

AUTONOMIA DA VONTADE: UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PRIVADO COMO BASE PARA INSTAURAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ARBITRAGEM

**FREEDOM OF CHOICE: A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF PRIVATE LAW AS BASIS FOR
ESTABLISHMENT AND OPERATION OF ARBITRATION**

**Eduardo Pires
JORGE RENATO DOS REIS**

RESUMO

A autonomia da vontade, assim considerada em seu caráter de direito fundamental, constitui um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, especialmente, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. De um princípio que já foi quase que absoluto, contemporaneamente a autonomia da vontade possui diversas restrições, seja em decorrência da imperiosa consecução de interesses sociais, seja em razão da sua necessária consonância com os demais direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, há campos que ainda hoje a autonomia da vontade aparece com muita força. É esse o caso da Arbitragem, um instituto que se oferece como alternativa à jurisdição estatal e que tem seu funcionamento umbilicalmente ligado com o princípio da autonomia da vontade, dando as partes envolvidas em uma relação jurídica abrangendo direitos patrimoniais disponíveis, ampla liberdade para escolha das formas de solução dos conflitos oriundos de tal vínculo jurídico. Nesta perspectiva, o presente trabalho busca analisar a autonomia da vontade de forma interligada com a Arbitragem de forma a mostrar de forma específica quais os meios pelos quais tal princípio se manifesta na solução dos conflitos colocados a cargo dos tribunais arbitrais.

PALAVRAS-CHAVES: Autonomia da vontade; Direitos Fundamentais; Arbitragem.

ABSTRACT

The freedom of choice, considered as a fundamental right, is an essential component of protecting constitutionally the freedom to individuals, especially in the sphere assigned by law to self-regulation of private relations. This principle has been almost absolute in the past, but contemporaneously the freedom of choice has several restrictions. This restrictions occurs in one side because the urgent attainment the social interests, but also because of its necessary consonance with other fundamental rights provided in the Constitution. However, there are still fields that freedom of choice appears with great force. Such is the case of arbitration, an institute that is offered as an alternative to state jurisdiction and that its operation has umbilically connected with the principle of freedom of choice. The arbitration give to the parties involved in a legal relationship involving property rights available, ample freedom to choose from ways of solving conflicts arising from such legal relationship. In this perspective, this paper examines how freedom of choice so intertwined with the arbitration to show specifically the means by which this principle manifests itself in conflict resolution placed in charge of the arbitration courts.

KEYWORDS: Freedom of choice; Fundamental Rights; Arbitration.

1 Considerações Iniciais

A arbitragem constitui um meio alternativo à jurisdição estatal para solução dos conflitos de direito privado que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, utilizado em maior grau nas disputas contratuais

do comércio internacional, é regulada no Brasil pela Lei nº 9.307 de 1996.

Cada vez mais a arbitragem passa a ser vista como um instrumento auxiliar à justiça estatal, mas, também, como um meio mais eficiente e rápido de solução das controvérsias sobre direitos patrimoniais, especialmente no Brasil, que apresenta um Judiciário extremamente moroso.

Para se ter idéia do nível de popularidade alcançado pela arbitragem contemporaneamente, estima-se que em 90% dos contratos comerciais internacionais existe a previsão da arbitragem como forma de solução de eventuais conflitos, e, ainda mais especificamente, é tido que na totalidade dos contratos internacionais referentes à construção de complexos industriais e projetos de construção similares, há a presença de cláusula arbitral. [1]

Dentre as características que atraem cada vez mais o foco da solução de conflitos para a Arbitragem, destaca-se, ao contrário do procedimento estatal, o elevado nível de incidência do princípio da autonomia da vontade.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem o escopo de analisar, de forma mais específica, quais as formas de manifestação do princípio da autonomia da vontade na esfera da arbitragem. Sendo assim, inicialmente serão tecidos alguns comentários sobre a autonomia da vontade em seu caráter de direito fundamental.

Em um segundo momento se abordará as principais características da arbitragem com base na lei 9.307/96, para ao final apresentar as formas de incidência do princípio da autonomia da vontade na arbitragem, bem como citar algumas das principais vantagens de sua utilização como método alternativo à jurisdição estatal.

