

# REVISTA DE DIREITO CIVIL



CIDPI Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa

ANO VIII (2023), NÚMERO 4

TRIMESTRAL | € 22,90

DIRETOR: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

R D C

COMISSÃO DE REDAÇÃO:  
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO  
MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA  
PEDRO ROMANO MARTINEZ  
LUÍS MENEZES LEITÃO

2023: a esperada crise económica e financeira, decorrente da Guerra da Ucrânia, parece afastada. Todavia: a inflação mantém-se e os juros sobem, implicando uma readaptação do Direito privado. Problemas larvares, como a crise da habitação, saltam para o palco do debate político-partidário. Anuncia-se um “pacote” da habitação com uma severa recaída no vinculismo que, ainda há pouco, era criticado quase em unísono. Temas fraturantes, como a eutanásia, ocupam a classe política: há que (re)meditar sobre a vida e o seu valor. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, contra qualquer expectativa, sacrifica o direito à honra e ao bom nome a uma exacerbada liberdade de expressão, que não está posta em causa nas democracias do Ocidente, enquanto desampara os direitos patrimoniais dos pequenos investidores.

A História não progride: anda em círculos, de tal modo que os erros esconjurados renascem. A dogmática civilística, tomada como Ciência do Direito concretizada através de um método sistemático integrado – portanto: assente na História, no Direito comparado e na linguagem – enfrenta novos e exigentes desafios. Aceitamos. A *Revista de Direito Civil*, sem descurar a pesquisa básica, vai acompanhar as evoluções e as involuções do nosso ordenamento, oferecendo, à crítica, respostas para as dúvidas que inquietam os estudiosos e os práticos do Direito.



ISSN 2183-5535

ISBN 978-03-23-35535-3

ANO VIII (2023), N.º 4

REVISTA DE DIREITO CIVIL

ALMEDINA

## DOCTRINA

António Menezes Cordeiro, *Da propriedade privada: justificação e limites*

José Luís Bonifácio Ramos, *As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital*

António Sampaio Caramelo, *Arresto preambular da ação de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira*

José Gonçalves Machado, *Indisponibilidade dos créditos tributários e alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa do plano de recuperação*

Edson Kiyoshi Nacata Junior, *A transmissão da propriedade solo consensu e sua persistência no direito francês*

Davi Santana, *Communis opinio doctorum na arbitragem*

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Luísa Donini Leite / Jorge Morais Carvalho, *A boa-fé como critério para a avaliação do carácter abusivo de cláusulas contratuais gerais – Comentário ao Acórdão Nova Kredina Banka Maribor*

Índice do ano VIII (2023)

Critérios de publicação



REVISTA  
DE DIREITO CIVIL

Ano VIII (2023), 4

# REVISTA DE DIREITO CIVIL

Ano VIII (2023), 4

Diretor: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

## *Comissão de redação*

António Menezes Cordeiro

Miguel Teixeira de Sousa

Pedro Romano Martinez †

Luís Menezes Leitão

Proprietário: Instituto de Direito Privado – Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513 319 425

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.º 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Estatuto Editorial

<http://www.cidp.pt/Archive/Docs/f977968173669.pdf>

Consulta

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/revista-de-direito-civil/243/247/1/12>

Publicação: quatro números anuais

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Depósito legal: 289864/09

N.º de registo na ERC – 126651

## ÍNDICE

### DOCTRINA

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

*Da propriedade privada: justificação e limites* . . . . . 693

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

*As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital* . . . . . 753

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO

*Arresto preambular da ação de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira* . . . . . 765

JOSÉ GONÇALVES MACHADO

*Indisponibilidade dos créditos tributários e alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa do plano de recuperação* . . . . . 789

EDSON KIYOSHI NACATA JUNIOR

*A transmissão da propriedade solo consensu e sua persistência no direito francês* . . . . . 813

DAVI SANTANA

*Communis opinio doctorum na arbitragem* . . . . . 845

### JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

LUÍSA DONINI LEITE / JORGE MORAIS CARVALHO

*A boa-fé como critério para a avaliação do caráter abusivo de cláusulas contratuais gerais –  
Comentário ao Acórdão Nova Kreditna Banka Maribor* . . . . . 863

Índice do ano VIII (2023) . . . . . 875

Crítérios de publicação . . . . . 881

# DOCTRINA

# *Communis opinio doctorum na arbitragem*

DAVI FERREIRA AVELINO SANTANA\*

SUMÁRIO: *Introdução. 2. 2. Conceitos fundamentais da arbitragem: 2.1. Definição de arbitragem; 2.2. Princípios da arbitragem; 2.3. Vantagens e desvantagens da arbitragem. 3. 3. A communis opinio doctorum no contexto jurídico: 3.1. Definição do conceito; 3.2. Origem e evolução do conceito. 4. A influência da communis opinio doctorum na arbitragem: 4.1. A communis opinio doctorum na escolha de árbitros; 4.2. A communis opinio doctorum nas argumentações das partes; 4.3. A communis opinio doctorum na decisão do tribunal arbitral. 5. Pontos de atenção e desafios: 5.1. Viés e imparcialidade; 5.2. Manipulação da communis opinio doctorum; 5.3. Limitações e críticas. 6. Conclusão.*

