

ARBITRAGEM, REGULAÇÃO E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA: LIMITES DA AUTONOMIA DAS VONTADES

*ARBITRATION, REGULATION AND PUBLIC RULES:
LIMITATION OF AUTONOMOUS WILL*

Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão

Procurador Federal da AGU

Especialista em Direito Econômico pela FGV – RJ e em Direito do Estado pela UERJ

Master of Law pela University of Connecticut e mestre e Doutorando em Direito

da linha “Estado e Direito: Internacionalização e Regulação” pela Universidade

Gama Filho – RJ

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem, Direito Aplicável e Ordem Pública; 2 Regulação e Normatização; 3 Arbitragem, Normas de Regulação e Ordem Pública; Referências.

RESUMO: A doutrina internacional vem destacando a importância da arbitragem na solução dos conflitos, especialmente para a composição das questões internacionais no atual momento de globalização com corporações transnacionais. O grande relevo reside na possibilidade de fixação de regras que disciplinem o procedimento, reforçando assim a autonomia das vontades. Entretanto, o diploma brasileiro que cuida da arbitragem, seguindo padrões existentes em outros países, estabelece limites a tal autonomia diante da impossibilidade de superação das regras de ordem pública. Neste ponto ocorre o encontro da globalização com a regulação, onde diversos setores conterão normas de ordem pública para respeito de direitos fundamentais da sociedade, limitando a autonomia das vontades na arbitragem. Este artigo procura investigar o significado de norma de ordem pública, associando aos conceitos da regulação de forma a estabelecer os limites da autonomia da vontade na arbitragem de matérias submetidas à regulação.

PALAVRAS-CHAVE Arbitragem. Regulação. Autonomia das Vontades. Ordem Pública.

ABSTRACT: The international doctrine stands out the importance of arbitration in the conflicts solution, especially for the arrangement of international issues in the actual moment of globalization with transnational corporations. The biggest focus lives in the possibility of convention fixation to fix the procedure, reaffirming the autonomous will. However, the Brazilian statutes which attach arbitrations rules, according worldwide standards, establish limits to the autonomy as the impossibility of surpass public order policy. In this point, arbitration and regulation meet in many sectors that will have public order rules seeking the respect of fundamental society rights, boarding autonomous will in arbitration. These paper searches the investigation of the meaning of public order commandment, associating the concepts of regulation to establish the autonomous will's limit in the arbitration of subjects dominated by regulation.

KEYWORDS: Arbitration. Regulation. Autonomous Will. Public Order.

INTRODUÇÃO

Desde a última metade do século XX o mundo tem experimentado uma nova ordem mundial, caracterizada pela multilateralidade, internacionalização das relações políticas e comerciais e por uma crescente integração dos valores econômicos e morais entre os países, com as empresas e atividades não mais se limitando às fronteiras tradicionais.

Em verdade da evidente intensificação das relações internacionais, os Estados soberanos não mais podem ou conseguem resolver certas questões e possíveis conflitos do modo tradicional ou unilateral, o que estimulou o aparecimento das mais diversas organizações voltadas para a cooperação e a toma de decisões em bloco. Não por outro motivo, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO¹ afirmou que “as organizações internacionais assumem um aspecto dialético, uma vez que diminuem o poder do Estado nas relações internacionais e, ao mesmo tempo, são utilizados pelos Estados para reforçarem o seu próprio poder”.

A solução pacífica de controvérsias passou a ser o principal ponto dos processos de integração e de regulamentação de setores comerciais de interesse multilateral já que seria inviável todo este processo de integração e de solução das grandes questões internacionais pelos mecanismos majoritariamente utilizados. Na verdade, impréstáveis as formas tradicionais para disciplina dos inevitáveis litígios, a começar pela questão da autoridade responsável e das normas aplicável.

