**ARBITRAGEM E ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA**

**Arbitration and economic public order**

Fábio da Silva Veiga[[1]](#footnote-1)

João Otávio Bacchi Gutinieki[[2]](#footnote-2)

**Sumário:** 1. Constituição Econômica espanhola; 2. Constituição Econômica brasileira; 3. Caso REPOS I REPÀS, S.L. *vs.* BBVA (STSJ M 1286/2015); 4. Ordem pública e suas manifestações; 5. Arbitragem e ordem pública; Considerações Finais.

**Resumo:** O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre a relação entre arbitragem e Direito Econômico. Assim, se caracteriza como um estudo doutrinário, jurisprudencial e de caso que analisa a aplicação do conceito da ordem pública econômica no ordenamento jurídico espanhol e brasileiro. Após as análises, percebe-se que bom emprego do conceito ordem pública econômica não se circunscreve apenas aos assuntos do direito econômico, mas, traz outras soluções no campo do direito privado, como os deveres de diligência, lealdade e informação, expressões do dever de boa-fé contratual. Disto, vislumbra-se a possibilidade de se conceber um conceito próprio de ordem pública econômica no Brasil, considerando as normas da Constituição Econômica que se qualifiquem como normas de ordem pública no âmbito do direito privado, em especial no direito arbitral.

**Palavras-chave:** Ordem pública econômica; Constituição Econômica; Arbitragem.

**Abstract:** This paper aims to present recent reflections on the correlation between arbitration and Economic Law. Thus, you can use it as a doctrinal, jurisprudential and case study that analyses the application of the concept of economic public order in the legal and Brazilian order. After the analysis, perceive that the good use of the concept of economic public order is not restricted only to matters of economic law, but brings other solutions in the area of private law, such as due diligence, loyalty and information duties, rules of duty of contractual good faith. From this, the possibility of conceiving a concept of economic public order in Brazil is envisaged, considering the rules of the Economic Constitution that qualify as rules of public order within the scope of private law, especially in arbitration law.

**Keywords:** Economic public order; Economic Constitution; Arbitration.

1. **Constituição Econômica espanhola**

O artigo 38 da Constituição Espanhola (CE) de 1978, vigente, reconhece a *liberdade de empresa* na estrutura da economia de mercado. Este artigo é conhecido como o substrato da «Constituição Econômica», pois do seu preceito, a Constituição projeta no ordenamento jurídico espanhol *a proteção da liberdade de empresa e a defesa da sua produtividade, garantida pelas autoridades públicas, de acordo com os requisitos da economia geral e, quando apropriado, do planejamento[[3]](#footnote-3)*. A *Constituição Econômica* se refere, portanto, ao conjunto de regras destinadas a proporcionar o marco fundamental para a estrutura e o funcionamento da atividade econômica no território espanhol.

Segundo a doutrina e a jurisprudência Constitucional, deve-se interpretar o artigo 38 em sistematização com outros preceitos constitucionais, tal como aqueles de ordem privada – direito de propriedade (art. 33,1, CE), pressuposto da liberdade contratual; direito de associação (art. 22,1, CE), que está na base do direito de constituir sociedades; direito à produção e criação artística, científica e técnica (art. 20,1), relacionado diretamente ao direito de propriedade industrial e intelectual; direito à comunicação e recebimento de informação por qualquer meio de difusão (art. 20, 1, CE), que plasmaria no direito de fazer publicidade –, os referidos direitos estariam limitados pelo interesse geral – transcendidos nos dispositivos do artigo 128 da Constituição Espanhola[[4]](#footnote-4).

Um dos *siete padres* da Constituição, HERRERO DE MIÑON, jurista e político espanhol que participou na elaboração da Constituição Espanhola de 1978, explica que a: «*Constitución económica tiene, en efecto, una doble acepción. En sentido formal, es el conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas por las que han de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos*»[[5]](#footnote-5), e, essa primeira acepção, caracterizada pela formalidade do texto vazio, contrasta com a acepção material da *Constituição Econômica*, projetada de forma mais próxima à realidade do mercado econômico, e por isso, denominar-se-ia «ordem econômica», que se entende como: «*el conjunto de todas las reglas por las que se rige la economia nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía*»[[6]](#footnote-6).

A jurisprudência do Tribunal espanhol tem tentado responder a natureza da *Constituição Econômica* em múltiplas decisões. Qualificou-a de «direito fundamental» (SSTC 37/1981, FJ. 2.a y 46/1983, FJ. 6.a, reiterada em 118/1983), assim como de «direito constitucional com caráter de garantia institucional» (*Sentencias* 83/1984, FJ. 3, e 225/1993, FJ. 3, B), até o ponto de declarar que a sua natureza «não está isenta de graves dificuldades de definição... com carácter abstrato e de geral aplicação» (STC 37/1987, FJ. 5.°), ao passo que não seria necessário entrar «na análise do que há de entender-se por liberdade de empresa ou qual seria o conteúdo essencial dessa liberdade» (STC 37/1981, FJ. 2.).

