

Os institutos da autonomia da vontade e da ordem pública e suas implicações nas arbitragens reguladas pela Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/96)

The institutes of autonomy of will and public policy and their implications in the arbitrations regulated by the Brazilian Arbitration Law

Leandro Antonio Godoy Oliveira¹

Ricardo Soares Stersi dos Santos²

RESUMO

A arbitragem é uma das opções à resolução de litígios, cuja utilização nos últimos anos tem aumentado de forma gradativa como alternativa ao Poder Judiciário. A escolha do método da arbitragem é o exercício regular de um direito diretamente relacionado ao instituto da autonomia das partes, realizado por pessoas interessadas, que encontra limitação no princípio da ordem pública, na lei e nos costumes. O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a moderna concepção dos institutos da autonomia da vontade e da ordem pública, bem como suas implicações na aplicação dos dispositivos da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96).

ABSTRACT

The arbitration is one of the options to resolve a dispute, which use in the last years has increased gradually as an alternative to Judiciary. The choice of the arbitration is a regular exercise of a right related with the autonomy of the parties made by the interested people, limited by the principle of public policy, law and mores. The goal of the present work is to analyse the modern conception of the institute of the autonomy of will and public policy, as well as their implications for the implementation of the provisions of the Brazilian Arbitration Law (Law n.º 9.307/96).

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; autonomia das partes; Ordem Pública;

KEYWORDS: Arbitration; Autonomy of the parties; Public policy.

1. Introdução

O princípio da autonomia da vontade, com origem no Direito Romano, de acordo com Gonçalves (2009, p.29) expressa à liberdade dos cidadãos para contratar, podendo fazê-lo com quem quiserem, estabelecendo o direito que desejarem e sobre a matéria que elegerem, criando, assim, livremente, o conteúdo do negócio jurídico.

Essa ampla liberdade contratual está embasada na ausência de interferência do Estado, podendo as partes celebrar ou não contratos, assim como fazer as combinações que melhor servirem para orientar a relação negocial entre elas.

Por outro lado a ordem pública atua como o principal elemento limitador do exercício da autonomia da vontade. Se as partes são livres para estabelecer o negócio jurídico é preciso que essa liberdade seja exercida dentro de determinados parâmetros aceitos, fazendo com os limites da liberdade sejam condicionados por aspectos sociais, morais, econômicos e jurídicos estabelecidos historicamente dentro de cada Sociedade.

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos que têm as suas características principais definidas pela aplicação dos dois institutos: autonomia da vontade e ordem pública.

Também na arbitragem, a liberdade preconizada em diversos aspectos da sua utilização sofre as limitações advindas da aplicação da ordem pública.

No presente trabalho pretende-se apresentar os aspectos principais da autonomia da vontade e da ordem pública quando da sua incidência sobre a Lei 9307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem).

2 – A Autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, apesar da sua origem no Direito Romano, teve seu auge durante o período do liberalismo, decorrente dos postulados econômicos (Adam Smith e os fisiocratas franceses e ingleses) e jurídico/morais (Kant).

Stuart Mill (1991) preconizava uma liberdade ampla para o indivíduo, reconhecendo, entretanto, a primazia do interesse da Sociedade sobre determinadas matérias.

Para Kant (2004, p. 75):

[...] Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode Coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível.

Cabe ao direito, segundo Kant (2004, p. 74) exercer a limitação da liberdade do indivíduo tendo como parâmetro central “[...] à condição da sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal”.

Bobbio (1997, p. 62), ao discorrer sobre a autonomia da vontade para Kant, conclui que se trata da “[...] faculdade de dar leis a si mesmo.”

A euforia pela liberdade foi exaltada pelos revolucionários franceses, inclusive no âmbito contratual, cristalizada no art. 1134 do Código Civil Francês: “*se font ext’eux une loy d’exécuter ce qu’ils promettent*” (tradução livre: “os contratantes estabelecem entre si uma lei de executar o que prometem”).

Para Noronha (1994, p. 66) o princípio da autonomia da vontade pensado no liberalismo vai sofrer modificações porque “[...], o culto pela liberdade estava levando a consequências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria”.

Ocorre que, na contemporaneidade, a liberdade na qual se centra o princípio da autonomia da vontade vem perdendo força, diante da limitação da faculdade de contratar e de não contratar, isto porque os cidadãos são compelidos a contratar alguns serviços, sejam eles públicos ou privados, para viver em Sociedade (ex.: licenciamento veículo, seguros, energia elétrica, água, etc.), além de encontrarem limitações na escolha do órgão com quem querem contratar, como resultado da limitação dos serviços públicos aos regimes de monopólios.