Mesmo porque, as atividades transacionais utilizam comportamentos próprios, exigindo uma novel investigação jurídica. Nesta esteira, por todos TEPEDINO², assevera que:

Hoje, os conglomerados empresariais transnacionais tornaram-se os protagonistas não estatais da vida econômica mundial, concentrando um poder gigantesco. Tais empresas buscam planejar a sua atuação e disciplinar o seu relacionamento recíproco valendo-se de regras próprias de conduta, que não se confundem com as leis de qualquer Estado Nacional, mas que antes representam praxes aceitas pelos agentes do mercado em que atuam.

1 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 88.

2 TEPEDINO, Gustavo. Constituição e Globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord). *Anuário: direito e globalização, 1: a soberania / dossiê*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 187.

Neste campo fértil carecedor de novas sementes, ressurgiu a arbitragem como a boa prática alternativa, extrajudicial, de pacificação e solução dos interesses em controvérsia. Em campo negocial encontra largo espaço já que versa sobremaneira acerca de direitos patrimoniais e disponíveis. Recorrendo aos conceitos clássicos de fundamentação da arbitragem haverá nos negócios o consenso das partes que lançam as bases para que terceiro (ou terceiros) estranho à controvérsia possa atuar, na confiança das partes divergentes, como árbitro.

Mas, a questão que emerge em alguns cenários específicos submetidos à regulação estatal e sobre a escolha das normas aplicáveis diante das restrições da ordem pública, notadamente em razão dos próprios fundamentos da atuação regulatória.

1 ARBITRAGEM, DIREITO APLICÁVEL E ORDEM PÚBLICA

Como se disse, a internacionalização da economia brasileira e a globalização dos mercados incrementada nos últimos momentos do século XX pôs o país em contato com uma outra realidade. Não por outro motivo, na maioria dos países, sobretudo nos de economia mais desenvolvida, a arbitragem já desempenhava um papel relevante como meio extrajudicial de solução de disputas comerciais, seja no plano interno, seja no internacional.

Além dos fenômenos da globalização e da integração dos povos que contribuíram decisivamente para a compreensão das motivações que valorizaram a arbitragem, também se mostrou fundamental neste processo de revitalização as demandas sobre a efetividade ligada ao princípio do acesso à justiça.

A partir daquela realidade internacional e negocial, bem como as questões sobre o acesso à justiça, todos os estudiosos e demais envolvidos na prática do direito e, sobremaneira, os agentes econômicos expostos a essa novel realidade passaram a reclamar por modificações no quadro normativo brasileiro para reconhecer e disciplinar tal possibilidade, o que de fato veio a ocorrer com a promulgação da Lei nº 9.307, em 1996.

Dentre as diversas regras extraídas da positivação da Lei de Arbitragem destaca-se a própria possibilidade de escolha das regras, leis e normas de regência para a sua realização, como um corolário natural da autonomia das vontades que caracteriza os fundamentos do direito

privado. Na lei nacional, tal possibilidade é deduzida da redação do art. 2º da Lei:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º 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.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Na verdade, tal previsão consagra o Princípio da Autonomia das Vontades como afirmou TARCÍSIO ARAÚJO KROTZ³:

A arbitragem contratual, na realidade, não é uma instituição jurídica organizada pelos legisladores, mas fruto do Direito obrigacional. Trata-se de expressão máxima da autonomia da vontade ao permitir que as próprias partes, assim, como regulamentaram a formação de seu negócio jurídico, solucionem as suas pendências através da forma e procedimento que melhor lhes aprouver. As partes poderão estabelecer critérios particularizados, porque conhecem melhor do que ninguém sua realidade litigiosa, no dizer de Betti, o 'momento dinâmico da ordem jurídica.

Entretanto, na forma da própria norma positivada em nosso ordenamento, tal método de solução encontra-se restrita à solução de questões afetas aos direitos disponíveis, considerando que, na forma explícita do §1º citado, o instituto esbarra com limitações nas questões de ordem pública.

