

CONTRATOS DURADOUROS LACUNOSOS E PODERES DO ÁRBITRO: QUESTÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS¹

Judith Martins-Costa²

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke³

Resumo: Tendo por pressuposto que a arbitragem situa-se cada vez mais no coração dos contratos duradouros, este estudo procura analisar as vicissitudes da operação do árbitro quando diante de negócios ditos incompletos, em que sua intervenção é conduzida a colmatar lacunas e a garantir a perenidade do vínculo. Daí que o estudo, numa primeira parte, se centre em analisar a problemática dos contratos duradouros, revisando criticamente a classificação tradicional (que adota o critério da execução do contrato) e sugerindo como mais adequada a que toma o “interesse ao adimplemento” como traço distintivo. Numa segunda parte, então, o texto passa a tratar da incompletude contratual, comum em negócios de duração, destacando os problemas teóricos (relacionados à possibilidade formal de os árbitros interferirem em contratos) e os problemas práticos (atinentes às circunstâncias concretas que se devem observar quando da intervenção) que exsurtem da colmatação das lacunas contratuais.

¹ Os Autores agradecem o auxílio precioso de Giovana Valentiniano Benetti; Rafael Branco Xavier; Guilherme Seibert; e Vinícius Berni na revisão deste texto.

² Livre-Docente pela Universidade de São Paulo, onde também obteve seu doutoramento, foi professora de Direito Civil na UFRGS. Atua como árbitra e parecerista. É autora de obras doutrinárias, especialmente no Direito Civil. Vice-Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC).

³ Doutorando em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Civil nos Cursos de Pós-Graduação da UNIRITTER e da UNISINOS. Advogado em TozziniFreire Advogados e autor de artigos doutrinários no Direito Civil e Processual.

Palavras-Chave: Contratos duradouros incompletos – Lacunosidade contratual – Arbitragem – Poderes do árbitro

Abstract: Whereas arbitration increasingly lies in the core of long-term contracts, this study aims at examining arbitration vicissitudes when dealing with incomplete contracts, in which the intervention by arbitrators is centered in filling the gaps and ensuring the continuity of the bond. Therefore, the first part of this study is focused on analyzing long-term contracts, critically reviewing the traditional classification (which adopts the criterion of the contract enforcement) and suggesting as more appropriate the one that takes the “interest on performance” as the distinctive element. In the second part, then, the text moves on analyzing the contract incompleteness, common in long-term contracts, highlighting the theoretical problems (related to the formal possibility of interfering in contracts) and the practical problems (related to the specific circumstances that the intervention must observe) present on the filling of contractual gaps.

Keywords: Incomplete long-term contracts – Contract lacunosity – Arbitration – Arbitrator’s powers.

Sumário: Introdução. I) O problema dos contratos duradouros; A) Critério da execução; B) Critério do interesse ao adimplemento. II) O problema da lacunosidade contratual na arbitragem; A) Problemas teóricos; B) Problemas práticos. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



contrato é um produto da regulação privada dos próprios interesses. Por esta razão a possibilidade de uma intervenção externa – de juízes e ou de árbitros – para estabelecer ou modificar seu conteúdo, jamais foi aceita com tranquilidade⁴. Porém, a conjugação entre dois fenômenos em expansão na prática dos negócios – quais sejam , o dos contratos duradouros incompletos, de um lado e, de outro, o acréscimo de litígios submetidos à jurisdição arbitral – tem feito somar dados novos a este velho problema. O tema enseja, pois, uma apreciação à luz das diretrizes e regras gerais da arbitragem comercial privada, bem tendo apontado Bruno Oppetit, já na década de 70, estar a arbitragem cada vez mais situada “no coração” dos contratos, sobretudo os “de duração”, estando entre suas funções promover a manutenção dos negócios econômicos interpretados pela resolução efetiva e não traumática dos conflitos existentes⁵.

Mencione-se brevemente o que consiste um dos fenômenos acima referidos: a existência de contratos duradouros incompletos.

Em vários setores – por exemplo, a construção de grandes obras, como usinas, *shoppings centers*, empreendimentos imobiliários complexos como os “novos bairros” que, frequentemente, são acrescentados às metrópoles⁶, ou o fornecimento de

⁴ É o que narra RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. “International arbitration law and practice”. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp. 189-190. O autor faz referência exemplificativa ao ICC Case nº 2694, de 1977, em que se declarou: “Whereas, even in the capacity as *amiable compositeurs* – granted (to them) by the terms of reference provided for by Art. 13 of the ICC rules – the arbitrators have no authority to weigh up a new contract and to put themselves in the place of the parties which have failed in their attempts to renegotiate the contract”. As traduções de trechos e termos no presente artigo foram realizadas de maneira livre.

⁵ OPPETIT, Bruno. L’arbitrage et les contrats commerciaux a long terme. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Gaignault, 1977, n. 2, pp. 91-94.

⁶ Exemplos dos chamados “Contratos de EPC”, que, por sinal, não se resumem à figura da simples empreitada, mas agregam dados novos que a complexificam, rica em obrigações de diferentes espécies e tendentes à realização de diversos interesses

matéria-prima para grandes indústrias, como energia elétrica, gás natural e petróleo – os contratos destinados a implementá-las traduzem, concomitantemente, uma relação destinada a perdurar longamente no tempo, cujos dados não são ou não podem ser, todavia, integralmente conhecidos e, portanto, passíveis de prévia apreensão, regulação e controle por meio das cláusulas contratuais. Dito de outro modo: o contrato, nessas situações, deve ser um instrumento apto a solucionar e regrav problemas técnicos, operacionais, econômicos, jurídicos, e até políticos, não passíveis de previsão e de regramento pontual na data de sua conclusão. Por esta razão, as partes injetam em um texto estrutural de base algumas previsões “abertas” que supõem, para a sua completa operacionalização, a conexão com outras previsões complementares e/ou aditivas e a possibilidade de modificação ou de adição pontual ao texto contratual de base. Há, pois “incompletude” textual. Porém, nessas situações a incompletude deliberada não é “defeito”: no mais das vezes, se relaciona com a maior ou menor competitividade e economicidade dos denominados custos de transação. Diante da *certeza sobre as incertezas*, as partes preferem deixar a regulação de certos aspectos para o futuro, se e quando for necessário regulá-los. O contrato, então, consistirá parte de uma *rede complexa*, em que se entrecruzam nexos econômicos, funcionais e finalistas dirigidos a alcançar um “resultado global”⁷.

que não apenas a construção em si. Veja-se sobre isso: PINTO, José Emilio Nunes. O Contrato de EPC para Construção de Grandes Obras de Engenharia e o novo Código Civil. “*Revista da AARJ – Associação dos Advogados do Rio de Janeiro*”. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, também disponível em [www.lumenjuris.com.br](#), acesso em 13/08/2012.

⁷ PELLÉ, Sebastien. “La notion d’interdépendence contractuelle. Contribution à l’étude des ensembles de contrats”. Paris: Dalloz, 2007, em especial pp. 53 e ss. Referiu-se o tema in: MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Orgs.). “Transformações contemporâneas do direito das obrigações”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 e NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. “Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia”. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS como requisito parcial para obtenção do título de mestre. Porto Alegre, 2011, inédito.

Com efeito, se, no passado, era a completude do elemento textual (isto é: o texto do contrato, o conjunto de suas cláusulas e condições, a ausência de lacunas) a garantia de uma boa contratação – a invocar o célebre exemplo da venda do *Empire State Building*, em 1951, em que se envolveram mais de cem advogados, o que resultou num contrato de mais de quatrocentas páginas –, hoje as previsões exaustivas são tidas até mesmo por indesejadas: elas mais *aprisionam* do que *asseguram*. Conquanto todo contrato seja, por definição, um elemento de segurança – pois é uma técnica jurídica de fixação, hoje, do que será no futuro – a prática passou a visualizar um certo grau de vagueza em algumas disposições contratuais como característica imprescindível, com vistas a incutir nos contratos *válvulas de escape* ou canais de abertura às variações provocadas pelo transcurso do tempo e pelas mudanças que daí derivam⁸.

Estas novas características situam o âmbito e a natureza dos problemas a serem aqui enfrentados: diante de contratos duradouros, permeados por lacunas, como deve agir o árbitro?

ta.

⁸ Conquanto não se confundam “contratos duradouros” e “contratos relacionais”, habitualmente os contratos duradouros são dotados de “relacionalidade”, categoria proposta na doutrina norte-americana por Ian MacNeil e estudada, entre nós, por Ronaldo Porto Macedo Jr. (MACNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. In: CAMPBELL, David (Org.). “The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil” (ed. David Campbell). London: Sweet and Maxwell, 2001, pp. 127-152, e, mais recentemente, em: *Relational Contract Theory. Challenges and Queries*. “Northwestern University Law Review”, 2000; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais e defesa do consumidor”. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 147-153). Cf. também: MACAULAY, Stewart. *Non-contractual relations in business: a preliminary study*. “American Sociology Review”, v. 98, 1963, disponível em <http://www.law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/non-contractual.pdf>, acesso em 29 de março de 2011, p. 15; FORGIONI, Paula A. “Contrato de distribuição”. São Paulo: RT, 2004, pp. 70-77. Para as distinções entre “contratos duradouros” e “contratos relacionais”, veja-se GRANIERI, Massimiliano. “Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata”. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 41-60.

Pode colmatá-las? E como fazê-lo? Devem as partes fazê-lo? Havendo a previsão de renegociação de certas cláusulas, é possível impor, coativamente, a obrigação de renegociar?

Naturalmente, não se tem a pretensão de dar resposta cabal e definitiva a estas questões cuja resolução não dispensa, em cada caso, o exame atento das circunstâncias fáticas e normativas incidentes, tais quais o texto contratual, a característica do contrato em causa, o setor econômico em que será executado, o sistema legal que o rege, o comportamento das partes ao longo da relação, etc. No entanto, é possível encontrar algumas pistas para a sua solução, o que implica, necessariamente, a compreensão dogmática dos contratos duradouros (Parte I) e dos poderes do árbitro (Parte II).

I) O PROBLEMA DOS CONTRATOS DURADOUROS

A relação entre o tempo e os contratos é dado estruturante da taxionomia contratual, distinguindo-se, primária e binariamente, entre os contratos que duram no tempo e aqueles cujo ciclo – formação, desenvolvimento, extinção – ocorre como que instantaneamente. Porém, a classificação não é tão simples quanto a divisão binária e primária pode fazer supor. Há distinções internas ao âmbito dos contratos que perduram no tempo, variando os critérios classificatórios: é apenas o tempo o elemento a considerar? Ou se leva em conta o modo de execução? Ou, ainda: o dado mais relevante não diria respeito ao modo como opera o adimplemento, isto é, à relação entre o tempo e o adimplemento?

A reflexão acerca destas questões resultou na “descoberta dogmática” dos “contratos duradouros”, ou “de duração” (*di duratta*), especialmente teorizada ao longo dos últimos cem anos, como consequência dos avanços de uma economia a que se costuma chamar de “neo-industrial”, bem como do desen-

volvimento de “serviços à produção”⁹. Desses dados decorre, efetivamente, a especialização crescente da atuação dos agentes econômicos, instrumentalizada por contratos que, impunha-se, fossem esticados no tempo e garantidores da perenidade das próprias atividades. De “mecanismos funcionais e instrumentais da propriedade” os contratos se tornam “mecanismos funcionais e instrumentais da empresa”¹⁰, com o que se complexificam e assumem como regra a duração¹¹.

É justamente sobre a problemática da conceituação e da classificação desses “contratos duradouros” que a primeira parte deste trabalho ficará detida, analisando, por primeiro (A), as noções que tomam sua *execução* como critério definidor, para, num segundo momento (B), centrar-se naquelas que adotam o *interesse ao adimplemento* como prisma.

A) CRITÉRIO DA EXECUÇÃO

Nem sempre a prática e a reflexão teórica sobre os contratos incompletos de longa duração foi assumida pelos particulares. Em meados do séc. XX, países como a Grã-Bretanha empregaram contratos duradouros como “instrumentos de política agrícola”, voltando seus olhos para as nações ultramarinas

⁹ Atividades empresariais dirigidas não ao consumo final, mas ao incremento de uma indústria “multi-produto” e “transnacional”, a valorizar significativamente a figura dos “terciários”. Denominam-se “terciários” os entes que oferecem “mansões de serviços” e que vinculam-se, por isso, às entranhas das atividades das empresas, com elas, porém, não se confundindo (GALGANO, Francesco. “La globalizzazione nello specchio del diritto”. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 16).

¹⁰ É o que pontuava Enzo Roppo já na década de 70 (ROPPO, Enzo. “O contrato”. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 67).

¹¹ Adquiriam, por isso, feição “relacional”, pressupondo cooperação, confiança e boa-fé – pois, no mais das vezes, os contratos de duração têm especial “carga de personalidade”, realizando-se *intuitu personae*, invocando “colaboração estreita” e impondo certas qualidades (como honorabilidade, lealdade, confidencialidade). Assim MARTINS-COSTA, Judith. “Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 34; também COUTO E SILVA, Clóvis V. do. “A obrigação como processo”. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 214.

– as latino-americanas, precipuamente – e com elas entabulando negócios de importação que visavam a suprir a escassez provocada pela guerra, haja vista as dificuldades em mercenciar com a Europa Continental¹². Celebrados entre Estados e recaindo sob a pecha de “convenções internacionais”, tratava-se de verdadeiros e próprios “contratos de duração”, como revelam duas características listadas por Pierre Vellas: a distensão temporal dos vínculos (que em geral se prolongava por mais de cinco anos) e a proposital incompletude de seus termos (quantidade, preço, etc.), que os submetia à “evolução do mercado mundial”¹³.