RESUMO: A *communis opinio doctorum*, ou consenso dos doutores, é derivada do direito romano e se refere à opinião unânime dos juristas sobre uma questão legal. Na arbitragem, assim como no contexto jurídico, é utilizada através das doutrinas relevantes, que servem ao procedimento de várias maneiras. Desde a escolha dos árbitros, argumentação das partes e decisões do tribunal, pode servir como fonte de interpretação do direito, critérios e meios de garantir a uniformidade das decisões arbitrais. Entretanto, são feitas algumas considerações quanto potenciais temas de atenção no uso irrestrito da opinião comum.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Doutrina; Direito romano

SUMMARY: The *communis opinio doctorum*, or consensus of doctors, is derived from roman law and refers to the unanimous opinion of jurists on a legal issue. In arbitration, as well as in the legal context, it is used through the relevant doctrines, which serve the procedure in various ways. From the choice of arbitrators, argu-

\* Graduando em Direito na Universidade Católica do Salvador com intercâmbio na Universidade do Porto e extensão na Pontifícia Università Lateranense di Roma. Student Member do Chartered Institute of Arbitrators.

ments of the parties and court decisions, it can serve as a source of interpretation of the law, criteria and means of ensuring the uniformity of arbitration decisions. However, some considerations are made regarding potential issues of attention in the unrestricted use of common opinion.

KEYWORDS: Arbitration; Doctrine; Roman law

## 1. Introdução

Nem tudo que reluz é ouro. Do mesmo modo, nem todos os escritos são doutrinas. E indo mais longe, nem todas as doutrinas são *communis opinio doctorum*. Chama-se assim aquilo que é a opinião unânime dos juristas sobre uma questão legal, ou mesmo de especialistas de outra área que não o direito. Na arbitragem sua utilização pode se dar de várias maneiras.

O artigo tem como objetivo analisar o papel do tema na arbitragem, dividido em três partes. A primeira abordará os conceitos fundamentais para entender este instituto como método de resolução de disputas; a segunda apresentará a *communis opinio doctorum* no contexto jurídico; a terceira parte proporcionará discussões acerca da influência da opinião dos especialistas na arbitragem; e, por fim, serão apresentados alguns pontos de atenção e desafios para o tema.

## 2. Conceitos fundamentais da arbitragem

A arbitragem não é um instituto novo, registra-se seu uso já na antiguidade<sup>1</sup>. Mencionada em diversos textos históricos, como o Código de Hammurabi e o *Corpus Juris Civilis*, no Brasil a arbitragem foi regulamentada pela Lei n.º 9.307, de 1996, que estabelece as regras básicas para a sua realização. Por diversas vantagens, a arbitragem tem se tornado uma forma cada vez mais popular de resolução de conflitos<sup>2</sup>, sendo utilizada em diversos setores,

<sup>1</sup> “A doutrina refere que a prática arbitral já era conhecida na Mesopotâmia (3200 anos a.C.), na Grécia antiga, no Império romano, no Direito judaico, no Direito muçulmano, etc. A arbitragem foi ainda largamente praticada nas sociedades tradicionais africanas. A principal razão da origem bastante longínqua da arbitragem radica na sua dimensão profundamente humana, a qual corresponde a uma das aspirações naturais do homem: a necessidade de justiça” (DIAMVUTU, Lino. *O Favor Arbitrandum*: ensaio de uma teorização. 2019. 698 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 25-26).

<sup>2</sup> As pesquisas já conhecidas da comunidade arbitral brasileira, elaboradas pela professora Selma Ferreira Lemes, ilustra esse crescimento: “Em 2005, havia apenas 21 processos arbitrais, que tinham em

como fornecimento de bens e serviços, societário, construção civil e energia, empresarial, investimentos, *commodities* e esportes.

## 2.1. Definição de arbitragem

A arbitragem é um método alternativo de resolução de disputas que difere substancialmente do sistema judicial, principalmente por oferecer uma abordagem mais ágil e adaptável em comparação com o poder judiciário tradicional. Nesse processo, as partes envolvidas em uma controvérsia concordam em submeter a questão a um terceiro imparcial, que pode ser árbitro único ou, quando mais, formar um tribunal arbitral<sup>3</sup>, como alternativa a recorrerem a um tribunal estatal. Esse terceiro imparcial é escolhido pelas partes de acordo com as regras previamente acordadas na convenção de arbitragem ou de acordo com regras específicas da instituição selecionada<sup>4</sup>.

