



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

202

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03844901

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0214068-16.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MATLINPATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNERS II L.P (E OUTRA) E OUTRO, é apelado VRG LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

ROBERTO MAC CRACKEN
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 13327

APEL.Nº: 0214068-16.2010.8.26.0100

COMARCA: SÃO PAULO

APTE. : MATLINPATTERSON GLOBAL OPPORTUNITIES PARTNERS LI LP E
OUTRO

APDO. : VRG LINHAS AÉREAS S/A

PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Correto o julgamento antecipado da lide. Necessidade apenas de prova documental, a qual foi produzida de forma farta. Preliminar rejeitada.

ARBITRAGEM. Exceção ao princípio do livre acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição. Questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que possui a cláusula compromissória, bem como daqueles que serão atingidos pela sentença arbitral que se encontram sob a apreciação discricionária do árbitro. Regra do "kompetenz kompetenz". Fundo internacional que firma termo que previa expressamente ser aditivo de contrato que avençou a solução de conflitos pela arbitragem. Tentativa de utilizar-se do Poder Judiciário para se afastar da arbitragem e de seus efeitos. Impossibilidade. Conduta que configura ofensa ao princípio do "venire contra factum proprium". Sentença arbitral que não violou os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e que se encontra fundamentada de forma cuidadosa e dentro dos limites dos direitos disponíveis questionados pelas demandantes. Alegação de que a sentença arbitral não se vinculou aos regramentos jurídicos arguidos pelas partes. Juízo arbitral que, como sendo o juiz de fato e direito do caso concreto (art. 18 da Lei 9.307/96), deve estar adstritos aos fatos e aplicar o direito adequado ao conflito existente. Pacto arbitral que previu que a legislação aplicável seria a brasileira, permitindo, assim, ao árbitro decidir de acordo com o direito positivo pátrio. Inexistência de violação ao artigo 32 da Lei 9.307/96. Cláusula compromissória avençada regularmente. Arbitragem que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

produziu seus efeitos nos limites próprios e perante aqueles que se encontram envolvidos com o direito disponível controvertido. Sentença arbitral que preencheu os requisitos previstos no art. 26 da Lei 9.307/96.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. REDUÇÃO. Redução da verba honorária, sem, contudo, afetar a necessidade de arbitramento que corresponda à justa remuneração do trabalho profissional.

Recurso parcialmente provido.

Irresignadas com o teor da r. sentença proferida às fls. 2496/2499 dos autos que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade de sentença arbitral, insurgem-se as autoras Matlinpatterson Global Opportunities Partners II L. P e Matlinpatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II L. P (em conjunto, Fundos MatlinPatterson) - fls. 2557, ora apelantes, alegando, em suma, em preliminar, cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, enquanto que, no mérito, que a sentença arbitral não respeitou o contraditório e o devido processo legal, que o Tribunal Arbitral não possuía jurisdição sobre os Fundos MatlinPaterson, que a sentença arbitral não poderia lhes atingir, que não participaram da celebração do contrato que prevê a cláusula compromissória, que o objeto da condenação não era matéria submetida à arbitragem, que determinada participante da arbitragem não fez qualquer menção acerca do alegado dolo de terceiro, que a sentença arbitral não possui fundamentação e, por fim, pleiteiam a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nulidade da r. sentença recorrida, no mérito, o provimento do recurso ou, alternativamente, a redução dos honorários advocatícios.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 2663/2694), pleiteando, em síntese, o não provimento do recurso interposto pelas apelantes.

Recurso devidamente processado.

Do necessário, é o relatório, ao qual se acrescenta, para os devidos fins, o da r. sentença recorrida.

De plano, passa-se à apreciação da preliminar arguida pela apelante.

No caso dos autos, a questão, para ser efetivamente elucidada, necessitava apenas de prova documental, a qual foi fartamente produzida, bastando, para tanto, a apreciação dos documentos acostados nos 14 (catorze) volumes que compõem o feito.

Cabe ao Julgador, de forma discricionária, analisar os autos e os atos praticados, inclusive, verificando as provas produzidas e, se for o caso, em razão de sua convicção íntima, determinar a produção de outras provas que entender necessárias para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

elucidação do caso em concreto ou julgar a lide de forma antecipada.

