser divididas em blocos que ignoram pequenas inconsistências e respondem de maneira parecida. Cabe, então, verificar as funções práticas fundamentadas na boa-fé internacional

¹⁶⁶ “A ordem pública internacional de todo Estado não deve ser violentada ou enfrentada. Em consequência, não poderá encontrar aplicação, decisão que, p. ex., enfrenta restrições monetárias do Estado, ou controles de exportação e importação, e outras situações conexas.” STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, p.94.

¹⁶⁷ Por exemplo, França e Alemanha, respectivamente.

Conforme reconhecido pela doutrina, não há um conceito universal sobre o que é boa-fé¹⁶⁸. Dessa forma, qualquer tentativa de incursão teórica que pretenda afirmar seu conteúdo de forma simplificada ignorará os aspectos múltiplos que a compõem e que, em conjunto e de forma recíproca, ajudam a constituí-la.

Comprovação dessa assertiva extrai-se das notas explicativas dos principais regulamentos que realizaram profundo estudo de diferentes sistemas legais em busca da melhor maneira de definir a descrição do princípio da boa-fé em seus artigos e, principalmente, como item de aplicação geral em todas as disposições¹⁶⁹.

A complexidade oriunda do tema é resultado da carência de aspectos objetivos e precisos de comparação entre suas características entre ordenamentos jurídicos estatais e entre estes e as fontes descentralizadas criadas pela *lex mercatoria*. A inter-relação dos países e do direito internacional é constante e modificadora, conforme se pôde verificar através de nota sobre a influência do direito anglo-saxão nos procedimentos arbitrais internacionais e, de forma inversa, da discussão de característica de boa-fé e *rebus sic stantibus* em sistemas de *common law*.

Dessa forma, como ponto de partida para conceituação da boa-fé, pode-se citar a definição expressa pelos redatores dos próprios projetos de maior expressão internacional.

Destarte, de acordo com os comentários aos PECL, o princípio da boa-fé que deve nortear as relações é dividido em aspectos subjetivos e objetivos. Assim, estabelecem respectivamente, que “*Good faith means honesty and fairness in mind*” e “*Fair dealing means observance of fairness in fact*”³. Por sua vez, os comentários oficiais aos Princípios Unidroit expressam que a boa-fé e lealdade contratual expressos no artigo 1.7 não devem ser tratados

¹⁶⁸ “Como se disse, a existência e o funcionamento das regras da boa-fé se concretizam de modo diferente em cada país, de modo que não há um conceito universal. No âmbito do comércio internacional as soluções são ainda mais casuísticas.” L.O BAPTISTA, *A boa-fé nos contratos internacionais* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº20, ano 6, abr-jun 2003, p.29 (doravante referido como “BAPTISTA, *A boa-fé nos contratos internacionais*”).

¹⁶⁹ “The principle of good faith and fair dealing is recognized, or at least appears to be acted on a guideline for a contractual behaviour, in all Member States. There is, however, a considerable difference between the legal systems as to how extensive and how powerful the penetration of the principle has been” Cf. nota 1 ao artigo 1:201, LANDO-BEALE, *The Principles of European Contract Law*.

como manifestações das legislações nacionais, mas como conceitos considerados em nível puramente internacional, concebidos, assim, através de seus aspectos objetivos¹⁷⁰.

Mais coerente, portanto, é a análise proposta pela doutrina a partir dos estudos dos diferentes sistemas existentes, como complementada e refinada pela prática comercial expressa nos contratos e nos princípios contratuais internacionais. Assim, a boa-fé no aspecto internacional manifesta-se de formas a serem demonstradas a seguir.

Para a compreensão aproximada da boa-fé em direito do comércio internacional, portanto, esta será descrita de acordo com três características principais: (i) princípio orientador de justiça contratual; (ii) padrão de razoabilidade; (iii) motivador de cooperação entre as partes.

(i) Princípio orientador de justiça contratual

Primeiramente, como expressão de uma função orientadora de noções de justiça contratual, é possível afirmar que a boa-fé preparara as partes para agirem de forma pragmática e coerente com o contrato.

As partes devem ter em mente qual o conjunto de ações é esperado de cada uma delas, sempre à luz da relação jurídica que buscam formar. Dessa forma, cientes da função social e dos objetivos aplicáveis à relação contratual pretendida, podem partir à busca de seus objetivos. Diga-se, pois, tais objetivos não necessitam ser equivalentes, mas sempre complementares e adaptados ao espírito aplicável à avença.

¹⁷⁰ “Good faith and fair dealing in international trade’. The reference to ‘good faith and fair dealing in international trade’ first makes it clear that in context of the Principles the two concepts are not to be applied according to the standards ordinarily adopted within the different national legal systems. In other words, such domestic Standards may be taken into account only to the extent that they are shown to be generally accepted among the various legal systems. A further implication of the formula used is that good faith and fair dealing must be constructed in the light of the special conditions of international trade.” Disponível em www.unilex.org, acessado em 11 de janeiro de 2011. Nesse sentido, v. BAPTISTA, *A boa-fé nos contratos internacionais*, p.44.

É importante ressaltar que, não obstante seja recorrentemente mencionado na doutrina o termo ‘boa-fé contratual’, as partes não devem obedecê-la somente após a formalização do contrato em si, ou seja, durante a vigência do contrato. Nesse sentido, valem as considerações já efetuadas sobre a fase pré-contratual e sua relação com o comportamento das partes sob o princípio da boa-fé.

Observe-se que tais considerações equivalem àquelas que são habitualmente feitas com relação à fase pós-contratual em teoria. Vale dizer que, em ambas as fases, na ausência de disposições formais que obriguem as partes, estas deverão agir corretamente, sem provocar danos à outra parte através de sua própria conduta.

Sob a afirmação de que as partes devem observar suas condutas de acordo com a boa-fé, pode-se concluir que suas ações deverão estar direcionadas de forma positiva e esvaziadas de qualquer intenção de lesar. A importância de se verificar a intenção do agente é relativa, apenas importando em alguns casos, conforme o ordenamento e o tipo contratual sob análise¹⁷¹.

Em contrapartida, existem situações em que a intenção do agente pouco importa, restando relevante apenas as consequências dos atos praticados. Se tais atos forem lesivos, importará o dever de indenizar, independentemente da intenção.

Não fosse a problemática da diversidade semântica criada em torno da tradução de palavras de carga subjetiva elevada, seria interessante definir rapidamente o que é ‘justiça contratual’ para entender a função da boa-fé.

O problema que surge nesse ponto é o mesmo da tentativa de definição vocabular de ‘boa-fé’. Conforme a língua utilizada, a extensão de seu significado variará, dependendo, assim, das raízes culturais do regime jurídico através do qual a análise é feita. Inevitavelmente,

¹⁷¹ É o caso dos contratos de seguro em direito brasileiro. A ausência do dever de informar do segurado importará em sanção, independentemente de dano sofrido pela seguradora.

isso gera efeito na interpretação de regras nacionais por terceiros que não possuam conhecimento natural do regime que se cuida¹⁷².

Seja como for, a diferença entre as várias acepções encontradas acerca da boa-fé nos sistemas nacionais é vista de forma positiva na doutrina. O pluralismo cultural é fator que provoca a evolução do instituto e uma hipotética tentativa de eliminar as diferenças acerca da interpretação da boa-fé nos sistemas nacionais poderia evitar seu próprio desenvolvimento em nível internacional.

Afinal, o patamar que atinge hoje em escala internacional, ao menos aquele identificado nas manifestações da *lex mercatoria*, é resultado direto da diversidade jurídico-cultural. A carga cultural do julgador lhe é indissociável e isso se manifesta em suas decisões, conforme já falado, independentemente da regra material aplicada¹⁷³.

Consolidando o entendimento até esse ponto, tem-se que a boa-fé deve compreender atitudes dos agentes no sentido de respeito aos princípios gerais aplicáveis aos contratos, bem como ausência da intenção de prejudicar.

(ii) Razoabilidade

Em segundo lugar, a razoabilidade entra em questão para tentativa de definição de boa-fé. Viu-se que as partes têm comportamentos expressos em ações e que estas podem gerar consequências negativas, gerando o dever de indenizar.

A razoabilidade é a medida com a qual as partes devem obedecer às disposições do contrato¹⁷⁴. É preceito que auxiliará e informará as atitudes passíveis de serem tomadas em

¹⁷² “Since the rules applicable to the merits of the dispute will frequently not be that of one or more of the arbitrators, legal submissions will usually be detailed. This is particularly the case if the dispute raises not just questions of contractual interpretation and/or the principle of good faith but defences based on applicable law.” M. W. BÜHLER – T. H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration*, Londres, Sweet&Maxwell, 2005, p. 247.

¹⁷³ Nesse sentido, v. BAPTISTA, *A boa-fé nos contratos internacionais*, p.42.

¹⁷⁴ Cf. M. FONTAINE – F. DE LY, *Drafting International Contracts*, Leiden, Brill, 2009, p. 214 (doravante referido como “FONTAINE – DE LY, *Drafting International Contracts*”).

determinadas situações extremas, onde o respeito à lei particular resultará em atitudes que não se espera do homem médio.

Nesse ponto, a razoabilidade surge para equilibrar a relação contratual. Uma atitude de aparente má-fé, causadora do inadimplemento do contrato, poderia ser considerada como suportável ou não punível, desde que, de acordo com o razoável, não se pudesse exigir comportamento diverso da parte inadimplente. Isso resulta na teoria da inexigibilidade de conduta diversa. De acordo com tal teoria, não se poderia exigir comportamento diverso de um indivíduo sujeito a determinadas condições em um determinado tempo. A situação especificamente considerada salvaria a conduta do agente de punição, pois o homem médio agiria de acordo, caso estivesse na mesma condição¹⁷⁵.

Nesse caso, além da ausência do intuito de lesar e da obediência ao espírito do contrato (que, por sua vez, não provocaria em regular condição o prejuízo excessivo a uma das partes), o elemento da razoabilidade acerta a medida da parte, sempre consideradas as premissas do item (i) acima.

Nesse sentido, o ideal expresso no artigo 7:110 dos PECL¹⁷⁶ ilustra uma situação que se poderia verificar quando não está presente a razoabilidade na aferição da boa-fé. Tal artigo regulamenta casos em que o credor tem em sua posse determinado bem móvel por falha do devedor em recuperá-lo. Embora o artigo exija do credor um comportamento de boa-fé, na

¹⁷⁵ Nesse sentido, informa o artigo 1:302 dos PECL: “Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account. In deciding what is reasonable all relevant factors should be taken into consideration. Account should be taken of the nature and purpose of the contract.”