Instada pelo fenômeno prático, a doutrina passa a teorizar sobre esses contratos e a perquirir sua classificação. Porém, não havendo nem uniformidade nem univocidade nos termos empregados, por vezes a confusão se instaura. É preciso, pois, ter em conta o critério adotado para operar a classificação. A primeira indagação a fazer é: a classificação que se costuma fazer é referente a que faceta dos contratos e/ou das obrigações?

Os autores não se preocupam em explicar por que fazem derivar de uns a classificação dos outros; simplesmente classificam e atribuem nomes. A questão, contudo, é anterior ao próprio enquadramento, já que diz respeito ao critério classificatório que se está adotando, isto é, ao elemento dos contratos ou das obrigações que se está analisando para classificá-los.

No âmbito brasileiro, tornou-se célebre e largamente utilizada a classificação estabelecida por Orlando Gomes¹⁴, que deita raízes nas espécies de prestações – “objeto imediato da

¹² VELLAS, Pierre. Les contrats de longue durée dans les relations internationales agricoles. “Annuaire français de droit international”, 1957, v. 3, pp. 134-141.

¹³ Idem, pp. 136-138.

¹⁴ GOMES, Orlando. “Contratos”. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 79-81; GOMES, Orlando. “Obrigações”. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 36-41; GOMES, Orlando. “Transformações gerais do direito das obrigações”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 143-144.

obrigação”¹⁵ – pelo autor identificadas. Classificando-as sob o “modo de execução”¹⁶, Orlando Gomes sustenta a existência de “prestações instantâneas” e “prestações contínuas”. As primeiras seriam as que “se realizam de uma só vez, em determinado momento, como a entrega de uma coisa”, também chamadas de “prestações transitórias” ou “prestações isoladas”¹⁷. As segundas, de outro lado, seriam aquelas em que a execução “compreende uma série de atos ou abstenções”, podendo, todas elas – salvo as negativas –, sofrer decomposição “em uma série de atos isolados no tempo”, ainda que “interpretados como conduta única”¹⁸.

Nessa esteira, utilizando a classificação das prestações como “leito de Procusto”, Orlando Gomes identifica duas modalidades de contratos: os “contratos instantâneos” e os “contratos de duração”, respectivamente consequentes de “prestações instantâneas” e de “prestações contínuas”¹⁹. Os primeiros seriam caracterizados por terem uma “execução única”, isto é, “cujas prestações podem ser realizadas em um só instante”²⁰, ainda que se os possa dividir em “contratos instantâneos de execução imediata” e “contratos instantâneos de execução diferida”. Em ambos a execução ocorre em um só momento, ainda que, nestes últimos, este momento seja remetido para o futuro²¹.

De outro lado, o civilista baiano destila das “prestações contínuas” a modalidade dos “contratos duradouros” (expres-

¹⁵ GOMES, “Obrigações”, op. cit., pp. 13-14. Delimita o autor: “Para dissipar dúvidas, deve-se distinguir, na relação, o *objeto imediato* do *mediato*, ou, por outras palavras, o *objeto da obrigação do objeto da prestação*. *Objeto imediato* da obrigação é a *prestação*, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor. *Objeto mediato*, o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica” (idem, p. 14).

¹⁶ Idem, p. 37.

¹⁷ Idem, p. 41.

¹⁸ Idem *ibidem*.

¹⁹ GOMES, “Contratos”, op. cit., p. 79.

²⁰ Idem *ibidem*.

²¹ Idem *ibidem*.

são que lhe é preferente a “contratos de trato sucessivo”, “de execução continuada” ou de “débito permanente”²². Nesta categoria estariam os contratos cuja prestação é cumprida continuamente e durante um período que é definido pelas partes²³, ainda que essa duração deva-se à própria “*natureza da prestação*”, cuja execução “não pode cumprir-se num só instante”²⁴. O critério distintivo detectado por Orlando Gomes é a continuidade das prestações, ou seja, o *durar* da execução contratual, em contraposição à *instantaneidade* da categoria anterior. As prestações que se esticam no tempo – ou melhor, cujo “traço essencial” é justamente “a *distribuição da execução no tempo*”²⁵ – dariam origem, portanto, a “contratos duradouros”.

Essa duração, ainda, pode se caracterizar pela “prática de atos reiterados, periódicos ou não”, situação em que os contratos são chamados de “contratos de execução continuada” e de “contratos de trato sucessivo”²⁶ (ou de “execução periódica”²⁷). No primeiro caso, “a prestação é única, mas ininterrupta”, ao passo que no segundo a execução se processa “mediante prestações periodicamente repetidas”²⁸. Mesmo depois de destacar que essa distinção não é de relevância considerável – haja

²² Anota Orlando Gomes: “As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se à delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais conhecida pelo nome de *contrato de trato sucessivo*. Outros preferem chamá-la de *contrato de execução continuada*, havendo quem os designe pela expressão contratos de débito *permanente* para contrapô-los aos de obrigação *transitória*. Prefere-se atualmente a denominação *contratos de duração*” (idem *ibidem*).

²³ “A determinação de sua duração resulta da vontade das partes, mediante cláusula contratual em que subordinam os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou da declaração de vontade de um dos contraentes pondo termo à relação (*denúncia*). São, em consequência, por tempo *determinado* ou *indeterminado*” (idem *ibidem*).

²⁴ Idem *ibidem*. E complementa: “Por esse motivo, somente há *contratos de duração* por *sua própria natureza*. Se as partes renunciam à execução única, dividindo as prestações no tempo, o contrato não é de execução continuada”.

²⁵ Idem, p. 80.

²⁶ GOMES, “Obrigações”, op. cit., p. 41.

²⁷ GOMES, “Contratos”, op. cit., p. 79.

²⁸ Idem *ibidem*.

vista ser a *distribuição no tempo* a principal característica da categoria, independente dos modos de execução –, Orlando Gomes ainda identifica excepcionalmente a presença de “contratos de execução escalonada”, em que a execução única converte-se em continuada ou periódica, “porque as partes entenderam de fazer da duração ou da repetição um elemento essencial de seu acordo”²⁹. Seriam exemplos dessa subespécie o contrato de fornecimento e a venda a prestações³⁰.

A classificação tem importância notadamente no que diz com as eficácias a ela conectadas. Como decorrências da distinção, o autor detecta para os “contratos de duração”, em primeiro lugar, a incidência do princípio da *post numerativo* (ou “exceção do contrato não cumprido”, como se conhece na fórmula *exceptio non adimpleti contractus* – art. 476 do Código Civil), segundo o qual nenhuma das partes pode exigir da outra a satisfação de seu crédito enquanto não cumprido o que lhe incumbe. A norma aplicar-se-ia independentemente de a execução ser “contínua”, “periódica” ou “salteada”, visto que não são as obrigações do contrato de duração que se fracionam (pelo contrário: o autor firma a unicidade da obrigação), e sim as prestações³¹. É com referência à individualidade das prestações, portanto, que Orlando Gomes compreende a aplicação da *exceptio*.

As regras de resolução por inadimplemento e de anulação de prestações estariam, também, em dependência direta da modalidade apreendida pelo critério da execução contratual: tratando-se de “contratos instantâneos”, ambas as hipóteses são capazes de recolocar as partes no estado anterior, atingindo inclusive prestações já satisfeitas. Se forem “contratos de duração”, contudo, a resolução por inexecução e a anulação não atingem os efeitos já produzidos, haja vista a autonomia gozada

²⁹ Idem, p. 80.

³⁰ Idem, p. 80, nota 27.

³¹ Idem, p. 80.

pelos “atos singulares de execução” (prestações), assegurando a irretroatividade das determinações³². Idêntica autonomia serve também para o cálculo da prescrição nos contratos de duração, caso se queira exigir o cumprimento: considerando que os “atos de execução” gozam de singularidade, é, normalmente, do vencimento pontual de cada um dos atos que nascem as respectivas pretensões, momentos nos quais as contagens devem ser feitas³³.

Por fim, a classificação impacta a determinação da incidência das regras sobre e resolução ou revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente. Aponta o jurista que a providência não encontra cabimento em “contratos instantâneos”, salvo se sua execução for *diferida*, com “adiamento da obrigação” e justamente por conta da excepcional distensão temporal³⁴. O campo mais comum de aplicação da hipótese, é, portanto, o dos “contratos de duração”, em que a continuidade ou a periodicidade das prestações – formas de execução que se consolidam, portanto, no tempo da duração – possuem maior suscetibilidade a variações, mormente as de depreciação monetária³⁵.

A classificação proposta por Orlando Gomes, embora útil pela clareza, não dá conta, porém, da inteira complexidade do fenômeno. Ainda que se possa admitir, como fazem autores

³² Idem ibidem.

³³ Idem ibidem. É necessário, porém, haver a conexão entre vencimento e exigibilidade, como se anotou em: MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1, p. 381 e ss.

³⁴ GOMES, “Transformações gerais do direito das obrigações”, op. cit., p. 143. Analisando a “influência da inflação nos contratos”, comenta Orlando Gomes que aqui, em se tratando de contratos com execução diferida, “o adiamento da obrigação de dar a coisa prometida para data distante da conclusão do contrato, cria, para o devedor, uma situação desfavorável, visto que deve entregar um bem que se valorizou e pelo qual acha preço muito mais alto do que o ajustado. Como credor do preço, sofre as consequências da depreciação da moeda. Rompe-se, na execução, o equilíbrio contratual da formação” (idem ibidem).

³⁵ Idem ibidem.

como Darcy Bessone³⁶, que “contratos de trato sucessivo” seja sinônimo de “contratos de duração”, a expressão não parece apanhar o critério distintivo da modalidade, a saber: a *duração do adimplemento*, que o diferencia da “pontualidade” e da “preparação”. O “trato sucessivo”, em verdade, identifica-se mais à periodicidade das *prestações*.

A crítica não se restringe ao ilustre civilista baiano. Como bem pontua Massimiliano Granieri, a falta de atenção, mesmo na Itália, à categoria dos “contratos de duração” e a todas as vicissitudes que ela pressupõe gerou certos “nós interpretativos”, como, por exemplo, o de reconduzi-la, sinonimizando-a, à *fattispecie* da “execução continuada”³⁷.

B) CRITÉRIO DO INTERESSE AO ADIMPLEMENTO

Considerando a insuficiência das definições tradicionais para apanhar todas as vicissitudes dos contratos duradouros, há que se partir para uma proposta enraizada em outros aspectos que não na mera execução contratual. Atentando a esta problemática, bem percebia Clóvis V. do Couto e Silva que o caráter distintivo da modalidade repousa em peculiaridades próprias do processo obrigacional, considerando que as obrigações ditas “duradoras” apresentam um processo com característica “própria e inconfundível”, cuja riqueza se situa justamente em ter o tempo (ou o “elemento duradouro”) como componente essencial do dever de prestação³⁸. O que as caracteriza, portanto, “não é, propriamente, a circunstância de que ela, necessariamente, deva vigorar por maior período de tempo do que qualquer outra. (...) A inserção do tempo na essência da obrigação significa que, embora haja sucedido solução, pois caso contrá-

³⁶ BESSONE, Darcy. “Do Contrato: teoria geral”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

³⁷ GRANIERI, “Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata”, op. cit., p. 25, nota 1.

³⁸ COUTO E SILVA, “A obrigação como processo”, op. cit., pp. 211-212.

rio poderia o credor exigí-la, o débito permanece íntegro”³⁹. Daí que o adimplemento se situe justamente “no período intermístico”, isto é, no próprio processo (ou ínterim), e não em seu início ou fim⁴⁰.

Esses apontamentos remetem a um critério classificatório distinto do usualmente utilizado na doutrina brasileira, centrado na simbiose entre “tempo” e “adimplemento”. Esta foi a construção de Giorgio Oppo nos meados do séc. XX, ao situar que é quanto ao *interesse ao adimplemento* que o tempo lança suas influências e marca as diferenças⁴¹. O critério classificatório não repousa na gênese obrigacional, nem na mera extensão temporal do contrato, mas no modo pelo qual tempo e adimplemento se imbricam⁴².

Com base nesse critério identifica Oppo três modalidades de adimplemento, apontando em cada uma delas a diversa atuação do tempo. Na primeira (“i”), o tempo funciona como “ponto”, isto é, como termo à execução da prestação; “o termo corresponde ao interesse de obter a prestação não continuamente mas num determinado momento”⁴³. Na segunda (“ii”),

³⁹ Idem, p. 212. O trecho é aderente ao que se tem escrito, recentemente, sobre o tema: “Non è, dunque, la distanza nel tempo in sé, tra conclusione ed esecuzione, che vale ad individuare strutturalmente un contratto di durata, ma la prosecuzione o la reiterazione della sua esecuzione, in maniera proporzionale e funzionale al fabbisogno di una delle parti” (GRANIERI, “Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata”, op. cit., p. 32).

⁴⁰ Idem ibidem.

⁴¹ OPPO, Giorgio. I contratti di durata. “Rivista di diritto commerciale”. Milano: Vallardi, 1943, pp. 156-157. Relata Oppo que a categoria dos “contratti di durata” tem por definição mais antiga a medieval *qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro*. Como “conceito científico”, contudo, ela só passou a ser estudada durante a última centúria por obra de alemães (Gierke, Krückmann e Gschnitzer) e italianos (G. Osti e autores que o seguiram) (OPPO, I contratti di durata, op. cit., pp. 143-144).

