

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

FILIFE HILLE PACE

**ARBITRAGEM NO MEIO EMPRESARIAL: IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E INCENTIVOS ECONÔMICOS**

CURITIBA

2011

FILIPPE HILLE PACE

**ARBITRAGEM NO MEIO EMPRESARIAL: IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E INCENTIVOS ECONÔMICOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a.Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Curso de Direito
Direito Empresarial

Curitiba
2011

FILIFE HILLE PACE

**ARBITRAGEM NO MEIO EMPRESARIAL: IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E INCENTIVOS ECONÔMICOS**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof^a. Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof. Roberto Altheim

Curitiba, 21 de outubro de 2011

Ao Cesar e à Diva, pais e companheiros, as pessoas mais importantes da minha vida, a quem amo mais que tudo, a quem devo todas as minhas conquistas, a quem agradeço por tudo que me ensinaram, a quem sou eternamente grato e a quem espero nunca decepcionar!

À Tassi, irmã e exemplo, minha melhor amiga, a quem palavras não são suficientes para traduzir o quanto amo, respeito e admiro!

A minha Vó, Dona Alexandrina, fonte inesgotável de ternura, carinho e amor!

À Fernanda, com quem divido alegrias e compartilho sorrisos; com quem comemoro conquistas e me motivo a melhorar; por quem me encantei e não me canso de me apaixonar!

Agradeço à Professora Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro, cuja disciplina, rigidez e dedicação para ensinar muito me inspiraram na realização deste trabalho. A quem admiro e respeito, e com quem, por uma dessas felizes coincidências que acontecem na vida, pude conviver fora da sala de aula, quando a conheci como mãe, e cujo filho passei a chamar de irmão.

Agradeço a Deus, por iluminar todos os meus passos.

E agradeço aos verdadeiros amigos que fiz nesses cinco anos. Podem não ser muitos, mas pra mim foram suficientes. Podem não ter facilitado muito a minha vida, mas sem dúvida, sem eles, ela não teria graça nenhuma!

RESUMO

A presente monografia apresenta a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, instrumento para resolução de controvérsias que já encontrava previsão legal desde o Brasil colonial. Representada em contratos através da inclusão da cláusula compromissória, a arbitragem é importante mecanismo de prestação jurisdicional mais célere, eficaz e especializada em comparação à prestação jurisdicional estatal, atualmente carente de estrutura e de legislação processual capaz de oferecer soluções em tempo e qualidade desejáveis. É a arbitragem, assim, importante estrutura de conservação dos vínculos contratuais e dos relacionamentos entre empresas. E, com o recente desenvolvimento da Análise Econômica do Direito no Brasil, é possível demonstrar como este instituto oferece maiores incentivos econômicos para sua utilização, sobretudo no meio empresarial, através da redução de custos de transação, custos de oportunidade, e da capacidade de gerar valor. Em um ambiente no qual as relações são dinâmicas, complexas e em grande número, surge a arbitragem como alternativa vantajosa e eficiente as empresas que desejam, e precisam, de soluções ágeis, especializadas e precisas.

Palavras-chave: Arbitragem. Cláusula compromissória. Conservação das relações empresariais. Incentivos econômicos. Custos de transação. Geração de valor.

ABSTRACT

This monograph presents arbitration as an alternative means of legal dispute resolution, controversy settlement instrument that finds legal protection since the colonial period in Brazil. Represented in contracts through the inclusion of the arbitration clause, arbitration is an important mechanism for faster, more efficient and specialized adjudication compared to the state court provision currently lacking in structure and procedural law capable of providing timely solutions with the desired quality. Arbitration is therefore important for the conservation of structural and contractual relationships between companies. And with the recent developments of in the Economic Analysis of Law in Brazil, it is possible to show how this institute offers greater economic incentives for its use, particularly in the business by reducing transaction costs, opportunity costs, and also by the ability to generate value. In an environment where relationships are dynamic, complex and numerous, arbitration seems to be an advantageous and efficient alternative for companies that want and need reliable, specialized and precise decisions.