¹⁷⁶ Article 7:110: Property Not Accepted. (1) A party who is left in possession of tangible property other than money because of the other party's failure to accept or retake the property must take reasonable steps to protect and preserve the property. (2) The party left in possession may discharge its duty to deliver or return: (a) by depositing the property on reasonable terms with a third person to be held to the order of the other party, and notifying the other party of this; or (b) by selling the property on reasonable terms after notice to the other party, and paying the net proceeds to that party. (3) Where, however, the property is liable to rapid deterioration or its preservation is unreasonably expensive, the party must take reasonable steps to dispose of it. It may discharge its duty to deliver or return by paying the net proceeds to the other party. (4) The party left in possession is entitled to be reimbursed or to retain out of the proceeds of sale any expenses reasonably incurred.

medida em que demanda seus cuidados na manutenção do bem possuído, não exige que o mantenha em casos onde os cuidados sejam “*unreasonably expensive*”¹⁷⁷.

Assim, a razoabilidade¹⁷⁸ da questão justificou a liberação do bem mesmo em desacordo com o ideal motivador do artigo. Em oposição, existem disposições onde a razoabilidade pode agir em favor da vinculação entre as partes. É o caso encontrado no artigo 16 da Convenção de Viena de 1980¹⁷⁹.

Na situação regulada pelo artigo, se é incutida no receptor da comunicação a impressão de que a oferta realizada é irrevogável, o ofertante não poderá revogá-la, mesmo que a aceitação ainda não tenha sido comunicada pelo receptor.

Conclui-se, assim, que o caráter de razoabilidade será determinado através da ação que se aguarda ordinariamente do homem médio. Além disso, é necessária a adaptação da situação fática ao meio negocial tratado. Vale dizer, o comportamento do homem médio será avaliado dentro do ambiente comercial internacional. Noções puramente nacionais, mais uma vez, carecem de aplicação.

¹⁷⁷ Cf. linguagem do artigo 7:110 dos PECL.

¹⁷⁸ “What does the word ‘reasonable’ mean? Doubtless, it is necessary to distinguish between ‘reasonable’ and ‘rational’. ‘Reasonable’ in the present context, does not mean ‘logical’; it does not mean conforming to ‘reason’ in the philosophical sense, but conforming to ‘reason’ in the practical sense – to common sense, to generally accepted value judgements. This ‘practical reason’ applies in situations where the standard of behaviour required depends on taking into consideration and pondering a number of factors, the different circumstances capable of influencing the decision to be taken. Thus, a carrier required to take ‘reasonable care’ of goods must investigate methods of preservation and packaging such goods, how fragile they are, the transport risks that threaten them, etc.” FONTAINE – DE LY, *Drafting International Contracts*, p. 215.

¹⁷⁹ “Article 16 (1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance. (2) However, an offer cannot be revoked: (...) (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.” (grifado)

(iii) Cooperação ou solidariedade contratual

Muito criticada pela doutrina, especialmente aquela que analisa o princípio da boa-fé através de olhar essencialmente pragmático, como a inglesa¹⁸⁰, a cooperação entre as partes de um contrato, tratada também como “solidariedade contratual”, corresponde à última e mais concreta das funções básicas da boa-fé. Assim o é, porque é a face do instituto que resulta na obrigação das partes em exercer certos deveres acessórios. Frise-se que tais deveres podem existir independentemente de acordo específico das partes¹⁸¹, uma vez que preparam a execução da obrigação principal e, por isso, são considerados como elemento concreto do sistema obrigacional.

Embora se manifeste de forma concreta, a solidariedade contratual guarda explicação em aspectos mais afastados da prática. É necessário enxergar-se a relação contratual de forma mais abstrata, entendendo o propósito da união das vontades e, somente então, determinando quais os atos necessários para que o objetivo traçado seja concluído sem percalços derivados de omissão ou ação lesiva das partes.

Assim, a solidariedade contratual deve ser entendida como um dever moral das partes em se auxiliarem na busca do objetivo precípua do contrato. É entendida como a compreensão das partes acerca dos exatos objetivos da outra. Sabendo das necessidades mútuas, têm condições de tomar as atitudes destinadas a facilitar o sucesso da contraparte. Noções como interdependência e cooperação mútua encaixam-se perfeitamente no princípio e servem para explicar o motivo do aperfeiçoamento dos padrões contratuais modernos¹⁸².

¹⁸⁰ “We are worried that if our courts become too ready to disturb contractual transactions, then commercial men will not know how to plan their business life...The last thing that we want to do is to drive business away by vague concepts of fairness which make judicial decisions unpredictable, and if that means that the outcome of disputes is sometimes hard on a party we regard that as an acceptable price to pay in the interest of the great majority of business litigants.” R. M. GOODE, *Commercial Law in the Next Millennium* apud MAGGI, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 36.

¹⁸¹ Cf. COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 35.

¹⁸² Nesse sentido, L.O. BAPTISTA ressalta que: “O dever de cooperação também constitui uma nova etapa da evolução dos contratos, sucedendo àquele do equilíbrio das prestações. O contrato, progressivamente, se tornou o lugar de encontro das vontades coincidentes, cuja atmosfera é necessariamente de equilíbrio e cooperação. De tal forma que toda vez que esses dois fatores – equilíbrio e cooperação – forem alterados, caberá ao juiz imediatamente, restabelecê-los.” in BASSO – CARVALHO, *Lições de direito internacional – estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*, p. 255.

Saliente-se, entretanto, que não só a doutrina inglesa é crítica da solidariedade contratual ou do auxílio mútuo incondicional. G. RIPERT afirma que a igualdade contratual não é atingível enquanto as partes tiverem “*um pensamento, uma vontade e um fim diferentes*”¹⁸³.

Sabe-se que, de acordo com a utilização da boa-fé como *standard* contratual, os juízes criam obrigações e preenchem lacunas obrigacionais não previstas em lei ou no contrato. A prática foi internalizada pelos contratos internacionais do comércio e as partes estabelecem, conforme entendem adequado, a incidência maior ou menor de deveres anexos às obrigações principais.

É certo que tais deveres acessórios já foram objeto de estudo no item 3.5 acima, mas nessa seção serão analisados sob o aspecto comercial internacional e sob as premissas contratuais aplicáveis meio. Tais premissas baseiam-se no auxílio mútuo das partes por conta da possível diferença cultural, complexidade da avença (valor e tempo), etc.

Assim, a cooperação contratual existirá na medida em que seja necessária para o desenvolvimento prático da avença, podendo ser representada pelas seguintes classes de deveres acessórios¹⁸⁴: deveres de proteção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade.

Os deveres de proteção são consubstanciados em todas as ações destinadas pelas partes a evitar danos. Exemplo nesse sentido é o do exportador que informa sobre a necessidade de obtenção de determinada licença nacional antes do envio da mercadoria¹⁸⁵ pelo vendedor.

¹⁸³ *A regra moral nas obrigações civis*, Campinas, Bookseller, 2000, p. 89 (doravante referido como “RIPERT, A regra moral”).

¹⁸⁴ A classificação é aquela proposta por MENEZES CORDEIRO em *Da boa-fé no Direito Civil*, p. 603-604. Classificação diversa é encontrada em MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 439 e NEGREIROS, *Teoria do contrato*, p. 151-152, cf. segue: (i) deveres de cuidado, providência e segurança; (ii) deveres de aviso e esclarecimento; (iii) deveres de informação; (v) deveres de colaboração e cooperação; (vi) deveres proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; (vi) deveres de segredo e de omissão. Ainda nesse sentido, v. classificação entre deveres secundários expressos e implícitos desenvolvida por R. S. STIGLITZ – G. A. STIGLITZ – R. M. STIGLITZ, *Reglas secundarias de conducta* in R. S. STIGLITZ – G. A. STIGLITZ, *Contratos: Teoria General*, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 467-ss.

¹⁸⁵ Cf. exemplo contido em COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 96.

Outro exemplo que o comércio internacional informa, no caso de financiamento de exportação de produtos, é a omissão do devedor (não responsável pela guarda dos bens objeto de garantia) em impedir ou buscar evitar o desvio de garantias do credor por terceiro ou sua deterioração por outros motivos, como danos à estrutura do local de armazenamento, passíveis de ocasionar conservação defeituosa e destruição da mercadoria.

Por sua vez, os deveres de esclarecimento destinam-se a assegurar às partes ciência acerca da intenção formal dos participantes do contrato. Devem fazer parte do conjunto de informações todos e quaisquer dados referentes à execução do negócio, bem como hipóteses de término antecipado, caso necessário.

Não fazem parte da presente afirmação as características geradas pelo ambiente pré-contratual. Não obstante, não é esse o objetivo do ponto em discussão. Cabe dizer, tão-somente, que as partes durante a fase pré-contratual devem manter-se informadas sobre as intenções alheias e, mesmo assim, assegurar-se de que os potenciais contratantes têm noção do real estado das coisas.

Deveres de informação servem para amenizar dificuldades de ordem prática, oriundas da complexidade que operações internacionais envolvem. Por exemplo, cite-se a necessidade de cumprimento de regras de cadastro e constituição de representante tributário no país para o investimento em valores mobiliários.

A contraparte que se encontre no país, na suposta falta de informação do investidor a quem se relacionará, deverá informá-la de tal exigência específica antes de qualquer movimentação da parte da outra para ingresso de capital no país.

Exemplo mais claro é o do médico ou do advogado na informação de seus clientes acerca dos potenciais resultados de suas estratégias e dos riscos envolvidos. Considerando que o resultado, quando alcançado, ainda pode gerar uma série de efeitos colaterais, é importante que tais profissionais mantenham seus clientes devidamente informados.

É relevante observar que, inclusive, os clientes devem ser informados acerca das possibilidades de insucesso da empreitada, considerando que as obrigações dos profissionais em questão são de meio e não de resultado.

Por fim, os deveres de lealdade dividem-se em aspectos negativos e positivos. São negativos na medida em que representam a ausência de comportamento que altere o equilíbrio do contrato, afete o objeto ou impeça o cumprimento de quaisquer prestações. Complementarmente, são positivos quando ordenam o sigilo e a não concorrência por parte dos contratantes.

Infere-se, assim, que o dever de lealdade entraria em questão em fase posterior à formação do vínculo. Precisamente, durante sua formação e após seu término. Ser 'leal' seria propiciar a execução do contrato e não trabalhar de forma ativa ou displicente com informações e outros fatores que, em mãos erradas, poderiam prejudicar a parte alheia.

Como se depreende dos exemplos mencionados, é importante frisar que a manifestação da boa-fé através de padrão de conduta contratual tem efeitos práticos claramente tácteis. Tais efeitos devem ser avaliados frente à situação de fato, ou seja, sendo avaliada a posição da parte que deve agir dentro do contrato em si¹⁸⁶.