Além das limitações mencionadas acima, Gonçalves (2009, p. 23) irá apontar uma terceira restrição, qual seja: “o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) sofre também, hodiernamente, limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva [...]”.

Houve uma alteração relevante nos limites de aplicação do princípio da autonomia da vontade, especialmente no âmbito da elaboração de negócios jurídicos, após o final da primeira e da segunda Guerra Mundial, em decorrência da alteração da ordem econômica

mundial, o que adveio, especialmente, do impacto resultante da maior intervenção do Estado sobre a liberdade contratual.

Noronha (1994, p. 71-72) identifica que o elemento primordial na transformação da ideia de autonomia da vontade se deve ao fenômeno da massificação (inclusive contratual) “[...] próprio do processo capitalista progressiva concentração industrial e comercial [...]” que gerou a técnica dos contratos uniformes e das cláusulas gerais. O Estado modificou a sua conduta e passou a atuar de forma mais presente no sentido de, por meio do Direito, buscar equacionar a distribuição de poder entre as partes, criando mecanismos de equilíbrio e de correção da igualdade, tais como os princípios e regras aplicáveis as relações de consumo, aos contratos de adesão, etc.

Segundo Noronha (1994, p. 111-116) a autonomia da vontade própria do liberalismo foi atualmente substituída pela ideia da autonomia privada que “[...] consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, **quando possível**, os seus interesses [...]”. (grifo nosso)

Na visão liberal, a autonomia da vontade preconizava a ideia da manifestação livre das partes, determinando as relações jurídicas, sem a imposição praticamente de qualquer limite por parte do Estado. O seu fundamento principal era a liberdade do indivíduo, numa perspectiva do homem individualmente tomado como fonte do direito.

Atualmente, conforme destacado no início do presente trabalho, não se pode mais conceber a autonomia de maneira absoluta e intocável, merecendo atenção os atos de intervenção do poder Estado.

Para Castro (1999, p. 443), inexistente autonomia da vontade. O que existe é uma liberdade autorizada e delimitada pelo Direito. A liberdade se exerce em espaços determinados pela lei, onde o elemento volitivo do indivíduo se movimenta criando, modificando e extinguindo relações jurídicas.

Strenger (1968, p.51) apresenta a autonomia da vontade como sendo “[...] esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito [...]”. Reconhece, entretanto, e já vertendo para a orientação contemporânea, a existência de diversos limites estabelecidos pelo Estado e impostos a esse poder.

No tocante a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996), a proteção à autonomia da vontade está prevista no parágrafo primeiro do artigo 2º, cujo texto está

disposto no sentido de autorizar as partes a escolher de forma livre as regras aplicáveis à solução de suas controvérsias, devendo preservar, por obrigatório, a ordem pública e os bons costumes: *“poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”*

Além da Lei 9.307/1996 que estabelece as regras centrais para que as partes acordem sobre as condições da arbitragem é preciso destacar o disposto no artigo 421 do Código Civil Brasileiro, o qual atribuiu a necessidade de preservação da função social do contrato. A redação dada pelo legislador, imbuído da nova visão de autonomia da vontade das partes indica que: *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

Nesse sentido, válido destacar a posição de Silva (2005, p. 53) sobre o tema:

Ao mesmo tempo em que o Código reorganiza o atuar dos sujeitos de direito confirmando-lhes a ampla liberdade de contratar, já assentada em base constitucional, também disciplina as obrigações e responsabilidades pelo uso desta liberdade, ainda que não expressamente desejadas pelas partes, por força dos ditames da boa-fé objetiva. À liberdade impõe-se a responsabilidade.

Nota-se, portanto, que o princípio da autonomia da vontade é protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Aponta, também, que o legislador brasileiro, no mesmo sentido de diversos países que utilizam a arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos³, permite que as partes regulem seus interesses da maneira que mais lhes interesse, encontrando, todavia, limite na lei e na ordem pública que orientam a vida em coletividade.