2 A autonomia da vontade como Direito Fundamental

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, ela incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. É, portanto um dos princípios basilares do direito privado, segundo Fachin é “a pedra angular do sistema civilístico” [2]

Nesse sentido, Amaral refere que:

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. [3]

De forma geral, o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do “ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros.” [4]

Nesse sentido, não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar. Cabe a cada ser humano definir os rumos de sua vida, em conformidade com suas opções subjetivas. Esta é a idéia da

autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.

Para Sarmiento, a idéia de autonomia privada, “está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”, haja vista que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projetos deseja buscar, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial.”^[5]

Em uma perspectiva ampla, a autonomia privada como direito fundamental outorga ao sujeito de direito a capacidade de determinar o seu próprio comportamento individual tanto em aspectos vinculados a idéia de escolhas existenciais, como também nos aspectos atinentes à celebração de contratos e demais negócios jurídicos de natureza patrimonial.

Portanto, quando se fala em autonomia privada, verifica-se a existência de duas dimensões no âmago de seu conceito: uma ligada às liberdades existenciais, como as liberdades de comunicação, a liberdade de religião, a privacidade, a liberdade de associação, entre outras; e outra dimensão econômica/patrimonial, relativa aos negócios jurídicos e que se concretiza como liberdade contratual.^[6]

Sarmiento ressalva que, muito embora a autonomia receba proteção constitucional em ambas as dimensões, esta tutela se dá de forma muito mais abrangente e intensa, no que tange às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida econômica e patrimonial.^[7] Todavia, é a dimensão patrimonial, da liberdade contratual que mais importa para o presente trabalho.

Assim, Steinmetz, refere que no âmbito do princípio da liberdade contratual como manifestação da autonomia privada estão compreendidas:

(i) as liberdades positiva e negativa de contratar, isto é, a liberdade de decidir contratar e de decidir não contratar (direito de contratação e direito de não contratação); (ii) a liberdade de escolher o contratante; (iii) a liberdade de escolher o tipo de contrato, isto é, a liberdade de escolher – segundo um juízo de adequação, funcionalidade ou conveniência e observada a disciplina legal – entre os contratos típicos e a liberdade de concluir contratos atípicos; e (iv) a liberdade de determinar o conteúdo e os efeitos do contrato.^[8]

Na esfera pátria, o princípio da autonomia da vontade em sua dimensão patrimonial, encontra guarida constitucional, especialmente na cláusula que trata do princípio da livre iniciativa^[9] e na previsão do direito de propriedade^[10].

Essa tutela constitucional recebida pela autonomia da vontade ocorre inicialmente em decorrência da Constituição ter elegido a iniciativa privada como um dos elementos fundamentais, tanto da ordem econômica, quanto da própria República Federativa do Brasil. Igualmente, quando a Constituição estabelece o direito de propriedade, por consequência, está a tutelar a autonomia da vontade, pois uma das faculdades principais que o direito de propriedade possui ao seu titular, é exatamente o da livre disposição da propriedade, que se viabiliza por meio do contrato.

Assim, se Constituição protege a propriedade, por óbvio que protege também a autonomia da vontade, que se manifesta nesse caso, por meio da liberdade contratual para dispor ou não da propriedade tutelada. Da mesma forma, a Constituição acaba por tutelar a autonomia da vontade ao estabelecer a livre iniciativa privada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, “pois esta naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e

propriedade na consecução dos seus objetivos de fazer circular riqueza”^[11].

Dessa forma, pode-se considerar autonomia da vontade como um princípio fundamental, inclusive no direito pátrio, que, como já mencionado é compreendido por uma dimensão existencial e por outra de caráter patrimonial. Todavia, deve-se ressaltar que não se trata de um princípio absoluto, sobretudo no constitucionalismo contemporâneo, nem mesmo em sua dimensão existencial.

Se à época do Estado Liberal a autonomia da vontade tinha um caráter quase que absoluto, em decorrência da proteção máxima oferecida ao direito de liberdade, bem como pela não intervenção estatal âmbito do direito privado, com o desenvolvimento do Estado e do Constitucionalismo, tal princípio balizador do direito privado foi sofrendo restrições, “seja com o objetivo de acudir as partes mais débeis, seja com o propósito de condicionar a autonomia negocial a prossecução de algum interesse público.”^[12]

Assim, a partir do paradigma social de Estado há um aumento, no que tange à intervenção estatal na esfera das relações privadas com vistas à busca por uma igualdade material nas relações negociais, inicialmente com maior foco nas relações trabalhistas, mas posteriormente nas demais relações contratuais de caráter particular.