A partir da tripartite divisão da boa-fé, aplicável na esfera comercial internacional, passa-se a analisar a interpretação concreta dos julgadores sobre o tema. Antes, todavia, será discutida a aplicação da boa-fé na instauração do procedimento arbitral.

¹⁸⁶ COUTO E SILVA ainda propõe uma divisão entre deveres acessórios independentes e dependentes. Os primeiros seriam acionáveis mesmo fora da vigência do contrato e sem vínculo indissociável e os segundos seriam passíveis de reclamação fora da vigência do contrato (*A obrigação como processo*, p. 96-97). Transplantando a questão para o campo da responsabilidade civil, poder-se-ia afirmar que a violação de tais deveres já encontra tratamento nas responsabilidades pré-contratual, contratual e pós-contratual, não obstante qualquer tipo de classificação acerca de seu vínculo estrito com a obrigação principal.

3.6. O rompimento da relação contratual e o recurso à arbitragem

A instauração da arbitragem será realizada uma vez que quaisquer das partes cheguem à conclusão de que determinados danos causados à relação contratual são irreparáveis, seja por situações alheias às suas vontades ou decorrentes de ação ou omissão danosa da outra parte. Naturalmente, considera-se existente acordo de sujeição dos conflitos contratuais à arbitragem, seja através de convenção ou termo posterior à verificação do problema.

Nessa fase, também deve ser considerada a aplicação do princípio da boa-fé. Assim, ela integra a fase pré-arbitral na medida em que determina a necessidade de ausência de condutas contrárias à instauração do procedimento em referência. As condutas puníveis devem ser vazias de sentido ou de oportunidade, ou seja, direcionadas a evitar maliciosamente o andamento da solução do problema de todas as formas possíveis¹⁸⁷.

Verifica-se, por exemplo, a ausência do intuito de lesar e a razoabilidade das ações em alegações que buscam impedir o andamento do processo de formação do tribunal arbitral por motivos de conflito de interesses dos árbitros¹⁸⁸, sendo solicitada, assim, sua substituição¹⁸⁹. Não deve ser confundido o exemplo anterior com a mera oposição protelatória de formação do tribunal arbitral. Observe-se que não se busca cercear o direito de ação das partes, mas evitar comportamentos de má-fé.

De igual parte, seria defensável a alegação de invalidade de instauração de arbitragem com a qual não se tenha concordado anteriormente. Note-se que o procedimento deve ser instaurado, caso verificada a concordância pretérita da parte reclamante com relação à convenção de arbitragem. Medidas objetivando protelar ou impedir o andamento processual necessário e regular são consideradas de má-fé e, portanto, devem ser sancionadas.

¹⁸⁷ Alegações desse tipo sugerem a invalidade da convenção de arbitragem e são comumente encontradas, como no caso descrito na sentença parcial nº 6474 da CCI, de março de 1992, publicada no *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 15, n. 2, 2004, p. 102.

¹⁸⁸ Cf. hipótese prevista no artigo 11 do Regulamento de Arbitragem da CCI.

¹⁸⁹ Cf. POUDRET – BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 358.

Mas não é só na justificativa de atos que a boa-fé atua. Serve também para evitar que as partes busquem afastar a validade de julgamento em razão de vícios já conhecidos sobre o árbitro responsável. Nesse caso, o pedido de anulação da decisão deveria ser refutado, pois a parte já saberia do vício existente antes da instauração do procedimento, tendo maliciosamente guardado a informação para utilizar-se oportunamente, justamente para amarrar o litígio¹⁹⁰. Esse comportamento é considerado de má-fé e também deve ser afastado.

Percebe-se que o espírito da boa-fé na interpretação da arbitragem é o de preservar sempre a real intenção das partes, não obstante a vontade expressa formalmente. Como visto, não significa dizer que serão acatadas solicitações de caráter contraditório e incoerente para invalidação da arbitragem, como em casos onde se busca afastar a jurisdição estatal alegando-se a escolha pela arbitragem para, em momento posterior, contestar-se a validade da própria convenção arbitral outrora admitida.

Seja como for, ao interpretarem o contrato como um sistema integral de obrigações, os árbitros poderão verificar as demandas com propriedade e qualificar as alegações das partes, analisando seu comportamento durante a vida do contrato e estabelecendo padrões de comportamento que informarão atitudes de boa-fé e má-fé, quando aplicável.

A pequena menção que se faz aqui acerca da boa-fé na instauração da arbitragem serve apenas como introdução para o próximo item, onde será analisada a aplicação da boa-fé em sentenças arbitrais, que mostrarão problemas mais numerosos e de maior profundidade.

3.7. Análise específica de sentenças arbitrais referentes à boa-fé

A análise a ser realizada acerca da manifestação do princípio da boa-fé nas sentenças arbitrais será dividida em cinco seções principais, a saber: como princípio geral de direito do comércio internacional, na fase pré-contratual, no descumprimento dos deveres acessórios, na

¹⁹⁰ “Good faith prevents a party who remains silent prior to the appointment of the arbitrator from using facts of which it was aware at that time to challenge, at a later stage, the independence of an arbitrator or the validity of an award.” P. FOUCHARD – E. GAILLARD – B. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Haia, Kluwer, 1999, p. 584.

mitigação de danos e nas infrações referentes a atos próprios. A divisão proposta decorre das formas principais de verificação do princípio na casuística arbitral, cuja reunião servirá de base para a conclusão de seu conceito multifacetado¹⁹¹.

Além disso, a análise será centralizada no aspecto objetivo da boa-fé. As decisões arbitrais relacionadas não comportam o estudo da intenção do agente, mas somente o desrespeito de disposições legais contidas nas normas nacionais ou nos princípios contratuais internacionalmente reconhecidos.

Tais disposições normativas são sempre centradas em padrões internacionais de comportamento dos comerciantes, pautadas no resultado das ações, independentemente da intenção. Dessa forma, casos onde somente a culpa é configurada interessam para a valoração da responsabilidade e das determinações condenatórias nas sentenças.

Por fim, cabe observar que a maioria das decisões analisadas partiu de tribunais arbitrais da CCI, tendo em vista as matérias sujeitas à análise dos julgadores e a liberdade que possuem e exercem no sentido de aplicação da *lex mercatoria*, veículo de manifestação aparente do princípio da boa-fé na ordem internacional. Decisões de outros tribunais arbitrais, como o do ICSID, foram utilizadas a título de comparação, tendo em vista a majoritária aplicação de leis nacionais em detrimento de usos e costumes internacionais (ainda que de forma subsidiária).

¹⁹¹ Sobre as diversas formas de manifestação do princípio: “L'étude de la jurisprudence montre qu'on ne saurait parler d'un mécanisme ou même d'une notion uniques de bonne foi. Il s'agit tantôt de découvrir dans le contrat des obligations qui n'y avaient pas été exprimées; tantôt, à l'inverse, de réduire les prérogatives du créancier; tantôt encore, de mettre en cause la validité du contrat ou la responsabilité de l'un des contractants; la mauvaise foi réside parfois dans une tromperie, parfois dans la prétention de nier l'évidence, parfois dans une dureté excessive. P. MAYER, *Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International* in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 544. disponível em www.trans-lex.org/115700, acessado em 10 de dezembro de 2010.

3.7.1. Como princípio geral de direito do comércio internacional

O primeiro item da presente seção destina-se à descrição de sentenças versando sobre o princípio da boa-fé, conforme aplicado de forma genérica, ou seja, como princípio geral de direito do comércio internacional, voltado para a orientação das ações das partes durante o processo contratual.

Nesse sentido, faz-se necessário descrever, preliminarmente, caso decidido por tribunal arbitral da CCI nº 7110¹⁹², onde são definidos preceitos referentes à aplicação de critérios de justiça e, conseqüentemente, de boa-fé em comércio internacional, os quais serão relatados a seguir com base nos fatos aplicáveis.

As partes litigantes firmaram uma série de contratos, envolvendo compra e venda, fornecimento, manutenção e operação de equipamentos, bem como a assistência técnica relacionada. Devido a determinados acontecimentos alheios à atuação das partes, ocorridos no país de execução dos contratos, estes foram encerrados e a lide, portanto, desenvolveu-se em torno dos valores que deveriam receber uma da outra.

Na análise do caso, a corte elaborou uma definição de justiça em arbitragem comercial internacional, cujo raciocínio pode ser aplicado à boa-fé, pois teve como base a não utilização de aspectos nacionais, admitindo que a real intenção das partes fosse a de sujeitar sua relação à justiça de uma ordem internacional.

A necessidade da definição do termo ‘justiça’ surgiu devido à sua utilização recorrente nos contratos encerrados. O termo foi encontrado como ‘*natural justice*’, ‘*the laws of natural justice*’ e ‘*the rules of natural justice*’. Independentemente da forma de expressão nos contratos, a corte reconheceu a importância central da definição de ‘justiça’ e assim procedeu.

¹⁹² O caso foi objeto de três sentenças parciais publicadas em junho de 1995, abril de 1998 e fevereiro de 1999, cf. encontradas em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 10, n. 2, 1999, p. 39.

A maioria das manifestações de ‘justiça’ nos contratos ocorreu associada à escolha pelas partes da arbitragem comercial internacional como forma de solução dos conflitos¹⁹³. Através da compreensão da real acepção do vocábulo ‘justiça’, tal qual utilizado pelas partes, seria possível aos árbitros determinar qual a lei substantiva aplicável aos contratos, tendo em vista ser esse um dos objetos centrais da discussão.

A conclusão obtida pela corte foi a de que a aplicabilidade das leis naturais de justiça por tribunais arbitrais ensejaria a escolha por critérios internacionais processuais e materiais próprios de um ambiente internacional de disputas. Nesse caso, as partes teriam escolhido sujeitar suas demandas à arbitragem em detrimento de jurisdições e leis nacionais, *“de forma a ter acesso a uma ‘justiça’ diferente da qual seria obtida por aplicação da ‘lei nacional’, particularmente quando, considerada a especificidade do caso, uma lei nacional não seria adequada à solução da disputa”*¹⁹⁴.

A justiça capaz de ser aplicada pelo tribunal arbitral seria, então, referida aos aspectos processuais aplicáveis e aos materiais também. A escolha da lei aplicável seria determinada pelos árbitros, de acordo com os critérios de justiça por si reconhecidos adequados à série de relações contratuais em discussão.