⁴² Pontua Giorgio Oppo a esse respeito: “(...) la continuazione è nell’esecuzione del rapporto, non nella sua genesi; continuato è l’atto esecutivo, non l’atto generatore” (OPPO, I contratti di durata, op. cit., p. 148). Para o conceito de obrigação como totalidade, veja-se COUTO E SILVA, “A obrigação como processo”, op. cit., pp. 8-10.

⁴³ OPPO, I contratti di durata, op. cit., p. 155.

o tempo é manejado para a culminação de um ato específico, precedido de diversos atos que o preparam. Noutras palavras, o escopo do adimplemento é um só, mas este se processa ao longo de um lapso que o constrói. Na terceira (“iii”), o tempo funciona como instrumento para a repetição ou continuação de prestações. Não há aqui um resultado final de satisfação: *é na própria atividade continuada que consiste o adimplemento* – um “adempimento continuativo”, como denomina Oppo⁴⁴.

Vejam-se com mais vagar cada uma dessas três modalidades.

A primeira hipótese (“i”) é de muito fácil apreensão: trata-se dos contratos (ou relações obrigacionais) também nominados por “instantâneos” ou “transeuntes”, cujo adimplemento não depende da duração: ele é “pontual”⁴⁵, como numa compra-e-venda instantânea de um par de sapatos. A relevância jurídica do tempo, para este contrato, está em que a satisfação de uma necessidade venha em um determinado momento; corresponde ao interesse de obter, num momento específico, o bem que satisfaça a necessidade, que, por sua vez, é o conteúdo do interesse. Logo, a satisfação do interesse é pontual, num momento especificamente escolhido. O tempo aqui não é objeto, mas serve apenas para determinar a distância entre o ato de contratar e a satisfação do interesse visado pelo contrato; funciona como termo indicado à execução de uma ou de ambas as partes.

A expressão “contratos instantâneos”, porém, não deve ser compreendida literalmente; o que se quer dizer não é apenas que o contrato se exausta num mesmo e único momento.

⁴⁴ Idem ibidem.

⁴⁵ Para utilizar-se a denominação atribuída por Pontes de Miranda, ainda que o vincule à “prestação”, e não ao “adimplemento” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22, p. 62). A seguir tratar-se-á da diferenciação entre “prestação” e “adimplemento”, imprescindíveis para compreender as modalidades contratuais que derivam da atuação do tempo.

Quer-se dizer que se trata de um contrato para o qual é juridicamente indiferente a duração⁴⁶, e daí porque a denominação tecnicamente mais apropriada seja a de “contratos de adimplemento pontual”. A feição que o caracteriza é a *pontualidade* do adimplemento, por se situar num determinado e específico momento, e não sua *instantaneidade*, que é característica atinente à prestação (execução). Nesta modalidade a *solutio* será sempre pontual, ainda que a prestação (ou execução contratual) que a implementa seja instantânea – levada a efeito no momento da celebração do contrato, que tão logo nasce, morre – ou diferida – distendida no tempo por seu fracionamento ou sua postergação.

O melhor exemplo é o já mencionado contrato de compra-e-venda, em que o adimplemento é pontual. Ainda que a prestação seja uma só (como, por exemplo, a entrega da coisa e o pagamento do preço), ela pode estender-se no tempo, *por seu fracionamento*, caso desejem as partes (e.g. parcelamento do preço) ou por conta de peculiaridades do contrato (e.g. ausência de pronta-entrega do produto). Nessas hipóteses, a execução da obrigação é indiscutivelmente diferida, ou seja: a prestação é repartida e atirada para o futuro, sem, contudo, perder a unidade originária (do adimplemento pontual) que se reafirmará no ato final (e.g. o pagamento da última parcela e/ou a entrega da coisa), este constituindo o adimplemento. Aqui a duração não é essencial ao contrato, isto é, não compõe o seu escopo; ela é acessória, pois o adimplemento poder-se-ia realizar – se quisessem as partes ou se permitisse a situação – sem a distensão temporal. Ainda assim, o interesse das partes, nessa hipótese, não é durável: ele é extintivo, já que os contratantes visam ao encerramento do contrato.

Abra-se uma janela para fixar uma diferença não exposta por Giorgio Oppo: a que se estabelece entre “adimplemento” e “prestação”, conceitos aproximados, mas que se mostram

⁴⁶ OPPO, I contratti di durata, op. cit., pp. 147.

distintos quando desta classificação. “Adimplemento”, como identifica Pontes de Miranda, coincide à noção romana de *solutio*: é a realização do “fim da obrigação”, fazendo cessar “a relação jurídica entre o devedor e o credor”⁴⁷; noutras palavras, “adimplir” é satisfazer o conjunto de interesses abarcados pela relação obrigacional⁴⁸. “Prestação”, por seu turno, é “o ato no que há de satisfazer (o dar *isso* ou *aquilo*, o fazer *isso* ou *aquilo*, o não fazer *isso* ou *aquilo*)”⁴⁹. Pode haver confusão de conceitos por ser usual utilizar “adimplemento” e “prestação” como se sinônimos fossem⁵⁰. A diferenciação, contudo, existe e é marcante.

De fato, a diferenciação aparece de modo significativo em hipótese recém abordada (“i”): o adimplemento é “pontual”, porque único e localizado no tempo. Permanecendo no exemplo antes citado: a *solutio* de um contrato de compra-e-venda só se dá com a realização dos interesses totais da relação: a entrega da coisa combinada ao pagamento integral do preço. Apenas quando houver a satisfação de *todos* os interesses é que se poderá falar em adimplemento. A *prestação*, por

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 24, p. 72. A noção já constava do Digesto (D. 50.16: *solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*), mas seu ascendente parece ser até mesmo anterior, contrapondo-se à palavra *damnatio* – a segunda representando a submissão do devedor ao credor (vez que, como se sabe, nas épocas mais atrasadas não se tinha a noção de *obligatio* como “vínculo ideal”, e sim de submissão), e a primeira significando a desamarração desse liame. Daí derivou uma diversidade de distinções importantes, como a da própria *ab-solutio* e *cum-damnatio*. Abordaram-se esses aspectos da obrigação arcaica em NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. As origens da condenação do processo romano. “Revista de processo”. São Paulo: RT, 2009, v. 171, pp. 66-122.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith H. “Comentários ao novo Código Civil”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1, pp. 95-96.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 23, p. 43.

⁵⁰ Daí porque o mesmo Pontes de Miranda mencione um “sentido largo de adimplemento (qualquer liberação ou qualquer satisfação)” e um “sentido estreito (prestação pelo devedor, diretamente, do devido)” (PONTES DE MIRANDA, “Tratado de direito privado”, op. cit., t. 24, pp. 72-73).

seu turno, pode ser “instantânea” ou “diferida”, a depender exclusivamente da vontade das partes. Uma prestação instantânea é aquela que é imediatamente conseguinte ao nascimento da obrigação, como, por exemplo, o pagamento à vista ou o repasse da coisa. Uma prestação diferida, por seu turno, é aquela que pode ser fracionada no tempo (*e.g.*, o parcelamento do preço) ou atirada para um momento futuro (*e.g.*, a entrega do bem). Como bem se vê, é possível que numa mesma relação de adimplemento pontual se tenha uma prestação instantânea e uma prestação diferida, mas o adimplemento será sempre pontual.

Volte-se à classificação de Giorgio Oppo: exsurgem importantes desdobramentos quando se abordam as duas hipóteses consequentes traçadas pelo autor, quais sejam: (ii) o tempo manejado para a culminação de um ato específico, e (iii) o tempo como instrumento para a repetição ou continuação de prestações. A diferenciação que estabelece é muito sutil: ao passo que na segunda hipótese (a “ii”) a finalidade é uma só, mas os atos que a preparam são variados e se protraem no tempo, na terceira (a “iii”) não há “ponto de chegada” a que se polarizam os atos praticados pelos contratantes: a própria permanência é o escopo da relação. O exemplo emblemático da segunda é o contrato de empreitada, ao passo que o da terceira é o contrato de locação.

Examine-se com maior atenção a segunda hipótese. Aqui o tempo não corresponde a uma satisfação continuativa do agente. Esta (a satisfação) ocorre no fim do processo de desenvolvimento, *i.e.* há novamente uma *solutio* instantânea, que se segue a uma atividade continuativa do devedor, preparando-a. Há “execução continuada mas não há adimplemento continuado (do ponto de vista jurídico, do mesmo modo que não há, do ponto de vista econômico, satisfação continuativa dos interesses contratuais)”⁵¹. O tempo não faz durar o adim-

⁵¹ OPPO, I contratti di durata, *op. cit.*, p. 156.

plemento: o tempo “prepara” o adimplemento que se dá num único momento, embora distanciado do momento formativo. Logo, o adimplemento é *preparado* por uma série de atos que o antecedem. Oppo não atribui nome específico a esses contratos, mas para diferenciá-los daqueles que têm adimplemento pontual, é possível denominá-los “de adimplemento preparado”.

Utilizando o exemplo do contrato de empreitada, Oppo o exclui da terceira categoria e o enquadra na segunda porque, nesta, a duração não atine “à função do contrato”; a ela “não corresponde a satisfação de uma necessidade durável e nem a proporcional utilidade das partes”⁵². Noutras palavras, aqui a duração é *necessária*, mas não necessariamente é *útil* aos interesses das partes. O adimplemento é um só, mas “preparado” por uma série de atos⁵³. O contrato, então, não é duradouro – no sentido propriamente técnico desta expressão – porque o *adimplemento* não é duradouro⁵⁴.

De seu turno, a última hipótese (a “iii”), segundo Oppo, é a única que constitui a modalidade específica dos “contratos de duração” – a que interessa a este trabalho –, haja vista a permanência do adimplemento. Aqui o tempo, em seu transcurso, corresponde ao interesse, isto é, à “satisfação continuativa de uma necessidade estável”⁵⁵. A duração é correlata à continuidade do interesse e de sua satisfação, e na própria atividade repetida ou continuativa é que consiste a *solutio*. O ato de adimplemento não é diferido no tempo e nem se aperfeiçoa com o tempo, mas dura continuamente, ou se repete continuamente na sua eficácia solutória⁵⁶. A duração é do próprio ato de adimplemento, é a própria função do contrato, no

⁵² Idem, p. 166.

⁵³ Idem, p. 169.

⁵⁴ Isto não exclui que em relações contratuais complexas que incluem a empreitada, possam ser detectadas certas prestações duradouras, como o fornecimento de materiais, ou a prestação de serviços, por exemplo.

⁵⁵ Idem, p. 177.

⁵⁶ Idem, p. 156.

sentido de que o protrair-se do adimplemento por uma certa duração é condição para que o contrato produza o efeito querido pelas partes e satisfaça as necessidades que motivaram o contrato.

Isso significa dizer que o tempo se faz presente não como um “termo” da relação ou como um “iter” de atividade inserido entre sua gênese e sua extinção. Ao contrário dessas situações, em que o tempo sempre pontua o momento do adimplemento, nos contratos de duração ele corresponde a uma “satisfação continuativa”⁵⁷, a um adimplemento que se protraí e que não constitui um ponto final na linha de atos⁵⁸. A duração, aqui, é essencial ao negócio: “é elemento causal e não modalidade acessória do contrato: a causa, nos contratos de duração, não consiste no assegurar a uma parte uma específica prestação isolada (...), mas no assegurar a *repetição* de uma prestação *por uma certa duração*, ou a prestação de uma atividade *continuativa, como tal*, do devedor, *por uma certa duração*”⁵⁹. Por isso, o contrato de duração tem por característica a linearidade do adimplemento que, se considerado em suas frações, de modo isolado, poderia corresponder a vários contratos. O elemento que os une e que incute sua especificidade, contudo, é a duração⁶⁰.

⁵⁷ Idem, pp. 156-157.

⁵⁸ É também esta a percepção de Clóvis V. Couto e Silva, ao falar que as “obrigações duradouras” são aquelas “adimplidas permanentemente” e que “assim perderam sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia” (COUTO E SILVA, “A obrigação como processo”, op. cit., p. 211).

⁵⁹ Vale citar a integralidade do trecho original: “La durata è quindi elemento causale e non modalit  accessory del contratto: la causa, nei contratti di durata, non consiste nell’assicurare ad una parte una singola prestazione isolata, ancorch  tale prestazione possa pretendere dal debitore una precedente attivit  continuativa (*locatio operis*), o possa essere effettuata in parti e in momenti diversi (contratti ad esecuzione ripartita), ma nell’assicurarle *la ripetizione* di una prestazione *per una certa durata*, o la prestazione di una attività *continuativa, come tale*, del debitore, *per una certa durata*” (OPPO, I contratti di durata, op. cit., p. 174).

⁶⁰ Idem, p. 175.

Considerada a modalidade das relações com adimplemento duradouro, é possível alinhar duas especificações, daí resgatando, com maior pertinência, a classificação tradicional da doutrina: a das prestações continuadas e a das prestações sucessivas (ou periódicas). Veja-se bem que aqui a classificação não atine mais ao adimplemento, mas ao modo como se executa a relação obrigacional: de forma ininterrupta (como, por exemplo, num contrato de fornecimento de gás ou energia) ou de forma repetitiva (como, por exemplo, num contrato de fornecimento de combustível)⁶¹. Sob essa abordagem, pode-se vislumbrar contratos de execução periódica (ou de trato sucessivo), em que sua execução dá-se “mediante prestações periodicamente repetidas” (como, por exemplo, o contrato de locação), e contratos de execução continuada, em que “a prestação é única, mas ininterrupta” (contratos de distribuição)⁶².