3. A importância do princípio da autonomia da vontade para a arbitragem

A arbitragem é um instituto de solução de conflitos autônomo e independente da jurisdição estatal, sendo que a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96), segundo Barral (2000, p. 87), “[...] foi bastante liberal, tanto ao incorporar os princípios mais atualizados da

³ “Este princípio tem reconhecimento de tal forma amplo em todos os sistemas nacionais de direito internacional, ao ponto de poder mesmo ser considerado como um costume internacional ou como um ‘princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas’ (no contexto do artigo 38 (3) do Estatuto da Corte Internacional da Justiça) ou como um elemento chave da *lex mercatoria*. A aceitação do princípio (embora talvez não de seus exatos limites ou modalidades de aplicação) é verdadeiramente universal que, segundo alguns autores, sempre que as partes tiverem escolhido o ‘direito’ ou ‘normas aplicáveis’, a questão do direito internacional privado (a ser aplicado) pelo árbitro foi implicitamente solucionada, de tal forma que seria supérfluo tentar determiná-la.” (LALIVE, 1990, p. 25)

arbitragem internacional, quando no sentido de legitimar a autonomia da vontade das partes [...]”.

Conforme Santos (1999, p.113):

Temos que dois princípios são pilares básicos do juízo arbitral, como instituição, porque dão sustentáculo a sua concepção desde sua formulação teórica, sua instauração e sua instrumentalidade: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da boa-fé.

Nesse mesmo sentido, Cahali (2013, p. 105) salienta em quais aspectos o princípio da autonomia da vontade é prestigiado na Lei Brasileira de Arbitragem:

É prestigiada a autonomia da vontade na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno dessa opção. Assim, estabelecem quem e quanto será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazos, locais para a prática dos atos, eventual restrição para apreciação de medidas de urgência ou tutelas antecipadas sem ouvir a parte contrária etc.) Até mesmo as regras de direito que serão aplicadas podem ser definidas pelas partes, podendo convencionar que a arbitragem se dará por equidade, ou ‘se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio’ (art. 2, §§ 1º e 2º, da Lei 9.307/1996), com limites a serem oportunamente tratados.

Entre as possibilidades de eleição pode-se destacar:

a) a possibilidade de escolha da arbitragem, mediante a celebração de convenção de arbitragem válida. A convenção de arbitragem, no Brasil, poderá assumir tanto a forma de uma cláusula compromissória quanto a de um compromisso arbitral. A convenção de arbitragem válida produz um duplo efeito quanto às partes e quanto ao objeto do conflito nela contemplado: afasta a competência dos órgãos do Poder Judiciário quanto ao mérito do conflito e atribui tal competência ao árbitro. Por outro lado a escolha da arbitragem também limita o alcance da sentença arbitral, fazendo com que esta somente produza efeitos diretos em relação às partes que fizeram a eleição válida da arbitragem e em relação a matéria para a qual foi atribuída competência ao árbitro. A escolha da arbitragem, por meio da convenção de arbitragem, faz surgir um acordo de vontades de natureza contratual e processual. A natureza

contratual está expressa na manifestação de vontade das partes em escolher a arbitragem como o meio que empregarão para resolver o conflito. Já a natureza processual emerge do fato de que a convenção de arbitragem é um contrato atributivo de competência jurisdicional. A jurisdição do árbitro para atuar e decidir o conflito advém da convenção de arbitragem válida. Nesse sentido, a convenção de arbitragem é um pacto que se assemelha a cláusula de eleição de foro, pois ambas são atributivas de competência jurisdicional. A diferença principal, entretanto, é que a cláusula de eleição de foro diz respeito à atribuição de competência jurisdicional entre órgãos do Poder Judiciário, restringida pelas regras jurídicas de competência territorial. Dessa forma, na cláusula de eleição de foro não há escolha do julgador e sim do órgão (foro) a quem se atribui a competência jurisdicional. Na convenção de arbitragem o pacto celebrado entre as partes atribui a competência jurisdicional a um julgador privado, elegendo o próprio julgador ou a sua forma de escolha em momento posterior.

b) a possibilidade de escolha da matéria arbitrável. O princípio da autonomia aponta no sentido de que as partes elegem, livremente, na convenção de arbitragem, o conteúdo que desejam submeter à decisão do árbitro. Entretanto não são todas as matérias que podem ser resolvidas por meio de arbitragem. A Lei 9.307/96 deixa claro quais são as matérias que podem ser submetidas a julgamento por árbitro: são questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis que são aqueles mesmos direitos em que as partes podem transacionar quanto ao seu conteúdo ou, ainda, renuncia-los. Dessa forma pode-se afirmar que as partes podem eleger livremente, dentro do campo dos direitos patrimoniais disponíveis, a matéria que será submetida ao juízo arbitral. As questões sobre a não arbitrabilidade da matéria objeto do conflito podem ser suscitadas e discutidas pelas partes tanto durante a arbitragem quanto em processo judiciais. O comum é que a questão seja suscitada por uma das partes no processo arbitral e, caso não seja acolhida pelo árbitro, seja objeto de ação de nulidade da arbitragem (ou de embargos à execução) a ser apresentada perante o Poder Judiciário, após proferida a sentença arbitral.