Assim, foi decidida a aplicação de princípios gerais contratuais reconhecidamente aplicáveis aos contratos do tipo específico, no caso, os Princípios Unidroit¹⁹⁵. Inclusive, com base em tais princípios, especificamente o artigo 7.1.3¹⁹⁶, o tribunal autorizou a retenção de mercadorias por uma das partes por falta de pagamento integral, em clara configuração de *exceptio non adimpleti contractus*. Observe-se que, de acordo com os próprios comentários

¹⁹³ Exemplos encontrados nos contratos: (i) “disputes to be finally settled ‘according to natural justice’ by ICC arbitration in Paris, France...”; (ii) “disputes not amicably resolved to be finally settled ‘according to the laws of natural justice’ by arbitration (...);” (iii) “disputes not amicably resolved shall be settled ‘in accordance with natural justice’ by arbitration (...).”

¹⁹⁴ Tradução livre parcial do trecho original: “Thus, it is not frequently stated that often the parties resort to arbitration in order to have access to a ‘justice’ other than that which would be obtained by applying a ‘national law’, particularly when, on account of the discrete circumstances of the case, a national law would not be adapted to the solution of the dispute at stake...”

¹⁹⁵ Nesse sentido, v. caso ICSID nº ARB(AF)/98/1, Joseph Charles Lemire x Ukraine, datado de 18 de setembro de 2000, disponível em <http://icsid.worldbank.org>, acessado em 10 de dezembro de 2010.

¹⁹⁶ “Article 7.1.3 (Withholding performance) (1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.”

oficiais dos redatores dos princípios, até mesmo a permissão integrada no artigo 7.1.3 deve ser exercida sob o princípio da boa-fé¹⁹⁷.

Ao tribunal arbitral coube a aplicação de uma noção de justiça internacional, tal qual será vislumbrado com relação à aplicação da boa-fé internacional¹⁹⁸. É necessária a aplicação desses conceitos em determinados casos, mas deve assim ser feito apenas por tribunal arbitral reconhecidamente experiente e que propicie de forma profissional o desenvolvimento dos trabalhos de manifestação do direito do comércio internacional aplicado.

Assim sendo, considerada a descrição do caso preliminar, que justifica a aplicação pelo tribunal arbitral de princípios gerais de direito do comércio internacional em situações claras de relacionamento contratual de efeito internacionalizante, passa-se a comentar o caso paradigma de aplicação geral do princípio da boa-fé.

Neste, vislumbra-se a interpretação dos contratos sob a luz dos costumes comerciais aplicáveis. A base dessa interpretação servirá para concretizar onde e como o princípio da boa-fé é utilizado em decisões arbitrais desse tipo.

O caso em questão, tratado pela CCI em dezembro de 1998¹⁹⁹, refere-se a uma relação de distribuição comercial exclusiva mantida por um distribuidor localizado na Costa do

¹⁹⁷ “The text does not explicitly address the question which arises where one party performs in part but does not perform completely. In such a case the party entitled to receive performance may be entitled to withhold performance but only where in normal circumstances this is consonant with good faith (Art. 1.7).”

¹⁹⁸ A aplicação do princípio da boa-fé e justiça contratual é objeto de múltiplas decisões arbitrais. Em decisão prolatada em fevereiro de 2008, no caso nº 18/2007, a Corte de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Rússia (*International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*) determinou que: “International practice considers good faith and fair dealing as implied obligations (Article 5.1.2 of the Unidroit Principles). On this basis the arbitral tribunal believes that since the Parties specified in the Contract the terms on the purposeful delivery of goods to the Recipient, fixing its share, and on the terms of payment for that goods, thus it is implied that all persons involved in fulfillment of obligation under the Contract (both the disputing Parties and the Recipient) were obliged to participate in the mutual settlement of disagreements that had arisen between them on the basis of good faith and fair dealing.” Disponível em www.unilex.info, acessado em 10 de dezembro de 2010. No mesmo sentido, v. os seguintes casos: CCI nº 8908, julgado em setembro de 1998; CCI nº 9797, julgado em 28 de julho de 2000; CCI nº 9875, julgado em março de 2000. Todos disponíveis em www.unilex.info, acessado em 10 de dezembro de 2010.

¹⁹⁹ Cf. caso CCI nº 9593, descrito em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 10, n. 2, 1999, p. 107.

Marfim é uma *joint venture* fornecedora de motores, formada por empresas britânica e japonesa.

O problema surgiu quando se verificou que o distribuidor começou a inadimplir sucessivas prestações, em clara desavença com os termos contratuais. Tendo em vista o inadimplemento configurado, o fornecedor decidiu por encerrar o contrato de distribuição, alegando uma série de quebras contratuais. Inconformado, o distribuidor ingressou com o pedido de instauração da arbitragem, afirmando que o término dos contratos pelo distribuidor seria descabido não obstante o inadimplemento circunstancial de parte das prestações.

Interessante notar que, embora fosse clara a aplicação da lei material da Costa do Marfim na arbitragem em questão, o tribunal arbitral também considerou a relação sob a óptica dos princípios gerais comerciais.

É verdade que não havia qualquer disparidade entre as letras da lei nacional em questão e a dos princípios comerciais aplicáveis, pois ambas prescreviam a necessidade de observância da boa-fé na execução dos contratos. Além disso, é necessário observar que, independentemente da escolha clara de lei aplicável pelas partes, a ação do tribunal arbitral da CCI na consideração conjunta de princípios gerais comerciais não foi pontual, pois tal exigência advém do seu próprio regulamento de arbitragem²⁰⁰.

Nesse sentido, cabe mencionar decisão particular no caso CCI nº 9875²⁰¹, onde o tribunal arbitral, na falta de escolha pelas partes de lei aplicável a certo contrato de licença, decidiu por aplicar a *lex mercatoria*, materializada através do uso dos Princípios Unidroit e da Convenção de Viena de 1980.

²⁰⁰ Encontra-se no artigo 17(2) do regulamento de arbitragem da CCI. Da mesma forma, o artigo 1135 do código civil da Costa do Marfim estabelece que os contratos devem ser vinculantes não só pelas disposições relativas, mas também pelas determinações de lei, costumes e equidade. Os costumes, no caso, seriam aqueles encontrados nos princípios gerais de comércio, conforme assim interpretado pelo tribunal arbitral. Adicionalmente, a lei de modelo de arbitragem da UNCITRAL, em seu artigo 33(3), determina em consonância a aplicação dos usos e costumes internacionais na arbitragem, independentemente do caso em discussão.

²⁰¹ As sentenças parcial e final do caso foram proferidas, respectivamente, em janeiro de 1999 e março de 2000. Para acesso do conteúdo integral, v. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, n. 2, 2001, p. 95.

Nessa decisão, o tribunal arbitral afirmou que a *lex mercatoria*, presente em todas as considerações feitas, na linha do regulamento de arbitragem da CCI e de outras legislações proeminentes sobre o tema, como a da UNICTRAL²⁰², determina que os árbitros utilizem-se do princípio da boa-fé, do comportamento das partes no contrato, das disposições do próprio contrato, entre outros.

Limitando a utilização da *lex mercatoria* na interpretação dos contratos, é importante destacar o caso nº 4761, julgado por tribunal arbitral da CCI em 1987²⁰³. Neste, um consórcio italiano celebrou determinado contrato de terceirização com companhia de capital líbio para a construção de projeto civil na Líbia. Tendo em vista variação relevante no custo dos serviços sofrido pelo consórcio e o atraso no pagamento pelo sub-contratante, o consórcio retirou-se da obra e a relação das partes deteriorou-se até o início da lide.

A decisão do tribunal arbitral foi no sentido de aplicar a lei nacional da Líbia, considerada de clara escolha pelas partes, somente sendo aplicada a *lex mercatoria* onde não fosse contra a lei líbia, especialmente considerando que tal legislação não afligia a ordem pública internacional e o princípio da boa-fé²⁰⁴. Nota-se, portanto, que o princípio da boa-fé não seria propriamente uma decorrência da aplicação da *lex mercatoria*, mas um instituto que a precede e existe de forma independente.

De qualquer forma, retornando para o caso principal em comento, pode-se afirmar que da interpretação da lei civil da Costa do Marfim, diga-se, similar às disposições civis da legislação francesa, o tribunal arbitral identificou a exigência de cumprimento dos contratos

²⁰² Em sentido diverso, segue artigo relevante do regulamento de arbitragem do International Centre for Settlement of Investment Disputes (doravante “ICSID”), que determina: “Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.” Na falta de escolha de lei aplicável ao contrato, o tribunal arbitral aplicará imediatamente as regras do país contratante.

²⁰³ Descrição integral contida em S. JARVIN – Y. DERAIS – J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 519 e ss. (doravante referido como “JARVIN, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*”).

²⁰⁴ Identificou-se proximidade muito grande entre a lei líbia e as leis alemã e suíça, especialmente no que dizia respeito à teoria da onerosidade excessiva, objeto da discussão no caso.

sob o princípio da boa-fé. Identificou, outrossim, que a partir da análise do artigo do código em questão, os contratos exigem cooperação das partes na consecução dos objetivos comuns.

Significa dizer que não bastaria alegação pelo fornecedor de inadimplemento do distribuidor. O fornecedor deveria provar que cooperou com o distribuidor na edificação do sistema contratual necessário à realização dos objetivos pretendidos.

O fornecedor deveria, precisamente, facilitar o adimplemento do distribuidor e não restar simplesmente indiferente até que decidisse por encerrar o vínculo. A omissão do fornecedor com relação às dificuldades sofridas pelo distribuidor concorreria para o inadimplemento e, então, terminar os contratos seria agir de forma excessiva.

Essa argumentação também tem fundamento na ausência de cooperação e boa-fé do fornecedor em buscar restabelecer o equilíbrio contratual através de mecanismos extrajudiciais, pois o próprio contrato estabelecia condições específicas sob as quais o contrato poderia ser terminado, não obstante inadimplemento anterior do distribuidor.

Na situação concreta, o distribuidor inadimpliu, mas não de forma a permitir o encerramento do contrato. Ainda, considerada a forma de redação do contrato, o inadimplemento precisaria ser verificado dentro de um período relativamente longo (dois anos).

As partes devem interpretar as cláusulas do contrato e as intenções da contraparte de acordo com padrões de boa-fé. Essa foi a premissa utilizada, inclusive, em relação à interpretação de cláusulas de determinado contrato de compra e venda de minério, cujo término foi considerado indevido por tribunal da CCI no caso nº 7645²⁰⁵ e a Convenção de Viena 1958 utilizada como lei aplicável²⁰⁶.

²⁰⁵ Julgado em março de 1995, cf. descrição contida em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 11, n. 2, 2000, p. 34.

²⁰⁶ Segue o artigo mencionado pelo tribunal arbitral nessa oportunidade: “Article 8(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.”

Dessa forma, haveria oportunidades suficientes para que as partes buscassem retificar a dinâmica contratual antes de decidir por seu término. O tribunal entendeu que o período contratual que admitia relativo inadimplemento era cabível, dado que a relação entre fornecedor e distribuidor requeria cooperação e adaptação à estrutura desenvolvida para venda das peças na Costa do Marfim.