Keywords: Arbitration. Arbitration clause. Preservation of business relationships. Economic incentives. Transaction costs. Value generation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1 – <i>Payoffs</i> das partes nas escolhas dos árbitros.....	67
--	-----------

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	10
II. ARBITRAGEM	12
II. 1. Conceito e distinção de outras figuras	12
II. 2. Natureza jurídica	14
II. 3. Das Ordenações Filipinas à Lei 9.307/06.....	17
II. 4. Da constitucionalidade da arbitragem	22
III. ASPECTOS CONTRATUAIS DA ARBITRAGEM: A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	28
III. 1. A autonomia negocial: fundamento do microsistema da arbitragem	28
III. 2. Convenção Arbitral.....	33
III. 3. A cláusula compromissória: noções preliminares	34
III. 4. A cláusula compromissória na prática.....	35
III. 5. A cláusula compromissória como estrutura de conservação dos vínculos contratuais e dos relacionamentos entre empresas.....	39
IV. ARBITRAGEM: UMA RESPOSTA A RACIONALIDADE LIMITADA E AOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	44
IV. 1. A Arbitragem como redutor dos custos de transação	46
IV. 2. A confidencialidade como diminuidor dos custos de transação.....	52
IV. 3. A importância da liberdade nas escolhas das regras e relação custo-benefício do procedimento arbitral	54
IV. 4. Apontamentos sobre a morosidade da jurisdição estatal.....	56
V. ARBITRAGEM: DIMINUIÇÃO DE RISCOS, CRIAÇÃO DE INCENTIVOS E GERAÇÃO DE VALOR.....	59
V. 1. Redução de riscos na adoção do procedimento arbitral.....	60
V. 2. Incentivos para cumprimento eficiente dos contratos	61
V. 3. Reduzindo a freqüência de conflitos judiciais	63
V. 4. Ensejando comportamentos para a não violação dos contratos.....	64
V. 5. Considerações sobre a precisão e a escolha dos árbitros	66
V. 6. Prestação jurisdicional e arbitragem.....	68
VI. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	78

I. INTRODUÇÃO

Promulgada em 23 de setembro de 1996, a Lei da Arbitragem, à época, começou a ser aplicada timidamente em território pátrio. Considerada um meio alternativo de solução de controvérsias, por meio da arbitragem, no tocante a direitos patrimoniais disponíveis, as partes convencionam que determinada controvérsia será resolvida por um ou mais árbitros escolhidos por elas, cuja decisão é considerada título executivo judicial, excluindo-se a intervenção da jurisdição estatal, em respeito à autonomia das partes.

Antes de 1996, o instituto já não era novidade em nosso ordenamento, mas, em virtude de alguns aspectos, e cite-se, dentre eles, o fato da necessidade de homologação da sentença arbitral frente ao Poder Judiciário, a utilização da arbitragem tornava-se pouco viável, incapaz de responder aos anseios de uma sociedade cada vez mais dinamizada e globalizada.

Recentemente, a arbitragem começou a ganhar força, a ponto de se tornar um importante instrumento das sociedades empresárias para a resolução de litígios acerca de disputas no meio empresarial, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

E diz-se isso porque, em meio a um cenário social e empresarial marcados pela busca de normas jurídicas eficientes, o instituto da arbitragem surge como uma alternativa eficaz em face do atraso e morosidade da jurisdição estatal, proporcionados, em parte, pela nossa legislação processual, e, em parte, pela falta de capacitação e infra-estrutura do Poder Judiciário, incapaz de dar resposta as demandas prementes engendradas pelo dinamismo e complexidade que permeiam o meio empresarial.

Ao empresário, cuja principal objetivo nunca deixou de ser o lucro, resolver, através de um método alternativo de solução de litígios, conflitos contratuais comerciais de maneira eficiente, em pouco tempo, e com baixos custos, passou a ser, não só desejável, mas de vital importância para sua sobrevivência em um mercado cada vez mais predatório que demanda de seus participantes soluções cada vez mais baratas e rápidas.

É nessa linha que o presente trabalho procura demonstrar as razões pela qual o instituto da arbitragem ganhou, e vem ganhando, espaço no mundo empresarial,

beneficiando as empresas e, por conseqüência, o ambiente econômico nacional e internacional.

Para tanto, pretende-se, no primeiro capítulo, conceituar o instituto, distinguindo-o de outras figuras, bem como, além de compreender sua natureza jurídica, remeter as origens do procedimento arbitral em nosso ordenamento, desde as Ordenações Filipinas até a promulgação da Lei 9.307 de 1996.