Já com a mudança para o Estado Democrático de Direito e com a força normativa que passa a ter a Constituição, que no Brasil ocorre a partir de 1988, há um processo mais profundo de relativização da autonomia da vontade, já que o direito como um todo, inclusive o Direito Privado, passa a ter como centro a Constituição. Nessa perspectiva os valores constitucionais e os direitos fundamentais passam a incidir e influenciar todo o ordenamento jurídico, inclusive as relações privadas.

Com efeito, a autonomia da vontade por diversas vezes encontra certas limitações no âmbito de sua aplicação, sobretudo, no que tange a sua dimensão patrimonial, em decorrência, justamente, da incidência de outros direitos fundamentais. A limitação ou relativização da autonomia da vontade será de maior ou menor intensidade de acordo com o caso concreto, onde deve haver uma ponderação com os princípios fundamentais conflitantes, sendo que na esfera pátria, deve haver sempre, a valorização e a busca pela efetivação do princípio da dignidade humana.

Além disso, contemporaneamente, pode-se afirmar que no campo das relações contratuais de direito privado, para que se tenha uma real liberdade e, portanto uma maior incidência do princípio da autonomia da vontade, prescinde haver uma situação jurídica de igualdade material entre as partes, sob pena de ter-se apenas uma “liberdade de fachada”^[13], isto é, uma relação onde falta a isonomia entre as partes, enseja em uma limitação ao efetivo exercício de liberdade da parte mais fraca.

Nesse sentido, quando os órgãos estatais, por intermédio do direito positivo e com base constitucional, intervêm nas relações particulares, de forma a proteger a parte hipossuficiente, e, portanto, a fim de estabelecer liberdades iguais entre as partes, entende-se que não há uma desconsideração da autonomia da vontade, mas sim uma proteção da própria liberdade, já que à luz do direito constitucional contemporâneo, exige-se a vinculação do direito à liberdade com a valorização da igualdade.

Assim, estabelecidas tais premissas quanto à caracterização da autonomia da vontade como direito fundamental, pretende-se a seguir verificar de que forma ocorre a sua aplicação na Arbitragem, tendo em vista ser este um instituto permeado basicamente por tal princípio de direito privado até aqui estudado.

3 Arbitragem e autonomia da vontade

Tendo em vista o intuito de analisar a relação existente entre a Arbitragem e o princípio da autonomia da vontade, é oportuno que se aborde brevemente o histórico da arbitragem no Estado brasileiro, bem como se apresente suas principais características e peculiaridades.

Tal abordagem auxiliará a perceber quais são as formas em que o princípio da autonomia da vontade se manifesta na arbitragem, bem como quais as vantagens da utilização de tal instituto em relação à jurisdição estatal.

3.1 Breve histórico da arbitragem no Brasil

A arbitragem pode ser considerada um mecanismo alternativo ao Judiciário para solução de controvérsias, sendo um instituto já previsto há décadas no direito brasileiro. O Código Civil de 1916 já regulava a matéria, bem como o Código de Processo Civil de 1973.

No entanto, alguns aspectos tornavam inviável a efetiva utilização da arbitragem. Isso porque as partes, ao estabelecerem a utilização da arbitragem para solução de eventuais conflitos decorrentes de um contrato, através de cláusula arbitral, não tinham a segurança que tal cláusula seria respeitada, na medida em que qualquer das partes poderia se negar a prestar o compromisso arbitral e, como consequência, o litígio deveria ser submetido à jurisdição estatal.

Além disso, era necessária a homologação judicial do laudo arbitral, e ainda, no caso de um laudo arbitral estrangeiro, que este fosse homologado não somente pelo STF, mas também pelo Poder Judiciário do local da arbitragem, o que importava em um duplo (e demorado, e custoso) procedimento de homologação.^[14]

Não por último, a jurisprudência do STF era firme no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro poderia examinar o mérito de decisões arbitrais, o que tornava esta decisão, na prática, uma decisão provisória porque passível de posterior revisão judicial.