De outro lado, o Tribunal Constitucional espanhol em diferentes ocasiões lidou com a questão do princípio da *liberdade de empresa* relacionado à liberdade das pessoas de criar empresas, de atuar no mercado, de estabelecer objetivos próprios da empresa e de direcionar e planejar sua atividade com atenção aos recursos e condições do próprio mercado (STC 225/1993, FJ. 3.B). Nesse sentido, cabe deduzir que a «economia de mercado» é o marco onde se exerce a liberdade de empresa. A Sentença do Tribunal Constitucional (STC 88/1986 de 1º de julho), reiterou a doutrina anterior (Sentencia 71/1982), onde referia o «reconhecimento da economia de mercado pela Constituição como quadro obrigatório ao exercício da liberdade de empresa e, o compromisso de proteger o exercício desta por parte dos poderes públicos supõe a necessidade de uma atuação especificamente direcionada a defender tais objetivos constitucionais». Compreende HERRERO DE MIÑON[[7]](#footnote-7) que essa interpretação constitucional condiz ao seguinte: as intervenções públicas na economia de mercado não devem ser dirigidas numa atuação do Estado *no* mercado (como expõe o art. 128, 1 da CE), mas, entretanto, a uma atuação *sobre* o mercado, conforme o elemento «planejamento» composto no art. 38 e 131 da Constituição Espanhola[[8]](#footnote-8).

(.....)

**REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS**

AMORIM, João Pacheco de. A Constituição Económica Portuguesa Enquadramento dogmático e princípios fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, a.8, p.31-106, 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, Ed. Aranzadi, 6ª edición, Navarra, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUTINIEKI, João Otávio Bacchi; VEIGA, Fábio da Silva. Contextualização do direito concorrencial brasileiro, in: *Estudios de Derecho Iberoamericano*, vol. 1, Madrid: Dykinson, p. 21-30, 2019.

HERRERO DE MIÑON, Miguel. “La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 19, n. 57, set.-dez., 1999, p.11-32.

JOERGES, Christian. “¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?”, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 73, 2005, p. 9-53.

MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito***.**São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Cap. 11. p. 357-389. Disponível em: http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/. Acesso em: 24 abril. 2020.

MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Ed. Bosch, 1a edición, Barcelona, 1965.

SAIZ MORENO, Fernando. “Orden público económico y restricciones de la competencia”, in: *Revista de Administración Públic*a, Sep 1, 1977, p. 597-643.

TREMPS, Pablo Pérez. “Constitución Española y Unión Europea”, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 71, 2004, pp. 103-121.

VEIGA, Fábio da Silva; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. “Estruturalismo, Desenvolvimento e Legislação Comercial”, in: *Revista Jurídica*, vol. 2, n. 55, 2019, p. 157-176.  e-ISSN: 2316-753X.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*: o direito público econômico no Brasil. Ed. Fac-simile. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

1. Professor Doutor de Direito Empresarial da Universidade de Almería, Espanha. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo – Prêmio Extraordinário de Tese de doutorado. Pesquisador da CAPES no Exterior – Universidade de Alcalá, Madrid. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – Iberojur. E-mail: fabiojus@ual.es [↑](#footnote-ref-1)
2. Mestrando em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Área Científica de Direito Comercial do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Pesquisador e Monitor acadêmico na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). E-mail: jobglaw@gmail.com [↑](#footnote-ref-2)
3. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 128, 1: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». [↑](#footnote-ref-4)
5. Palavras de um dos pais da Constituição Espanhola de 1978. Cfr. HERRERO DE MIÑON, Miguel. “La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 19, n. 57, set.-dez., 1999, p.11-32. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. HERRERO DE MIÑON, Miguel. “La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, ob. cit., p 12. O autor, na definição do respectivo conceito, cita Lampert (1965). [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. HERRERO DE MIÑON, Miguel. “La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, ob. cit., p. 19. [↑](#footnote-ref-7)
8. Um dos questionamentos que o retrocitado autor faz é com relação aos limites relativos ao intervencionismo ou liberalismo na Constituição espanhola, assim pergunta: Agora, se a Constituição não é economicamente neutra entre intervencionismo e liberalismo, mas limita aquele em favor do último, até onde pode chegar a inibição dos poderes públicos dentro do modelo constitucional? Começa a responder invocando os princípios Reitores da Constituição (Título II, Cap. III) e as previsões de intervenção na economia (Título VII) que dão conteúdo à classificação do Estado como «social» (art. 1.1 CE) e à cláusula do artigo 9.2 CE, assim como a interpretação do próprio Tribunal Constitucional (SS 189/1987, 222/1992 e 55/1994). No entanto, refere que a normatividade dos princípios Reitores são de índole diversa dos direitos e liberdades individuais, mas ainda assim não deve ser subvalorizada. Explica que a inclusão dos princípios Reitores e as previsões de intervenção na economia não foram elaboradas com acerto pelos constituintes (ele próprio foi um dos sete “pais da constituição”), mas pondera que não se deve descartá-los de forma tão simplista a ponto de descartar o pacto constitucional. Da mesma forma que a neutralidade econômica da Constituição não impediu que, a partir dos direitos fundamentais nele reconhecidos, surgisse um modelo econômico que, ao projetar nesse campo, o valor superior da liberdade consagra o mercado, parece lógico que os princípios e técnicas organizativas que respondem à qualificação do «social» como expressão do valor superior da justiça (art. 1.1 CE) também têm relevância na configuração do modelo mencionado. Cfr. HERRERO DE MIÑON, Miguel. “La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, ob. cit., p. 23. [↑](#footnote-ref-8)