No segundo capítulo busca-se demonstrar a nova face da autonomia privada – a autonomia negocial –, cujo estudo é imprescindível para se compreender a importância assumida pela cláusula compromissória em âmbito contratual. Desta forma, deve-se fazer uma leitura das conseqüências da negociação e pactuação da cláusula responsável pela arbitragem, além dos reflexos no meio empresarial, como a conservação dos vínculos contratuais e relacionais entre as sociedades empresárias.

Os empresários, no entanto, necessitam muito mais do que noções teóricas e exclusivamente jurídicas para se convencerem de que o instituto da arbitragem é aquele capaz de oferecê-los as maiores vantagens. Com isso em mente, é através da análise econômica do direito que se pretende demonstrar a razão pela qual é a arbitragem a ferramenta que oferece os maiores incentivos econômicos para sua adoção pelas sociedades empresárias.

Diante disso, destina-se o terceiro capítulo a traçar apontamentos breves e gerais sobre a racionalidade limitada dos contratos, com o fim de enriquecer a presente pesquisa, para só então estudar, não só os custos de transação, mas também os custos de oportunidade, e como a arbitragem é capaz de diminuí-los, através de algumas das características que permeiam o instituto: confidencialidade, flexibilidade, liberdade na escolha das regras e agilidade

No capítulo final, anseia o presente trabalho em lograr êxito para demonstrar como é possível diminuir riscos com a adoção do procedimento arbitral, além de mostrar como ele oferece incentivos para o cumprimento eficiente dos contratos, seja reduzindo a freqüência de conflitos judiciais, seja ensejando comportamentos para a não violação dos contratos firmados em meio empresarial.

Por fim, traça-se apontamentos relevantes sobre a precisão e a escolha dos árbitros que irão solucionar os litígios, para então se fazer considerações comparativas e conclusivas sobre a prestação jurisdicional estatal e a prestação jurisdicional arbitral.

II. ARBITRAGEM

II. 1. Conceito e distinção de outras figuras

É necessário, antes de se alcançar o cerne do presente trabalho, conceituar o instituto da arbitragem, bem como distingui-lo de outros meios de soluções de litígios, como a transação e outros institutos, além de se diferenciar da figura prevista em nosso ordenamento, denominada de arbitramento.

Diversos são os conceitos trazidos pela doutrina, tanto pátria quanto estrangeira. Um dos doutrinadores pátrios que considera a arbitragem como uma espécie autônoma do gênero equivalente jurisdicional é FIUZA, que leciona que a arbitragem ocorre toda vez que duas ou mais pessoas submeterem suas disputas ao arbítrio de terceiro não integrante do Poder Judiciário¹.

Sob outra perspectiva, conceituando restritivamente a arbitragem, ALVIM entende que a arbitragem é a “instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”².

Para ALMEIDA, a arbitragem é definida como “meio de solução de conflitos intersubjetivos, eleito livremente pelas partes, que afasta a atuação da jurisdição, permitindo que a decisão seja tomada por juízes privados, escolhidos pelas mesmas”³.

Já CARMONA, por sua vez, conceitua a arbitragem como

meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão arbitral destinada a assumir a mesma eficácia de sentença judicial (...) colocada à disposição de quem quer seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.⁴

¹ FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p.42.

² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*, p. 14.

³ ALMEIDA, João Alberto de. *Processo arbitral*, p. 5.

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, p. 51.

Em outras palavras, a arbitragem é uma técnica de solução de conflitos de direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas, sejam pessoas físicas ou jurídicas que possuam efetivas condições de manifestar livremente sua vontade de ver o litígio resolvido fora do Poder Judiciário⁵.