Em 1996 foi editada a Lei nº 9.307, atual lei de arbitragem brasileira. Entre as inovações apresentadas pela lei de arbitragem, esta equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, chamados agora de convenção de arbitragem; deu força obrigatória ao laudo arbitral, que ganhou status de título executivo judicial, sem necessidade de homologação; instituiu o princípio da autonomia da vontade, oferecendo às partes a ampla liberdade para escolha das normas aplicáveis. Todas estas mudanças tiveram o escopo de modernizar o instituto da arbitragem com a inserção de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento.^[15]

Logo após sua promulgação, a Lei nº 9.307/96 teve a sua constitucionalidade questionada. No entanto, o Pleno do STF decidiu, em 2001, pela constitucionalidade da lei, atribuindo-lhe validade *in totum*. A arbitragem é instituto que, agora, passa a ter sua plena aplicabilidade prática também no Brasil, sobretudo no âmbito dos chamados “direitos disponíveis”.

3.3 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem é requisito essencial para a instituição da arbitragem como forma de

juízo de uma lide e pode-se dar de duas formas: através de cláusula compromissória e através de compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é uma convenção incluída em um contrato principal ou em documento em separado que se refira a ele, pela qual as partes se comprometem em sujeitar um futuro litígio decorrente de tal contrato à jurisdição da arbitragem. À cláusula compromissória tem caráter acessório, ou seja, a ela é atribuída plena autonomia frente ao contrato, isso significa que, mesmo havendo a nulidade do contrato, tal fato não implicará necessariamente a invalidade da cláusula compromissória. [16]

O compromisso arbitral, por sua vez, é o contrato pelo qual as partes sujeitam um conflito ao julgamento da arbitragem. Pode ser realizado de forma judicial ou extrajudicial.

Para que tenha validade o compromisso arbitral deve contemplar: nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar onde será proferida a sentença arbitral. [17]

A diferença fundamental entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória encontra-se no de fato de que nesta não há lide, existe apenas uma previsão de sua ocorrência, e uma vinculação à arbitragem, enquanto que naquele já há um conflito de interesses instaurado entre as partes, devendo então ser acordado que o conflito seja solucionado por meio da arbitragem.

Seja como for, a convenção de arbitragem, conforme a Lei nº 9.307/96, só pode ser realizada por pessoas capazes e ter como objeto apenas direitos patrimoniais disponíveis. Em verdade, são estes os requisitos básicos para utilização da arbitragem elencados pela lei brasileira.

Outras legislações ou regras de instituições arbitrais definem de forma diferente as hipóteses suscetíveis de recurso à arbitragem. Neste sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL [18] para Arbitragem Internacional Comercial prevê que toda lide relacionada com o comércio internacional torna-se suscetível à arbitragem, dando-se uma interpretação extensiva ao conceito de comércio. Já o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris define como suscetíveis à arbitragem os conflitos comerciais, cujo caráter seja internacional. Por sua vez o direito suíço estabelece que toda pretensão jurídica cuja natureza seja patrimonial pode ser objeto da jurisdição arbitral. [19]

3.4 Procedimento Arbitral e Lei aplicável

O instituto da arbitragem oferece às partes ampla liberdade para deliberar sobre a forma de solução de seus litígios, sempre com fundamento no princípio da autonomia da vontade. Deste modo, não poderia ocorrer de forma diversa em relação à definição do procedimento arbitral e da lei aplicável.

Portanto, quanto ao procedimento arbitral, cabe em primeiro plano às partes determiná-lo, podendo elas indicar como tal, as regras processuais de um determinado país, as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, delegar ao árbitro ou tribunal arbitral a regulação de tal procedimento. [20]

Na prática o que mais ocorre é a indicação pelas partes de normas de um tribunal arbitral institucional, como as regras da Câmara do Comércio Internacional, ou de outras entidades especializadas, como o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, por exemplo, especialmente quando o conflito tem

origem em contrato internacional.^[21]

Contudo, se ocorrer de as partes não convencionarem a respeito do procedimento arbitral, atribui-se o encargo de discipliná-lo ao árbitro ou tribunal arbitral, que poderá fazer a esse respeito as mesmas escolhas a disposição das partes, conforme elencado supra.