c) a possibilidade de escolha do árbitro ou da sua forma de escolha faz com que as partes busquem um julgador que seja adequado para o conflito. Essa adequação do árbitro pode se refletir na competência técnica quanto a matéria objeto do conflito, buscando julgadores especializados na matéria, como em relação a confiabilidade do árbitro, elegendo julgadores com expressivo perfil de imparcialidade e de justiça dentro da Sociedade. Ainda que a Lei Brasileira de Arbitragem preveja que qualquer pessoa pode ser árbitro, existem duas restrições

importantes. Uma é dada pela própria lei já que o árbitro celebra, com as partes, relação de cunho negocial se comprometendo, normalmente mediante remuneração, a empregar os seus melhores esforços para produzir um resultado: a sentença arbitral. Essa relação celebrada entre as partes e o árbitro faz com que a escolha do árbitro tenha que necessariamente recair em pessoa capaz de celebrar contratos. A outra restrição é de cunho social. São escolhidos como árbitros pessoas socialmente reconhecidas pelo seu conhecimento técnico e/ou pelo senso de justiça. Dessa forma, em regra, um círculo muito pequeno de pessoas é escolhido para ser árbitro gerando uma tendência natural de repetição (quanto mais sou escolhido como árbitro, mais reforça a forma como sou visto socialmente - competente e/ou justo – fazendo com que mais vezes eu venha a ser escolhido, no futuro, como árbitro). Tal fenômeno já ocorre no Brasil onde um grupo relativamente pequeno de pessoas é escolhido para as principais arbitragens aqui realizadas. Normalmente são professores universitários e/ou advogados especializados de grandes escritórios, formadores de opinião por meio de obras acadêmicas, alguns com experiências anteriores em julgar (ex magistrados, desembargadores, ministros de tribunais superiores).

d) a possibilidade de escolha do direito aplicável diz respeito tanto as regras do procedimento arbitral quanto do direito que será utilizado para apreciação do mérito do conflito. A escolha das regras de procedimento, permite a eleição de um procedimento que seja adequado aos interesses das partes. Dessa maneira as partes podem escolher um procedimento com maior ou menor grau de informalidade; o tempo de duração do processo; os meios de prova que serão admitidos; a admissibilidade ou não de recursos; o estabelecimento de esferas recursais arbitrais, etc. Já no que tange a escolha do direito de fundo, aplicável ao mérito do conflito, as partes podem escolher, inicialmente, se a arbitragem será de direito ou de equidade. Quando a escolha das partes recair em regras de direito também definem se vão aplicar a lei substancial de um determinado Estado ou de vários Estados; os princípios gerais de direito; a *lex mercatoria*; os usos e/ou os costumes. A possibilidade de escolha do direito de fundo do litígio é muito relevante principalmente nas arbitragens internacionais, onde existem elementos transfronteiriços que incidem sobre aspectos vitais da relação jurídica submetida ao árbitro, tais como: nacionalidades distintas entre as partes; cumprimento de relações contratuais para além das fronteiras de um único Estado; necessidade de cumprimento transfronteiriço da sentença arbitral, etc.

e) a possibilidade de atribuição de sigilo na arbitragem faz com que as partes possam atuar no procedimento de resolução de conflito sem se preocupar tanto com os seus demais papéis

sociais ou com os possíveis efeitos decorrentes da existência do processo, já que as questões conflituosas suscitadas ao longo da arbitragem não podem ser reveladas por quem atua no processo. Costumeiramente a arbitragem é sempre sigilosa sendo que a confidencialidade poderá ser quebrada mediante um acordo de vontade entre as partes. Apesar da Lei Brasileira de Arbitragem nada dispor a respeito do assunto opina-se que o costume prevaleceria neste caso, sendo as arbitragens no Brasil, em regra, sigilosas. As partes tem, entretanto, autonomia para suprimir a confidencialidade, mediante acordo de vontades.

Como já se indicou, em que pese a importância dada a autonomia de vontade das partes na arbitragem, esta não é absoluta, sofrendo as restrições decorrentes da atuação do Estado na proteção da Sociedade. Como indica Castro (1999, p.443) “[...] a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode-se mover em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível.”