Essa distinção, contudo, não parece ser estanque. Em verdade, ela deriva da classificação que se dá às prestações duradouras, *i.e.* que “se caracterizam pela prática de atos reiterados, periódicos ou não”⁶³, e que podem ser de natureza diversa em uma mesma relação de duração. Não é raro encontrar em contratos a presença de prestações de ambas as estirpes – periódicas e continuadas –, cada qual assumida por cada polo do negócio. No contrato de locação, conforme exemplo dado por Pontes de Miranda, parece estar presente a marca de ambas: ao passo que o locador tem a obrigação *continuada* de disponibilizar o imóvel, não interferindo senão quando autorizado, o locatário assume a obrigação *periódica* de pagar os aluguéis⁶⁴.

⁶¹ Idem, p. 228.

⁶² GOMES, “Contratos”, op. cit., p. 79. Assim também Araken de Assis, apesar de utilizar como sinônimos “contratos de duração” e “contratos de trato sucessivo”, desdobra a modalidade em “contratos de execução periódica” e “contratos de execução continuada” (ASSIS, Araken de; et alii. “Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)”. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 48).

⁶³ GOMES, “Obrigações”, op. cit., p. 41.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, “Tratado de direito privado”, op. cit., t. 22, p. 62: “A

As distinções acima estabelecidas e, em especial, a delimitação do terreno pertencente aos contratos duradouros não configuram questões de mero nominalismo. Bem diferente disso, sua projeção como “*fatispecie* de três dimensões” – decorrente de sua natureza “cronotópica” e “neguentrópica”⁶⁵ – imuniza-os de tratamento semelhante ao que se possa dar a outros gêneros contratuais⁶⁶. Ainda que todos os contratos tenham o tempo como dimensão iniludível, nos duradouros sua presença atua como “elemento definitório e caracterizante da *fattispecie*”, e determina consequências importantes em termos de “tratamento normativo a nível fisiológico e patológico”⁶⁷.

Por se tratar de gênero contratual em que o escopo é “assegurar a satisfação contínua de um interesse durável”⁶⁸, a perpetuação do vínculo é o que confere sua nota característica: ele só é celebrado em razão dos “interesses duráveis” dos contratantes, e tanto por isso o privilégio de sua manutenção, e as hipóteses e os instrumentos para que essa duração seja preservada, assomam como questões práticas importantes. Como aponta Carlo Terranova, “em tal tipologia contratual os escopos das partes, que podem assumir muitas vezes relevância causal, visam sem dúvida à conservação da relação por todo o tempo de sua duração”, o que não se conciliaria “com a lógica

prestação do locador de coisas é duradoura; a do locatário, reiterada”.

⁶⁵ As metáforas da “cronotopia” (o contrato como resultado das linhas de “tempo” e de “espaço”, nelas e por elas tendo vida) e da “neguentropia” (o contrato como forma jurídica organizativa de efeitos do tempo e, no tempo, instrumento de equilíbrio entre os complexos interesses que serve para instrumentalizar) encontram-se desenvolvidas respectivamente em: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual, e MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, ambos in MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Orgs.). “Transformações contemporâneas do direito das obrigações”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 85-212 e pp. 257-280.

⁶⁶ GRANIERI, Massimiliano. “Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata”. Milano: Giuffrè, 2007, p. 332.

⁶⁷ Idem, p. 32.

⁶⁸ Conforme a já referida definição de OPPO, I contratti di durata, op. cit., p. 177.

do remédio resolutorio”⁶⁹. O ideal, nesses casos, é “encontrar uma forma qualquer de adaptação por meio de renegociação ou adaptação equitativa”⁷⁰, de modo a determinar sua manutenção. Em suma, “é possível sustentar que (ao menos) nos contratos de duração o remédio revisional abandona o rol secundário próprio da exceção para assumir dignidade de regra geral”⁷¹. Tanto assim é que, mesmo a extinção contratual, pelo exercício do poder de resilir unilateralmente, é submetido a regras especiais (Código Civil, art. 473) que consideram o tempo, as expectativas e os investimentos feitos – em razão de uma *expectativa de durabilidade* – por ambos os contraentes⁷².

É aqui, em especial, que a intervenção arbitral tem assomado com grande vigor⁷³, instrumentalizada como técnica promotora da duração contratual e submetida, por isso, à árdua e espinhosa tarefa de colmatar suas lacunas.

II) O PROBLEMA DA LACUNOSIDADE CONTRATUAL NA ARBITRAGEM

A lacunosidade contratual suscita interessante problemática – teórica e prática – muito especialmente quando seu suprimento é submetido a um juízo arbitral. Se a arbitragem é reservada à solução de controvérsias (“*disputes*”), é de se questionar se a colmatação de contratos está compreendida em suas possibilidades. Este é o problema teórico que há de se tentar

⁶⁹ Assim aponta Carlo Terranova, ao tratar especificamente do problema da “excessiva onerosidade superveniente” (TERRANOVA, Carlo G. “L’*excessiva onerosità nei contratti*”. Milano: Giuffrè, 1995, p. 193).

⁷⁰ *Idem* ibidem.

⁷¹ *Idem*, p. 245.

⁷² Sobre esse ponto escreveu-se em: MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na resilição de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio* – Comentários ao acórdão REsp 401.704/PR. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). “O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado”. São Paulo: RT, 2011, pp. 513-542.

⁷³ OPPETIT, L’*arbitrage et les contrats commerciaux a long terme*, op. cit., pp. 91-94.

resolver adiante (A), para que, logo em seguida, seja possível perquirir os aspectos práticos da intervenção arbitral (B).

A) PROBLEMAS TEÓRICOS

Costuma-se indagar: “o suprimento de lacunas é uma ‘solução de controvérsia’ ou uma ‘atividade de *expert*’?”⁷⁴. A dúvida é antiga, como também são antigas as tentativas de respondê-la. Os ordenamentos que a suscitam em geral estabelecem uma dualidade: entendem que, de um lado, pode-se falar de uma arbitragem propriamente *jurisdicional*, em que o foco se ajusta na resolução de controvérsias; e de outro, de uma arbitragem *contratual*, responsável por suprir lacunas e completar contratos. O problema tem reflexos na definição da natureza da arbitragem como um todo (se toda ela contratual ou jurisdicional) e da relação entre árbitro e partes, temas que escapam ao âmbito destas notas. Registre-se, tão somente, ser hoje praticamente consensual – pelo amadurecimento da discussão e por conta da realidade efetivamente vivenciada pelos árbitros em suas relações com as partes⁷⁵ – que a arbitragem é contratual em sua origem e jurisdicional em sua função, tendo, portanto,

⁷⁴ STROHBACH, Heinz. Filling gaps in contracts. “American Journal of Comparative Law”. Ann Arbor: American Society of Comparative Law, 1979, v. 27, p. 480.

⁷⁵ Essa combinação entre autonomia e heteronomia, a dar nascimento a um mecanismo – o arbitral – que *per se* é simbiótico, nem sempre é (ou foi) compreendida com tranquilidade pela doutrina e por certos ordenamentos jurídicos. Assim foi no próprio Brasil, por conta da consabida influência italiana na processualística brasileira de meados do séc. XX, a ecoar a exegética francesa (em especial, pela figura de L. Mortara) e a perpetuar elementos que lhe eram bastante típicos, como, por exemplo, a ideia de “vontade da lei” (TARELLO, Giovanni. *La Escuela de la Exégesis y su difusión en Italia*. In: TARELLO, Giovanni. “Cultura jurídica y política del derecho”. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 89-90). A arbitragem era vista, então, como mero “equivalente processual” encomendado pelas partes (F. Carnelutti), sem caráter jurisdicional próprio mas apenas por equiparação (G. Chiovenda), cuja decisão não goza de elemento essencial da jurisdição: falta-lhe o “poder de comando”, *i.e.* a “pronúncia autoritativa” que “faz concreta” a vontade abstrata do legislador e permite a geração de coisa julgada (P. Calamandrei).

“natureza mista”⁷⁶. Em outras palavras, a peculiaridade está na investidura numa função jurisdicional por via de um contrato, sendo a relação contratual na fonte e jurisdicional no objeto⁷⁷. O árbitro é, concomitantemente, organizador e juiz, esses dois elementos combinando-se na formação de seu peculiar *status*⁷⁸. Assim a lei brasileira (Lei Federal n.º 9.307/96), tendo deixado assentada – sem prejuízo do nascedouro contratual – a vertente jurisdicional ao equiparar o árbitro ao juiz e o laudo à sentença⁷⁹.

⁷⁶ Assim é a tranquila percepção de arbitralistas nacionais e estrangeiros, e.g.: CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96”. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 45-46; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 56-65; HUCK, Hermes Marcelo. “Sentença estrangeira e *Lex Mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional”. São Paulo: Saraiva, [s.d.], pp. 68-69; JARROSSON, Charles. La notion d’arbitrage. In: ROMERO, Eduardo Silva (Org.). “El contrato de arbitraje”. Bogotá: Legis, 2008, p. 6; MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem internacional privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. “Arbitragem comercial”. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, pp. 20-21; OPPETIT, Bruno. “Théorie de l’arbitrage”. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 28 e ss; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. “Law and practice of international commercial arbitration”. London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 7; STRENGER, Irineu. “Arbitragem comercial internacional”. São Paulo: LTr, 1996, p. 24.

⁷⁷ LEMES, Selma. O papel do árbitro. Disponível em http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri11.pdf, acesso em 13.08.2012. Embora dotado, enquanto árbitro, de poder jurisdicional, o “árbitro é um sujeito que contrata e que tem por dever decidir sobre contratos” – ensina, com sábia simplicidade Luiz Olavo Baptista. Pessoa física designada pelas partes para resolver definitivamente um litígio que as opõe, o árbitro encontra-se com o direito contratual “quando se torna parte de um deles, ao ser consultado pelas partes ou pelos demais árbitros, momento em que decide se quer/pode/deve aceitar a obrigação de julgar” (BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras anotações sobre o árbitro e os contratos – entre o poder e o dever. “Cadernos IEC”, n. 1, Canela, abril 2010).

⁷⁸ FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. “Traité de l’Arbitrage Commercial International”. Paris: LITEC, 1996, p. 579.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. “Revista de Arbitragem e Mediação”. São Paulo: RT, 2011, v. 28, jan/mar., p. 48 e ss. A Lei Brasileira de Arbitragem (n.º 9.307/96) sacramentou essa compreensão no art. 31, ao prever que a sentença arbitral produz “os mesmos efeitos” que uma decisão judicial. Assim também o art. 18, que firma ser o árbitro “juiz de fato e de direito” e que “a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Ressal-

Em sua faceta contratual, compreende-se que a arbitragem tem por nascedouro um ato de autonomia privada de que participam as partes e o árbitro, que não parece se identificar a nenhuma das figuras contratuais conhecidas (prestação de serviços, mandato especial ou transação, como costumam apontar alguns estudiosos)⁸⁰, esboçando, diferente disso, um caráter anômalo. Daí que se possa falar mais apropriadamente de um “contrato de arbitragem”, com funções de “organização”⁸¹ – e não de mera investidura ou prestação de serviços –, em que o árbitro, a partir do *status* que lhe é imputado, não apenas possui

ve-se que o Código Civil de 1916 (art. 1.041) e o Código de Processo Civil (art. 1.078), em sua redação original, já traziam a previsão de que o árbitro é “juiz de fato e de direito”. Os tempos em que publicados os diplomas, contudo, mostraram-se inférteis para o vicejo dessas compreensões. Ao seu tempo, a equiparação entre árbitro e juiz suscitou imediato repúdio da doutrina, prova mais nítida de que a legislação é pouca coisa sem o recheio que lhe dá a doutrina e a jurisprudência. Tem-se, por fim, o atual art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, a alinhar a sentença arbitral dentre os títulos executivos judiciais.

⁸⁰ Um resumo dessas percepções está em BIAMONTI, Luigi. Arbitrato (Diritto Processuale Civile). In: “Enciclopedia del diritto”. Milano: [s.n.], 1958, v. 2, pp. 904-905. Veja-se também: HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. Trad. de Sabrina Ribas Bolfer. “Revista Brasileira de Arbitragem”. Porto Alegre: Síntese, 2005, n. 6, em especial pp. 68-73; LYNCH, Katherine. “The forces of economic globalization: challenges to the regime of international commercial arbitration”. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 67, nota 164; RIBERTI, Anna. Il contratto di arbitrato. “Revista Brasileira de Arbitragem”. Porto Alegre: Síntese, 2008, n. 18, pp. 134-139. Para uma crítica dessas posições: GUERREIRO, “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”, op. cit., p. 64; LEMES, Selma Maria Ferreira. “Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade”. São Paulo: LTr, 2001, pp. 48-50; PISOLLE, Philippe; KREINDLER, Richard H. Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l’instance arbitral. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: [s.n.], 2003, n. 1, pp. 44-47.