Já no que tange à escolha da lei aplicável, esta também cabe, em um primeiro momento, às partes. Neste aspecto, em regra a lei aplicada é a Brasileira, no caso de conflitos que se refira a contratos nacionais. Todavia, quando trata-se de conflitos oriundos de contratos internacionais, é possível a escolha da lei do país de qualquer uma das partes, a lei de um terceiro país, ou ainda a de regras internacionais do comércio

Ainda verifica-se que a mesma regra aplicada à escolha do procedimento arbitral é válida na escolha da lei aplicável, ou seja, caso as partes não indiquem a lei aplicável à lide caberá ao árbitro ou tribunal arbitral realizar a escolha.

Quando couber ao tribunal arbitral a escolha da lei aplicável, entende-se, no caso de conflitos oriundos de contratos internacionais, que o árbitro deverá levar em consideração todos os direitos internos sobre direito internacional que tenham ligação relevante com o lide, o que normalmente levará à indicação de um mesmo direito aplicável. Na hipótese de existir convenção de direito uniforme que vincule as partes da lide, deverá o tribunal arbitral levá-la em consideração também.^[22]

Contudo, se nem todos os direitos nacionais indicarem o mesmo direito aplicável, o árbitro ou tribunal arbitral deverá indicar qual o direito que está mais intimamente ligado, apontando este como o direito aplicável.

3.5 Autonomia da Vontade como princípio basilar da Arbitragem

Dentre os princípios^[23] considerados como principais sustentáculos da arbitragem, desde sua formulação teórica, passando por sua instauração até sua instrumentalidade, destaca-se o princípio da autonomia da vontade.^[24] O instituto da arbitragem é todo “moldado, instituído e movimentado pela força criadora da vontade”^[25]. A vontade é a própria fundamentação do direito arbitral.

Como visto anteriormente, para que seja instituída a arbitragem, há a necessidade da existência da convenção da arbitragem, que pode ocorrer por meio de uma cláusula compromissória ou ainda pelo compromisso arbitral. Com isso, percebe-se que já no estabelecimento da arbitragem como meio de solução de um conflito, encontra-se manifestado o princípio da autonomia da vontade, haja vista que o juízo arbitral é um substituto à jurisdição estatal, que é a regra, devendo, portanto, haver a manifestação da vontade das partes em conflito ou em potencial conflito para que seja instaurada a arbitragem.

Assim, a instituição do juízo arbitral se manifesta por meio de uma liberalidade contratual que é oriunda do princípio da autonomia da vontade. Permite-se às partes que ao assinarem um contrato, tenham a opção de que um possível conflito decorrente daquela relação firmada seja solucionado pelo juízo estatal ou pelo juízo arbitral.

Segundo refere Almeida Santos ao tratar da instituição da arbitragem:

A nova lei brasileira (Lei n. 9307, de 23.9.1996), orientada para privilegiar a vontade da parte, dá realce a esta vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória, seja o compromisso, conferindo-

se à arbitragem uma natureza privada e jurisdicional, ao mesmo tempo. Com efeito, como fruto da manifestação da vontade, a convenção de arbitragem expressa, em primeiro lugar, uma escolha, uma opção, pela qual as partes deixam de lado a jurisdição estatal, substituindo-a pela jurisdição arbitral, que vai dizer o direito para a solução da controvérsia. [26]

Se para a instituição do juízo arbitral já reina o princípio da autonomia da vontade, que por óbvio, ocorre no âmbito das relações que envolvam direitos disponíveis, após a sua instauração, ou seja, no decorrer de seu funcionamento quando há o conflito, percebe-se também uma intensa incidência da autonomia da vontade, muito especialmente, ao se comparar com o que ocorre no juízo estatal.

Na solução dos conflitos por intermédio da jurisdição estatal há pouco o que se optar, ou seja, quase a totalidade das regras de seu funcionamento são pré-estabelecidas e as regras aplicáveis ficam a cargo do juiz. Já na arbitragem, há a manifestação da autonomia da vontade tanto no que tange à escolha das regras processuais a nortear o processo de solução do conflito, como também no que se refere ao direito substantivo aplicável ao caso.