Reconhecidamente, o tribunal arbitral julgou que a obrigação das partes em agir sob boa-fé era elementar aos costumes de comércio internacional e, ainda, sob a lei nacional aplicável ao caso. Dessa forma, concluiu que o término do contrato pelo fornecedor foi injustificado²⁰⁷ dentro da dinâmica contratual e do prazo permitido para reequilíbrio das prestações conforme permissivo de dois anos, mas não sem obrigar o distribuidor a finalmente pagar as prestações devidas.

O caso que se acabou de descrever serve para ilustrar que as partes dentro da relação contratual não podem agir de forma individualista e, além disso, mesmo que fosse outra a determinação da lei central aplicável ao caso, devem sempre considerar os usos e costumes internacionais aplicáveis às relações comerciais, quais sejam, lealdade e cooperação.

A assistência que se interpreta da ‘lealdade e cooperação’ mencionadas concretizar-se-ia, no caso, em o fornecedor contatar o distribuidor constantemente, em vista de se aproximar do problema e conjuntamente resolvê-lo.

A falta de pagamento pelo distribuidor, no caso, não foi considerada de patente má-fé e fora dos termos avençados. Assim fosse, o fornecedor não teria sido penalizado.

3.7.2. Na fase pré-contratual

A primeira observação a ser realizada no que se refere à arbitragem na etapa pré-contratual é a de que as tratativas devem fazer referência, em algum momento, à escolha pela

²⁰⁷ Com relação à tomada de medidas injustificadas no curso do contrato v. caso CCI nº 5834, julgado em 1989, publicado em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 5, n. 1, p. 65.

jurisdição arbitral. Não se pôde verificar nas decisões arbitrais estudadas casos onde a decisão arbitral ocorreu sem qualquer tipo de acordo das partes nesse sentido. Inclusive, conforme decisão a ser abaixo relatada, o tribunal negou a jurisdição em caso de aparente escolha pela arbitragem, mas que se mostrou falho por problemas na representação legal de uma das partes.

Isso ocorre porque a decisão pela arbitragem não ocorre de plano. As partes devem convencionar acerca da matéria que desejam submeter à arbitragem, inobstante o façam através de uma cláusula vazia ou através de acordos paralelos. A arbitragem obrigatória é instituto em desuso e existente apenas em algumas jurisdições e em casos muito específicos²⁰⁸.

A questão é que existe uma diferença no estudo da responsabilidade pré-contratual em matéria de jurisdição arbitral e estatal. A jurisdição estatal pode ser deparada com casos de quebra de tratativas sem qualquer tipo de materialização instrumental, pois é jurisdição natural e terá competência para julgar, conforme aplicável. Por outro lado, a arbitragem exige concordância mútua, é “*negócio jurídico processual*”²⁰⁹.

A referência feita acima é ao caso CCI nº 5832, julgado em 1988, onde o tribunal arbitral considerou inválida a escolha pela arbitragem efetuada por procuradores de uma das partes, pois havia erros materiais no instrumento de mandato que invalidavam a outorga de poderes. A questão principal colocada nessa situação foi o afastamento pelo tribunal arbitral da aplicação do princípio da boa-fé em comércio internacional.

De acordo com os termos da sentença, a aplicabilidade do princípio seria de acordo com a lei austríaca (lei aplicável ao caso) e, conforme os preceitos de tal legislação à época, o princípio da boa-fé não teria força de alterar o vício formal existente no documento, portanto, a escolha efetiva pela jurisdição arbitral nunca teria ocorrido. Assim, o pedido do autor foi recusado por falta de jurisdição. Não obstante, relevante salientar que o tribunal arbitral

²⁰⁸ Existem casos específicos referentes a matérias de direito marítimo (Portugal) e securitário (Costa Rica) cuja sujeição à arbitragem é automática, cf. relatado em C.A. CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 54 (doravante referido como “CARMONA, *Arbitragem e Processo*”).

²⁰⁹ CARMONA, *Arbitragem e Processo*, p. 103.

também identificou ausência de conduta do réu no que se refere às teorias do *venire contra factum* e do abuso de direito.

Feitas as observações anteriores acerca da possibilidade de estudo da responsabilidade pré-contratual em matéria de arbitragem, passa-se a descrever casos onde as partes firmaram certos instrumentos preliminares, com vistas a firmarem futuramente contrato definitivo.

O primeiro caso foi julgado por tribunal arbitral da CCI em 04 de setembro de 1996²¹⁰. Referido caso diz respeito a um instrumento preliminar firmado entre uma empresa de sistemas de telecomunicação norte-americana e um fabricante de cabos de telecomunicação do Oriente Médio.

As partes obrigaram-se a negociar as condições do contrato definitivo de acordo com o princípio da boa-fé, fosse determinada condição suspensiva verificada e o contrato passível, então, de ser celebrado. Durante as negociações, as partes não atingiram o nível de condições mutuamente desejado e o contrato preliminar foi desfeito. A empresa norte-americana, então, ingressou com o pedido de instauração de arbitragem convencionado no instrumento preliminar.

O objeto central da arbitragem foi acerca da verificação da obrigação das partes em negociar as condições do contrato definitivo de acordo com o princípio da boa-fé. Dessa forma, indagou-se o tribunal sobre a possibilidade de tal obrigação ser efetivamente executada, tendo em vista o término do contrato.

Citando entendimentos prévios acerca da matéria, o tribunal arbitral determinou que as partes voltassem a negociar as condições de contrato definitivo como de início²¹¹. As bases principais de tal decisão foram as disposições do próprio contrato preliminar, aliadas ao princípio da liberdade contratual.

²¹⁰ CCI nº 8540, disponível em www.unilex.info, acessado em 10 de dezembro de 2010.

²¹¹ No mesmo sentido, v. caso CCI nº 11375, julgado em março de 2002, publicado em *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2005: UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, 2005, p. 90.

Na medida em que inseriram livremente a obrigação de negociação de acordo com a boa-fé, as partes comprometeram-se a relevar diferenças comerciais razoáveis e a não encerrar abruptamente as negociações. Os árbitros fizeram menção, em destaque, à possibilidade de término do contrato preliminar, mas apenas em casos de patente alteração das premissas comerciais ou interesse mútuo em seu término²¹².

Situação de maiores consequências econômicas foi objeto de discussão no caso CCI nº 6519²¹³, onde um grupo de empresas francesas e uma empresa inglesa firmaram memorando de entendimentos tendo com objeto a formação de uma *holding*. A formação da companhia, no entanto, estava sujeita à aprovação por parte do governo francês. As partes haviam se comprometido, através do memorando, a aguardar a concessão de tal aprovação governamental.

Ocorre que a companhia francesa não respeitou o combinado através do memorando e retirou-se da relação antes de verificado o prazo limite para concessão da licença do governo francês. O tribunal declarou a companhia retirante culpada por falta de diligência e lealdade na negociação que antecedia a formação do contrato definitivo.

A companhia foi considerada negligente e culpada com base em teorias apoiadas na boa-fé e responsabilidade civil. O tribunal chegou a considerar que, embora as condições contratuais não houvessem sido postas em curso devido à condição não verificada de licença governamental, deveriam ser, de toda a forma, respeitadas em matéria de responsabilidade civil.

²¹² V. decisão nos casos CCI nº 8331 e nº 8908, cf. descritos em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 10, n. 2, 1999, p. 65 e 83, respectivamente. No mesmo sentido, caso CCI nº 8548, julgado em 1996, descrito em JOLIVET, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, p. 119-123.

²¹³ Julgado em 1991, descrição completa em J. ARNALDEZ – Y. DERAIS – D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Haia, Kluwer, 1997, p. 420 e ss (doravante referido como “ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*”).

3.7.3. No descumprimento de deveres acessórios

O caso a ser descrito como exemplo de decisão arbitral acerca dos deveres acessórios²¹⁴ que integram a relação comercial internacional, logicamente, derivados do princípio da boa-fé, refere-se a um contrato de compra e venda de energia elétrica, cujo objetivo era o abastecimento de determinada região²¹⁵.

Ambas as partes, vendedor e comprador, eram empresas colombianas. O fornecimento de energia ocorreria na Colômbia e a lei aplicável, coerentemente, foi a lei civil colombiana²¹⁶. Não obstante, relevante informar que o tribunal arbitral, como devido, utilizou-se igualmente dos preceitos comerciais internacionais, notadamente, os Princípios Unidroit. Curioso notar que a aplicação dos usos e costumes de comércio internacional atingiu até mesmo a relação entre os nacionais, dada a sujeição das controvérsias a tribunal arbitral da CCI.

O contrato não foi executado, pois para assegurar a transmissão apropriada da energia elétrica, objeto da compra e venda, deveria ter sido obtido seu registro em determinado órgão público (*Sistema de Información Comercial – SIC*), além de parte dos ativos do comprador ser transferido a terceiro, como parte de um projeto paralelo de privatização.

Verifica-se o dever de cooperação entre as partes através da análise da obrigação conjunta que tinham em registrar o contrato junto ao SIC. Tal registro era condição precedente ao fornecimento da energia, vez que a administração pública colombiana assim exigia. O dever de cooperação nessa tarefa era estabelecido pelo próprio contrato, além de ser exigido

²¹⁴ V. casos CCI nº 2292, julgado em 1975; CCI nº 2520, julgado em 1975; CCI nº 3093/3100, julgado em 1979. Todos em S. JARVIN – Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Deventer, Kluwer, 1990 (doravante referido como “JARVIN, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*”). No mesmo sentido, v. casos CCI nº 4761, julgado em 1987 e CCI nº 5910, julgado em 1988, ambos descritos em JARVIN, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*.

²¹⁵ Caso CCI nº 10346, julgado em dezembro de 2000, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, n. 2, 2001, p. 106.

²¹⁶ Conforme mencionado na própria sentença, a legislação civil colombiana inspirou-se profundamente na italiana, sendo os preceitos utilizados na sentença de semelhança elevada.

pela legislação nacional (art. 871 do código comercial) e pelos Princípios Unidroit (art. 5.1.3)²¹⁷.

Provou-se na demanda que o autor (fornecedor de energia elétrica) procurou de todas as maneiras possíveis registrar o contrato perante o SIC, inclusive propondo alterações na redação, sem afastar os pontos cruciais de prazo originalmente estabelecidos para o fornecimento da energia.

De igual forma, mesmo com a existência comprovada do dever de cooperação que existia entre as partes, concretizado na necessidade de o comprador auxiliar o fornecedor na obtenção do registro, não houve qualquer tipo de assistência mútua. O comprador ficou inerte. Seus agentes e consultores não proveram nenhuma alternativa ou envidaram esforços em direção a tal. Não negociaram aditamentos ao contrato e omitiram-se de qualquer negociação posterior com o fornecedor, deixando-lhe à mercê dos impedimentos regulatórios de início existentes.