O MM Juiz a quo tinha em mãos todos os elementos para apreciar os argumentos desenvolvidos na presente ação, sendo que os documentos acostados aos autos bastaram para a formação do seu convencimento e permitiram o exame adequado das questões discutidas, portanto, desnecessária a produção de outras provas.

No mais, a questão trazida à baila não necessita de outras provas a serem produzidas, satisfazendo-se pela produção de prova documental, pois se extrai que o feito diz respeito à matéria de fato e de direito que não necessita de prova a ser produzida em audiência. Nesse sentido:

*"Presentes as condições que ensejaram o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder."*¹

*"Inexiste cerceamento da defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência".*²

*"1. Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia."*³

¹ STJ – 4ª Turma, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sérgio de Figueiredo, j. 14.8.90, negaram provimento, v.u., DJU 17.9.90, p. 9.513. (Nesse mesmo sentido: vide RSTJ 102/500 e RT 782/302).

² STJ – 3ª Turma, REsp 1.344-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 4.12.89.

³ STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 14962/DF, rel. Min. Sérgio de Figueiredo Teófilo, DJ 03.02.1992, p. 472.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. - Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide se todas as questões de fato estavam bem instruídas e se as demais questões eram unicamente de direito, a dispensar produção de provas."⁴

"RESP. PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. QUESTÃO DE DIREITO. DEVER DO JUIZ. - O art. 330, do CPC, impõe ao juiz o dever de conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, se presentes as condições que propiciem o julgamento antecipado da causa, descogitando-se de cerceamento do direito de defesa. - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de 1. Grau"⁵

"O art. 330, do CPC, impõe a juiz o dever de conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, se presentes as condições que propiciem o julgamento antecipado da causa, não se cogitando de cerceamento do direito de defesa." (TJMG - Apelação nº 2.0000.00.509089-7/000(1) - Rel. Des. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Data de publicação do Acórdão: 03/09/2005)

Destaque-se que o MM Juiz singular não dispensou arbitrariamente a produção de prova, pois presentes estavam os requisitos para o julgamento antecipado da lide, não existindo, por consequência lógica, qualquer violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Vale destacar que o MM Juízo a quo agiu em conformidade com a legislação pátria, dando

⁴ STJ - 3ª Turma, AgRg no REsp 787738/MT, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08.05.2008, p. 211.

⁵ STJ, REsp n. 112427-AM, Rel. Min José Arnaldo da Fonseca, j. em 3.4.1998, DJU 26.5.1998, p. 22557.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetiva aplicação aos artigos 130 e 131 ambos do Código de Processo Civil.

Registre-se, por ser de rigor, conforme estipula o artigo 14, inciso IV, do Código de Processo Civil, que não é dado aos participantes do processo, em especial, ao Julgador, permitir a produção de provas desnecessárias à elucidação da lide.

No mérito, o recurso merece provimento parcial.

A arbitragem é uma das várias formas de solução de conflitos, que se caracteriza quando partes capazes elegem um particular, denominado árbitro, para, como dito, solucionar controvérsia que envolva direitos disponíveis.

Nesse sentido, a doutrina apresenta o seguinte conceito, a saber:

"Arbitragem é o acordo de vontades entre pessoas maiores e capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios,"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*⁶

Na realidade, as características da arbitragem, consoante arrolado no conceito acima transcrito, são extraídas do próprio artigo 1º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que "Dispõe sobre a arbitragem", que estabelece que **"As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."**

No caso, essas características estão presentes e, ainda, a cláusula compromissória foi efetivamente pactuada, conforme contrato de fls. 232/263 (cláusula 14) dos autos, nos exatos termos dispostos no artigo 4º, "caput" e § 1º, da Lei 9.307/96.

Todavia, não se pode olvidar que a arbitragem é instituição que excepciona o princípio do livre acesso à justiça ou também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição e, assim sendo, pela arbitragem as partes permitem que o árbitro promova a "pacificação do conflito", impondo-lhes a solução que, no seu juízo, entende mais razoável.

⁶ Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Direito Processual Civil Esquematizado*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, págs. 824.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Douto e Ilustre Professor Cláudio Lembo, in "A Pessoa - Seus Direitos", Editora Manole, 1ª edição, São Paulo, 2007, às páginas 208 e 209, sobre o tema, de forma clara e objetiva, discorreu que:

"O amplo e ilimitado acesso à Justiça mereceu mitigação com a vigência da Lei Marco Maciel, que instituiu o juízo arbitral (Lei nº 9.307, de 1996). Por esse diploma legal, quando convencionado expressamente, as partes, tratando-se de bens disponíveis, podem renunciar a acesso ao Judiciário para solução de conflitos advindos da aplicação de contratos.