A decisão resultante da arbitragem, denominada sentença arbitral, é vinculativa e pode ser executada em jurisdições nacionais e internacionais. A arbitragem é frequentemente escolhida por sua eficiência e especialização dos árbitros, tornando-se uma alternativa atraente ao litígio judicial em uma ampla variedade de disputas. Além disso, sua capacidade de preservar a confidencialidade das disputas também é um atrativo, já que os procedimentos e documentos são geralmente mantidos em sigilo, proporcionando um ambiente discreto para as partes envolvidas.

jogo R\$ 247 mil. Uma década depois, em 2015, eram contabilizados 222 novos casos, somando R\$ 10,7 bilhões. Já em 2021 e 2022 foram registrados 658 novos procedimentos, em um total de R\$ 95 bilhões” (BARCELO, Joice. Arbitragem bate recorde com bilhões de reais em disputa. *Valor Econômico*, São Paulo, 08 set. 2023).

<sup>3</sup> Dos tipos de tribunais arbitrais constituídos em 2020 e 2021 no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, apenas 6,5% eram de árbitro único, enquanto 93,5% eram tribunais formados por mais de um árbitro (CAM-CCBC. Fatos e Números de 2020-2021. *Fatos e Números do CAM-CCBC*. São Paulo, 29 jul. 2022, p. 23). Já no ano seguinte, os tribunais de árbitro único representaram 10,87% e os tribunais formados por mais de um árbitro eram 89,13% (CAM-CCBC. Fatos e Números de 2022. *Fatos e Números do CAM-CCBC*. São Paulo, 06 jun. 2023, p. 20).

<sup>4</sup> Como será abordado mais adiante, as partes podem convencionar minuciosamente um procedimento feito *tailor made* para elas; nesse caso, será chamada de arbitragem *ad hoc*. De outro lado, chamamos de arbitragem institucional aquela que as partes convencionam submeter sua controvérsia à uma câmara arbitral, que já possui regras próprias aptas a conduzir o procedimento; por exemplo, a *International Court of Arbitration* da ICC, a CAMARB e o CAM-CCBC.

## 2.2. *Princípios da arbitragem*

É evidente que, como um método de resolução de disputas, a arbitragem é norteada por alguns princípios, que são cruciais para garantir a eficácia e a integridade do processo. Alguns dos quais estão expressos na Lei de Arbitragem (n.º 9.307), que, no parágrafo 2º do artigo 21, diz que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

O princípio da autonomia da vontade das partes está no centro da relação<sup>5</sup>, permitindo a determinação das regras e os detalhes que regerão a arbitragem. Significa que as partes têm o poder de determinar qual será a lei aplicável e como correrá o procedimento, o que oferece uma flexibilidade significativa para adaptar a arbitragem às necessidades específicas das partes.

O princípio da confidencialidade protege a privacidade dos *players* e das informações relacionadas ao litígio, incentivando a franqueza na troca de informações. Permite que as partes discutam suas preocupações de forma franca e aberta, sabendo que os detalhes da disputa não serão divulgados publicamente.

O princípio da imparcialidade e independência dos árbitros assegura que os terceiros que decidirão o litígio sejam desprovidos de qualquer interesse ou influência externa<sup>6</sup>. A imparcialidade significa que não podem ter qualquer interesse direto nas partes ou no resultado da disputa. Já a independência, os blindas de terceiros externos que influenciem suas decisões. Isso assegura que as deliberações sejam tomadas de maneira justa e livre, promovendo a confiança no sistema.

O princípio da igualdade das partes garante aos polos o direito de serem tratados com equidade ao longo da disputa. O tribunal deve garantir oportuni-

<sup>5</sup> O *caput* do artigo 21 da Lei de Arbitragem traz a possibilidade das partes em convencionar sobre o procedimento: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”.

<sup>6</sup> Uma característica deste princípio, que o diferencia dos demais, é sua natureza eminentemente ética, enquanto os outros possuem uma natureza processual. As exigências éticas que revestem a imparcialidade e a independência dos árbitros não devem ser descuidadas, pois poderão colocar a perder todo o procedimento. Nas palavras de José Miguel Júdece, “isso resulta também de (e em certa medida de forma perversa favorece) táticas e manobras que nalguns casos os advogados praticam tendo visto adiar o processo, complicá-lo ou arranjar argumentos para futura acção de anulação” (JÚDICE, José Miguel. *Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 2/2014, p. 835-860, set. 2014).

dades iguais para apresentação dos argumentos e evidências<sup>7</sup>. Não se admite uma das partes estar em desvantagem em relação à outra por benefício injustificado do tribunal ou dos demais participantes da organização do procedimento, como a secretaria ou a própria instituição arbitral.

O princípio da jurisdição arbitral concede autoridade ao tribunal para resolver a disputa de acordo com a lei escolhida pelas partes, tornando as sentenças arbitrais vinculantes e executáveis. No entanto, esse princípio também é o responsável por estabelecer a responsabilidade sobre os árbitros de aplicar corretamente a lei escolhida e o objeto delimitado, não permitindo extrapolações.