Nas palavras do tribunal arbitral, o comprador *“não tomou atitudes efetivas para solucionar os problemas com o registro do contrato, simplesmente optou por se esconder atrás das observações do diretor da SIC, como forma de lavar suas mãos das obrigações do contrato, até o ponto em que se considerou livre do vínculo, em virtude da nulidade resultante das deficiências e não conformidades que se recusou a resolver, conforme poderia e deveria ter feito.”*²¹⁸

Como argumento cabal para responsabilização do comprador da energia elétrica, o tribunal arbitral considerou inafastável o dever de cooperação derivado dos padrões de boa-fé sempre aplicáveis. Culpou o comprador por infringir deveres de esclarecimento, informação,

²¹⁷ Relevante é a descrição integral dos comentários oficiais sobre o artigo, cf. desenvolvido pelos redatores dos Princípios Unidroit: “A contract is not merely a meeting point for conflicting interests but must also, to a certain extent, be viewed as a common project in which each party must cooperate. This view is clearly related to the principle of good faith and fair dealing (Art. 1.7) which permeates the law of contract, as well as to the obligation to mitigate harm in the event of non-performance (Art. 7.4.8). The duty of co-operation must of course be confined within certain limits (the provision refers to reasonable expectations), so as not to upset the allocation of duties in the performance of the contract. Although the principal concern of the provision is the duty not to hinder the other party’s performance, there may also be circumstances which call for more active co-operation.”

²¹⁸ Tradução livre de trecho da sentença do caso CCI nº 10346 acima citado.

colaboração e precisão, necessários à consecução do objeto contratual. Ressaltou que a importância desses deveres cresce na medida em que são exigidos pelos contratos como forma nuclear de obtenção dos resultados buscados.

Em outras palavras, os deveres acessórios tratados eram condição integrante da obrigação principal de fornecimento de energia elétrica. A falta de obediência a esses deveres culminou na infertilidade do contrato, eliminando o resultado sócio-econômico e prático pretendido. Bastava a ação do comprador em eliminar os entraves burocráticos para o resultado da demanda e possivelmente do contrato ser diverso.

Evidencia-se da descrição do presente caso que os deveres acessórios não servem apenas para conforto das partes ou como forma de mitigar os riscos e danos que podem surgir da relação contratual. Mais que isso, servem muitas vezes como parte indissociável da obrigação principal, vale dizer, sem a qual resta impossível o sucesso da avença.

Em sentido diverso, vale mencionar o resultado de decisão contida no caso CCI nº 9117²¹⁹, que determinou a não obrigatoriedade de cumprimento de dever de cooperação em razão de ausência de prática comercial entre as partes. No caso, foi exigido do exportador que acelerasse o embarque e transporte de determinada mercadoria em vista do prazo de vigência da licença de importação do comprador.

O exportador não acelerou o embarque e o comprador arcou com prejuízos pela falta de licença no momento da chegada dos bens no porto de destino. Alegou a falta de cooperação do exportador, no entanto, sem sucesso. Conforme já mencionado, o tribunal não acatou o pedido por não entender existir entre as partes dever comercial pré-existente que justificasse a aceleração dos procedimentos de embarque à custa do exportador/vendedor.

²¹⁹ Julgado em março de 1998, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 10, n. 2, 1999, p. 96.

3.7.4. Na mitigação de danos

A mitigação de danos relaciona-se diretamente à matéria dos contratos e é originada da lei inglesa. Estabelece que a parte sobre a qual o inadimplemento é imposto deve fazer o possível para reduzir os danos resultantes da ação ou omissão alheia.

Exemplo desse caso é o do comprador que mitiga seus próprios danos ao comprar mercadoria de terceiro, sendo que só o fez pela falta de entrega pela sua contraparte de forma tempestiva²²⁰. Com pequena variação, pode-se citar também o caso do segurado que informa a seguradora imediatamente do sinistro para que tome as medidas necessárias e possa limitar seu prejuízo.

O caso aqui citado como exemplo é o de um contrato de distribuição²²¹. Neste, uma companhia norte-americana exportadora havia acordado termos da distribuição exclusiva de seus produtos na Argentina através de distribuidor nacional. Passado mais de um ano da celebração do contrato, o fornecedor encaminhou notificação ao distribuidor, informando sobre o término do contrato dentro de dois meses.

O distribuidor decidiu processar o fornecedor por indenização de danos que sofreria pelo término abrupto do contrato. O fornecedor entrou com pedido de arbitragem buscando ver declarado o encerramento do contrato e a validade da notificação encaminhada.

Após decisão parcial do tribunal arbitral no sentido de considerar o contrato injustificadamente rescindido, sem considerar a situação da parte argentina, o fornecedor norte-americano buscou firmar contrato com o distribuidor pelo período de dois anos, os quais serviriam, na opinião do fornecedor (e do tribunal, inclusive) para mitigar os danos ocasionados pela interrupção do abastecimento da demanda gerada pelo distribuidor.

²²⁰ Cf. Y. TANIGUCHI, *The Obligation to Mitigate Damages in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*, 2006, p. 78 (doravante “TANIGUCHI, *The Obligation to Mitigate Damages*”).

²²¹ Caso CCI nº 5073, descrito em JARVIN, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, p. 85 e ss.

Dessa vez, em patente recusa contrária ao princípio da mitigação dos danos, o distribuidor recusou a proposta terminantemente. Não propôs outra maneira de suplantar o problema e não contribuiu para a diminuição dos danos causados a si próprio.

Considerados os fatos constitutivos do caso, o tribunal decidiu que ambas as partes faltaram com o dever geral de boa-fé. O fornecedor norte-americano não observou a necessidade da contraparte argentina na preparação para encerramento de um contrato complexo, que lhe havia exigido dispêndio de custos de infra-estrutura e que, por conta disso, não poderia ser encerrado de forma rápida.

Por outro lado, o distribuidor não fez qualquer esforço no sentido de aceitar a retratação contratual do distribuidor e a proposta de contrato novo de dois anos, que serviria para a diminuição dos prejuízos e da quantia a ser paga pelo fornecedor.

Conforme verificado, a peculiaridade da decisão em referência encontra-se no fato de que não foi dada razão integral a nenhuma das partes. Ambas tiveram que arcar com os custos da arbitragem, tendo em vista manifesta ausência do dever de mitigar danos e de cooperar dentro da esfera do contrato²²².

3.7.5. Nas infrações referentes a atos próprios

Conforme definição doutrinária²²³, a teoria dos atos próprios consubstancia-se na obrigação de comportamento uniforme da parte em um processo ou relação contratual. Conseqüentemente, visa a punir comportamentos dúplices e a impedir a ação incoerente dentro de um mesmo processo ou até dentro de uma mesma dinâmica contratual. Nesse último caso, é relevante o comportamento apresentado historicamente entre as partes para caracterização de incoerência, mesmo que não ligado diretamente a um processo ou contrato.

²²² Outros casos referentes à mitigação de danos: CCI nº 8817, julgado em 1997; CCI nº 8782, julgado em 1997. Ambos os casos relatados em TANIGUCHI, *The Obligation to Mitigate Damages*, p. 91-93. V. também caso CCI nº 4761, acima citado, JARVIN, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, p. 519 e ss.

²²³ Cf. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 454 e NEGREIROS, *Teoria do Contrato*, p. 142.

Na teoria dos atos próprios, portanto, encontram-se a teoria do *tu quoque* e do *venire contra factum proprium*²²⁴. A *common law* classifica os atos próprios de forma diversa, podendo-se encontrar institutos similares aos de direito romano dentro dos tipos de *estoppel*.

Os atos classificados sob a doutrina do *estoppel* são rechaçados por todos os instrumentos internacionais de maior expressão. Não é diferente o entendimento encontrado na CISG e nos Princípios Unidroit²²⁵.

Exemplo prático encontra-se em arbitragem instaurada perante a Câmara Arbitral Nacional e Internacional de Milão²²⁶, onde, no âmbito de um contrato de fornecimento, uma das partes foi proibida de encerrar a relação contratual sob motivos de inadimplemento alheio. O motivo que fundamentou a decisão do tribunal foi justamente o da parte que pleiteou a rescisão ter levado a outra parte a crer que toleraria tal inadimplemento circunstancial.

Da mesma forma, no caso CCI nº 6474²²⁷, a parte reclamante não pôde se valer de seu não reconhecimento pela comunidade internacional para livrar-se do procedimento arbitral. Esse representa um dos casos mais comuns de *estoppel*, verificado no momento de instauração da arbitragem.

A teoria dos atos próprios fundamenta-se no princípio da boa-fé e, como tal, prescreve a necessidade de comportamentos profissionais e padronizados das partes em comércio internacional. Independentemente da intenção do agente em qualquer declaração verificada incoerente, sua conduta deve ser impedida. Não seria possível que fosse de outra maneira. O ambiente no qual as partes negociam exige tal rigor.

²²⁴ Cf. descrita em NEGREIROS, *Teoria do Contrato*, p. 143.

²²⁵ Cf. artigo 1.8 dos Princípios Unidroit: Article 1.8 (Inconsistent behaviour) A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment. No mesmo sentido, é a redação do artigo 16 da CISG.

²²⁶ Julgada em março de 2008. Disponível em www.unilex.info, acessado em 10 de dezembro de 2010.

²²⁷ Julgado em 1992, cf. descrito em BAPTISTA, *Parallel arbitrations - waivers and estoppel*, p. 137.

4. CONCLUSÃO

Das premissas utilizadas para o desenvolvimento do presente trabalho, é possível concluir-se que a boa-fé em direito do comércio internacional manifesta-se de forma muito similar na teoria e na prática dos sistemas nacionais, mas com muito mais identidade na teoria e prática da arbitragem comercial internacional.

Verifica-se que os principais redatores dos princípios contratuais e convenções de direito internacional são profissionais experientes e atuantes no comércio internacional. Isso resulta na redação de artigos apropriados para os usos e costumes internacionais e, igualmente, na sua utilização constante pelos tribunais arbitrais de maior expressão, notadamente o da CCI.

Para o estudo do tema abordado, foram tratados conceitos básicos referentes à boa-fé subjetiva e objetiva. Estabeleceram-se as diferenças básicas existentes entre os conceitos e a importância de ser considerada a boa-fé objetiva na análise das condutas das partes.