Não há dúvidas, entretanto, em relação à grande liberdade que as partes dispõem no que tange à eleição de aspectos essenciais da arbitragem, notadamente quando se estabelece uma comparação com a pouca (ou quase nenhuma) liberdade de que dispõem na forma judicial. Destaca-se, entretanto, que essa liberdade é controlada por limites determinados e impostos por cada ordenamento jurídico, sendo comum que o principal elemento restritivo seja a ordem pública.

4. A ordem pública e suas principais características

A ordem pública é uma ideia difundida nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados soberanos. Pressupõe a existência de regras, valores e princípios fundamentais nas ordens jurídicas, sejam elas internas ou internacional, que não podem ser afastados quando do exercício da função jurisdicional pelo Estado ou, ainda, da autonomia privada pelas partes. Essas regras, valores e princípios fundamentais são modificáveis de acordo com as transformações ocorridas na Sociedade e são identificados sempre dentro de um contexto histórico.

Costa e Pimenta (1999, p. 375) reconhecem a dificuldade em se definir ordem pública, para quem “[...] não é esta ou aquela regra de Direito, mas sim um conjunto dessas regras, podendo também significar princípios a serem deduzidos pelo julgador ou interessado.” confirmando o fato de que se trata de ideia com um conceito relativamente incerto.

No entendimento de Gonçalves (2009, p. 24), a doutrina procura estabelecer uma diretriz para definição de ordem pública:

A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho; enfim, 'as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos'.

Strenger (1968, p. 119) também encontra certa dificuldade em estabelecer um rol de regras, valores e princípios definidos para compor a ideia de ordem pública:

A ordem pública não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos. A verdade é que cada Estado estabelece a sua ordem pública, e os tratados internacionais porventura existentes não têm força jurídica, a não ser em virtude da adesão dos Estados.

Para Santos (1999, p. 392) a ordem pública:

[...] reflete os interesses jurídicos e morais fundamentais que o Estado decide preservar, em determinado momento, razão pela qual as normas jurídicas que a implementam revestem-se do caráter de imperatividade absoluta, ou seja, não podem as partes afastar a sua aplicação.

Não há como se negar que a ordem pública é uma ideia jurídica imbuída de relatividade e instabilidade, podendo cada Sociedade constituí-la conforme a transformação das condições sociais, culturais, morais, econômicas e políticas vivenciadas em um determinado período de tempo específico, motivo pelo qual não se mostra possível atribuir um conceito fixo e imutável para o instituto em análise.

Verificada essa indefinição em conceituar a ordem pública, até porque suscetível de variações de uma Sociedade para outra e de geração para geração, deve o julgador (seja ele um juiz ou um árbitro), no momento de interpretação do direito aplicável ao caso concreto, atentar-se para a ordem pública contemporânea, afastando a aplicação de normas contrárias.

É possível classificar a ordem pública em interna (ou doméstica) e internacional. A ordem pública interna/doméstica atua no controle da autonomia da vontade no que tange à

celebração de negócios jurídicos contrários as regras, princípios e valores fundamentais do ordenamento jurídico de determinado Estado, sendo instituto oriundo do Direito Romano (*privatorum conventio juro publico non derogat legal*).

Já a ordem pública internacional tem um conteúdo mais incerto. Atua na regulação dos atos praticados no estrangeiro que devem produzir efeitos jurídicos no território de outro Estado soberano como, por exemplo, a sentença arbitral estrangeira. Para a doutrina⁴, dentre as principais fontes da ordem pública internacional se destacam: os Tratados Internacionais e as regras de direito internacional privado, previstas em cada ordenamento jurídico.

O aspecto internacional da ordem pública visa, portanto, evitar a criação de anomalias e antinomias, bem como permitir que os Estados exerçam o controle de sua soberania legislativa, conforme Dolinger (2005, p.423)

A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional, a fim de garantir a continuidade e fluidez de comércio internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados.

Assim, é possível concluir que a locução (ordem pública) funciona como o instrumento de defesa do conjunto de regras, de princípios e de valores havidos como essenciais por certa Sociedade em um determinado momento histórico. A ordem pública é a base para compreensão e para a integração da ordem jurídica (seja interna ou internacional). A partir dela é possível interpretar os fundamentos de justiça de uma determinada Sociedade, num determinado tempo, seja para a análise da justiça do processo ou para a justiça vinculada ao mérito da decisão.