⁸¹ A inclusão do “contrato de arbitragem” no gênero “negócios de organização” é proposta de Clóvis V. do Couto e Silva: “a especificidade dos atos jurídicos de organização em face dos demais atos está em que eles formam não uma mas diversas relações jurídico-obrigacionais, pois delas nasce verdadeiro *status*, regulado, em parte, pelas disposições adotadas pelos integrantes do compromisso, ou ainda pelas regras dispositivas previstas no CC e no CPC” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O juízo arbitral no direito brasileiro. “Revista da AJURIS”. Porto Alegre: AJURIS, 1987, v. 41, p. 88). Comunga desta visão BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. “Arbitragem comercial”. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, pp. 39-40.

obrigações, mas dispõe de sua condição para dispor e impor providências às partes. Em sua faceta jurisdicional, por outro lado – e como consequência da erosão do próprio conceito de jurisdição, antes relacionado apenas ao estatalismo, agora percebido em seu pluralismo⁸² –, tem-se que a tutela prestada pelo árbitro não se diferencia formalmente da que é deferida pelo juiz. Ela é simplesmente “tutela jurisdicional”, por essa razão se submetendo às mesmas vicissitudes que as de um ato exarado pelo juiz estatal⁸³ e participando (não apenas a decisão, mas a arbitragem como um todo) da mesma experiência cultural da justiça estatal e compartilhando dos mesmos “princípios fundamentais que lhes informam a organização e o funcionamento”⁸⁴.

Essa problemática ganha ainda mais destaque quando se passa a conceber, dentro do mesmo âmbito arbitral, a existência de uma arbitragem com função jurisdicional e outra com função contratual, para distinguir, respectivamente, a atividade de quem soluciona controvérsias (e, portanto, atua com jurisdição) e a atividade de quem completa lacunas contratuais (su-

⁸² Tratou-se de perceber, como bem resume Jean-Baptiste Racine, que “ao lado do pluralismo de fontes do direito, há espaço para um pluralismo judiciário” (RACINE, Jean-Baptiste. *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*. “Revue de l'Arbitrage”. Paris: [s.n.], 2005, n. 2, p. 346). Também neste sentido, vinculando revisão das “fontes jurídicas”, conceito de jurisdição e arbitragem: GALGANO, “La globalizzazione nello specchio del diritto”, op. cit., p. 39; OPPEITIT, Bruno. *La notion de source du droit et le droit du commerce international*. “Archives de philosophie du droit”. Paris: Sirey, 1982, t. 27, pp. 43 e 53.

⁸³ “A equiparação entre a sentença estatal e a arbitral faz com que a segunda produza os mesmos efeitos da primeira” (CARMONA, “Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96”, op. cit., p. 314). Também Edoardo F. Ricci, conectando os dois aspectos aqui tratados: “Para a inserção da arbitragem no âmbito dos meios de tutela jurisdicional deve-se considerar que a sentença arbitral tem os mesmos efeitos que a sentença judicial (art. 31 da Lei 9.307/96), concluindo-se pela aplicação de todas as garantias constitucionais, típicas do processo judicial, que sejam compatíveis com a estrutura fundamental do instituto” (RICCI, Edoardo F. *Arbitragem e o art. 5.º, XXXV, da CF (Reflexões sobre a doutrina brasileira)*. In: RICCI, Edoardo F.; FRANCO, Mariulza (Org.). “Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas”. Trad. de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004, p. 35).

⁸⁴ OPPEITIT, “Théorie de l'arbitrage”, op. cit., p. 29.

postamente com atuação negocial, e não jurisdicional). As implicações dessa distinção são graves, pois os ordenamentos que a acolhem, via de regra, veem esta segunda intervenção como incumbência de *experts*, tendo por resultado não uma “sentença arbitral”, e sim uma atividade técnica “sem ensejo à direta executabilidade”⁸⁵. Como a distinção relaciona-se diretamente a este trabalho – já que se trata aqui de estudar a atuação dos árbitros quando diante de contratos duradouros lacunosos, em que a colmatação é a atividade que lhes é solicitada –, torna-se útil mencioná-la ainda que muito brevemente.

Os autores apontam que os ascendentes dessa distinção repousam no Direito Romano, que abrigava dois institutos específicos: o *compromissum*, indicado como ascendente a “arbitragem jurisdicional”, pelo qual um *arbiter*, “conduzindo-se da mesma maneira que um juízo”, incumbia-se de “colocar fim a um litígio”⁸⁶; e o *arbitrium boni viri*, apontado com antecessor da “arbitragem contratual”, utilizado para a determinação do conteúdo de uma prestação, colocado em prática pelas mãos de um *arbiter*⁸⁷. Porém, muitas vezes essa referência é feita sem atentar-se para os perigos do anacronismo. A realidade romana era outra, e não pode simplesmente ser transposta para legitimar problemas e soluções atuais, muito embora a História do Direito moderno tenha também sido construída por sobre os alicerces e as ruínas do direito antigo, remontando-as e ressignificando-as, por vezes até com a intenção de legitimar os modelos ora existentes. Tanto assim é que, mesmo havendo estu-

⁸⁵ Idem, p. 481.

⁸⁶ Digesto, 4.8.1: “*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finendas lites pertinent*”. Sua vinculatividade parecia garantida pela fixação de uma pena, observada nas hipóteses em que uma das partes negava-se a cumprir a decisão ou submeter-se ao juízo arbitral. Sobre o *compromissum*, de modo a resumir as alusões a romanistas (que poderiam ser inúmeras), veja-se o estudo de STEIN, Peter. Roman arbitration: an English perspective. “Israel Law Review”, 1995, n. 29, pp. 215-227.

⁸⁷ KASER, Max. “Derecho romano privado”. Trad. de José Santa Cruz Teijeiro. 5. ed. Madri: Reus, 1968, p. 157.

dos apontando desdobramentos importantes dessa diferenciação noutras fontes e noutros períodos históricos⁸⁸, grande parte dos textos sobre o tema faz remissão direta ao Direito romano, identificando-o como ascendente imediato, o que recomenda a proceder a brevíssima referência às figuras que hoje, não sem alguma censura, recebem esse estigma de legitimidade⁸⁹.

Entre arbitralistas franceses, é clássica a controvérsia sobre a suposta existência de duas espécies de arbitragem, uma “jurisdicional” e outra “contratual”. A distinção se relaciona à natureza da intervenção arbitral na estrutura de um contrato, sob o argumento de que qualquer “atividade criativa” do terceiro interveniente, por autorização das partes, não pode ser considerada como “jurisdicional”, mas apenas e tão-somente “contratual”. Os apoiadores mais extremos dessa distinção consideram que todo o complemento e toda a revisão do contrato é uma “atividade de criação”, e tanto por isso, em conformidade com o artigo 1.592 do *Code Civil*, possui “um caráter exclusi-

⁸⁸ Estudos relatam desdobramentos importantes dessa diferenciação noutras fontes e noutros períodos históricos, como, por exemplo: em obras de juristas italianos durante a chamada “época do *ius commune*”, mormente na Itália pela pena de Guido de Suzzara, na linha do que Bulgarus desenvolvera durante o século XII, para, num segundo momento, consolidar-se na contraposição entre *arbiter* e *arbitrator* que passou a ser estudada e esmiuçada por vários Comentadores (MORTARI, Vicenzo Piano. Arbitrato. b) Diritto intermedio. In: “Enciclopedia del diritto”. Milano: [s.n.], 1958, v. 2, p. 897); nas distinções entre “arbitre”, “arbitrateur” e “amiable compositeur” trabalhadas na França dos séculos XIII, XIV e XV (JEANCLOS, Yves. La pratique de l’arbitrage du XIIIe au XVe siècle (éléments d’analyse). “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Bialec, 1999, n. 3, em especial pp. 438-439, fazendo alusão às obras de Baldo e Boutillier, e a fórmulas utilizadas em certas regiões francesas); ou mesmo a partir do surgimento paralelo de uma outra arbitragem – tipicamente comercial e obrigatória – em certas cidades francesas durante o *Ancien Régime* (HILAIRE, Jean. L’arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle). “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Bialec, 2000, n. 2, pp. 221-225).

⁸⁹ Sobre os problemas, de um lado, da utilização do direito romano como estratégia para legitimar institutos hodiernos e, de outro, da crítica radicalizada que o despreza e o descarta, veja-se WHITMAN, James Q. Long live the hatred of Roman Law! “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte”. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2003, v. 2, pp. 40-57.

vamente contratual”⁹⁰. Qualquer intervenção contratual determinada em procedimento arbitral diante disso, não vincularia as partes, que no país da execução poderiam requerer sua pronta extinção⁹¹.

Mesmo na França, autores como Antoine Kassis tentam remontar as peças dessa distinção e reduzir seu campo de aplicação. Sua posição particular é de que se pode, sim, distinguir entre uma arbitragem jurisdicional e uma arbitragem contratual, mas não da forma tão alargada como propuseram alguns autores. Para Kassis, a readequação do contrato por impreviões, por exemplo, não constitui uma “atividade criativa” por parte de julgador, mas apenas a reconstrução de sua eficácia⁹², que não *cria*, mas *reconstitui* o equilíbrio do liame a partir do projeto arquitetônico desenhado originalmente pelas próprias partes. A distinção manter-se-ia, segundo o autor, apenas para os casos em que há a expressa invocação do árbitro para exercer atividade “criativa”, quais sejam, situações em que efetivamente o terceiro interveniente atua como um *expert*, fixando valores ou complementando a redação de cláusulas que depen-

⁹⁰ KASSIS, Antoine. “Problèmes de base de l’arbitrage. Tome I. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel”. Paris : L.G.D.J., 1987, p. 308.

⁹¹ Idem ibidem.

⁹² O autor, além disso, bem demonstra que o estado de incerteza derivado da impreviões é suficiente para agregar jurisdicionalidade à arbitragem: sobrevém necessidade da intervenção de um terceiro que, por interesse das partes ou de uma delas, efetuará a concreção de normas de modo a verificar se há desequilíbrio, adaptar o contrato à nova realidade ou, então, diante de impossibilidade, decretar sua resolução. Esses elementos são suficientes, como se nota, para ter-se uma arbitragem jurisdicional. Anota citando Loquin, o “caráter errôneo” da assimilação da revisão do contrato por superveniência a uma “atividade criativa”, pois “la révision du contrat, indique-t-il, ne doit pas être confondue avec la création du contrat ou la perfection du contrat, c’est-à-dire la fixation de nouvelles obligations. Le juge ne refait pas le contrat, il lui rend seulement une efficacité qu’il avait perdue. C’est pourquoi la révision ne constitue pas à proprement parler un acte créateur nécessairement arbitraire comme le comblement d’une lacune. L’accord primitif des parties préexiste et subsiste à la révision. Le pouvoir de révision conduit seulement à rétablir l’équilibre contractuel tel qu’il a été voulu par les parties” (KASSIS, “Problèmes de base de l’arbitrage. Tome I. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel”, op. cit., p. 311).

dem de averiguações ulteriores. Nesses casos é possível falar de uma arbitragem não jurisdicional, i.e., “contratual”, na linha das interpretações atribuídas ao artigo 1.592 do *Code Civil*⁹³.

A amplitude desse dispositivo, por sinal, foi objeto de um interessante precedente arbitral da Corte de Comércio Internacional (ICC Case n.º 7544, 1995), que tinha por direito material aplicável o francês. Uma das controvérsias era se a arbitragem dirigida ao tribunal, tendo por objetivo determinar o valor de um contrato de construção – que era incerto e se tornara controverso⁹⁴ –, era de natureza *jurisdicional* ou *contratual*. Em conspícuo apanhado, a sentença parcial comentou que “o critério principal utilizado pelos tribunais franceses para distinguir entre arbitragem contratual e arbitragem jurisdicional se refere à natureza dos poderes conferidos ao terceiro, sem que a terminologia utilizada seja considerada como decisiva (Cass. I re civ., 26 oct. 1976; Bull. civ., I, n.º 305, p. 245). Assim, se a intenção das partes é de conferir ao terceiro a função de resolver disputas, ela é arbitral; ao revés, se o terceiro deve simplesmente fixar um elemento do contrato, ele age com expertise”⁹⁵. No litígio analisado, o tribunal afirmou a função *jurisdicional* de sua atividade na determinação do preço contratual, visto que as partes claramente recorreram à arbitragem para “resolver as diferenças que surgiram entre elas”⁹⁶, quais sejam,

⁹³ O dispositivo trata da fixação do preço de venda e tem a seguinte redação: “Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente”.

⁹⁴ Como narra a própria decisão, “D’après [l’expert de la défenderesse], les articles des dispositions générales du contrat prévoient un mécanisme d’adaptation du prix du contrat lorsqu’un changement des travaux a été ordonné par [la défenderesse]. Ce mécanisme se constitue, en premier, par un ajustement du prix sur la base d’un accord entre les parties; à défaut d’un tel accord, le prix doit être provisoirement déterminé par la défenderesse, puis définitivement par le tribunal arbitral” (ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. “Collection of ICC Arbitral Awards. 1996-2000. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI”. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 533).

⁹⁵ Idem ibidem.

⁹⁶ Idem ibidem. É interessante transcrever, ainda, o seguinte trecho da decisão:

as relacionadas à fixação de um valor sobre o qual havia debate e controvérsia (e não apenas lacuna ou dubiedade).