### ***2.3. Vantagens e desvantagens da arbitragem***

Há uma série de vantagens que tornam a arbitragem atraente para disputas comerciais e civis. Uma das principais é a respeito da especialização dos árbitros, escolhidos pela expertise e conhecimento em determinada matéria, que decidirão sob confidencialidade, a qual também é um atributo apreciado por quem deseja manter suas disputas longe dos olhos do público. E após finalizada, uma sentença arbitral é reconhecida e executável em jurisdições nacionais ou internacionais, facilitando a resolução de litígios transfronteiriços, oferecendo um grau significativo de segurança jurídica.

Além disso, a eficiência e a celeridade processual são notáveis, devido à capacidade das partes de personalizar os prazos e procedimentos, somada à dedicação do árbitro a uma quantidade baixa de casos, resultando em resoluções mais rápidas do que o convencional. Esse ponto tem ligação direta com outra vantagem, que é a possível redução de custos comparada ao litígio judicial. Apesar do valor empreendido para uma arbitragem saltar aos olhos à primeira vista, quando comparado ao valor gradativamente despendido durante anos no poder judiciário, pode apresentar um contraste consideravelmente positivo.

No entanto, há também desvantagens associadas à arbitragem, quando feita a ponderação da utilidade no caso concreto. Os custos iniciais podem ser significativamente altos, mesmo com o contraponto feito acima, abarcando a despesas dos árbitros e taxas administrativas. Para as partes que não estão familiarizadas com o sistema, a complexidade do procedimento arbitral pode causar

<sup>7</sup> O número 1 do artigo 12 do Regulamento de Procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial dispõe: “Observadas as disposições do presente regulamento, o tribunal arbitral poderá conduzir a arbitragem da maneira que considere apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em qualquer estágio da arbitragem, seja assegurado às partes o direito de serem ouvidas e lhes seja dada uma justa oportunidade de apresentar sua causa”.

um desconforto, especialmente quando as regras variam de acordo com a instituição escolhida e a lei aplicável.

Ao contrário dos tribunais judiciais, as sentenças arbitrais não criam precedentes vinculantes para casos futuros, ou seja, as partes não podem confiar irrefletidamente em decisões anteriores como referência para suas disputas<sup>8</sup>. Ainda no contraste com o poder judiciário, a falta de recursos coercitivos para forçar o cumprimento de sentenças arbitrais pode ser um desafio em casos de resistência da parte contrária, sendo, nesse caso, necessário recorrer a um tribunal estatal para sua execução<sup>9</sup>.

### 3. *A communis opinio doctorum no contexto jurídico*

#### 3.1. *Definição do conceito*

A *communis opinio doctorum* é um princípio do direito romano que significa “a opinião comum dos doutores”. A expressão latina pode ser lida como o consenso dos doutores e refere-se à opinião geralmente aceita ou à opinião predominante entre os especialistas ou eruditos em um determinado campo de estudo, especialmente no direito. Em outras palavras, no contexto jurídico, está se referindo a conformidade ou ao entendimento majoritário compartilhado por juristas, professores de direito e especialistas na área.

Para Judith Martins-Costa é “o atributo da autoridade doutrinária”; que reveste quem produz doutrina. E, por sua vez, entenda-se por doutrina, “não todo o escrito de um operador jurídico, não qualquer opinião publicada, mas

<sup>8</sup> Inclusive, pela confidencialidade do procedimento, sequer é dado conhecer o conteúdo das sentenças arbitrais, salvo duas exceções. A primeira é quando está envolvida a Administração Pública, que faz o sigilo dar lugar ao princípio da transparência e, assim, tornar pública as decisões no procedimento. A segunda exceção é quando as partes permitem que a instituição arbitral divulgue a sentença, com censura às identificações e quaisquer outras informações que possam permitir conhecer quem está envolvido na arbitragem. Para ilustrar esta última hipótese, que ainda é praticada de forma incipiente, confira-se o Banco de Sentenças Arbitrais organizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem.

<sup>9</sup> “O fato é que, apesar de esperarem aqueles que aderem à solução arbitral manter-se à margem da jurisdição estatal, haverá situações em que a tutela judicial será inevitável, eis que o árbitro, apesar de exercer atividade jurisdicional, não tem poderes coercitivos (estes continuam reservados, com exclusividade ao juiz togado)” (CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 51, p. 17-24, out. 1997, p. 17).

o conjunto dos escritos daqueles a quem é reconhecida (ainda que de forma difusa e não institucionalizada)” o referido atributo<sup>10</sup>.

### 3.2. Origem e evolução do conceito

A opinião dos jurisconsultos era o que originava o direito romano. Quando unânimes em vários pareceres (chamados de *responsa*) tinham força de lei e encontravam-se dispostas na segunda parte do *Corpus Juris Civilis*. O título desta parte era *Digesta seu Pandectae*, que significa “Resumos dos Jurisconsultos”. A doutrina no *Corpus Juris Civilis* é representada pelos escritos dos juristas romanos clássicos, como Ulpiano, Papiniano e Gaio. Esses juristas eram considerados autoridades em direito e seus escritos eram frequentemente citados pelos julgadores.