O tema mereceu longa análise do Supremo Tribunal Federal, que, ao final, julgou constitucional a cláusula compromissória que confere efeitos de decisão judiciária à sentença arbitral e a torne irrecorrível, quando assim expressamente convencionado em instrumento que tem por objeto unicamente bens disponíveis."

Destaque-se, ainda, que a cláusula compromissória não ofende o direito positivo constitucional, sendo, por oportuno, a transcrição da lição apregoada pelo Douto e Ilustre Professor Cláudio Lembo, in "A Pessoa - Seus Direitos", Editora Manole, 1ª edição, São Paulo, 2007, às páginas 208 e 209, que, sobre o tema, de forma clara e objetiva, discorreu da seguinte forma, a saber:



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"O amplo e ilimitado acesso à Justiça mereceu mitigação com a vigência da Lei Marco Maciel, que instituiu o juízo arbitral (Lei nº 9.307, de 1996). Por esse diploma legal, quando convencionado expressamente, as partes, tratando-se de bens disponíveis, podem renunciar a acesso ao Judiciário para solução de conflitos advindos da aplicação de contratos.

O tema mereceu longa análise do Supremo Tribunal Federal, que, ao final, julgou constitucional a cláusula compromissória que confere efeitos de decisão judiciária à sentença arbitral e a torne irrecorrível, quando assim expressamente convencionado em instrumento que tem por objeto unicamente bens disponíveis."

No mesmo diapasão, como consta in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor" de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 2008, Editora Saraiva, São Paulo, 40ª edição, pág. 1287, na nota 1ª ao art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: **"A Lei de Arbitragem é constitucional (STF-RTJ 190/908: Pleno, SE 5.206, quatro votos vencidos)."**

Desta forma, ao árbitro cabe verificar os pressupostos de existência, de validade e de eficácia do direito disponível que será objeto da arbitragem, afastando, assim, via de regra, a competência do Estado-juiz em promover tal apreciação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tal regra está prevista no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996, que prevê que **"Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."**

Pelo que se verifica do dispositivo legal acima transcrito, a Lei de Arbitragem consagra o princípio do "Kompetenz-kompetenz", ou seja, o próprio julgador, no caso o árbitro ou a câmara arbitral, que é o juiz de fato e de direito na arbitragem (artigo 20 da Lei 9.307/96), tem competência para verificar se, no caso concreto, possui competência, ou seja, para a hipótese da arbitragem, o árbitro decide a respeito e sobre limites de sua competência, inclusive acerca daqueles que serão submetidos a sua decisão. Nesse sentido:

"Kompetenz-kompetenz: originário do direito alemão, este princípio, exclusivo da arbitragem, foi adotado pela parágrafo único, do art. 8º da Lei 9.307/1996, ao se estabelecer que "Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

Tratado como princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência ou seja, apreciar,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.

Esta regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que se ao Judiciário coubesse conhecer, em primeiro lugar, a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção. O princípio, desta maneira, fortalece o instituto, e prestigia a opção das partes por esta solução de conflitos, e se assim não fosse, haveria o risco de desestímulo à contratação da arbitragem, em razão obstáculos prévios a surgir no Judiciário diante da convenção, por maliciosa manobra de uma das partes.

Na amplitude esperada da norma, o exame da arbitrabilidade exigida pelo art. 1º da Lei igualmente se oferece primeiro ao árbitro, na exata medida em que a convenção contrária a esta regra será inválida. Também assim, qualquer controvérsia a respeito da convenção der arbitragem e da extensão dos seus próprios poderes pra julgar a questão que lhe foi submetida.