Estudou-se de forma apartada o funcionamento básico do princípio da boa-fé objetiva em direito brasileiro, como forma de estabelecimento de um padrão para posterior análise realizada nos principais sistemas jurídicos ocidentais. Verificou-se a importância que a cláusula geral de boa-fé admitida no código civil atual possui. Os modos de aplicação a si inerentes permitem aos tribunais livrarem-se de rodeios para a sujeição da relação das partes à boa-fé, como eram forçados através de teorias paralelas como a do abuso de direito e do enriquecimento ilícito.

Assim sendo, buscou-se analisar a caracterização da boa-fé dentro dos sistemas jurídicos de maior influência e provocadores de maior debate, sendo tratados dentro dos limites aplicáveis e na extensão julgada devida. Verificou-se que existe grande diferença entre os sistemas europeus, principalmente, o alemão, o francês e o inglês.

O tratamento do princípio nos países de *common law* deve ser sublinhado. Ao contrário do que poderia parecer a princípio, países como a Inglaterra, Irlanda, Escócia, Estados Unidos e Austrália guardam grandes diferenças no tratamento do princípio. Ao passo que Inglaterra mostra-se mais resistente à internalização do princípio de forma geral, os Estados Unidos tratam-no de forma mais confortável, como identificado nos diplomas legais de unificação das leis comerciais e contratuais destacados.

Na Alemanha, identificou-se a raiz do princípio tal qual utilizado em diversos países da Europa, bem como em sistemas extracontinentais, como o brasileiro. A principal influência alemã foi no sentido de empregar de forma extremamente ampla a concepção do princípio dentro de seu ordenamento, para assuntos que escapam a matéria dos contratos e que contribuíram largamente para a elevação de sua relevância.

No sistema francês, o desenvolvimento do princípio ocorreu de forma mais branda, especialmente em vista da forte influência da autonomia da vontade das partes nas relações contratuais. Seu embate referiu-se à resistência dos julgadores e doutrinadores em reconhecer a criação de deveres acessórios. O controle exercido pelo princípio em direito francês verificou-se muito através da teoria do abuso de direito.

Transplantados os ideais nacionais para a esfera internacional, deparou-se com a utilização em grande escala dos preceitos da boa-fé objetiva nos princípios internacionais aplicados ao comércio internacional. A partir destes, notou-se a descrição normativa voltada para possibilitar a maior aceitação possível pelos comerciantes e ordens jurídicas estatais.

De forma equivalente, estudou-se como os contratos internacionais do comércio são afetados pela condição imposta pela observância da boa-fé objetiva e como ocorre a manifestação dispositiva do princípio. A construção realizada pelos agentes do comércio internacional acerca do princípio da boa-fé constitui importantíssima cadeia de sua representação.

O papel dos árbitros e da arbitragem internacional é crucial na evolução do princípio da boa-fé. O método utilizado pelos árbitros na maioria da solução dos conflitos, qual seja, o da interpretação conjunta das leis nacionais com os usos e costumes do comércio internacional (incluída a boa-fé), é veículo de concretização e formação de uma etapa posterior do princípio. É o dizer da boa-fé internacional. É a parametrização de comportamentos e a definição, passo a passo, de deveres acessórios devidos pelas partes nos contratos.

As decisões arbitrais, as relações comerciais elaboradas pelas partes e os ideais expressos nos princípios contratuais internacionalmente aplicáveis trabalham em conjunto, em fases distintas, na construção da estrutura moderna do princípio. Não se conclui que a boa-fé deva ser uniformizada e assim enxertada nas diversas ordens jurídicas, em hipótese de rigor excessivo, mas mantida da forma como está, na esteira do desenvolvimento arbitral, uma vez que é resultado direto da pluralidade de culturas jurídicas cotidianamente misturadas pelas partes e árbitros²²⁸.

A evolução da boa-fé, conforme demonstrada na teoria e prática arbitral estudadas, responde a questionamentos pretéritos da doutrina²²⁹, representativo de pensamento social do tema décadas atrás.

A partir do estudo realizado acerca da manifestação da boa-fé internacional nas sentenças arbitrais, identificou-se a exigência pela solidariedade contratual em diversos pontos, pela observância da boa-fé nas diversas fases da negociação comercial, pela demanda de um comportamento que excede as concepções nacionais do princípio.

²²⁸ Ao tratar das características da cultura pós-moderna, em especial, do pluralismo cultural, E. JAYME afirma que: “L’égalité s’exprime, par exemple, dans la manière que chacun a un droit de parler sa propre langue; ce principe n’impose pas la règle selon laquelle toutes les personnes devraient parler la même langue. L’on arrive à l’égalité par la prise en considération des différences. Ce qui caractérise la culture postmoderne est que l’idée de la différence entraîne surtout le droit au respect de l’identité culturelle.” E. JAYME, *Identité culturelle et Intégration: le Droit international privé postmoderne* in *Recueil des cours*, v. 251, 1995, p. 251.

²²⁹ “(...) o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?” RIPERT, *A Regra Moral*, p. 24.

Tais exigências servem para formar, finalmente, o moderno conceito de boa-fé internacional, expresso como orientador de justiça contratual, manifesto dentro de padrões de razoabilidade e formador de deveres de coerência e assistência mútua, sem os quais o regresso nas relações contratuais é inevitável.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALEJANDRO, Javier Ribas, *Aspectos jurídicos del comércio electrónico em Internet*, Pamplona, Aranzadi, 2000.
- ALPA, Guido, *La Buena Fe Integrativa* in CORDOBA, Marcos M., *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, t. II, La Ley, Argentina, 2004.
- ALTMARK, Daniel Ricardo, *La etapa precontractual em los contratos informáticos – Informática y Derecho*, v.1, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- ALVES, José Carlos Moreira, *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro* in *Roma e America - Diritto Romano Comune Roma*, n. 7, 1999.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.), *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*, São Paulo, Aduaneiras, 2004.
- ARAÚJO, Nádia de, *O Direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado* in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo, LTr, 1996.
- ATALLAH, Borham, *Insurance and reinsurance disputes: old concepts in new settings* in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 16, n. 1, 2005.
- ATYIAH, Patrick S., *An introduction to the Law of the contract*, 5^a ed, Oxford, Oxford, 1995.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *A boa-fé na formação dos contratos* in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, 1992.
- _____, *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum* in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, 1996.
- _____, *O principio da boa-fé nos contratos* in *Revista CEJ Brasília*, n. 9, Brasília, 1999.
- _____, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos* in *Revista Trimestral de Direito Civil Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)* in ALVIM, Eduardo Arruda - CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira - ROSAS, Roberto (coords.), *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo, *Aspectos jurídicos das transferências eletrônicas internacionais de fundos*, São Paulo, 1986, Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____, *Formação do Contrato Internacional* in *Revista de Direito Público*, Ano XIX, n. 80, out-dez, 1986.

_____, *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

_____, *Comércio eletrônico: uma visão do direito brasileiro*, Revista da Faculdade de Direito, v. 94, 1999.

_____, *A boa-fé nos contratos internacionais* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v.6, n. 20, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____, *Parallel arbitrations - waivers and estoppel* in CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M., Ed. *Parallel state arbitral procedures in international arbitration*, Paris, 2005.

BAR, Cristian von (ed.) et al, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munique, Sellier, 2009.

BASSO, Maristela, *A autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio* in *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994.

_____, *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

BASSO, Maristela - CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs.), *Lições de direito internacional – estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 2008.

BEATSON, Jack - FRIEDMANN, Daniel (ed.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford : Clarendon Press, 2002.

- BERGER, Klaus P., *The creeping codification of the new lex mercatoria*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010.
- BERNARDINI, Piero, *Arbitral Justice, Courts and Legislation in Special Supplement 1999: Arbitration in the next decade*, 1999.
- _____, *International Arbitration and A-National Rules of Law in ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 15, n. 2, 2004.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936.
- _____, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v.5, Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1952.
- BITTAR, Eduardo C.B., *Metodologia da pesquisa jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 2ª ed., Brasília, UnB, 1991.
- BONELL, Michael J., *An international restatement of contract law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Ardsley, Transnational, 3ª ed., 2005.
- BORTOLOTTI, Fabio, *Current Contract Practice and Unidroit Contract Principles – ICC Model Contracts – ITC Model Contracts in Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 5, abr-jun 2005.
- BROWNSWORD, Roger, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law* in R. BROWNSWORD-N. J. HIRD - G. HOWELLS (orgs.), *Good Faith in Contract*, Aldershot, Ashgate, 1999.
- BÜHLER, Michael W. – WEBSTER, Thomas H., *Handbook of ICC Arbitration*, Londres, Sweet&Maxwell, 2005.
- BULGARELLI, Waldirio, *Contratos mercantis*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 1993.
- BURTON, S.J., *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith* in *Harvard Law Review*, v. 94, 1980.
- CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001.
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto - MARTINS, Pedro Batista (Coord.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.

- CARRARA, Giovanni, *La formazione dei contratti*, v.1, 1ª ed., Milão, Dottor Francesco Vallardi, 1915.
- CARTER, John W.-PEDEN, Elizabeth, *Good Faith in Australian Contract Law* in *Journal of Contract Law*, v. 19, 2003.
- CASELLA, Paulo Borba, *Negociação e formação de contratos internacionais em direito francês e inglês* in *Revista da Faculdade de Direito*, v. 84-85, 1989-1990.
- _____, *Utilização no Brasil dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais* in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo, LTr, 1996.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *A responsabilidade civil pelo conteúdo de informação transmitida pela Internet*, Coimbra, Almedina, 2000.
- CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- CHAVES, Antônio, *Responsabilidade Pré-Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Lejus, 1997.
- CLIVE, Eric, *The Scottish Civil Code Project* in *Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge, Cambridge, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, v.3, São Paulo, Saraiva, 2000.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- _____, *A boa-fé nos finais do século XX* in *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, ano 56, III, dez. 1996.
- COUTO E SILVA, Clovis V. do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006.
- CRAIK, Neil, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge, Cambridge, 2008.
- CREMADES, Bernardo M., *Introduction* in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Paralell State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, 2005.
- D'ARCY, Leo - MURRAY, Carole - CLEAVE, Barbara; *Scmitthoff's Export Trade – The law and practice of international trade*. 10ªed., Londres, Sweet & Maxwell, 2000.
- DAVID, René, *International Encyclopedia of Comparative Law: The legal systems of the World, Their Comparison and Unification*, v. II, Haia, Martinus Nijhoff, 1984.