A importância da doutrina se dava pela sua função esclarecedora e interpretativa do direito, bem como pelo seu processo formativo, já que os juristas romanos eram frequentemente chamados a resolver situações complexas, portanto, seus escritos refletiam a aplicação prática do direito. Além disso, a doutrina era uma fonte de unidade. A *communis opinio doctorum* sobre determinado assunto vinculava todo o Império Romano, o que ajudava a garantir a homogeneidade dentro do domínio.

Olhando para a Idade Média encontra-se o *ius commune medioevale*, que foi mais um fenômeno doutrinário do que legislativo, embora possamos encontrar em quase todos os casos a ligação muito particular entre a interpretação do direito e a autoridade política. Esse fenômeno, que decorreu diretamente da *communis opinio doctorum* foi considerado na literatura como um sistema jurídico uniforme, aplicado universalmente nos tribunais de toda a Europa. Parte deste sistema foi preservado na legislação dos reis da Gália, Espanha, Norte da Itália e depois no Império Carolíngio. Aquilo que foi aceito e internalizado tornou-se em certos países até mesmo lei nacional, chancelada pela autoridade do poder (*ratione imperii*) ou pelo seu valor racional (*imperio rationis*)<sup>11</sup>.

Na modernidade, a opinião dos doutos assentou-se na Alemanha na forma conhecida como *Professorenrecht*, o direito advindo dos professores, os quais desempenham tradicionalmente um papel importante no desenvolvimento e

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 175.

<sup>11</sup> ŚWIĘCICKA, Paulina. *Communis Opinio Doctorum comme ius commune universale? Réflexions autour de l'idée de la culture juridique commune dans l'Europe médiévale et moderne*. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, Uniwersytet Jagielloński, vol. 03, p. 237-253, abr. 2010, p. 240.

sistematização da legislação alemã. Diga-se que é a construção de uma ponte entre a esfera político-jurídica e a vida social, que permite “revelar” normas à luz do espírito das próprias normas.

Com efeito, a doutrina foi excluída do rol das fontes do direito por muitos autores<sup>12</sup>, “alegando que, por maior que seja a dignidade de um mestre e por mais alto que seja o prestígio intelectual de um jurista, os seus ensinamentos jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juizes ou pelas partes”<sup>13</sup>.

Mas esse argumento não é o utilizado por Miguel Reale para rejeitar a doutrina como fonte. “Não o é, pelo simples fato de que ela não se desenvolve numa ‘estrutura de poder’, que é um requisito essencial ao conceito de fonte”<sup>14</sup>, pontua o autor, que mais adiante pondera que “o fato de não ser fonte de direito não priva, todavia, a doutrina de seu papel relevantíssimo no desenrolar da experiência jurídica”<sup>15</sup>.

Em que pese a doutrina não ser tida como uma das fontes do direito, isso não a coloca em posição de desprestígio ou puramente acessório. Na verdade, ela desempenha o importante papel de revelar o que foi produzido. E não só esse papel, que pode ser classificado como de relevância posterior à fonte; mas possui também a relevância anterior à fonte, quando, por causa da doutrina, a lei é alterada. É a doutrina “uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico”<sup>16</sup>.

Como uma metalinguagem, existem correntes doutrinárias acerca de considerar a doutrina como criadora ou não do direito. Já apresentada a primeira, há autores que a contrapõe<sup>17</sup>, asseverando que: “a doutrina, e quem a faz, tem a missão de criar o Direito, além da lei, da jurisprudência e do costume.

<sup>12</sup> Por exemplo, MAINEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7.ª ed. México: Editorial Porrúa, 1956, p. 114; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34; NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Madrid: Ediciones Rialp, 1962, p. 106; e DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5.ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucesor, 1979, p. 428.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>17</sup> Reconhecendo-a como fonte do direito, DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 285; CRETTELLA JÚNIOR, José. *Primeiras lições de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 139; DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1969, p. 108; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 88; VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 285; e SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Teoria do direito*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 118.

A diferença, e que nobre diferença, é que a doutrina nasce com a nota da altivez acadêmica, a independência do Estado e dos poderes humanos da época”<sup>18</sup>.

A doutrina serve de esteio tanto para os tribunais exercerem sua função quanto para os legisladores utilizarem o seu múnus de criar o direito. Cuide-se, no entanto, que não se encontra no rol da “decisiva influência dos autores reconhecidamente doutos” aquilo que são estudos elaborados para fins bastante específicos do interesse privado, como os pareceres *ad hoc*<sup>19</sup>.

Anota Carlos Maximiliano que o prestígio das doutrinas reside em serem “uniformes, duradouras, e confirmadas ou defendidas por jurisconsultos de valor, com assento no pretório, ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores”<sup>20</sup>. E acrescenta: “não bastam opiniões isoladas, individuais, nem tampouco os ensinamentos de jurisconsultos, sem distinção nenhuma; exige-se até algo mais do que a *communis opinio doctorum*: a doutrina consagrada, indiscutivelmente vitoriosa (*bewaehrte*), aceita por mestres de consolidado prestígio e reconhecida com petência”<sup>21</sup>.