Tanto a possibilidade de sua convenção como a restrição aos direitos disponíveis são periodicamente recordados em casos levados ao Poder Judiciário, inclusive envolvendo empresas estatais, como se ilustra pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA⁴:

Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem

3 KROTZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

4 BRASIL, STJ – 2º. turma, REsp 612439/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, p. DJU - 14/9/2006.

eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. [...] 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

Apartir dalimitação prevista na lei específica, todas as considerações no emprego do instituto demandam a fixação da conceituação sobre as normas de ordem pública, mormente para conhecimento da aplicação da arbitragem nos mercados regulados diante dos avanços empresariais na realidade internacional.

Procurando tal conceituação, CARREIRA ALVIM⁵ em obra especificamente destinada ao tema, aponta que a “a ordem pública importa na precedência do interesse geral, público ou social sobre o individual, estando ligada aos valores sociais vigentes num determinado momento histórico”. Portanto, já nesta visão vestibular, as normas de ordem pública, emanadas tanto no campo do direito interno como no de direito internacional, representam a fixação dos princípios indispensáveis para organização dos aspectos da vida social e estatal.

Por tal sentido já se verificaria que a composição da cláusula compromissória não daria às partes envolvidas ampla liberdade. Justo o oposto, estariam tolidos pelos interesses públicos presentes no ordenamento, aí incluído as regulamentações definidas em nome daquele interesse.

Na mesma esteira DE PLÁCIDO E SILVA⁶ define genericamente o sentido da ordem pública como aquela “situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.

Assim sendo, naquele conceito estão abrangidas todas as normas definidoras de regras e princípios que mantenham a singularidade das instituições de determinado país, usualmente aceitas e não apenas

5 ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 57.

6 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

toleradas, e igualmente definindo as características de cada mercado. Consequentemente não se pode conceber que determinados setores sejam baseados unicamente em vetores universais e globais, mas sim submetidos a conceitos de determinada sociedade e em determinada época. Deste modo, a formulação de tal premissa trata de um conceito localizado e temporal. É neste caminho que tal conceito de ordem pública pode ser analisado sob a perspectiva interna estando ali as regras que não poderão ser elididas pela vontade das partes.

Destarte, o professor JACOB DOLLINGER⁷ destaca que “o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado”. Como usual nos países da tradição do *civil law* como o Brasil, tais normas estarão arquetipadas nos códigos e demais normas positivadas pelo legislador nacional, integradas pelos princípios explícitos ou implícitos que serão deduzidas pelos interessados no caso concreto.

Entretanto, nos mercados regulados a resposta a tal pergunta não será limitada aos óbvios elementos de ordem pública contida no código ou nas leis. Setorialmente, a partir do controle estatal e os predicados da regulação, é exigido outros elementos para a definição daqueles elementos limitadores da vontade sobre as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem.

2 REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO

Cediço que o instituto da ‘Regulação’ tem sua origem no campo das ciências econômicas, marcante destacada a partir dos questionamentos ao liberalismo econômico e do conseqüente Estado Mínimo, quando não mais era satisfatória a visão da mão invisível que conduziria ao bem estar da sociedade. “Na realidade, a introdução do termo ‘regulação’ no discurso dos juristas é relativamente novo”, como acentua ANDRÉ-JEAN ARNAUD⁸. Foram os novos fundamentos da disciplina econômica que exigiram do aparelho estatal a assunção de novas funções de intervenção, ainda que em diversas intensidades.

7 DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

8 ARNAUD, André-Jean. O Direito Contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3

Com isto, a própria história das atividades do Estado e sua atuação na sociedade fizeram que este assumisse a função regulatória em alguns campos, ganhando, conseqüentemente, contornos jurídicos. O choque entre as características do Estado Mínimo e do Estado do Bem-Estar Social impôs aos doutrinadores vários questionamentos básicos, destacando-se, *ab initio*, o fundamento para a maior atuação governamental.

As mais diversas motivações particulares de cada nação e seu momento histórico levaram o Estado a determinar qual a gama de setores privados regulados per se, mas, a verdade é que cada setor submetido ao poder regulatório possui seus próprios fundamentos específicos, muitos determinados pela evolução daquele segmento na vida privada dos países e seus cidadãos e na capacidade e/ou necessidade de atuação direta estatal.