Tal postulado encontra-se contemplado no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que trata especificamente da não aplicação de norma estrangeira, seja ela regra ou princípio, que viole à ordem pública brasileira: *“As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”*

⁴ Por exemplo: COSTA; PIMENTA, 1999, p. 376-378; SANTOS M., 1999, p. 392-394; STRENGER, 1996, 213-215; NAÓN, 1998, p. 80-83.

Assim, a ordem pública, apesar de seu conceito indefinido e mutável é deveras importante para proteção das regras, valores e princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos, atuando como instituto basilar para manutenção da ordem e da unidade do Direito.

5. A ordem pública na Lei de Arbitragem Brasileira

Aqueles que optam por utilizar a arbitragem como uma alternativa ao Poder Judiciário devem observar a existência de mecanismos, no ordenamento jurídico, que servem para conduzir e impor limites a liberdade de escolha, apresentada como a principal virtude da arbitragem.

A importância da adequação com a ordem pública é apresentada por Gaspar (2009, p. 199) que destaca a ordem pública como “[...] instrumento de salvaguarda do ordenamento jurídico interno e das normas imperativas do foro, visando proteger as liberdades públicas e fundamentais de toda pessoa e do próprio sistema político do Estado.”

A ordem pública, entretanto, não é o único limite ao exercício da autonomia da vontade na arbitragem.

Não obstante a ausência de uma definição exata sobre o conceito de ordem pública, não há dúvidas sobre a força imperativa desse instituto na arbitragem, sendo preceito que exige sua integral observância sob pena nulidade da convenção de arbitragem, do processo arbitral e/ou da decisão arbitral proferida.

Na visão de Mateos e Costa (2011, p. 81), a ordem pública limita a autonomia da vontade das partes no seguinte sentido:

Não se duvida, portanto, que a autonomia da vontade, princípio sobre o qual se assenta a atividade arbitral, encontra na ordem pública limitação intransponível (certamente, resoaria inconcebível que princípios e valores comunitários pudessem ver-se postergados em prol de exclusivos interesses particulares), enunciado que embora de tranquila assimilação teórica vê-se muito frequentemente submetido a duros testes de concreta operacionalização, exata e precisamente porque a carência de fixos pressupostos de fato para a delimitação do seu conteúdo sujeita o cotejo a um complexo conjunto de elementos.

No mesmo sentido, Gonçalves (2009, p. 23) afirma que:

O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, que resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes.

No tocante à limitação a autonomia da vontade das partes em estabelecer livremente seus contratos, dispõe o artigo 2035 do Código Civil que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”.

Buscando explicitar de que forma a aplicação dos princípios de ordem pública, como elementos de controle da arbitragem, irão atuar, destaca-se sua operacionalidade em diversos momentos da Lei Brasileira de Arbitragem como, por exemplo:

A) Na delimitação da arbitrabilidade do litígio, previsto no artigo 1º, o qual possui um aspecto subjetivo, definindo por quem pode ser parte de uma arbitragem (pessoas capazes para contratar), e o aspecto objetivo do conflito, ou seja, das questões que podem ser objeto de resolução de conflito por meio da arbitragem (direitos patrimoniais disponíveis). Verificando o árbitro que a matéria não é arbitrável, quer porque não versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, quer porque não foi indicada pelas partes na convenção de arbitragem, deverá encerrar a arbitragem por meio de sentença arbitral sem resolução do mérito. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que qualquer das partes não possuir a arbitrabilidade subjetiva.

B) Na delimitação dos requisitos formais e materiais para que seja celebrada uma convenção de arbitragem válida, previsto nos artigos 4º, § 1º e 2º, 9º e 10 da Lei 9.307/96. As referidas exigências visam finalidades distintas. O artigo 4º, § 1º e o 9º exigem que a convenção de arbitragem seja escrita (documento público ou particular) buscando facilitar a comprovação do conteúdo da manifestação de vontade das partes, como a eleição da arbitragem e de outras escolhas admitidas pela ordem jurídica, bem como a identificação de quem realiza tais escolhas (quem são as partes que se vinculam a tais escolhas). O artigo 4, § 2º leva em conta a disparidade de poder existente entre determinadas classes de partes (aderentes em contratos de adesão) para fixar regras distintas para a celebração de cláusula compromissória. Por fim o

artigo 10 estabelece os requisitos materiais necessários para a validade do compromisso arbitral (sem os quais o compromisso é nulo). Também nestas hipóteses, verificando o árbitro que não estão presentes os requisitos formais e materiais da convenção de arbitragem, que se constitui no instrumento de atribuição de competência do árbitro para julgar o mérito do conflito, deverá julgar extinto (por sentença) o processo arbitral sem a resolução do mérito.