O debate italiano, por seu turno, possui peculiaridades que o distinguem sobremaneira do francês. Historicamente, a arbitragem na Itália se firmou pela distinção anômala entre “arbitrato rituale” e “arbitrato irrituale”: a primeira, conformada aos ritos fixados no “Codice di Procedura Civile” e, por isso, equiparada à justiça estatal, com jurisdição; a segunda, liberta das disposições legais e, por isso, de índole estritamente contratual⁹⁷. A inusitada experiência italiana gera paradoxos igualmente incomuns. Ao lado de autores que seguem sustentando a permanência da distinção⁹⁸, há outros que uniformizam as figuras sob a natureza irritual⁹⁹; e na mesma linha, há posicionamentos da própria Corte Constitucional que pregam a não jurisdicionalidade das figuras, ao passo que outros, da mesma Corte, têm reconhecido até mesmo a equiparação entre as ati-

“Bien plus, le recours à l’arbitrage comme moyen de remplir les lacunes du contrat est un élément important dans le contexte de relations commerciales à long terme, lorsque des situations qui n’étaient pas prévues par le contrat surgissent pendant l’exécution de celui-ci, et ne peuvent être résolues par l’accord des parties [...]. En conclusion, tous éléments indiquent que le tribunal arbitral exerce une mission d’ordre juridictionnel, ce qui mènera à une véritable sentence arbitrale et non à la détermination purement contractuelle du prix des travaux supplémentaires” (idem, p. 534).

⁹⁷ “Si afferma la concezione di una completa negozialità dell’arbitrato irrituale, in netta contraposizione con la processualità di quello codicistico: gli arbitri liberi non giudicano, ma compongono una controversia insorta relativamente ad un contratto già perfezionato tra le parti, attraverso una determinazione che i compromittenti si impegnano a riconoscere quale espressione diretta della propria volontà” (ARRIGONI, Caterina. Arbitrato irrituale tra negozio e processo. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2007, março, p. 328).

⁹⁸ Por todos, RICCI, Edoardo F. La “funzione giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo (Un *grand arrêt* della Corte Costituzionale). “Rivista di diritto processuale”. Padova: CEDAM, 2002, n. 2, p. 354. Não apenas os autores, mas a própria Lei n.º 40, de 2006, que reformou o “Codice” italiano e cristalizou a distinção que antes não existia em diplomas legislativos. Sobre isso, veja-se ARRIGONI, Arbitrato irrituale tra negozio e processo, op. cit., p. 323.

⁹⁹ FAZZALARI, Elio. I processi arbitrali nell’ordinamento italiano. “Rivista di diritto processuale”. Padova: CEDAM, 1968, v. 23, pp. 470-471.

vidades do árbitro e do juiz¹⁰⁰.

Independentemente desses debates, os italianos ainda arrolam outras duas vias que se distinguem das figuras arbitrais: o “arbitraggio” e a “perizia contrattuale”. O “arbitraggio” é a fixação de elementos contratuais *jurídicos* omitidos pelas partes propositalmente, sem juízo ou “accertamento” da *res litigiosa*¹⁰¹. Como bem explica Caterina Arrigoni, há diferença nítida entre “arbitrato” e “arbitraggio”: “o árbitro intervém numa relação já formada, na fase funcional em que exsurge uma controvérsia; o arbitrador intervém na fase genética da relação numa fatispécie contratual não completa em todos os seus elementos”¹⁰². No “arbitraggio” a atividade do terceiro substitui a vontade das partes, integrando um negócio (daí porque atua no *nascimento* do vínculo), ao passo que no “arbitrato” há resolução de controvérsia brotada de um contrato que já existe em todos os seus elementos, mas que supostamente entrou em crise (daí porque a atuação é na *vida* do liame)¹⁰³. Já a “perizia con-

¹⁰⁰ É o que noticia RICCI, Edoardo F. La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche. “Rivista di diritto processuale”. Padova: CEDAM, 2003, n. 2, pp. 566-568; RICCI, La “funzione giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo (Un *grand arrêt* della Corte Costituzionale), op. cit., pp. 351-354. É interessante notar que essas dúvidas se acentuaram ainda mais depois da mencionada reforma do Código de Processo Civil italiano, levada a efeito em 2006 pela Lei n.º 40. Dentre outras alterações, o legislador tratou de prever o que antes (e por sua própria natureza extraestatal) não era previsto: a “arbitragem irritual”. Fê-lo no artigo 808, com menção expressa – problematizando ainda mais as distinções – à aplicação subsidiária das regras atinentes à “arbitragem ritual”, que se manteve presente nos artigos 806 a 840. As linhas de distinção se tornaram mais borradas, pois o que até então era considerado puramente contratual e desvinculado de qualquer regulamentação legal, travestiu-se de estatalidade. Não raramente, por isso, tem-se sustentado que a antiga dicotomia não mais se sustenta, sendo bastante mais aderente à experiência jurídica de outros países compreender a existência de uma única espécie de arbitragem, ainda que se possa indagar (como se tem feito disseminadamente) sobre sua natureza.

¹⁰¹ ARRIGONI, Arbitrato irrituale tra negozio e processo, op. cit., p. 339; BIAMONTI, Luigi. Arbitrato (Diritto Processuale Civile). In: “Enciclopedia del diritto”. Milano: [s.n.], 1958, v. 2, p. 935.

¹⁰² ARRIGONI, Arbitrato irrituale tra negozio e processo, op. cit., p. 339, nota 84.

¹⁰³ RECCHIA, Giorgio. Arbitrato irrituale. In: “Novissimo digesto italiano”. Torino:

trattuale” é uma subespécie de “arbitraggio”, em que um terceiro – um perito –, por sua competência técnica específica (e não jurídica), determina elementos do contrato propositalmente omitidos pelas partes¹⁰⁴. Da mesma maneira, também aqui falta o elemento “controvérsia”: a atuação do perito se dá no nascimento do vínculo, colmatando o contrato, e não no seu transcurso¹⁰⁵.

Mas os ordenamentos de França e Itália não são os únicos a possuírem figuras que contrapõem, cada um a sua maneira, contratualidade e jurisdicionalidade¹⁰⁶, distinção que, nas diferentes experiências jurídicas, é criticada por boa parte da doutrina arbitral. O repúdio não se limita à inclusão da revisão na modalidade contratual de solução, mas se estende a toda e qualquer diferenciação.

Segundo os críticos – representados aqui pelas sempre agudas observações de Bruno Oppetit –, a distinção adota uma significação limitada de “litígio”, e reduz a presença de jurisdição apenas às situações em que há conflitos propriamente ditos. Haveria, pois, contradição relativamente às diversas ocasiões em que o juiz, não obstante não exarar condenações, declarações ou mandamentos, exerce sua plena jurisdição, determinando “entre as partes um *modus vivendi* por apreciações de oportunidade ou equidade” (como, por exemplo, nos casos de modificação do regime matrimonial, de quantificação de pres-

Torinese, [s.d.], Apêndice 1, p. 366.

¹⁰⁴ FAZZALARI, I processi arbitrali nell’ordinamento italiano, op. cit., pp. 476-477.

¹⁰⁵ RECCHIA, Arbitrato irrituale, op. cit., p. 366.

¹⁰⁶ É possível mencionar, apenas de passagem: a “valuation” ou “appraisal” na Inglaterra; a “Schiedsgutachten” na Alemanha”; e a “bindend advies” na Holanda. São três exemplos das chamadas “arbitragens informais”, em que há nuance contratual e justaposição à arbitragem comum. Vide, exemplificativamente: OPPETIT, Bruno. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d’une jurisprudence récente. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Gaignault, 1977, n. 4, pp. 315-321; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. “Law and practice of international commercial arbitration”. London: Sweet & Maxwell, 1986, pp. 24-25 e 390. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, “Law and practice of international commercial arbitration”, op. cit., p. 24.

tações, de fixação de alugueres, de diminuir cláusula penal excessiva, etc.)¹⁰⁷. De fato, a presença ou a ausência de um “litígio” (ou melhor dizendo, de um conflito) não parece ser o critério mais seguro para a distinção¹⁰⁸. Além do mais, anota Oppetit, o problema parece repousar na pretensão de alcançar uma noção unívoca e invariável de “ato jurisdicional”. Se incluídas em seu conceito as *novas* intervenções confiadas aos juízes pelo direito material, ter-se-ia como consequência uma jurisdição não-limitada ao ato de condenação, declaração ou mandamento, mas ampliada de modo a revelar um juiz (e obviamente um árbitro) que é “appréciateur”, “évaluateur” e “modérateur”¹⁰⁹. Soma-se a isso o fato de que mesmo em litígios em que o tema é a lacunosidade contratual, a divergência das partes quanto ao *conteúdo* a ser utilizado como recheio (ou ao menos parte desse conteúdo) já sugere a existência de uma controvérsia – sob um ponto de vista mais alargado de *litígio* (“dispute”) –, daí excluindo a possibilidade de que seja uma intervenção estritamente *contratual* do julgador¹¹⁰.

O que se nota, em verdade, é uma tendência em separar-se a distinção “arbitragem jurisdicional” e “arbitragem contratual”, de modo a abarcar no conceito de jurisdição toda e qualquer intervenção do árbitro, tendo ou não como conse-

¹⁰⁷ OPPETIT, Bruno. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d’une jurisprudence récente. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Gaignault, 1977, n. 4, pp. 320-321.

¹⁰⁸ Escreve Oppetit: “Le critère du litige, souvent avancé pour opposer l’arbitrage contractuel à l’arbitrage juridictionnel et refuser au premier la qualification de véritable arbitrage, ne constituerait pas non plus un guide très sûr en la matière, dans la mesure où la notion de différend arbitral a connu une évolution qui tendrait à lui faire acquérir un contenu original: la réalité est souvent complexe, et entre la contestation ouverte et la mission de caractère purement contractuel peuvent s’insérer toutes sortes de désaccords de plus ou moins grandes intensité qui justifient l’intervention d’un arbitre sans que l’on soit en droit de dénier à ce dernier sa véritable qualité” (OPPETIT, L’arbitrage et les contrats commerciaux a long terme, op. cit., p. 101). Também em OPPETIT, Bruno. “Théorie de l’arbitrage”. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 78.

¹⁰⁹ OPPETIT, “Théorie de l’arbitrage”, op. cit., pp. 79-80.

¹¹⁰ STROHBACH, Filling gaps in contracts, op. cit., p. 482.

quência um ato de “criação” em relação a um contrato. Daí que, de outro lado, a solução italiana distinguindo entre “arbitrato” e “arbitraggio” também não satisfaça. Trata-se de visão que considera como “contratual” toda e qualquer intervenção arbitral efetuada quando do *nascimento* de um contrato, com vistas a complementá-lo jurídica ou tecnicamente, em que o critério passa a ser, portanto, o da interferência consentânea à formação do vínculo. Mais grave que adotar um conceito estreito de litígio, o posicionamento exclui peremptoriamente as possibilidades de que haja discordâncias quando da formação contratual e a necessidade de que se invoque a arbitragem para colmatações. Utilizar os momentos da vida contratual como critério não soluciona o problema, mas apenas o desloca de modo ainda mais degenerativo.

O Brasil não herdou, em seu ordenamento arbitral, uma dicotomia tão marcada quanto a que se vê na França, na Itália e nos demais ordenamentos aqui mencionados. Não obstante o silêncio da legislação, a doutrina brasileira distingue entre “arbitragem” e “arbitramento” estritamente para diferenciar a atuação do julgador (no caso da arbitragem) e do perito (no caso do arbitramento). Segundo Carlos Alberto Carmona, “árbitro é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível. Arbitrador, por sua vez, é a pessoa física indicada pelos contratantes (partes, portanto, num contrato, e não numa demanda) para integrar o conteúdo de um negócio jurídico (ou para integrar o conteúdo de uma disposição de última vontade deixada incompleta pelo testador)”¹¹¹. Em verdade, a própria unicidade da arbitragem dada pela tradição legislativa brasileira, com ausência de quaisquer debates doutrinários sobre suas

¹¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96”. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 200. Assim, também, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. “Tratado de direito privado”. 2. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 26, p. 344: “O arbitrador é perito; o árbitro julga: é, a despeito de não ser completa a sua decisão, juiz”.

eventuais especificações (e.g. jurisdicional e contratual, ritual e irritual), sugere a contraposição simples ao “arbitramento”, não deixando dúvidas que a interferência no texto de um contrato, tal qual a praticada pelo juiz, pode compor o ofício de um árbitro.

Por esses elementos, bem se vê, em nosso ordenamento, que a possibilidade de o árbitro colmatar lacunas contratuais parece restringir-se a uma questão de *arbitrabilidade*¹¹². Ou seja, partindo-se do pressuposto que existe uma “quase-identidade” entre o ofício do juiz e o ofício do árbitro¹¹³, se o ordenamento de base permite (ou não proíbe) o suprimento de lacunas pelo julgador e versando a lide sobre direito disponível, *tollitur quaestio*: ao árbitro será possível dar-lhe andamento¹¹⁴. A chave de leitura situa-se, portanto, na escolha do direito material que subsidiará a solução da controvérsia.

Em nosso ordenamento, não há proibição para que o árbitro empreenda a colmatação das lacunas contratuais, desde que o faça nos quadros do sistema, isto é: atentando ao regramento posto, legitimamente, por ato de autonomia privada¹¹⁵, à

¹¹² Consabidamente, o termo “arbitrabilidade” tem, comumente, dois sentidos: indica “quem pode submeter-se à arbitragem, a que usualmente chama-se de arbitrabilidade subjetiva, e das matérias que podem ser arbitráveis, a arbitrabilidade objetiva”. No contexto em exame, é considerada a acepção objetiva. Veja-se: BAPTISTA, Luiz Olavo. “Arbitragem Comercial e internacional”. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 207.