Falou-se repetidas vezes da análise primeira pelo árbitro, pois em momento oportuno, após a sentença arbitral, a matéria poderá ser submetida ao exame do Judiciário, se o vício da convenção resultar em alguma das hipóteses previstas no art. 32. I, da Lei da Arbitragem (causas de invalidação da sentença arbitral). Ou seja, não se exclui o juízo estatal, e nem se poderia, do exame da "existência, validade e eficácia da cláusula", mas esta apreciação se fará, se o caso, após a sentença arbitral pela atual e aplaudida sistemática proposta."⁷

⁷ Francisco José Cahali, Curso de Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, págs. 96 e 97.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mesmo diapasão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou da seguinte forma, a saber:

"No caso em comento, conquanto haja dúvida acerca do juízo arbitral competente, é incontroversa a existência da cláusula compromissória por meio da qual as partes renunciaram à jurisdição estatal, o que afasta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da autonomia privada.

Note-se que o fato de haver cláusula compromissória tanto no contrato de joint venture como no contrato social da pessoa jurídica, antes de ensejar conflito a ser submetido ao crivo judicial, reforça a vontade das partes não se submeter à jurisdição tradicional.

Outrossim, o impasse referente ao juízo arbitral competente para dirimir a controvérsia surgida pode ser perfeitamente solucionado pela via eleita pelas próprias partes para a solução de seus conflitos, porquanto também na arbitragem vigora a regra da Kompetenz-Kompetenz, atribuindo-se poderes ao árbitro para analisar sua própria competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame." (STJ - Processo PETDOC na MC 017868 - Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - Data da Publicação 01/07/2011)

Desta maneira, dentro dos limites de sua competência, verifica-se que, como bem decidido na r. sentença recorrida, o procedimento arbitral dividiu-se em duas fases, quais sejam, uma relativa à vinculação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fundo MatlinPatterson ao juízo arbitral e outra quanto à solução de mérito da demanda.

No que diz respeito à possibilidade ou não das apelantes se sujeitarem à cláusula arbitral, o argumento deduzido funda-se na tese de que o contrato de fls. 232/263, o qual prevê a instituição da arbitragem na cláusula 14ª, não poderia estender os seus efeitos às referidas demandantes, pois, segundo alegam, não teriam sido partes da referida avença.

Na verdade, a r. sentença recorrida, de forma insofismável, bem se remete ao laudo arbitral copiado às fls. 745/781 dos autos, o qual, especificamente às fls. 751/752, estabelece a estrutura societária das vendedoras, demonstrando, assim, o vínculo existente com as apelantes, de modo a admitir sua inclusão no procedimento arbitral. Nesse sentido, a r. sentença recorrida foi precisa ao dispor que: **"Isto porque entendem as requerentes que o contrato copiado às fls. 261 e ss., o qual prevê a instituição da arbitragem na cláusula 14ª, não seria passível de estender seus efeitos às requerentes que não seriam partes do pacto, conforme fls. 232. Entretanto, tal não se opera. Inicialmente deve ser salientado que a relação das requerentes com as empresas vendedoras está perfeitamente discriminada, de forma detalhada, na própria decisão arbitral copiada às fls. 752, demonstrando, de forma inequívoca, a íntima relação das requerentes com as empresas subscritoras do negócio de fls. 232 e ss., cuja formação negocial**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se deu para fins de atendimento do Código Brasileiro de Aeronáutica, ou mais precisamente do disposto no art. 181 da citada legislação. Note-se, inclusive, que as requerentes, na própria inicial, confirmam de forma inequívoca a participação na elaboração de referido contrato, afirmando que rejeitaram inclusive a solicitação da requerida para a inclusão expressa, o que confirma a tese exposta na defesa e documentos, ou de que toda a transação envolveu diretamente as requerentes. Confira-se, inclusive, fls. 205 e ss. da decisão arbitral. Tal extensão de responsabilidade sobreveio também por força de aditivo contratual, copiado às fls. 468, subscrito pelos representantes das requerentes, fato incontroverso, e pelo qual, conforme expressa disposição, alterou-se o contrato original, vinculando as requerentes. A explicitação de responsabilidades em referido aditamento não afasta a extensão dos efeitos do contrato, inclusive no tocante à possibilidade da arbitragem. E neste aspecto fica esterilizada a primeira pretensão da requerente." (os grifos não constam do original).