Assim, a articulação do raciocínio jurídico, feita, dentre outros, pela doutrina, converge para o aperfeiçoamento do sistema legal. “Decerto, além de possibilitar a sistematização lógica do ordenamento jurídico, a doutrina contribui, no plano prático da experiência jurídica, para facilitar a tarefa de criação, interpretação e aplicação do direito, exercendo também uma relevante função crítica, ao propor a reforma das instituições jurídicas, como sucedeu, por exemplo, com a formulação da teoria da imprevisão contratual, a teoria do abuso de direito ou a teoria da função social da propriedade, que reformularam o modo de compreensão do direito liberal-individualista-burguês do ocidente”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revistas dos Tribunais*, vol. 891/2010, p. 65-106, jan. 2010.

<sup>19</sup> “Os estudos elaborados *ad hoc*, para satisfação de interesses privados, também não merecem o nome de doutrina. Acima se fez a exclusão da doutrina-parecer, com as necessárias ressalvas dos pareceres publicados em revistas e submetidos ao exame dos pares. Infelizmente, a queda dos custos editoriais fez com que grupos de interesse patrocinassem a publicação de livros monotemáticos, com textos elaborados sob a forma de artigos, mas essencialmente tendenciosos, como forma de produzir uma falsa impressão de que existe a *communis opinio doctorum* em torno de uma tese. Com isso, toda a doutrina cai em descrédito e perde um dos suportes de sua autoridade, a independência. Nem se esqueça de situações ainda mais vexatórias como a inclusão de pareceres sob a forma de capítulos inteiros em livros de formação de jovens juristas” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revistas dos Tribunais*, vol. 891/2010, p. 65-106, jan. 2010).

<sup>20</sup> SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 76.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>22</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 88-89.

#### 4. A influência da *communis opinio doctorum* na arbitragem

Existem dois pontos de vista principais sobre a *communis opinio doctorum*. O primeiro, é que é um princípio vinculante, ou seja, os juízes e árbitros devem seguir o consenso dos doutores, mesmo que discordem dele. Os defensores dessa corrente asseveram que a opinião comum dos especialistas é instrumento para garantir a segurança jurídica nas decisões. Quando os julgadores estão obrigados a seguir o consenso dos doutores, isso fornece aos litigantes uma maior confiança de que suas decisões serão consistentes com o direito.

Já o ponto de vista moderno é que a é um princípio orientador, ou seja, os julgadores podem seguir o consenso dos doutores, mas não são obrigados a fazê-lo. Fundamenta-se no princípio da autonomia da vontade, que permite às partes dispor livremente sobre o procedimento arbitral. Quando a *communis opinio doctorum* é utilizada com base na visão antiga, torna-se um limitador da autonomia dos juízes ou árbitros, fator que pode prejudicar a execução do processo ou procedimento, pois pode levar a decisões injustas ou incorretas.

##### 4.1. A *communis opinio doctorum* na escolha de árbitros

Diferentemente do juiz natural do Poder Judiciário, na arbitragem é comum as partes escolherem árbitros que sejam especialistas em áreas específicas do direito ou do comércio relacionadas à disputa. A escolha dos árbitros em um procedimento arbitral é uma característica fundamental deste método de resolução de disputas e o diferencia do sistema judicial tradicional.

A possibilidade de escolher árbitros permite às partes selecionar indivíduos por sua experiência e conhecimento na área em questão, o que pode incluir uma compreensão sólida da *communis opinio doctorum* sobre o objeto da arbitragem. Isso pode ser especialmente importante em casos complexos, nos quais a opinião dos especialistas é crucial para a resolução da lide.

Dessa forma, os árbitros que têm uma reputação de estar alinhados com a opinião comum em questões específicas podem ser vistos como mais confiáveis pelas partes, podendo influenciar o processo de escolha, pois elas poderão crer que esses árbitros são mais propensos a decidir de acordo com a opinião predominante. O que nem sempre é verdade. Nesta altura, já se acende o alerta para o risco de viés de confirmação, onde as partes buscam árbitros que apenas reforcem suas posições.

#### 4.2. *A communis opinio doctorum nas argumentações das partes*

Após a escolha dos árbitros, depois de instaurada a arbitragem, as partes apresentam argumentos e evidências perante o tribunal para apoiar sua posição. Novamente a opinião comum dos doutores encontra lugar, agora na fase em que pode ser usada como uma fonte de arguição para sustentar uma interpretação contratual ou legal específica. Pode envolver a apresentação de doutrinas já consolidadas sobre o tema ou pareceres de um ou mais especialistas feitos *tailor made* para o caso, que compartilham uma visão comum sobre a questão.