¹¹³ É possível declarar que hoje realizou-se o que Clóvis V. do Couto e Silva antevia em 1982: que “a jurisdição privada é, por igual, jurisdição, não tendo sentido a questão de saber se é pública ou privada a função” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. “Comentários ao Código de Processo Civil”. São Paulo: RT, 1982, v. 11, t. 1, p. 589; também em COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O juízo arbitral no direito brasileiro. “Revista da AJURIS”. Porto Alegre: AJURIS, 1987, v. 41, p. 88).

¹¹⁴ Nesse sentido: JARVIN, Sigvard. The sources and limits of the arbitrator’s powers. In: LEW, Julian D. M. (Org.). “Contemporary problems in international arbitration”. London: The Eastern Press, 1986, pp. 61-62; RUBINO-SAMMARTANO, “International arbitration law and practice”, op. cit., pp. 190-191.

¹¹⁵ Não se confundindo tal hipótese com julgamento por equidade, o que já foi exaustivamente discutido e está consagrado legislativamente (Lei 9.307/96, nos art. 2º, 11, II e 26, II). O julgamento por equidade somente poderá se dar no caso de disposição expressa entre as partes.

tipicidade legal ou social do contrato e, a partir destas bases, preenchendo as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados que povoam as leis e que se alocam nos próprios instrumentos contratuais. Há inúmeros guias para tanto: desde os situados nos conceitos-chave da Dogmática contratual (como o de “interesse ao cumprimento”; “adimplemento satisfativo”; “o que o credor razoavelmente deixou de lucrar, em matéria de apuração de perdas e danos”) quanto os deduzidos dos princípios contratuais (como “liberdade contratual”, “boa-fé” e “probidade”) até os que, escolhidos pelas partes, demarcarão o território em que o preenchimento da incompletude contratual se apresenta como um verdadeiro dever para o árbitro. Mais do que tudo devem os árbitros estar atentos ao *problema prático* subjacente ao contrato, examinando a sua singular racionalidade.

B) PROBLEMAS PRÁTICOS.

Toda lacunosidade é relacional. É a partir do texto contratual e de seu contexto que o árbitro deve perquirir quando e em que medida a incompletude encontra-se no texto contratual.

Cada contrato possui uma *ratio contractus*, denotativa de sua coerência interna. Há, pois, de ser tido como um todo coerente do qual possa o intérprete, escavando a mencionada lógica interna com base nos elementos textuais e contextuais, extrair, razoavelmente, determinado sentido apto a aclarar as suas expressões ambíguas ou contraditórias.

Sendo um “todo coerente”, uma cláusula de um contrato há de ser interpretada pelas outras que a antecedem e sucedem, como aponta cânone hermenêutico muitas vezes centenário, expresso, hoje em dia, no *Princípio da Unidade Hermenêutica*. O contexto é fundamental, pois as palavras contratuais são, sempre (como todas as palavras), *parole impaginate*, como observou com perspicácia Natalino Irti¹¹⁶. A “unidade normati-

¹¹⁶ IRTI, Natalino. “Testo e Contesto”. Pádua: CEDAM, 1996, p. 1.

va” representada pelo contrato tem uma moldura, traçada pelas circunstâncias circundantes antes, durante e após a execução contratual, devendo a declaração contratual (ou o comportamento) ser enquadrada “na moldura das circunstâncias que lhes confere significado e valor”¹¹⁷. Primariamente, portanto, será preciso indagar se a forma para a colmatação da lacuna vem prevista no contrato ou se está na lei, ou, ainda, se a solução deve ser construída a partir dos dados do sistema. Veja-se a primeira hipótese.

Se, por exemplo, o próprio contrato prever o dever de renegociar, a renegociação se impõe como meio, inclusive, para o suprimento de lacunas¹¹⁸. A esse propósito, é importante mencionar que, à luz dos “Princípios UNIDROIT”, tem-se dado prioridade à renegociação pelas próprias partes e apenas sucessivamente à intervenção dos árbitros, em suprimento à renitência de uma delas – no que também estaria configurado o descumprimento de uma obrigação “de meio”/“de melhores esforços” – ou em caso de falência do reacerto negociado¹¹⁹. Avalia-se, em primeiro lugar, se as partes observaram os “melhores esforços” na renegociação do contrato¹²⁰, priorizando-a

¹¹⁷ REALE, Miguel. Diretrizes de Hermenêutica Contratual. In: “Questões de Direito Privado”. São Paulo: Saraiva, 1997, p.2, grifei.

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Orgs.). “Transformações contemporâneas do direito das obrigações”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹¹⁹ Fala-se aqui do artigo 6.2.3 dos “Princípios UNIDROIT” e das cláusulas-modelo fixadas pela ICC, ambos delineando um passo-a-passo didático, que privilegia a solução pacífica e que se inspira na boa-fé e na cooperação. Demonstrando que a renegociação, com enraizamento na boa-fé, é uma das marcas da *lex mercatoria* sobre a matéria, veja-se HORN, Norbert. Changes in circumstances and the revision of contracts in some European laws and in international law. In: HORN, Norbert (ord.). “Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance”. Deventer: Kluwer, 1985, p. 27.

¹²⁰ Concretamente, esses “melhores esforços” desdobram-se em certas atitudes que as partes devem assumir, tais como: a cooperação mútua durante todo o processo de renegociação, que envolve flexibilidade e boa vontade de ambas; o mero reajuste do contrato, de modo a adaptá-lo às novas circunstâncias, e não sua integral reestrutura-

no que tiver sido efetiva, para só depois – destilando ou não, em conjunto, a presença do inadimplemento das obrigações de meio – passar-se ao suprimento arbitral das lacunas do contrato¹²¹.

Outra via que a jurisprudência arbitral registra para o caso de haver “dever de renegociação” é a da “renegociação supervisionada”. É o que ocorreu, por exemplo, no caso *Swiss Oil c. Gabon*, de 1987, que envolvia um contrato de suprimento de petróleo e a fixação do preço por acordos suplementares, em caso de variações significativas. Como narra Piero Bernardini, o tribunal arbitral reconheceu a existência de uma obrigação de negociar conforme à boa-fé e determinou que as partes assim procedessem. A falência dessas negociações, supervisionadas pelo juízo, constituiria razão válida inclusive para a resolução do contrato, conforme também decidido noutro precedente arbitral de 1967¹²². A vinculação entre a renegociação, a cooperação e a boa-fé foi estabelecida por diversos precedentes arbitrais, a fixar que a parte que nega o rearranjo contratual, quando cabível, está agindo de modo contrário ao princípio da boa-fé, conforme determinou-se também nos casos da ICC n.º 2291, de 1975¹²³, e n.º 5953, de 1989¹²⁴.

ção; e a proibição de que nenhuma das partes gere danos na outra ou explore suas eventuais fragilidades. Veja-se, nesse sentido, a longa lista de obrigações resumida por BERGER, Klaus Peter. Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators. “Vanderbilt Journal of Transnational Law”, v. 36, 2003, pp. 1364-1365.

¹²¹ José Emílio Nunes Pinto bem pontua que esse recurso à solução de um terceiro imparcial constitui a fase derradeira do chamado “mecanismo multi-etapas” para casos como o presente, em que há desrespeito e/ou frustração de uma negociação (PINTO, José Emílio Nunes. O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6024>, acesso em 13/08/2012).

¹²² BERNARDINI, Piero. Is the duty to cooperate in long-term contracts a substantive transnational rule in international commercial arbitration? In: GAILLARD, Emmanuel (ed.). “Transnational rules in international commercial arbitration”. [s.l.]: International Law Association, 1993, p. 144.

¹²³ O precedente compreende a boa-fé e o equilíbrio contratual como “pressupostos” na *lex mercatoria* (JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves. “Collection of ICC Arbitral Awards. 1974-1985. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI”. Boston: Kluwer

Não deve ser desconsiderada a importância dos *consideranda* e das premissas contratuais eventualmente consignadas e, mesmo, à relevância *hermenêutica* dos motivos – ainda que inexpressos, mas quando componentes das “circunstâncias do caso”, sendo certo que as negociações anteriores e outros meios interpretativos extratextuais podem ser utilizadas, ainda que “apenas com o limite da incompatibilidade”, como ensinou Emilio Betti, ou seja: documentos relativos às negociações têm serventia hermenêutica, podendo ser utilizados como meios interpretativos suplementares para aclarar a declaração negocial objetiva mesmo quando “divergir do significado objetivo da declaração conclusiva ou daquele significado que as partes estabeleceram como uma interpretação autêntica, preventiva ou sucessiva”¹²⁵. Contudo, essa possibilidade é verificada apenas até o limite da incongruência com a declaração negocial válida.

É também importante considerar a técnica contratual empregada e a finalidade das cláusulas-padrão, exemplificativamente, as chamadas “*entire agreement clauses*” (também conhecidas como “*merger clauses*” ou “*integration clauses*”) prevalentes na prática contratual anglo-saxônica. Em seu contexto originário, o objetivo dessas cláusulas é atrair a incidên-

Law and Taxation Publishers, 1990, pp. 274-276).

¹²⁴ JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. “Collection of ICC Arbitral Awards. 1986-1990. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI”. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 437-444. O caso envolvia uma empresa espanhola e uma empresa norte-americana, e um contrato em que se estabelecia que o preço seria rearranjado de seis em seis meses. No quarto semestre não houve acordo entre as partes, e elas recorreram ao juízo arbitral. Vale à pena citar um parágrafo em que a permeação da boa-fé aparece em conjugação precisa ao *pacta sunt servanda*: “Le respect de la parole donnée conduit à exécuter les engagements pris. Mais les modalités d’exécution ne sont pas indiquées. C’est le principe précédent qui apporte cette précision, si bien qu’on peut les réunir, en un seul, lorsqu’il s’agit de remplir une obligation, à savoir: *Pacta sunt servanda bona fide*” (idem, p. 441)

¹²⁵ BETTI, Emilio. “Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos”. Trad. de Karina Jannini. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 349.

cia da *parol evidence rule*, a qual afasta, relativamente a contratos que reflitam o entendimento integral das partes, a apreciação, pelo júri ou juiz, de provas acerca das negociações pré-contratuais ou de outras evidências não escritas¹²⁶. Sua finalidade típica é, pois, excluir a responsabilidade das partes por declarações feitas no curso das negociações ou em contratos anteriores.

A “unidade normativa” consubstanciada em cada contrato também há de ser encontrada pelo intérprete nos contratos concluídos em sequência temporal, quando predispostos a um mesmo e unitário fim (os “sistemas contratuais”¹²⁷ ou “contratos em sequencia”). De fato, considerados os vários acordos contratuais unidos por uma comum finalidade, é preciso buscar a sua racionalidade complessivamente considerada, pois, como ensinou Betti, o negócio há de ser tido como um todo unitário, a ser interpretado em sua inteireza¹²⁸. Figure-se contrato de arrendamento de um terminal portuário, tipicamente contrato de duração: aí se encontram englobados vários negócios além do negócio principal de arrendamento, como o seguro-garantia, contratos de fornecimento, de trabalho, depósito, etc. A *ratio contractus*, que auxiliará no preenchimento de lacunas, há de ser buscada na complexidade jurídico-contratual inerente à operação econômica em causa¹²⁹.

Registre-se um último apontamento à título conclusivo. Tratando-se de interpretação a ser procedida no âmbito arbitral,

¹²⁶ FARNSWORTH, Allan. “Contracts”. 3rd ed. New York: Aspen, 1999, p. 431.

¹²⁷ LORENZETTI, Ricardo. “Tratado de los contractos”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t., I, p. 40; MARTINS-COSTA, “Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações”. Volume V., Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 366 a 369.

¹²⁸ BETTI, Emilio. “Interpretazione della legge e degli atti giuridici”. Milão: Giuffrè, 1949, p. 279.

¹²⁹ Para a problemática referente à extensão dos efeitos da cláusula compromissória, em caso de lacuna, veja-se: FONSECA, Rodrigo Garcia. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. “Revista de Arbitragem e Mediação”. Ano 8, vol. 29, abril-junho de 2011, p. 165-180.

não é incomum haver certa permeação da *lex mercatoria*¹³⁰ em tema de direito contratual¹³¹, mesmo que o direito material escolhido pelas partes seja o nacional, ainda que “a força da convenção”, como bem lembra José Alexandre Tavares Guerreiro, baseada na autonomia privada delimite “o universo jurídico em que procurarão os árbitros as normas a serem aplicadas ao caso concreto”¹³². À internacionalização da ordem econômica e à mundialização na ação das companhias corresponde a apreensão de um certo “senso comum” expresso nos usos e na principiologia dedutível da *lex mercatoria* (sendo fixados, por exemplo, em textos como a CISG, os “Princípios UNIDROIT”). As normas assim consagradas não apenas direcionam a precompreensão, base de todo fenômeno hermenêutico¹³³, mas, efeti-

¹³⁰ Entendida esta na esteira da *definição usual* que lhe atribui Carlos Alberto Carmona, com apoio em Irineu Strenger, como: “o conjunto de princípios gerais e regras geradas pelo costume do comércio internacional, sem referência a um sistema legal específico”. CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96”. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74

¹³¹ Como bem aponta Bruno Oppetit, o fenômeno dá-se basicamente por haver uma maior pluralidade de fontes à disposição do árbitro do que, via de regra, no campo de visão do juiz (OPPETIT, Bruno. *La notion de source du droit et le droit du commerce international*. “Archives de philosophie du droit”. Paris: Sirey, 1982, t. 27, p. 43). A possibilidade é acolhida por jurisprudência internacional, “contanto que a *lex mercatoria*, aplicada à decisão do caso, não venha a contrariar frontalmente a legislação positiva que as partes escolheram” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 91).