Neste ponto, além da motivação econômica para cada setor, reconhece também a história fundamentos sociais. Sinteticamente comparando, a 'Regulação Econômica' busca, entre outros objetivos, suavizar as falhas de mercado pela formulação de normas de conduta. Paralelamente, na 'Regulação Social' o Estado intervém em atividades econômicas onde existem bens meritórios, tais como fartamente repetido na história, saúde e educação.

No Brasil, o aparecimento mais claro desta missão regulatória acompanhou a evolução da burocracia estatal, sendo que os órgãos mais marcantes desta função ganham estabilidade institucional a partir da reforma administrativa iniciada na década de 60. Consolidam-se neste momento, o CADE, o Banco Central do Brasil - BACEN e a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, por exemplo, antecedendo as atuais Agências Reguladoras independentes.

Os motivos geradores do aparecimento de cada um destes órgãos são variantes e derivam sempre de uma análise conjuntural feita naquele momento. Como ilustra Marcos Juruena Villela Souto para algumas motivações:

[...] nas hipóteses em que não for conveniente ou viável a flexibilização do monopólio ou concentração, a proteção do consumidor e do mercado será feita através do órgão regulador, encarregado de atenuar os malefícios da restrição da competição.⁹

9 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 293.

O fato é que houve a produção de uma distinta forma de intervenção do Estado, não mais para a execução direta de serviços, mas sim para controle. Tanto assim que Simone Nunes Lahorge afirma sobre este mecanismo:

A intervenção do Estado no domínio econômico deve ser considerado como a ação econômica do Estado imposta pela realidade que lhe atribui crescente regulamentação e fiscalização da própria atividade privada que exorbitava os limites da liberdade de iniciativa, bem como, em paralelo, pelas demandas sociais que passaram a exigir mais do que o poder econômico privada podia atender.¹⁰

No particular deste estudo, a atividade securitária é ditada pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, em substituição às antigas normas da virada da década de 40 com seu modelo centralizador, tratando do mercado de seguros como um todo. Em todas estas premissas normativas extrai-se algumas características básicas, sendo que, no estudo das normas regedoras do seguro e sua atividade comercial, sobressalta seu aspecto financeiro como uma das partes fundamentais vez que representa uma forma de economia popular.

Desta forma, vista a atividade do seguro não apenas como um contrato individual, pelo qual a seguradora assume o risco de outra pessoa em troca da devida remuneração, mas com os olhos na totalidade de contratos realizados e obrigações assumidas, exigindo das sociedades a constituição das impositivas reservas, imperiosa a conclusão que as atividades desenvolvidas pelas sociedades de seguro representam uma clara forma de captação de poupança popular.

Com isto, há muito deixou o seguro de ser pensado apenas no plano individual, para ser tratada como uma das facetas do sistema financeiro dos países, merecendo, por via de consequência, toda uma sorte de tratamento adequado de forma a evitar maiores perdas ao mercado ou à economia.

Diante desta inevitável conclusão, as diversas legislações elaboradas no mundo preocuparam-se também com a participação dos entes seguradores na economia nacional, não fugindo o Brasil a tal condição. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil

10 NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 27.

de 1988 reconheceu a participação da atividade securitária no cenário financeiro do País, consagrando a colocação da atividade dentro do título referido como Da Ordem Econômica e Financeira (título VII – artigos 170 a 192 CRFB).

Deve-se sempre destacar que, o dispositivo constitucional, além de determinar que a lei mencionada deveria tratar não só das sociedades que atuem diretamente na comercialização, mas também do órgão governamental que passará a exercer a fiscalização e regulação daquelas próprias sociedades e das atividades securitárias dentro do território nacional. Por este motivo, o Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹¹ ali reconheceu que “tem-se, pois, além de um regimes privado, de Direito Comercial, regulador das relações de coordenação entre segurados e seguradores, um regime administrativo, que rege as relações de ambos com o Estado, nitidamente subordinativas”.