Além do mais, consoante claramente se vê às fls. 468 dos autos, as apelantes, de forma inequívoca, o que não pode ser olvidado, efetivamente subscreveram o termo aditivo ao contrato de fls. 232/236, quando restou consignado, expressamente, que *"Por fim, esclarecemos que com o "De acordo" de V. Sa., o presente instrumento constituirá na melhor forma de direito firme e válido compromisso entre as partes, inclusive aditando os termos do Contrato em epígrafe."* (os grifos não constam do original). Assim, não se mostra razoável a alegação de que não tinham ciência ou de que não desejavam participar da arbitragem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, com o devido respeito, as apelantes, constituindo um fundo internacional, após subscreverem documento que prevê, de forma clara e insofismável, sua aderência a contrato inequivocamente indicado no mencionado termo aditivo, não podem vir agora, ainda que por meio de alegações deduzidas com esmero, levantar a tese de que não teriam ciência ou conhecimento de que a sua participação no negócio em questão não seria atingida pela arbitragem expressamente pactuada no contrato ao qual aderiram.

Registre-se, ainda, que, como dito, ao subscreverem o documento de fls. 468 dos autos, com expressa disposição acerca da vinculação ao contrato de fls. 232/263 dos autos, que previu a arbitragem como forma de solução de conflitos, as apelantes não podem tentar alegar ausência de intenção na participação e submissão ao juízo arbitral, sob pena de inegável ofensa ao princípio do "venire contra factum proprium", ou seja, a vedação de comportamento contraditório, pois, como dito, tendo firmado termo aditivo ao contrato que previu a arbitragem, não se mostra razoável, posteriormente, pretenderem afastar-se da extensão dos efeitos decorrentes da sentença arbitral.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sobre o princípio do "venire contra factum proprium", a doutrina⁸ tece os seguintes comentários, a saber:

"Não é despiciendo lembrar, de saída, FRANZ WIEACKER, observando que a expressão venire contra factum proprium (isto é, proibição de comportamento contraditório) evidencia de forma tão imediata a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio.

Pois bem, a proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança - decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Nessa levada, veja-se a precisa redação do Enunciado 362 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 362, Jornada de Direito Civil:

'A vedação do comportamento contraditório (venire contrafactum proprium) funda--se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.'

Conquanto nunca tenha sido contemplado expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do comportamento proibitório mantém um "contínuo flerte" com os juristas contemporâneos, como percebe ANDERSON SCHREIBER, em excelente e pioneira obra sobre o tema. Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o venire

⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB, Volume 1, edição 2012, 10ª edição, Editora JusPodivm, pág. 687/688.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contra factum proprium é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.

Com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR conceitua o venire contra factum proprium como "uma sequência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um lendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida.

Dessa noção conceitual, é possível retirar os elementos essenciais (caracterizadores) para a proibição de comportamento contraditório:

- (i) uma conduta inicial;
- (ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial;
- (iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial;
- (iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição.

Há, destarte, uma sequência de dois comportamentos incoerentes entre si: um primeiro comportamento (o factum proprium), que desperta uma determinada confiança, e um outro sequencial (o venire), que assaca contra a confiança



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

despertada anteriormente (incoerência valorativa).

Sanciona-se como inadmissível toda pretensão que, isoladamente analisa-a, estaria no campo da licitude, mas descamba para a ilicitude em face da sua compreensão à luz de um comportamento anterior praticado pelo mesmo sujeito. Seguramente, o seu fundamento está na confiança despertada no outro que está boa-fé, em razão de uma primeira conduta realizada.

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA, o venire se insere na 'teoria dos atos próprios', segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente.

Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. A confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como Treu und Glauben, isto é, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes).

Assim, com esteio na lição de ANDERSON SCHREIBER, "a tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência." (os grifos não constam do original).

Nesse sentido, em tal contexto, não é admissível atentar **contra factum proprium**, pois resta clara a proibição de **venire contra factum proprium** que, na realidade, protege uma parte contra aquela que pretenda



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu, conforme o v. Acórdão, em parte ora transcrito, proferido em Recurso Especial nº 95.539/SP, de relatoria do Ilustre e Nobre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª (Quarta) Turma, julgado em 03.09.1996 e publicado em 14.10.1996, que: **"O direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (Menezes Cordeiro, Da Boa-fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior."** (o grifo não consta do original).

Portanto, adequada a vinculação das apelantes ao procedimento arbitral.