Assim, segundo o artigo 2º da lei 9.307/96, as partes podem escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas ao conflito, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, podendo inclusive ser indicados para aplicação princípios gerais de direito, usos e costumes. Pode, até mesmo, as partes optarem que a arbitragem seja de equidade e, no caso de contratos internacionais, como já referido, as partes podem optar que seja aplicada a lei de qualquer um dos países da parte envolvida, as regras de um terceiro país ou ainda as regras internacionais de comércio.

O princípio da autonomia da vontade ainda se manifesta no âmbito da arbitragem, quando permite-se as partes a escolha do número de árbitros que tratarão da questão em conflito, a escolha do próprio árbitro ou dos árbitros (artigo 13) que julgarão o caso, além daquelas hipóteses previstas no artigo 11 da lei 9.307/96, conforme verifica-se a seguir:

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem;

e
VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Muitas dessas manifestações da vontade oferecidas às partes pela arbitragem são inimagináveis na jurisdição estatal, do que se conclui que nesta última o grau de autonomia da vontade existente é muito menor.

Todavia, como já visto, deve-se ressaltar que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, e assim não poderia ser diferente no que tange a sua aplicação na arbitragem.

Nesse sentido, o primeiro limite à autonomia da vontade se dá em razão da matéria objeto da arbitragem, pois somente os direitos patrimoniais disponíveis estão sujeitos ao julgamento pelo juízo arbitral. Portanto, questões que versem sobre direito penal, direito de família e sucessão, direito tributário bem como, sobre direitos fundamentais não podem ser submetidos à arbitragem. [27]

Outra limitação latente à autonomia privada ocorre da aplicação da lei de arbitragem em

concomitância como o Código de Defesa do Consumidor. Esta limitação se evidencia quando trata-se de contrato de adesão, pois nesse caso não basta a existência de uma cláusula compromissória nesses tipo de contrato para que seja válida a opção pela arbitragem. A própria lei 9307/96, em seu artigo 4º, § 2º, estabelece que quando se tratar de contrato de adesão é necessário para que a cláusula compromissória tenha eficácia, que o aderente tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou concorde de forma expressa com a sua constituição, devendo constar por escrito em documento anexo ou em negrito, necessitando haver assinatura especialmente para esta cláusula.

Quanto a essa última limitação, percebe-se claramente a incidência do princípio da igualdade material entre as partes, pelo que busca-se proteger a parte mais fraca da relação, nos moldes do constitucionalismo contemporâneo, isto é, protege-se o consumidor, justamente para que este não assine contrato em que haja a instituição da arbitragem se esta não for a sua real vontade.

Com efeito, estabelecida estas relações entre o princípio da autonomia da vontade e a arbitragem, é oportuno que se apresente, por fim, algumas vantagens oferecidas pela arbitragem em contraposição ao sistema estatal, muitas delas como consequência das diversas manifestações da autonomia da vontade estabelecidas na arbitragem.

4 Vantagens da Arbitragem

Ao se realizar uma análise comparativa entre o recurso aos tribunais estatais e a arbitragem é possível reconhecer vários argumentos que apontam a arbitragem como melhor meio para solução de conflitos, muito especialmente de conflitos oriundos dos contratos internacionais.

Como primeiro ponto, deve-se destacar que através da arbitragem se alcança uma agilidade muito superior na solução de um conflito se comparado aos tribunais estatais, principalmente se a comparação se der em vistas do Poder Judiciário Brasileiro, que, além de extremamente moroso, ainda permite um grande número de recursos contra as decisões proferidas por instâncias inferiores.^[28] Quando se submete uma lide à arbitragem, há, em regra, uma previsão de prazo dentro do qual a sentença arbitral deve ser proferida, que é bastante curto.

Outro fato que destaca as vantagens do uso da arbitragem, principalmente para os operadores do comércio internacional, é o privilégio que as partes têm de escolha dos árbitros, podendo, desta forma, escolher o árbitro ou tribunal arbitral com a qualificação, técnica e experiência necessária para julgar lides específicas.^[29]

Pode-se destacar, por fim, a ampla autonomia da vontade oferecida pelo direito arbitral como uma das maiores vantagens deste em relação à jurisdição estatal, em particular ao Judiciário brasileiro, haja vista que na arbitragem as partes podem escolher as regras procedimentais e ainda o direito aplicável, de acordo com as necessidades de sua lide.