C) Na escolha do árbitro. Como já informado, ainda que as partes possam escolher livremente o árbitro essa escolha só será válida se verificadas alguns elementos, tais como: o árbitro seja pessoa capaz de contratar (afastando todas as modalidades de incapazes), conforme o artigo 13; o árbitro seja reconhecido como imparcial, garantindo-se a possibilidade de um julgamento imparcial para as partes, materializando, dessa forma, um dos princípios de justiça processual que regulam qualquer modalidade de processo (inclusive o processo arbitral), nos termos dos artigos 13, § 6º e 21, § 2º. Também se constitui norma de ordem pública aquela que estabelece o voto de qualidade para o presidente do tribunal arbitral, quando a decisão for colegiada e vier a ocorrer impasse na tomada de decisão (artigo 24, § 1º).

D) Na indicação do direito aplicável. Ainda que as partes possam escolher livremente se a arbitragem será de direito ou de equidade (artigo 2º) e, em caso de escolha da arbitragem de direito, efetuar a eleição do direito de fundo aplicável ao mérito do litígio (artigo 2º, §§s 1º e 2º) o próprio artigo 2º, § 1º (fine) aponta que tal escolha só é aplicável se não violar a ordem pública. Caso as partes não exercitem a escolha direta do direito aplicável ao mérito do conflito, tal escolha é delegada ao árbitro. Também a escolha do árbitro não poderá recair em normas contrárias a ordem pública. O mesmo se dará no que tange ao direito aplicável ao procedimento arbitral. O artigo 21 estabelece a regra da eleição livre pelas partes quanto às regras do procedimento. Caso não o façam, indiretamente autorizam o árbitro para que o faça (artigo 21 § 1º). Os demais parágrafos do artigo 21 (§§ 2º ao 4º) já mencionam elementos de ordem pública processual que devem ser seguidos no procedimento, pouco importando qual foram às regras procedimentais adotadas. Estabelecem que o procedimento arbitral não deverá violar os princípios do contraditório; da igualdade das partes; da imparcialidade do árbitro; do livre convencimento; permitir que as partes sejam postulem, se desejarem, por meio de advogado, pouco importando o momento em que a representação ocorrer no processo; a necessidade de se buscar a conciliação das partes no processo, substituindo-se a possibilidade de uma decisão impositiva por uma decisão de consenso. É importante destacar que além dos artigos apresentados a partir da Lei 9.307/96, existem outros princípios de justiça processual e de aplicação do direito de fundo que não podem ser alijados na arbitragem. Os dispositivos

contemplados na Lei de Arbitragem Brasileira são apenas alguns exemplos de regras, princípios e valores que compõem a ordem pública que não podem ser excluídos pela escolha diversa realizada pelas partes. Nas hipóteses em que as regras de direito escolhidas pelas partes (sejam as que regulam o procedimento ou as que se aplicam ao mérito do litígio) violem a ordem pública, caberá num primeiro estágio, ao árbitro, afastar a aplicação daquelas ou promover sua adequação aos limites previstos na ordem pública. Caso o árbitro não o faça, abrirá a possibilidade para que as partes busquem os órgãos do Poder Judiciário visando reconhecer a nulidade das decisões proferidas pelo árbitro que tenham sido fulcradas em regras contrárias a ordem pública.

Confirmada, portanto, que a ordem pública controla de forma direta as escolhas feitas pelas partes destaca-se que tal controle deve ser realizado, por primeiro, pelo árbitro (princípio competência-competência) seguindo, em um segundo momento, pela análise final dos órgãos do Poder Judiciário, seja por meio das ações de nulidade da arbitragem (previstas no artigo 33), seja por meio de embargos à execução, nos casos de sentenças arbitrais condenatórias que passaram a etapa de cumprimento de sentença (artigo 33, § 3º) ou, ainda, nos casos de sentenças arbitrais estrangeiras, seja por meio da impugnação no procedimento de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais estrangeiras (artigo 39, inciso II)

No tocante à análise da (in)validade da sentença arbitral, especificamente em relação àquela de origem internacional, determina o art. 39, II, da Lei 9.307/1996⁵ que a sentença estrangeira que violar o princípio da ordem pública nacional será considerada nula, devendo o exame ser realizado pelo magistrado brasileiro, podendo, ainda, ser deduzido por provocação da parte que se sentir prejudicada.