No mais, não merece acolhimento a alegação de que houve nulidade da sentença arbitral, sob a tese de que o fundamento adotado seria diverso daquele que foi arguida pelas partes, pois, como bem enfatizada pela r. sentença recorrida: **"Pelo que se depreende da análise da**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

documentação houve qualificação jurídica diversa atribuída à conduta das requerentes. Ou seja, não se alterou nem se inovou aspecto fático da discussão, mas apenas e tão somente se estabeleceu a correta (no entender o julgador) definição jurídica dos fatos, aplicando-se a consequência normativa a eles pertinentes, nada mais natural inclusive face ao antigo brocardo latino da mihi factum, dabo tibi ius, ou seja, os fatos é que devem ser descritos, aplicando o julgador o direito pertinente à matéria. Lembre-se, inclusive, que conforme a cláusula 14.6. o contrato seria interpretado e regido pelas leis do Brasil, devendo o tribunal arbitral aplicá-las no caso de conflito (fls. 262). Observe-se também que a própria cláusula contratual, na forma como foi redigida, não limitou o âmbito de cognição do conflito pelo tribunal arbitral, não se verificando, por isso, qualquer infração ao art. 32 inciso IV da Lei de Arbitragem. A cláusula foi expressa ao submeter à arbitragem "todos os conflitos oriundos ou relacionados a este instrumento". Importante lembrar-se também que em relação ao pedido, não decidiu o tribunal arbitral além ou fora dele, respeitando-o, independentemente da fundamentação adotada, razão pela qual também nesse aspecto não houve excesso viciante. Desta forma não se vislumbra qualquer decisão infundada ou em afronta a lei de regência da matéria." (os grifos não constam do original).

Ademais, conforme dispõe o artigo 18 da Lei nº 9.307/96, "O árbitro é o juiz de fato e direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário". Assim, pela interpretação sistemática e teleológica da lei da arbitragem, excepcionando o princípio do livre acesso à justiça ou inafastabilidade de jurisdição, o árbitro, julgador privado eleito pelas partes, tem liberdade para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreciação dos fatos, argumentos e teses que envolvem a contenda acerca de direitos disponíveis, razão pela qual sua adstrição são os fatos narrados, consubstanciados nos direitos disponíveis, e que determinaram a instauração do juízo arbitral e não o direito que a parte pretende ver aplicado ao caso concreto, razão pela qual imperioso reconhecer que à arbitragem também se amolda à teoria da substanciação e não da individuação, motivo pelo qual, com acerto e preciso a r. sentença especificou a aplicação da máxima "mihi factum, dabo tibi ius".

Sobre a aplicação do brocardo supracitado ("mihi factum, dabo tibi ius"), evidenciando a teoria da substanciação, o mestre José Joaquim Calmon de Passos, in "Comentários ao Código de Processo Civil", volume III, Editora Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, pág. 202, com invejável precisão, deixa claro que:

"Dêem-me os fatos que lhes darei o direito (da mihi factum dabo tibi ius), velho e conhecido brocardo que afirma saber o juiz o direito, apenas cumprindo às partes indicar-lhe os fatos e explicitar as conseqüências pretendidas. Isso significa não haver necessidade de o autor, como já visto, ser exato na indicação dos dispositivos legais aplicáveis, nem mesmo na nomeação correta da figura típica configurada pelo fato que narrou. O que lhe cumpre é narrar o fato com clareza e precisão e concluir postulando as conseqüências que desse fato juridicamente decorrem. Seu risco e seu erro é colocar mal os fatos ou concluir mal em relação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aos fatos que expôs." (o destaque não consta do original)

Assim sendo, tendo em vista que o dever da parte é narrar os fatos que norteiam o conflito de interesses, não se justifica a alegação de que houve violação ao devido processo legal e ao contraditório, sob o argumento de que a sentença arbitral motivou-se em fundamento jurídico diverso daquele que foi arguido ou questionado pela parte, pois, como dito, o que se faz necessário à adstrição, ou seja, efetiva vinculação do juízo arbitral às circunstâncias fáticas narradas, situação essa que, sem se adentrar ao mérito da atuação do juízo arbitral, não foi violada e tampouco as apelantes tiveram o condão de demonstrar no curso da lide.