VILELA, ao conceituar a arbitragem, traça caracteres comuns a todas as definições por ele estudadas, algumas das quais, inclusive, aqui já se encontram explicitadas. Diante disso, é valorosa a transcrição da referida passagem, para, a partir dela, distinguir a figura da arbitragem da transação e do arbitramento. Assim ensina VILELA:

Caracteres comuns a todas as definições citadas podem ser extraídos. A identificação destes é suficiente para, atribuindo-se unidade ao estudo da arbitragem, reconstruir o seu conceito. São eles: a arbitragem como instituição; a necessária existência de um litígio a ser pacificado; a intervenção indispensável e decisiva de um terceiro não vinculado e que não represente a jurisdição estatal; manifestação obrigatória de vontade das partes (caráter facultativo) para a formação do juízo arbitral; inexistência de vedação legal de submissão do litígio a um juízo não estatal (arbitrabilidade); e ainda a obrigatoriedade da decisão prolatada.⁶

Reconhecer a arbitragem como instituição é reconhecer a existência de um conjunto de normas jurídicas capazes de regulamentar as relações jurídicas da figura em questão. Vale dizer, é reconhecer como autônomo o campo de conhecimento científico detentor de regras e princípios próprios e natureza jurídica diversa de outros institutos⁷.

Outro elemento imprescindível para a existência da arbitragem é a necessidade de existir um litígio a ser pacificado. Aqui se pode distinguir a arbitragem do arbitramento, vez que este é caracterizado como a atividade de terceiro para aperfeiçoamento de negócio jurídico, conforme está previsto no art. 485 do Código Civil⁸.

Observe-se, pois, que não se está diante de um litígio, mas sim diante da livre iniciativa das partes em preferir delegar a terceiro formação de vontade

⁵ MACHADO, Raffael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil*, p. 38-39.

⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Obra citada*, p. 32-33

⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁸ Art. 485. do Código Civil: "A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa".

indispensável à concretização do negócio jurídico. Em outras palavras, enquanto o arbitramento visa a aperfeiçoar e completar uma relação jurídica, a arbitragem busca solucionar eventual conflito oriundo do descumprimento de determinada obrigação, o que pressupõe, logicamente, uma relação jurídica já perfeita e acabada.

Percebe-se que a arbitragem não se insere no momento da formação da relação jurídica de direito material, mas, sim, comparece quando esta relação está em crise⁹, tornando-se elemento imprescindível para a resolução desta.

Outra característica essencial é a necessidade de intervenção decisiva de um terceiro – no caso, o árbitro. Essa qualidade da arbitragem permite distingui-la da transação, instituto previsto no art. 840 e seguintes do Código Civil¹⁰.

A transação é termo que se presta a consubstanciar o conteúdo de toda solução atingida através de concessões mútuas. O Código Civil, ao tratar da transação, considera o conteúdo material de qualquer solução que as partes alcancem mediante consenso, pouco importando se atingido através do auxílio de terceiro, ou se oriundo única e exclusivamente das partes.

Vê-se que é neste aspecto que o instituto da transação difere da arbitragem, haja vista que naquele a presença de terceiro é dispensável, enquanto nesta, a presença do árbitro é decisiva e indispensável¹¹ para a resolução do conflito, pois é a vontade dele que substituirá a vontade das partes.

Pode-se, assim, definir a arbitragem, segundo VILELA, “como sendo a instituição pela qual, mediante manifestação da vontade dos litigantes, o conflito é dirimido por um terceiro que não represente o Poder Judiciário estatal, sendo que tal decisão assume força jurisdicional”¹².

II. 2. Natureza jurídica

A natureza jurídica da arbitragem tem sido alvo de inúmeros debates, seja no Brasil, seja em países com tradição na sua utilização. Por se tratar de tema

⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 36.

¹⁰ Art. 840 do Código Civil: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

¹¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 37.

¹² Idem, p. 41.

complexo, e não ser objeto principal do presente trabalho, limita-se a discorrer sobre as principais correntes doutrinárias.

São ao menos três as teorias que se dedicam a analisar a natureza jurídica do instituto, a teoria jurisdicional, a teoria contratual e a teoria mista.

A primeira, a teoria jurisdicional¹³, parte do pressuposto de que o Estado deve controlar e regular todas as arbitragens que ocorrem dentro de sua jurisdição, equiparando-se, para todos os fins, o árbitro ao juiz de direito¹⁴. Esta corrente pauta-se nos argumentos de que a decisão proferida pelos árbitros é obrigatória e vinculativa das partes, faz coisa julgada, e o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal quanto à decisão do mérito da questão a ele submetida¹⁵.