Mesmo a reforma constitucional operada pelas Emendas Constitucionais nº 13 e 40 não retirou a substância da atividade securitária do sistema financeiro nacional. Neste particular, a atividade securitária é tida internacionalmente como um segmento financeiro, sujeitando-se, portanto, aos conceitos da *Regulação Econômica*. Assim, a regulação surge como uma das principais ferramentas de atuação estatal, reconhecendo que, se uma das características no funcionamento das economias de mercado é a liberdade de atuação dos agentes econômicos, deve a esta motivação regulatória limitar tal liberdade pela utilização do poder coercitivo do Estado e seus instrumentos.

Nos precisos conceitos introdutórios definidos pelo Professor Diógenes Gasparini¹²:

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar a pesquisa e

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 472.

12 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 629.

o aperfeiçoamento. Em suma desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou do lucro com o interesse social.

Neste contexto constitucional, surge o Estado como responsável pela manutenção da ordem e agente de estabilização dos elementos e das forças de mercado, já que “deixado a si mesmo o mercado pode ser suicidário”¹³. Como apresenta a jurista lusa Maria Manuel Leitão Marques¹⁴:

Problema crucial da democracia: o do equilíbrio entre a liberdade de iniciativa privada e respectivos corolários, como a liberdade de organização e a autonomia contratual, e a necessidade de controlo do poder económico privado de modo a que este não constitua uma ameaça àquela liberdade.

Tudo isto direcionou as atividades financeiras para a regulação dos setores que compõe aquele sistema. Como o mercado securitário, e suas modalidades de contratação, integram aquele sistema sujeitou-se, naturalmente, aos conceitos da *Regulação Económica*.

Neste sentido, ao afirmarmos a incidência daquele tipo de controle, nos recorremos da certeza de que “a regulação na ordem econômica tem por objetivo viabilizar o princípio da livre iniciativa e a defesa do consumidor, instituindo e preservando a competição onde ela seja viável e minimizando os efeitos do monopólio, onde ele se faça indispensável”¹⁵.

Desta feita, como costumeiramente repetido nas lições vestibulares, a *Regulação Económica* traduz o uso deste poder para limitar as escolhas dos agentes econômicos de um determinado com o fim maior da máxima eficiência para a sociedade.

Neste cenário, a *Regulação Económica* integra diversas funções, antes minimamente segregados pela lógica da separação de poderes.

13 MARQUES, Maria Manuel Leitão. Economia de Mercado e Regulação. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão (org). *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13.

14 MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Anti-trust: uma nova época permissiva?*, Idem.

15 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 107.

Este conceito fixado a uma determinada atividade econômica buscará o equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais, por meio de uma normatização – geral e abstrata – que permitirá a aplicação destas regras por uma burocracia estatal equidistante dos agentes de mercado envolvidos para a prevenção e composição dos conflitos.

Para a atividade securitária como um todo, os princípios regulatórios trazem ainda preocupações concernentes à solvência das empresas, fixando medidas prudenciais, uma série de instrumentos para a preservação do interesse público final quanto à manutenção das empresas, eis que sua prestação poderá ser exigida no longo prazo.

Esta particularidade do segmento não é exclusiva ao mercado nacional, sendo, em verdade, reconhecida mundialmente, como testemunha o Professor argentino Ruben s. Stiglitz¹⁶:

A prioridade inicial é o controle que deve focalizar-se no plano financeiro e que tem por finalidade preservar a finalidade preservar a solvência das empresas. A solvência das empresas se refere, no meu país, ao capital mínimo e às reservas técnicas. Tanto um como outro (tanto o capital mínimo e as reservas técnicas) têm por finalidade pagar indenizações.

Mais do que isto, a primeira lição doutrinária ou histórica sobre o controle das atividades securitárias busca a preservação da solvência, evoluindo apenas nos instrumentos para melhor execução desta missão. Como se extrai do exemplo norte-americano, “[t]his concern with the financial health of insurance companies in time became a major focus of regulatory attention”¹⁷.