A relação entre arbitragem e a opinião comum dos doutores envolve, principalmente, o uso desta como fonte de orientação para aquela, sobretudo quando as disputas versam sobre interpretação dos contratos. Citar a opinião comum dos especialistas como parte da argumentação jurídica é válida a fim de fortalecer a credibilidade das alegações, demonstrando que a interpretação proposta está alinhada com a visão predominante na área.

Se houver uma opinião comumente aceita entre os especialistas sobre determinada matéria, os árbitros podem usá-la como orientação ao tomar suas decisões, seja para ajudar a clarificar o caso ou elucidar em outras palavras aquilo que o tribunal já vem alinhado. A opinião comum também pode contribuir para formar uma *ratio* mais coerente em casos similares. No entanto, e seja lembrado com ênfase: a decisão final ainda é uma prerrogativa do tribunal arbitral, que deve pesar essa opinião junto com outras evidências e argumentos apresentados pelas partes ou colocá-la de lado por diversos motivos que a tornam inútil ao caso concreto.

#### 4.3. *A communis opinio doctorum na decisão do tribunal arbitral*

O consenso dos especialistas em determinado assunto pode ser utilizado pelo tribunal como fonte de interpretação do direito, ou mesmo de questões técnicas<sup>23</sup>, como critério de justiça e equidade, quando assim se mostrar necessário analisar, e como meio de garantir a uniformidade das decisões arbitrais.

<sup>23</sup> Seja ressaltado que a *communis opinio doctorum* não está restrita apenas ao âmbito do direito. Existe a ideia de consenso dos especialistas também de outras ciências que não a jurídica. Isso revela-se especialmente importante na arbitragem, pois um dos atrativos deste método é a possibilidade da disputa ser resolvida por técnicos, que vivenciam o objeto da lide. “É preciso convir, porém, que é quase impossível conceber uma causa a decidir que não tenha algum fundo jurídico, ainda que envolva questões técnicas relacionadas a outras áreas do conhecimento: discutir vícios construtivos naturalmente evoca conhecimento técnico da área de engenharia, mas dificilmente será possível escapar da interpretação das cláusulas contratuais, da averiguação de prazos prescricionais, da fixação de limites à

Mostra-se relevante porque, em muitos casos, os tribunais e as autoridades legais consideram a opinião dos especialistas como uma fonte importante de orientação. Em situações complexas ou controversas, a sua utilização como argumento convincente pode ser decisiva para apoiar uma interpretação específica da lei ou para sustentar um ponto de vista.

No entanto, é importante observar que a *communis opinio doctorum* não é uma regra absoluta e pode haver divergências de opinião entre os especialistas. Além disso, a aceitação ou rejeição da opinião dos especialistas depende do contexto e da jurisdição específica. Em alguns casos, um tribunal pode optar por seguir uma opinião minoritária se a considerar mais convincente ou apropriada à situação. Em todo caso, “livre convencimento não se confunde com arbítrio, de forma que deve o julgador fundamentar a sentença, explicando os motivos de seu convencimento, como forma de possibilitar as partes o controle da decisão”<sup>24</sup>.

## 5. Pontos de atenção e desafios

Como tudo, existem pontos de atenção e críticas a considerar quando se utiliza essa abordagem no curso do procedimento, tanto para as partes quanto para os árbitros. A *communis opinio doctorum* não significa que determinado entendimento é unânime entre os especialistas, tampouco uniforme. É possível haver divergências em detalhes que permitam até mesmo duas interpretações na mesma opinião.

### 5.1. *Viés e imparcialidade*

Os árbitros devem analisar cuidadosamente as evidências apresentadas pelas partes e considerar as diferentes perspectivas. Devem também decidir o quão persuasivas são as opiniões dos especialistas trazidos. Nem todas as opiniões têm o mesmo peso, o que levará a um balanceamento de crédito entre respei-

responsabilidade dos contratantes e de tantas outras questões tipicamente jurídicas; discutir erro médico, da mesma forma, envolve conhecimentos típicos da área médica, mas virado à baila certamente as cláusulas contratuais, as obrigações de meio, os limites da previsibilidade, o dever de informação, as consequências da negligência, o limite da responsabilidade de hospitais e clínicas, tudo isso ligado ao Direito” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 236).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 298.

tabilidade, fundamentação, coerência com o sistema jurídico e próprio caso concreto.

Embora a opinião comum possa ser fonte útil de orientação, os árbitros devem abordá-la com cuidado, considerando todas as evidências apresentadas e mantendo sua independência e imparcialidade na tomada de decisões. A escolha do árbitro pela sua expertise em determinada área não o autoriza influenciar-se em demasia a ponto de ignorar o universo em que é situado o procedimento arbitral em detrimento de uma visão focada numa abordagem dita consensual.

Para mitigar os riscos de imparcialidade e preservação do procedimento, é importante que as partes, ao selecionar árbitros, considerem critérios objetivos, como a experiência e a expertise dos candidatos, em vez de escolher com base apenas na conformidade com uma opinião específica; que os árbitros revelem possíveis conflitos de interesse; e que o tribunal como um todo mantenha a imparcialidade, garantido igualdade entre os *players*.