Nesse esboço, tal corrente, no Brasil capitaneada por THEODORO JÚNIOR¹⁶, fundamenta-se nos artigos 18 e 31 da Lei 9.307/96, que dispõem que os árbitros são considerados juízes de fato e de direito, uma vez que suas decisões não necessitam ser homologadas perante o Judiciário para produzir efeitos entre as partes, *in verbis*:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Também defensor desta corrente, DIDIER JR.¹⁷ afirma que a natureza jurisdicional da arbitragem reside no fato de que a decisão arbitral, quando não for

¹³ Inclusive, apesar de alguns autores afirmarem se tratar de equivalente jurisdicional, prevalece, atualmente, na doutrina, entendimento de que a arbitragem, no Brasil, é propriamente jurisdição, sem qualquer diferença, a não ser que é privada e o juiz é escolhido pelas partes. Aliás, essa diferença é baseada no caráter de confiança da arbitragem, pois, neste instituto as partes convencionam acatar a decisão do árbitro, já nos conflitos dirimidos pelo Poder Judiciário, o réu é compelido a responder ao processo, independente de manifestação da vontade. (vide DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 81).

¹⁴ TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 96.

¹⁵ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 43.

¹⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 241.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Obra citada, p. 81.

inválida, fica imutável pela coisa julgada material, tornando-se soberana. Diante disso é que não pode ser considerada sequer equivalente jurisdicional, pois é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado, oriunda do exercício do direito fundamental de auto-regramento.

DINAMARCO¹⁸ sustenta a natureza parajurisdicional da arbitragem. Afirma o autor que embora o árbitro não exerça suas funções com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, reside na convergência em torno do escopo social pacificador algo muito forte que consegue aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.

Por outro lado, a teoria contratualista, cujo maior defensor é CHIOVENDA¹⁹, baseia-se na premissa de que a arbitragem tem sua origem na vontade das partes e dela depende para o seu prosseguimento. Vale dizer, a competência dos árbitros deriva da vontade das partes e não do Estado, razão pela qual não está provida de caráter jurisdicional.

Sendo a jurisdição manifestação do monopólio do Estado, para os defensores desta corrente, ao se reconhecer a arbitragem como atividade jurisdicional se estaria afrontando este monopólio, bem como ensejando a privatização da justiça²⁰, o que seria contrário a Constituição da República do Brasil.

Finalmente, surgiu mais recentemente a teoria mista, que concilia as outras duas anteriores, ao considerar a natureza *sui generis*²¹ do instituto da arbitragem, o qual nasce da vontade das partes, sendo contratual na origem, e jurisdicional na finalidade²², representada pela obtenção do resultado.

Nada obstante os argumentos defendidos pelos autores de cada uma das correntes relativas à natureza jurídica da arbitragem, prevalece em nosso país a corrente jurisdicional, em virtude da Lei 9.307/96.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memóriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 327.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 46-47

²⁰ TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memóriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 97.

²¹ Para José Cretella Neto a "(...) arbitragem tem natureza mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas conseqüências que provoca no mundo do Direito". (CRETELLA NETO, José. *Comentários a Lei de Arbitragem Brasileira*, p. 15-16.)

²² VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 46.

II. 3. Das Ordenações Filipinas à Lei 9.307/06

Antes de traçar o breve histórico da arbitragem em nosso ordenamento, é de todo interesse mencionar que o estudo da arbitragem no âmbito do direito empresarial perpassa obrigatoriamente pelas raízes do instituto no Brasil, uma vez que as disposições sobre “juízo arbitral em sede societária é quase tão antiga quanto o registro do instituto em nosso direito positivo”²³.

Feita essa breve ressalva, observa-se que no Brasil, a arbitragem se faz presente desde o século XVII, com as Ordenações Filipinas de Portugal²⁴, cuja aplicabilidade continuou mesmo depois do país ter declarado sua independência.

Seguindo, a arbitragem foi prevista no artigo 160²⁵ da Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824, e também se encontrava disposta no Código Comercial de 1850²⁶, com artigos que instituíram arbitragem obrigatória para composição de determinadas causas, entre as quais, vale mencionar, as controvérsias oriundas dos contratos comerciais (artigo 245), assim como os conflitos gerados das relações entre os sócios e a sociedade (artigos 294, 302, §5º, e 348).