5 Considerações Finais

A autonomia da vontade possui diversos aspectos de aplicação e a sua incidência ocorre das mais variadas formas nas relações privadas. Todavia, conforme visto, a autonomia da vontade não incide mais de

forma absoluta, como já ocorreu em épocas em que reinava o liberalismo e que a liberdade, especialmente a contratual, se apresentava com o principal direito fundamental tutelado aos indivíduos.

Contemporaneamente, frente à força normativa que possui a constituição todas as relações jurídicas, inclusive as privadas, passam a sofrer influência da Constituição e devem estar de acordo com seus princípios e valores, especialmente, no caso brasileiro, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse novo contexto, inaugurado no Brasil a partir do advento da Constituição de 1988, a aplicação autonomia da vontade passa a estar limitada, não só por algumas formas já advindas do paradigma social de Estado, ou seja, em favor do interesse social, mas também, passa a haver certas restrições decorrentes da aplicação de outros direitos fundamentais à mesma relação jurídica. Nessas situações, há uma colisão da autonomia da vontade com outros direitos fundamentais, em que a solução e o nível de restrição que um ou outro sofrerá dependerá da análise do caso concreto, devendo, no entanto, prevalecer aquilo que estiver mais ajustado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, diante do que se abordou no decorrer do trabalho, é possível afirmar que dentro desse novo contexto em que a autonomia da vontade apresenta diversas restrições, a Arbitragem, surge, a contrário senso, com um dos institutos mais ricos no que tange a liberdade oferecida às partes contratantes, isto é, é na Arbitragem que a autonomia da vontade se apresenta, ainda atualmente, como o princípio que oferece a mais ampla liberdade de escolha (liberdade contratual) para as partes em uma relação jurídica de caráter privado.

Por óbvio que a autonomia privada mesmo na esfera de sua incidência na Arbitragem não tem caráter absoluto, pois também recebe algumas limitações, como nos casos do contrato de adesão e também no que se refere ao objeto das lides que podem ser levadas ao juízo arbitral. No entanto, a liberdade oferecida por esse instituto é incomparável quando se analisa com à opção pelo juízo estatal, em que as partes não possuem quase nenhuma liberdade para escolhas.

Assim, justamente esta ampla liberdade ofertada pela alta incidência do princípio da autonomia da vontade na Arbitragem é que faz este instituto se tornar cada vez mais atraente para as partes na solução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, além, é claro, de ser uma forma mais ágil e, em certos casos, mais especializada do que levar uma lide para ser decidida pelos tribunais estatais.

Referências

ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 334.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

[1] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

[2] FACHIN, Luiz Edson. O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 119.

[3] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

[4] Ibidem, p. 154.

[5] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

[6] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 192.

[7] SARMENTO, op. cit., p. 143.

[8] STEINMETZ, op. cit. p. 192.

[9] Artigos 1º, IV e 170, caput da Constituição Federal de 1988.

[10] Artigo 5º, caput e XXII da Constituição Federal de 1988.

[11] SARMENTO, op. cit., p. 178.

[12] SARMENTO, op. cit., p. 161.

[13] SARMENTO, op. cit., p. 158.

[14] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 334.

[15] ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 425.

[16] Lei 9.303/96, artigo 8º.

[17] Lei 9.303/96, artigos 10 e 11.

[18] A UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) é uma instituição internacional que trabalha com a uniformização e unificação das regras de direito comercial internacional.

[19] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

[20] Ibidem, p. 81.

[21] Ibidem, p. 82.

[22] Ibidem, p. 93.

[23] Importante destacar que, além do princípio da autonomia da vontade existem, ainda, outros princípios que norteiam o exercício da arbitragem, como os princípios da boa-fé; do devido processo legal; da imparcialidade do árbitro; do livre convencimento do árbitro; da motivação da sentença do arbitral; da competência entre outros.

[24] ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 113.

[25] Ibidem, p. 114.

[26] Ibidem p. 115.

[\[27\]](#) Ibidem p. 123

[\[28\]](#) RECHSTEINER, op. cit., p. 26.

[\[29\]](#) Ibidem, p. 27.