## 5.2. *Manipulação da communis opinio doctorum*

Por conseguinte, as partes podem ser tentadas a citar apenas as opiniões de especialistas que apoiam sua posição ou que melhor se encaixem em sua estratégia, ignorando opiniões divergentes. Isso pode ser visto como uma tentativa de manipulação, podendo prejudicar a sua credibilidade perante o tribunal. Portanto, é importante que identifiquem e apresentem a abordagem predominante, mas estejam cientes das divergências e saibam como abordá-las.

Outro ponto de atenção é a descontextualização. Ao utilizar a opinião comum “como uma colcha de retalhos”, as partes podem não fornecer o contexto completo das lições dos especialistas. Tal fato pode levar a uma compreensão inadequada por parte do tribunal arbitral, já que os entendimentos podem ser mais complexos do que simplesmente concordar ou discordar.

No mesmo sentido, os entendimentos podem variar entre diferentes jurisdições e culturas. O que é considerado comum em uma região pode não ser o mesmo em outra, criando um desafio na aplicação do que poderia ser uma opinião comum em casos internacionais<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Para elucidar o uso da arbitragem envolvendo contratos, partes ou árbitros internacionais, veja-se o crescimento dos seguintes números: (i) em 2020, houve 32 arbitragens envolvendo contratos internacionais em 6 câmaras brasileiras, já em 2021, foram 49 arbitragens envolvendo contratos internacionais em 4 câmaras; (ii) em 2020, houve a participação de 152 árbitros estrangeiros em 6 câmaras, subindo, em 2021, para 296 árbitros estrangeiros em 6 câmaras (LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2020/2021, *Portal Migalhas*, 18 out. 2022).

### 5.3. *Limitações e críticas*

Mesmo que um árbitro seja selecionado com base em sua afinidade com a opinião comum de uma das partes, o tribunal arbitral deve garantir que todos no procedimento sejam tratados de forma equitativa e que todas as evidências e argumentos sejam considerados imparcialmente. É fundamental que as partes, os árbitros e o tribunal estejam cientes dessas preocupações e tomem medidas para garantir a integridade da arbitragem.

A indicação de um indivíduo para compor um tribunal arbitral com base na sua participação na *communis opinio doctorum* tem consequências diretas no andamento do procedimento. Algumas das quais podem ser positivas, enquanto outras podem levantar preocupações.

## 6. Conclusão

Em geral, a *communis opinio doctorum* é bastante útil na arbitragem. Sem olvidar da necessidade de estar ciente dos seus pontos de atenção e usá-la de forma responsável.

O primeiro impacto potencialmente positivo é a especialização: se um árbitro é escolhido por sua experiência e conhecimento em questões específicas relacionadas à disputa, o andamento do procedimento pode ser acelerado, pois já estará mais familiarizado com os problemas técnicos ou jurídicos abordados.

O segundo é a eficiência: um árbitro que compartilha a opinião comum das partes pode entender melhor os argumentos e posições desde o início, facilitando a resolução eficiente da disputa.

O terceiro é um maior grau de uniformidade sobre algumas interpretações: se o árbitro já estiver alinhado com a interpretação legal predominante, é provável que haja menos conflitos sobre a aplicação de leis e regulamentos, sobretudo quanto envolver normas de Direito Internacional Privado, o que pode economizar tempo no procedimento.

De outro lado, existem também preocupações potenciais. A primeira é a percepção de parcialidade: a escolha de um árbitro com base na *communis opinio doctorum* das partes pode criar uma percepção de que ele já possui uma inclinação antes mesmo de ouvir o caso e prejudicar a confiança das partes, ou, ainda, fazer com que a parte contrária veja a escolha do árbitro como injusta e estar menos disposta a cooperar no procedimento, situação que pode ensejar atrasos e conflitos adicionais.

A segunda é a possibilidade de conflitos de interesse: se o árbitro tiver fortes vínculos com a opinião comum ou com as partes que o escolheram, pode

levantar preocupações legítimas sobre conflitos de interesse, entrando numa possível quebra de imparcialidade.

A terceira é acerca da complexidade das questões: dependendo das obscuridades nas esferas técnicas ou jurídicas em disputa, um árbitro alinhado com uma corrente intransigente pode ser menos disposto a considerar argumentos inovadores ou perspectivas alternativas, o que pode limitar a flexibilidade do procedimento.

Dessa forma, o uso da *communis opinio doctorum* nas manifestações das partes em procedimentos arbitrais pode ser uma estratégia eficaz para fortalecer argumentos e persuadir o tribunal arbitral. Entretanto, é importante fazê-lo de forma ética, apresentando uma visão justa e completa da opinião dos especialistas e reconhecendo as limitações e possíveis críticas associadas a essa abordagem. Além disso, as partes devem estar cientes de que a opinião comum pode não ser tão comum quanto pensam, quando se leva em consideração a cultura jurídica e o contexto do caso.