É de fácil percepção que a Constituição do Império apresentava um texto legal muito evoluído para seu tempo, conforme aponta VILELA, pois encerrava princípios da jurisdição que só quando da edição da Lei 9.307/96 voltariam a ser vistos, como a equiparação da decisão arbitral à sentença judicial²⁷.

Na contramão da arbitragem obrigatória instituída pelo Código Comercial de 1850, foi aprovado, no mesmo ano, o Regulamento 737, que, dentre outras coisas, diferenciou a arbitragem obrigatória da facultativa. Alguns anos depois, em 1866, após muitas críticas, foi revogada pela Lei 1.350 a arbitragem obrigatória, restando tão-somente a arbitragem voluntária.

A Constituição de 1891, de outro lado, apenas fez menção ao instituto, mas vale o esclarecimento que isso não significou a abdicação da arbitragem, cuja prática foi mantida por legislação esparsa.

²³ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 117.

²⁴ Disponível no site <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>> em 21MAR11.

²⁵ Disponível no site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> em 21MAR11

²⁶ Disponível no site <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L0556-1850.htm>> em 21MAR11.

²⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 47.

A Carta Magna de 1934 atribuiu competência ao Poder Legislativo federal para disciplinar o uso da arbitragem em âmbito comercial. Já a Constituição de 1937 em nenhum momento fez menção ao instituto.

No plano infraconstitucional, a arbitragem foi introduzida no Código Civil de 1916 nos artigos 1.037 a 1.048²⁸. Neles estava previsto que o compromisso necessitaria ser avençado por escrito, e o laudo arbitral deveria ser homologado perante o Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 1.031 a 1.046, não trouxe novos caracteres para modificar o trato dado pelo Código Civil de 1916. O Código de Processo Civil de 1973 foi o diploma legal que tratou de forma mais detalhada a arbitragem, no entanto, desconsiderando o que mais de moderno estava previsto na Convenção de Nova Iorque de 1958, e no já ratificado Protocolo de Genebra de 1923. Além de prever que o compromisso arbitral só seria vinculante e passível de execução quando homologado por juiz competente, fez prevalecer o entendimento de que a cláusula compromissória era mera promessa de contratar, cujo descumprimento ensejaria apenas perdas e danos²⁹, não comportando, pois, execução específica. Vale dizer,

Receoso, preferiu o legislador de 1.973 (arts 1.073 a 1.102) manter um regime ortodoxo e de pouquíssimo efeito pragmático em sede de arbitragem, cujos pecados capitais eram representados, em síntese, pela não vinculação e obrigatoriedade da cláusula compromissória e pela não atribuição de verdadeira jurisdição privada aos árbitros, à medida que os 'laudos' ficavam na dependência de apreciação e homologação pelo Poder Judiciário, sem contar que da sentença que homologava ou não o laudo admitia-se a interposição de recurso de apelação, enquanto a sentença arbitral estrangeira ficava na dependência de preencher requisito da chamada 'dupla homologação' (no país de origem e perante o STF).³⁰

Ainda, preliminarmente, é importante transcrever a lição de CARMONA, que consegue de modo sintético dar a noção de por que a arbitragem não conseguiu se desenvolver a partir da década de 80, sobretudo no âmbito das relações

²⁸ Disponível no site <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> em 21MAR11

²⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. p. 51.

³⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*, p. 99.

societárias³¹. Em outras palavras, as limitações impostas pela legislação infraconstitucional retiravam do instituto aquilo que mais lhe atraía naqueles que desejavam obter uma decisão célere, proferidas por árbitros especializados, e alcançada através de procedimento secreto. Vejamos,

Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos.³²

Antes da promulgação da Lei 9.307/96, não foram poucas as tentativas para compatibilizar o tratamento pátrio dado a arbitragem aos modernos ordenamentos estrangeiros.

Com esse objetivo, foram elaborados três anteprojetos de lei. O primeiro, de 1981, solicitado pelo extinto Ministério da Desburocratização, foi criticado ao equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, e, também, por atribuir eficácia executiva ao laudo arbitral, sem prévia homologação judicial. Além disso, o anteprojeto padecia de precisão técnica. Em relação ao segundo anteprojeto, elaborado em 1986, embora mais aprimorado que o primeiro, ainda possuía defeitos técnicos, e, apesar de prever algumas modificações necessárias quanto a eficácia do instituto, foi abandonado sem mais discussões. Quanto ao anteprojeto de lei de 1988, este, diferentemente dos anteriores, apenas pretendia modificar o Código de Processo Civil, todavia, com disposições nada razoáveis para

³¹ BERTOLDI, Marcelo M.; SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS; OLIVEIRA, Fernando A.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à lei 10.303, -de 31.10.2001*, p. 77-78.

³² CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, p. 23.

o desenvolvimento da arbitragem – cite-se a exigência de que os árbitros fossem bacharéis em direito; a sujeição da decisão arbitral a recurso de apelação ao Tribunal de Justiça local, entre outras – não tardou a ser arquivado³³.

Nesse ínterim, a arbitragem encontrou regramento com o advento da Constituição da República de 1988, em seu artigo 114, que a consagrou como forma de resolução de dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Já não era hora, quando em 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, foi lançada a “Operação Arbitrer”, na qual coube a comissão relatora composta por Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, extrair dos anteprojetos apresentados anteriormente o que havia de mais interessante para apresentação de um novo projeto que, nas palavras de CARMONA, “unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias”³⁴.

Com esse projeto em mãos, o então Senador da República Marco Maciel apresentou o projeto de Lei 78/92 que, após trâmite regular em ambas as casas do Congresso Nacional, transformou-se na Lei 9.307/96.

A lei que colocou o Brasil na vanguarda em matéria de arbitragem³⁵ destacou-se, principalmente, por privilegiar o princípio da autonomia da vontade, atribuindo caráter obrigatório ao pacto arbitral, possibilitou a execução específica da cláusula obrigatória, que, diga-se de passagem, passou a ter tratamento equiparado ao compromisso arbitral, espécie do gênero “convenção de arbitragem”. Não mais se denominou a decisão alcançada pela arbitragem de laudo, e sim de sentença arbitral, esta que, aliás, finalmente superada a questão da homologação judicial, obteve eficácia de título executivo.

É exatamente a autonomia da vontade e a obrigatoriedade da cláusula compromissória que geram a discussão acerca dos efeitos da inserção de tal disposição nos contratos de sociedade, possibilitando, assim, que acionistas e quotistas, em seus conflitos societários, utilizem dessa faculdade, a fim de resolver seus conflitos de forma rápida, célere e com especialização dos árbitros.

³³ CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, p. 23-27

³⁴ Idem, p. 27

³⁵ MARZOCHI, Christiane Della Libera. *O Estado e os Meios de Solução de Controvérsias – uma análise da institucionalização da arbitragem no Brasil*, p. 21.

Nesse sentido, em âmbito societário, está prevista na Lei 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas, no artigo 109, §3º, e no artigo 129, §2º, a possibilidade de arbitragem estatutária nas sociedades anônimas, assegurando expressamente que eventuais controvérsias societárias poderão ser dirimidas pelo juízo arbitral, desde que previsto no estatuto das companhias. Mencionadas regras merecem ser aqui transcritas:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

[...]

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

Art. 129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

[...]

§ 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.

É oportuno citar, também, a publicação do Decreto Legislativo n.º 52/2002, por meio do qual o Brasil ratificou sua adesão à Convenção de Nova Iorque, bem como os artigos 851 a 853 do Código Civil, que dispõem sobre o compromisso e a cláusula arbitral nos contratos, conforme se vê:

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Através do direito empresarial, por fim, vislumbra-se a oportunidade de se alterar permanentemente a cultura brasileira que inicialmente, como se viu, adotou a arbitragem como instituto obrigatório, passando pela utilização facultativa, para, finalmente, destinar ao instituto uma legislação própria, moderna, e que em muito contribui para o desenvolvimento do direito arbitral em nosso país.

II. 4. Da constitucionalidade da arbitragem

A moderna Lei 9.307/96, sem dúvida, privilegiou o princípio da autonomia das vontades das partes. Tal concepção privatista da lei, no entanto, não foi sempre aceita em nossa sociedade. Prova disso é que até recentemente questionava-se a constitucionalidade da arbitragem.

Quando pessoas capazes decidem resolver seus litígios pela arbitragem, elas não só escolhem um meio célere, sigiloso e eficaz para obtenção de uma decisão, como automaticamente renunciam ao Poder Judiciário, só podendo recorrer judicialmente se ambas, de livre e espontânea vontade, requererem a extinção da convenção arbitral.