¹³² GUERREIRO, “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”, op. cit., p. 68.

¹³³ A referência é às ideias expostas por J. H. Gadamer. O termo “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), como elemento essencial do processo cognitivo indica, muito sinteticamente, o fator (ou conjunto de fatores), que *condiciona*, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o *processo de compreensão* de um determinado problema jurídico, desde o modo de colocar-se o problema para o intérprete até a sua solução. Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende volta-se à abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. A pré-compreensão constitui, portanto, o *âmbito que delimita o fluxo da interpretação*, seja a interpretação dos problemas que o Direito é chamado a resolver, seja a dos princípios e regras que direcionarão a solução dada (GADAMER, H. G. “Verdad y método”. Tradução espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991, p. 331-332). Tem sido acentuada, mais recentemente, a ideia de

vamente, são utilizadas supletiva ou enriquecedoramente pelo manejo de princípios reconhecidos como “gerais” ou mesmo pela utilização de precedentes arbitrais, que, de modo crescente, têm encontrado algumas vias de publicação. Havendo em nosso ordenamento regra explicitamente dirigida à apreensão dos *usos* (isto é: da prática de certo setor¹³⁴) como cânone hermenêutico (Código Civil, art. 113, *in fine*), caberá ao árbitro, nessas ocasiões, não apenas perícia e prudência no seu emprego, mas, igualmente, atenção redobrada para avaliar se as normas da *lex mercatoria* utilizadas como subsídio interpretativo e integrativo não apresentam descompasso com o direito nacional, circunstância que pode trazer riscos para o reconhecimento do laudo e sua eventual exequibilidade¹³⁵, podendo, até mesmo, gerar sua anulação.

“comunidade interpretativa” (*interpretative community* e *legal community*) que serve para afastar as concepções voluntaristas que dominaram o século XIX, operando com as noções de que põem em relevo o papel da comunidade jurídica no momento hermenêutico, acentuando os vínculos intrínsecos entre a natureza da comunidade dos operadores jurídicos e a natureza do ato interpretativo à medida que a própria pré-compreensão é fenômeno marcadamente cultural e comunitário. A propósito, ver: PARIOTTI, Elena. “La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto”. Turim: Giappicheli, 2000.

¹³⁴ Relembre-se Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal ao art. 113, proposto pela Professora Vera Fradera (UFRGS), como segue: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fê e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes”.

¹³⁵ GUERREIRO, “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”, op. cit., p. 91; PARK, William. Control mechanisms in the development of a modern *lex mercatoria*. In: CARBONNEAU, Thomas (Org.). “Lex Mercatoria and arbitration: a discussion of the new Law Merchant”. The Hague: Kluwer Law International, 1992, p. 164; RUBINO-SAMMARTANO, “International arbitration law and practice”, op. cit., p. 445



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. "Collection of ICC Arbitral Awards. 1996-2000. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI". Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003.
- ARRIGONI, Caterina. Arbitrato irrituale tra negozio e processo. "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile". Milano: Giuffrè, 2007, março.
- ASSIS, Araken de; et alii. "Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)". Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. "Arbitragem comercial". São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- _____. Arbitragem Comercial e internacional. São Paulo: Lex Editora, 2011.
- _____. Primeiras anotações sobre o árbitro e os contratos – entre o poder e o dever. "Cadernos IEC", n. 1, Canela, abril 2010.
- BERGER, Klaus Peter. Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators. "Vanderbilt Journal of Transnational Law", v. 36, 2003.
- BERNARDINI, Piero. Is the duty to cooperate in long-term

- contracts a substantive transnational rule in international commercial arbitration? In: GAILLARD, Emmanuel (ed.). "Transnational rules in international commercial arbitration". [s.l.]: International Law Association, 1993.
- BESSONE, Darcy. "Do Contrato: teoria geral". 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emilio. "Interpretazione della legge e degli atti giuridici". Milão: Giuffrè, 1949.
- _____. "Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos". Trad. de Karina Jannini. São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- BIAMONTI, Luigi. Arbitrato (Diritto Processuale Civile). In: "Enciclopedia del diritto". Milano: [s.n.], 1958, v. 2.
- CARMONA, Carlos Alberto. "Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96". 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. Em torno do árbitro. "Revista de Arbitragem e Mediação". São Paulo: RT, 2011, v. 28, jan/mar.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. "A obrigação como processo". São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo: RT, 1982, v. 11, t. 1.
- _____. O juízo arbitral no direito brasileiro. "Revista da AJURIS". Porto Alegre: AJURIS, 1987, v. 41.
- FABBRINI, Giovanni. Potere del giudice (Diritto Processuale Civile). In: "Enciclopedia del diritto". Milano: [s.n.], 1985, v. 34.
- FARNSWORTH, Allan. "Contracts". 3. ed. New York: Aspen, 1999.
- FAZZALARI, Elio. I processi arbitrali nell'ordinamento italiano. "Rivista di diritto processuale". Padova: CEDAM, 1968, v. 23.
- FONSECA, Rodrigo Garcia. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. "Revista de Arbitragem e Mediação". Ano 8, vol. 29,

- abril-junho de 2011.
- FORGIONI, Paula A. “Contrato de distribuição”. São Paulo: RT, 2004.
- FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. “Traité de l’Arbitrage Commercial International”. Paris: LITEC, 1996.
- GADAMER, H. G. “Verdad y método”. Tradução espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991.
- GALGANO, Francesco. “La globalizzazione nello specchio del diritto”. Bologna: Il Mulino, 2005.
- GOMES, Orlando. “Contratos”. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. “Obrigações”. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. “Transformações gerais do direito das obrigações”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRANIERI, Massimiliano. “Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata”. Milano: Giuffrè, 2007.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Fundamentos da arbitragem do comércio internacional”. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. Trad. de Sabrina Ribas Bolfer. “Revista Brasileira de Arbitragem”. Porto Alegre: Síntese, 2005, n. 6.
- HILAIRE, Jean. L’arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle). “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Bialec, 2000, n. 2.
- HORN, Norbert. Changes in circumstances and the revision of contracts in some European laws and in international law. In: HORN, Norbert (ord.). “Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and fi-

- nance”. Deventer: Kluwer, 1985.
- HUCK, Hermes Marcelo. “Sentença estrangeira e *Lex Mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional”. São Paulo: Saraiva, [s.d.].
- IRTI, Natalino. “Testo e Contesto”. Pádua: CEDAM, 1996.
- JARROSSON, Charles. La notion d’arbitrage. In: ROMERO, Eduardo Silva (Org.). “El contrato de arbitraje”. Bogotá: Legis, 2008.
- JARVIN, Sigvard. The sources and limits of the arbitrator’s powers. In: LEW, Julian D. M. (Org.). “Contemporary problems in international arbitration”. London: The Eastern Press, 1986.
- _____; DERAINS, Yves. “Collection of ICC Arbitral Awards. 1974-1985. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI”. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- _____; _____; ARNALDEZ, Jean-Jacques. “Collection of ICC Arbitral Awards. 1986-1990. Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI”. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- JEANCLOS, Yves. La pratique de l’arbitrage du XIIe au XVe siècle (éléments d’analyse). “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Bialec, 1999, n. 3.
- JESÚS O., Alfredo de. La contribución del árbitro a la autorregulación y unificación del derecho de los contratos del comercio internacional. “Revista Brasileira de Arbitragem”. Porto Alegre: Síntese, 2009, jul.-set., n. 23.
- KASER, Max. “Derecho romano privado”. Trad. de José Santa Cruz Teijeiro. 5. ed. Madri: Reus, 1968.
- KASSIS, Antoine. “Problèmes de base de l’arbitrage. Tome I. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel”. Paris : L.G.D.J., 1987.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. “Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade”. São Paulo: LTr, 2001.

- _____. O papel do árbitro. Disponível em http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri11.pdf, acesso em 13.08.2012.
- LORENZETTI, Ricardo. “Tratado de los contractos”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t., I.
- LYNCH, Katherine. “The forces of economic globalization: challenges to the regime of international commercial arbitration”. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. “American Sociology Review”, v. 98, 1963, disponível em <http://www.law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/non-contractual.pdf>, acesso em 29 de março de 2011.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais e defesa do consumidor”. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MACNEIL, Ian. The new social contract: an inquiry into modern contractual relations. In: CAMPBELL, David (Org.). “The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil” (ed. David Campbell). London: Sweet and Maxwell, 2001.
- _____. Relational contract theory. challenges and queries. “Northwestern University Law Review”, 2000.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem internacional privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. “Arbitragem comercial”. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Orgs.). “Transformações contemporâneas do direito das obrigações”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. “Comentários ao novo Código Civil”. 2. ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1.

_____. “Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2.

_____. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio* - Comentários ao acórdão REsp 401.704/PR. In: FRAZÃO, Ana; TEPE-DINO, Gustavo (Org.). “O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado”. São Paulo: RT, 2011.

MORTARI, Vincenzo Piano. Arbitrato. b) Diritto intermedio. In: “Enciclopedia del diritto”. Milano: [s.n.], 1958, v. 2.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. As origens da condenação do processo romano. “Revista de processo”. São Paulo: RT, 2009, v. 171.

_____. Tempo e equilíbrio contratual. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Orgs.). “Transformações contemporâneas do direito das obrigações”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. “Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia”. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS como requisito parcial para obtenção do título de mestre. Porto Alegre, 2011, inédita.

OPPETIT, Bruno. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d’une jurisprudence récente. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Gaignault, 1977, n. 4.

_____. L’arbitrage et les contrats commerciaux a long terme. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: Gaignault, 1977, n. 2.

_____. La notion de source du droit et le droit du commerce international. “Archives de philosophie du droit”. Paris: Sirey, 1982, t. 27.

- _____. “Théorie de l’arbitrage”. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- OPPO, Giorgio. I contratti di durata. “Rivista di diritto commerciale”. Milano: Vallardi, 1943.
- PARIOTTI, Elena. “La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto”. Turim: Giappicheli, 2000.
- PARK, William. Control mechanisms in the development of a modern *lex mercatoria*. In: CARBONNEAU, Thomas (Org.). “Lex Mercatoria and arbitration: a discussion of the new Law Merchant”. The Hague: Kluwer Law International, 1992.
- PELLÉ, Sebastien. “La notion d’interdépendence contractuelle. Contribution à l’étude des ensembles de contrats”. Paris: Dalloz, 2007.
- PINTO, José Emilio Nunes. O Contrato de EPC para Construção de Grandes Obras de Engenharia e o novo Código Civil. “Revista da AARJ – Associação dos Advogados do Rio de Janeiro”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>.
- _____. O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6024>, acesso em 13/08/2012.
- PISOLLE, Philippe; KREINDLER, Richard H. Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l’instance arbitral. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: [s.n.], 2003, n. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22.
- _____. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo:

- RT, 1984, t. 23.
- _____. “Tratado de direito privado”. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 24.
- _____. “Tratado de direito privado”. 2. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 26.
- RACINE, Jean-Baptiste. *Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international*. “Revue de l’Arbitrage”. Paris: [s.n.], 2005, n. 2.
- REALE, Miguel. *Diretrizes de Hermenêutica Contratual*. In: “Questões de Direito Privado”. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. “Law and practice of international commercial arbitration”. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- RIBERTI, Anna. *Il contratto di arbitrato*. “Revista Brasileira de Arbitragem”. Porto Alegre: Síntese, 2008, n. 18.
- RICCI, Edoardo F. *Arbitragem e o art. 5.º, XXXV, da CF (Reflexões sobre a doutrina brasileira)*. In: RICCI, Edoardo F.; FRANCO, Mariulza (Org.). “Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas”. Trad. de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *La “funzione giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*. “Rivista di diritto processuale”. Padova: CEDAM, 2002, n. 2.
- _____. *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*. “Rivista di diritto processuale”. Padova: CEDAM, 2003, n. 2.
- ROMERO, Eduardo Silva. *Introducción. El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones*. In: ROMERO, Eduardo Silva (Org.). “El contrato de arbitraje”. Bogotá: Legis, 2008.
- ROPPO, Enzo. “O contrato”. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. “International arbitration law and practice”. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- STEIN, Peter. Roman arbitration: an English perspective. “Israel Law Review”, 1995, n. 29.
- STRENGER, Irineu. “Arbitragem comercial internacional”. São Paulo: LTr, 1996.
- STROHBACH, Heinz. Filling gaps in contracts. “American Journal of Comparative Law”. Ann Arbor: American Society of Comparative Law, 1979, v. 27.
- TARELLO, Giovanni. La Escuela de la Exégesis y su difusión en Italia. In: TARELLO, Giovanni. “Cultura jurídica y política del derecho”. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TERRANOVA, Carlo G. “L’eccessiva onerosità nei contratti”. Milano: Giuffrè, 1995.
- VELLAS, Pierre. Les contrats de longue durée dans les relations internationales agricoles. “Annuaire français de droit international”, 1957, v. 3.
- WHITMAN, James Q. Long live the hatred of Roman Law! “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte”. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2003, v. 2.