Ademais, a vasta prova documental produzida demonstra que os demandantes tiveram, com observância ao princípio da isonomia, efetiva oportunidade para a demonstração de suas alegações e, como bem registrado na r. sentença recorrida: "A documentação ofertada pelas partes comprova de forma inequívoca a ampla possibilidade de arguição, discussão e impugnação. Na inicial não se vislumbra a indicação específica de ato que teria desrespeitado o direito de defesa das autoras. E isto ocorre exatamente porque em nenhum momento houve tal ofensa. Confirma-se a extensa documentação que acompanhou a contestação e que demonstra todo o caminho empreendido no procedimento arbitral, desde o ajuizamento até a conclusão por meio da sentença ora discutida. Na verdade, e de forma indireta, o



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que questionam as requerentes aqui é, mais uma vez, os fundamentos que levaram à decisão. E inconformismo com fundamentação não é passível de arguição enquanto cerceamento de defesa." (os grifos não constam do original).

Ainda mais, alegam as apelantes que a sentença arbitral não possui fundamentação.

Todavia, tal argumentação não possui sustentação, não passando, com a devida vênia, de mero inconformismo, pois basta a verificação da decisão arbitral, conforme fls. 86/226 e fls. 743/782 dos autos, para consignar que, dentro da discricionariedade e atribuição do juízo arbitral e sem se adentrar no mérito do que ali foi apreciado, que os fatos e argumentos deduzidos pelos envolvidos foram apreciados com zelo e com o cuidado necessário, mesmo porque, insista-se, sem se se adentrar ao mérito da atuação do juízo arbitral, não se vislumbra qualquer violação ao artigo 32 da Lei 9.307/96.

A cláusula compromissória foi avençada de forma escorreita, a arbitragem foi devidamente instituída e produziu seus efeitos nos limites próprios e perante aqueles que se encontram efetivamente envolvidos com a controvérsia, respeitou-se o contraditório e a ampla defesa, com o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 26 do referido Diploma Legal, inclusive, adstrita



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aos fatos narrados, razão pela qual de rigor a manutenção da r. sentença judicial recorrida que também, dentro dos limites próprios, de forma ordeira, pacificou o litígio e cumpriu com o escopo da jurisdição.

No que diz respeito ao arbitramento dos honorários, estipulados em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa, a qual, no momento da propositura da demanda foi atribuída a quantia de R\$ 92.982.672,00 (noventa e dois milhões novecentos e oitenta e dois mil seiscentos e setenta e dois reais), verifica-se que tal fixação pautou-se pelas disposições contidas no artigo 20, § 4º e desdobramentos contidos nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal, ambos do Código de Processo Civil. Todavia, apesar da aplicação da disposição legal relativa ao caso concreto, sua redução se impõe em face das circunstâncias e peculiaridades do presente feito.

Sobre o tema em análise, a orientação da jurisprudência é a seguinte, a saber:

"Nas causas em que não houver condenação pecuniária, os honorários advocatícios serão fixados em conformidade com o § 4º do art. 20 do CPC, dando-se particular atenção ao disposto nas alíneas a, b e c, do § 3º do artigo supracitado para que, dentro das particularidades do processo, o arbitramento seja equitativo. (RT 301/222)"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(v. RT 535/231)⁹ (os destaques não constam no original)

"Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do art. 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos" (STJ - REsp nº 226.030-SP - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo - DJU 16.11.99, p. 216)

Registre-se que a fixação dos honorários advocatícios dar-se-á pela apreciação equitativa do Magistrado, em que se evidencia um conceito não apenas de cunho jurídico, mas, também, subjetivo, pois representa um juízo de valor, efetuado pelo julgador, dentro de um caso concreto, mesmo porque, **"os tribunais não podem aviltar os honorários de advogado, que devem corresponder à justa remuneração do trabalho profissional; (...)" (STJ - AI 325.270-SP-AgRg - 3ª Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - DJU 28.05.01, p. 199).**

Desta forma, a verba honorária é ora fixada em 1% (um por cento) sobre o valor atribuído a causa devidamente atualizado, arbitrando esse que se justifica de modo a garantir remuneração condigna, levando-se em conta, inclusive, a complexidade do presente feito e dedicação do Douto Causídico da apelada, destacando-se pela qualidade de suas intervenções no feito, honrando, assim, adequadamente, a nobre e

⁹ Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, Costa Machado, Ed. Manole, 2006, São Paulo, pág. 321



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indispensável missão da atividade do Advogado, tudo sem perder de vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, dá-se parcial provimento ao recurso, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e característicos, sobrepondo-se parcialmente ao nome impresso.

Roberto Mac Cracken
Relator