- DERAINS, Yves, *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective in Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, 2002.
- DERAINS, Yves - ARNALDEZ, Jean-Jacques - HASCHER, Dominique, *Collection of procedural decisions in ICC arbitration 1991-1995*, v.3, Paris-New York, Kluwer Law and Taxation Publishers and Kluwer Law International, 1996.
- DERAINS, Yves - SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- DESCARTES, René, *Discours De La Méthode*, Paris, Eugene Belin, 1861.
- DIESSE, François, *The Requirement of Contractual Cooperation in International Trade* - *International Business Law Journal*, n. 7, 1999.
- DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v.1, São Paulo, Saraiva, 1993.
- DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- DRAETTA, Ugo, *Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts* in *International Business Law Journal*, n. 3/4, 2002.
- FARNSWORTH, E. Alan, *Contracts*. 2ª ed., Toronto, Little, Brown & Company, 1990.
- _____, *Good Faith in Contract Performance* in J. BEATSON-D. FRIEDMANN (orgs.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford, 1995.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *La buena fe : el principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 1984.
- FONSECA, Patrícia Bezerra de M. Galindo, *Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias* in *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, ano XXXVII, n. 114, abr-jun, 1999.
- FONTAINE, Marcel – DE LY, Filip, *Drafting International Contracts*, Leiden, Brill, 2009.
- FORTE, A. D. M. (ed.), *Good faith in contract and property*, Oxford-Portland, Hart Pub., 1999.
- FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965.
- _____, *Suggestions to Improve the International Efficacy of Arbitral Awards* in *ICCA Congress Series*, nº 09, Paris, 1999.

FOUCHARD, Philippe - GAILLARD, Emmanuel – GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration*, Haia, Kluwer, 1999.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, Coimbra, 1994.

GAMA JÚNIOR, Lauro, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

FRIEDMANN, Daniel, *The Transformaion of ‘Good Faith’ in Insurance Law* in R. BROWNSWORD-N. J. HIRD-G. HOWELLS (orgs.), *Good Faith in Contract*, Aldershot, 1999.

GARCIA, Enéas Costa, *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à luz da boa-fé*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2003.

GELINAS, Paul-A., *General characteristics of recoverable damages in international arbitration* in *Dossier of the ICC institute of World Business Law: evaluation of damages in international arbitration*, 2006.

GIROT, Clarisse, *User Protection in IT Contracts: A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology*, Haia, Kluwer, 2001.

GLANZ, Semy, *Internet e contrato eletrônico* in *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 757, nov., 1998.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

GUIMARÃES, Otavio Moreira, *Boa-fé no direito civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953.

GUZMÁN, Alejandro, *La Buena Fe en el Código Civil de Chile* in CÓRDOBA, Marcos M., *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, t. II, La Ley, Argentina, 2004.

HASCHER, Dominique, *Collection of procedural decisions in ICC arbitration 1993-1996*, v.4, New York, Kluwer Law International, 1998.

HESSELINK, Martijn. W. – DE VRIES, G. J. P., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Comission* in HESSELINK, M. W. – DE VRIES, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Deventer, Kluwer, 2001.

JALUZOT, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats: Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001.

- JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves, *Collection of procedural decisions in ICC arbitration 1974-1985*, v.1, Paris-New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986.
- JARVIN, Sigvard- - DERAIS, Yves - ARNALDEZ, Jean-Jacques, *Collection of procedural decisions in ICC arbitration 1986-1990*, v.2, Paris-New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- JAYME, Erik, *Identité culturelle et Intégration: le Droit international privé postmoderne* in *Recueil des cours*, v. 251, 1995.
- JOLIVET, Emanuel, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI): La jurisprudence arbitrale de la CCI et la lex mercatoria* in *Cahiers de l'arbitrage*, v.1, 2001.
- _____, *Les clauses limitatives et élusives de responsabilité dans l'arbitrage* in *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, Cahiers de l'arbitrage, Gazette Du Palais, 2005.
- _____, *Les banques dans l'arbitrage CCI (première partie)* in *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, Cahiers de l'arbitrage, Gazette Du Palais, 2007.
- _____, *La détermination du droit applicable au fond du litige* in *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais, 2008.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, *International commercial arbitration in Latin America: regulation and practice in the MERCOSUR and the associated countries*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2005.
- KÖNDGEN, Johannes – BORGES, Georg, *Commercial Law* in REIMANN, Mathias – ZEKOLL, Joachim, *Introduction to German Law*, Haia, Kluwer, 2005.
- KOROMA, Abdul G., *International Law and Multiculturalism* in YEE, Sienho - MORIN, Jacques-Yvan, *Multiculturalism and International Law*, Leiden, Brill, 2009.
- KRYVOI, Yaroslau, *International Centre Settlement Investment Disputes*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010.
- LALIVE, Pierre, *L'ordre public transnational et l'arbitre international* in *New instruments of private international law*, v. II, Milão, Giuffrè, 2009
- LANDO, Ole – BEALE, Hugh (orgs.), *The Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, Haia, Kluwer, 1999.

- LAZAREFF, Serge, *Foreword in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*, 2006.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *A obrigação de melhor esforços (best efforts) in Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, ano XLIII, n. 134, abr-jun, 2004.
- LEE, João Bosco, *A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem* in LEMES, Selma F. – CARMONA, Carlos A. – MARTINS, Pedro B. (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007.
- LEIBLE, Stefan – PISULINSKI, Jerzy – ZOLL, Fryderyk, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munique, Sellier, 2007.
- LEW, Julian - LOUKAS, Mistelis - KRÖLL, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia, Kluwer, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Neto, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, São Paulo, 1990, Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contractos*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999.
- _____, *Informática, cyberlaw, e-commerce in Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo, EDIPRO, 2000.
- _____, *Comércio Eletrônico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- LOWENFELD, Andreas F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View in Arbitration International*, v.6, 1990.
- MACQUEEN, Hector L. – ZIMMERMANN, Reinhard, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgo, Edinburgh, 2006.
- MAGALHÃES, José Carlos de, *Contratos Internacionais* in *Revista do Advogado*, Ano II, n° 08, abr-jun, 1986.
- _____, *A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n° 18, ano 05, Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2002.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira, *Guia de Metodologia Jurídica*, Lecce, Del Grifo, 2001.
- MAGGI, Michael, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Haia, Kluwer, 2004.

- MARRELLA, Fabrizio, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration, 1999-2001* in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, n. 2, 2001.
- MARRELLA, Fabrizio – GÉLINAS, Fabien, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration-Introduction and Preliminary Assessment* in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 10, n. 2, 1999.
- MARTINS, Flávio Alves, *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
- MARTINS, Antônio Carvalho, *Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Coimbra, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- MAYER, Pierre, *Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International* in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993.
- _____, *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice* in *Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, 2002.
- MESSINEO, Francesco, *Il contratto in genere*, v. XXI, t.1, Milão, Dottor A. Giuffrè, 1973.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2ª parte, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- MORIN, Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance : étude critique des fondements d'une innovation controversée*, Genebra, Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- MOZOS, José Luis de los, *La Buena Fe en El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de La Academia de Pavia* in CÓRDOBA, Marcos M., *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, t. II, La Ley, Argentina, 2004.
- NEGREIROS, Teresa, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do principio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- _____, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- NEHRING NETTO, Carlos, *Jurisprudência da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional* in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, jan-março 1992.

- PARK, William W., *Duty and discretion in international arbitration* in *American Journal of International Law*, v. 93, nº 4, outubro de 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Lesão nos contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____, *Instituições de Direito Civil*, v.3, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, 1ªed., Lisboa, Quid Júris?, 2001.
- PAULSSON, Jan, *The expectation model* in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C., *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, t. XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1962.
- POUDRET, Jean-François – BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, Londres, Sweet&Maxwell, 2007.
- RAKOFF, Todd D., *Good Faith in Contract Performance: Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey* in *Harvard Law Review*, v. 120, 2007.
- REALE, Miguel, *A boa-fé no Código Civil* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 6, n. 21, São Paulo, 2003.
- REIMANN, Mathias - ZIMMERMANN, Reinhard (ed.), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, Oxford, 2008.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza, *Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra, 2007.
- RIPERT, Georges, *A regra moral nas obrigações civis*, Campinas, Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil - Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, v.3, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.
- ROPPO, Enzo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 1988.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International arbitration law and practice*, 2ª ed., Haia, Kluwer, 2001.
- SALVADOR, Manuel J. G., *Terceiro e os efeitos dos actos ou contratos: A boa fé nos contratos*, Lisboa, Tip. Esc. da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962.
- SANDERS, Pieter, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, 2ª ed., Nova Iorque, Kluwer Law International, 2004.

- SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, A Comparative Study*, Haia, Kluwer, 1999.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do Direito romano atual*, trad. Ciro Mioranza, v. VIII, Ijuí, Unijuí, 2004.
- SCHMIDT, Johanna, *Letters of Intent* in *International Business Law Journal*, nº 3/4, 2002.
- SCHMITTHOFF, Clive M., *Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- SCHWARZENBERGER, Georg, *The fundamental principles of international law postmoderne* in *Recueil des cours*, v. 87, 1955.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil – Fonte das Obrigações: Contratos*, vol III, 4ª ed., rev. e at. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003.
- SILVA ROMERO, Eduardo, *Requiem for the rule of article 177 (2) of the Swiss private international law act?* in *Liber amicorum in honor of Robert Briner*, 2005.
- STATHOPOULOS, Michael, *Contract Law in Greece*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009.
- STIGLITZ, Rubéns S. – STIGLITZ, Gabriel A. – STIGLITZ, Rosana. M., *Reglas secundarias de conducta* in STIGLITZ, Rubéns S. – STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos: Teoria General*, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- _____, *Arbitragem Comercial Internacional*, 1ª ed., São Paulo, LTr, 1996.
- _____, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996.
- _____, *Da Autonomia da Vontade – Direito interno e internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 2000.
- SUMMERS, Robert S., *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization* in *Cornell Law Review*, v. 67, 1982.
- _____, *Good Faith in American Contract Law* in ZIMMERMANN, Reinhard - WHITTAKER, Simon (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge, 2000.

- STEYN, J., *The intractable problem of the interpretation of legal texts* in *The Sidney Law Review*, v. 25, n. 1, mar 2003.
- TANIGUCHI, Yasuhei, *The Obligation to Mitigate Damages* in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*, 2006.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*, São Paulo, 2007, Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- UDA, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, G. Giappichelli, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.
- VIDAL, Dominique, *The extension of arbitration agreements within groups of companies: the alter ego doctrine in arbitral and court decisions* in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*, 2006
- WALD, Arnaldo, *A Convenção de Nova Iorque* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 16, ano 05, Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002.
- _____, *A evolução do Direito e a Arbitragem* in S. F. LEMES – C. A. CARMONA – P. B. MARTINS (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007.
- WHITTAKER, Simon - ZIMMERMANN, Reinhard, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape* in *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge, 2000.
- ZERBINI, Eugenia, *Sentenças Arbitrais formam Jurisprudência?* in LEMES, Selma F. – CARMONA, Carlos A. – MARTINS, Pedro B. (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007.
- ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Nova Iorque, Oxford, 1998.