Ademais, como os contratos historicamente eram livremente fixados pelas empresas do ramo, com várias restrições de atendimento a determinados e coberturas, em muitos casos, objetos de mera adesão pelos particulares, com conseqüentes negativas de cobertura, cobertura parciais, entre outras questões que poderiam demonstrar a insatisfação dos consumidores quanto à “qualidade” e/ou “retorno” dos serviços comprados.

16 STIGLITZ, Rubén S. *Controle do Estado sobre a atividade seguradora*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. 2002. p. 45.

17 JACKSON, Howel E.; SYMONS JR, Edward L. *Regulation of Financial Institutions*. MN (EUA) West Group, 1999. p. 433.

Por óbvio, a regulação nos seguros privados e resseguros é resultado de um *mix* de todas aquelas teorias – sejam de fundo econômico estrutural ou de natureza social –, sendo que vários fatores credenciam a regulação fixada tradicionalmente fixada pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, bem como na novel determinação da Lei Complementar nº 126, de 2007.

Desta maneira, a intervenção e controle estatal derivam do interesse público naquela atividade privada autorizada constitucionalmente. Isto se deu aqui, mas também alhures, sendo reconhecido em diversos momentos da jurisdição americana sobre o tema, afirmando-se que *“insurance business is strongly affected with a public interest and therefore properly subject to comprehensive regulation in protecting the public welfare”*¹⁸.

Por todo o histórico, a normatização primária da regulação derivou dos conflitos entre os diversos agentes setoriais e daquele reconhecimento sobre a natureza da atividade e sua necessidade de forte intervenção. Outrossim, resta explícita a caracterização de tais normas de regulação como resultantes da ordem pública interna não podendo ser derogadas por vontade das partes envolvidas, sob pena de prejuízo a todos os fundamentos que orientaram sua concepção e elaboração.

Contudo, se no campo privado do direito as normas legais são quase que suficientes para a determinação dos limites de respeito à ordem pública, o mesmo não se pode dizer neste campo de atuação do Direito Administrativo Econômico. Para a efetivação da regulação e suas pedras angulares, o legislador primário conferiu a órgãos encarregados de regulamentação diversos atributos para a definição de uma política normativa.

Não por outro motivo, no caso dos seguros e resseguros, o Decreto-Lei nº 73, de 1966, já havia definido o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP com tal relevante papel (art. 8º, ‘a’ c/ art. 32). O Conselho tem uma competência muito ampla, fixando as diretrizes e normas da política de seguros privados, regulando a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas ao regulamento, além de estabelecer as características gerais dos contratos de seguros, os limites técnicos das operações, entre outras funções.

18 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sheerman v. Nationwide Mut Ins Co., 80 N.J. 548, 559, 404 A 2 d. 625 (1979).

Tal função foi ainda reforçada com a edição da Lei Complementar nº 126, de 2007, que rompendo com um sistema anteriormente centralizador das operações de resseguro, estabeleceu as diretrizes básicas para a atividade envolvendo os riscos e atividades das empresas nacionais, mas delegou diversas e muitas definições para a regulamentação do órgão regulador infralegal.

Por todo, não há como negar que tais regras produzidas – não mais pelo legislador primário, mas sob sua orientação – ainda formam a moldura das normas de ordem pública, naturalmente agasalhadas por aquele grande interesse público e social que cerca o setor e, portanto, indisponíveis ao direito das partes.

Neste sentido, associado tal sentido ao inevitável empregado da arbitragem no setor, deve restar clara a limitação das escolhas da cláusula compromissória que não poderão, para os riscos e atividades a serem executadas no país, afastar os ditames setoriais das normas legais e sua regulamentação infralegal.