Tal dispositivo legal encontra respaldo no artigo V, inciso 2, letra b, da Convenção da Nova Iorque, do qual o Brasil é signatário.

Além do art. 39, II, da Lei 9.307/1996, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2005, dispôs, por meio do artigo 6º da Resolução 09/2005, que: “[...] não será homologada

⁵ Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofenda a soberania ou a ordem pública”.

Ainda no que se refere à limitação da autonomia da vontade das partes na escolha da arbitragem como método para solucionar os conflitos que as envolvam, destaca-se o posicionamento de Almeida (2005, p. 68):

A ordem pública é apenas um dos critérios disponíveis para delimitar-se a fronteira entre os litígios objetivamente arbitráveis e os inarbitráveis. A exclusão do campo arbitral, “a priori”, de todos os litígios que digam respeito a matéria de interesse da ordem pública é uma opção legislativa excessivamente radical, depreciativa da arbitragem como instituição e descrente da capacidade e aptidão dos árbitros para atuarem no sentido de preservação e tutela do interesse público, da legislação imperativa e dos princípios básicos do ordenamento jurídico. É uma opção que, levada a ferro e fogo, reduziria em muito a viabilidade da adoção da arbitragem como mecanismo efetivo de resolução de litígios, dada a vastidão do campo das regulamentações de caráter cogente, bem como das matérias legislativas sensíveis à ordem pública.

Considerando que o ordenamento jurídico regula as situações em que a arbitragem não pode ser utilizada como meio para resolução das controvérsias, bem como a inegável competência do Poder Judiciário para análise da validade das sentenças arbitrais internacionais, mostra-se importante elucidar que o atual posicionamento dos tribunais sobre a ordem pública é utilizá-lo apenas como exceção e não como regra.

Isso por que, no que tange à análise da legalidade das sentenças arbitrais estrangeiras, poucos são os casos em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recorreu à necessidade de proteção de ordem pública para negar sua homologação, evidenciando sua utilização não como limitação, mas como instrumento de controle da nulidade ou não do procedimento ao se deparar com as ideias centrais de justiça, protegidas na ordem jurídica brasileira.

6. Conclusões

Por todos os motivos aqui expostos, a ordem pública não deve jamais ser encarada como obstáculo à arbitragem. Atua, em verdade, como uma forma de limitação e de controle da autonomia de vontade das partes, impedindo que por meio da arbitragem possa vir a

ocorrer, por conveniência ou conivência das partes e do árbitro, a violação de alguns dos interesses e valores fundamentais, albergados na ordem jurídica brasileira num dado momento histórico. O elemento central do controle da arbitragem pela ordem pública e evitar que a arbitragem seja realizada em bases que ofendam o sentido de distribuição de justiça aceita pela Sociedade, fato que poderia gerar repulsa e o descrédito quanto a sua utilização como uma sistemática de resolução de conflitos.

É importante lembrar que a ordem pública atua como instrumento de controle em todas as modalidades jurídicas de resolução de conflitos, diante do interesse primário da Sociedade em relação aos meios que são utilizados para se promover a pacificação social.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2005.

BARRAL, Welber. *Arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB Editora, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. 4ª Ed., Brasília : Editora Unb, 1997.

BRASIL. Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem, prescrição e ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 245-257, 2011.

CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional privado*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/96. In CASELLA, Paulo Borba (Coordenador). *Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional*. 2ª Ed., São Paulo : LTR, 1999, p. 187-196.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. Brasília, *Revista de informação legislativa*, v. 23, nº 90, abril de 1986, p. 205-232.

_____. *Direito internacional privado: (parte geral)*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa : Edições 70, 2004.
- LALIVE, Pierre. Ordem pública transnacional e arbitragem internacional. Conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral. *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*. n.º 1, p. 25-60, 1990.
- MATEOS, Antônio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no Direito brasileiro e Hispano-Americano. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30. p. 61-100, 2011.
- NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden publico y arbitraje. In PUCCI, Adriana Noemí (Coordenadora). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo : LTR, 1998.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- SANTOS, Francisco Claudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In CASELLA, Paulo Borba (Coordenador). *Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional*. 2ª Ed., São Paulo : LTR, 1999.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi. Arbitragem e acesso à justiça. *Revista Sequência*, n.º 53, p. 253-267, 2006.
- SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*. WALD, Arnaldo (Coord.), volume 5, 2005.
- STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. 2ª Ed., Petrópolis : Editora Vozes, 1991.
- STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1968.