3 ARBITRAGEM, NORMAS DE REGULAÇÃO E ORDEM PÚBLICA

Por tudo, cumpre inicialmente as partes envolvidas atentarem aos limites definidores da sua autonomia de vontades na celebração do pacto pela arbitragem. No mesmo curso, indispensável que o árbitro efetivamente apontado para um caso concreto diligencie no mesmo sentido, especialmente para verificar se as regras escolhidas pelas partes na convenção não violam os preceitos considerados inafastáveis no território onde a decisão arbitral será cumprida e executada.

Neste campo, considerando a amplitude de envolvimento nos grandes contratos de seguro e resseguro, principalmente, pela sua quase certa possibilidade da decisão ter que ser eficaz em países diferentes, cumpre ainda maior diligência. Ainda que orientada por normas estrangeiras, a sentença e solução arbitral encontram limites nos preceitos e regulamentações regulatórias para o setor no território nacional, sendo todas estes normativos compreendidos no campo das normas de ordem pública interna, como destacado.

Vale lembrar que, finalmente, caso a questão demande efetivação de execução no território pátrio, deverão os interessados demandar seu implemento perante um juiz togado que ainda assim poderá se manifestará

sobre questões de ordem pública quando da execução de sentença arbitral. Não só neste momento, mas todos os envolvidos podem, em momento anterior à conclusão da análise arbitral, solicitar intervenção do poder judiciário local para a concretização de providências instrutórias, executivas ou coativas, na medida do respeito da ordem pública.

Justamente por conta de toda esta dificuldade a doutrina interna e estrangeira tem apontado dificuldades com as escolhas que desrespeitem a ordem pública interna, como destaca PEDRO BATISTA MARTINS¹⁹, apoiado em Chocrón Giraldez:

Tanto que na Espanha a doutrina e a jurisprudência debatem a abrangência e a extensão deste elástico conceito jurídico. Nos termos da sentença de Audiência Provincial ‘... *el concepto de orden público que aquí puede hacerse valer, conforme indica la propia Exposición de motivos de la Ley 36/38, debe ser el que se infiera de los principios de nuestra Constitución cuyo intérprete máximo es el TC [Tribunal Constitucional];*’

Assim, considerando que a ordem pública representa figura restritiva da liberdade das partes em contratar e também no campo da arbitragem, é também questão delimitadora da atuação do árbitro, que deve atentar para os aspectos de ordem pública, aí entendidos também e principalmente os aspectos regulatórios do setor, aos realizar os procedimentos arbitrais e proferir sua decisão, sob pena de não se revestir de validade.

Neste sentido, imperiosa a inclusão dos comandos regulatórios setoriais. Nos casos de sentenças arbitrais prolatadas sob pena de violação à preceitos de ordem pública, cabendo aos interessados recorrerem aos mecanismos tradicionais do poder judiciário e das demais instâncias governamentais para o reconhecimento daquela infringência, até mesmo para, judicialmente, a competente decretação da nulidade da sentença arbitral.

Por tudo, considerando que as determinações regulatórias são pela sua natureza indisponíveis, vez que de interesse público, não podem ser objeto de arbitragem nem se colocar no âmbito da disponibilidade processual, permanecendo orientado por todos os princípios e fundamentos que justificaram o aparecimento da função estatal.

19 MARTINS, Pedro A. Batista Martins. Autonomia da cláusula compromissória. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. André Gomes Azevedo (org.). Brasília: Grupos de Pesquisa – UnB, 2003. p. 79.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- ARNAUD, André-Jean. O Direito Contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JACKSON, Howel E.; SYMONS JR, Edward L. *Regulation of Financial Institutions*. MN (EUA): West Group, 1999.
- KROTZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem*. São Paulo: revista dos tribunais, 1997.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. Economia de Mercado e Regulação. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Anti-trust: uma nova época permissiva? In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. In: AZEVEDO, André Gomes. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa – UnB, 2003.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Constituição e Globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord). *Anuário: direito e globalização*, 1: a soberania / dossiê. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STLIGLITZ, Rubén S. *Controle do Estado sobre a atividade seguradora*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. 2002.