Como visto, dois eram os principais entraves que obstaculizavam o desenvolvimento da arbitragem no Brasil: a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário do laudo arbitral, e o trato diferenciado dado à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral, não permitindo a execução específica da convenção arbitral.

A superação desses obstáculos foi o motivo principal para se questionar a constitucionalidade da Lei 9.307/96. Diz-se isso porque, ao se dar eficácia de título executivo jurisdicional à sentença arbitral, e ao se estabelecer a renúncia automática à jurisdição estatal antes do surgimento do conflito, mediante cláusula compromissória arbitral³⁶, questionou-se se tais medidas não gerariam supressão do direito de ação, afrontando o denominado princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, que dispõe que “a lei não suprimirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

³⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 120.

Esse dispositivo representa uma garantia do cidadão, e não uma imposição estatal de que todo e qualquer conflito, seja de qualquer natureza, tenha que ser, obrigatoriamente, dirimido pelo Poder Judiciário. Como bem pontua VILELA, “interpretação diversa conduziria ao absurdo de se vedar até mesmo a autocomposição das partes, seja através da transação ou, ainda, da renúncia a direitos disponíveis, condicionando estas à homologação judicial”³⁷.

A inconstitucionalidade da Lei 9.307/96 foi suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental n. 5206, no processo de homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Além do argumento de que a arbitragem seria inconstitucional por afrontar a princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, haveria ofensa, também, aos princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição – incisos LVI e LV, do artigo 5º, da Constituição da República de 88, respectivamente – vez que a Lei 9.307/96 determinou que não cabe recurso da sentença arbitral ao Poder Judiciário.

Por maioria dos votos, o Pretório Excelso reconheceu a constitucionalidade do artigo 18, que tratava da irrecorribilidade da sentença arbitral, e do artigo 31, que diz respeito aos efeitos da decisão judiciária da sentença arbitral³⁸.

³⁷ Idem, p. 122.

³⁸ “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da

Destaca-se, nesse sentido, a posição da Ministra Ellen Gracie, ao se pronunciar sobre a garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário, bem como a possibilidade de utilização de meios alternativos para resolução de conflitos, senão vejamos:

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precaterem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação dos órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (...) O cidadão pode invocar o judiciário para a solução de conflitos, mas, não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.³⁹

Não há de se falar, assim, em inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem. E isso pode ser afirmado por não haver supressão do direito de ação, entendido como direito público e subjetivo à decisão de mérito, pois o cidadão, quando por ato de vontade e autorizado por lei, submete decisão de mérito, que envolva litígio acerca de direitos disponíveis, a terceiro investido de poderes jurisdicionais, não viola garantia constitucional alguma.

Ainda que se argumente ser inconstitucional deixar o Estado às margens do procedimento arbitral, deve-se levar em conta que a participação do Poder Judiciário

celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).” (STF – Tribunal Pleno – SE-AgR 5206 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento em 12/12/2001)

³⁹ Disponível no site <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>> em 22MAR11.

não fica alheia a qualquer desenvolvimento pragmático do procedimento arbitral. Em verdade, ainda que a Lei 9.307/96 tenha abolido a necessidade de homologação da decisão arbitral por órgão judicial, continua este tendo importantíssimo papel em vários enlaces concernentes à via arbitral.

Incorrendo o procedimento arbitral em violação aos princípios constitucionais do processo, elencados nos artigos 32 e 33 da Lei 9.307/96⁴⁰, as partes poderão exercer seu direito de ação, ao submeter à apreciação de tais lesões ao Poder Judiciário.

Assim é, pois, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, exige que a impugnação judicial da sentença arbitral seja suficiente como meio de assegurar, em via arbitral, o respeito das regras fundamentais de legalidade⁴¹. Em outras palavras, a irrecorribilidade da decisão arbitral não pode ser considerada inconstitucional, uma vez que é lícito às partes impugnar a sentença arbitral quando verificada qualquer ilegalidade que ofenda as garantias constitucionais, típicas do processo judicial.

Apesar da decisão proferida pelos árbitros ser irrecorrível perante o Estado, às partes é permitido estabelecer modalidade de revisão da sentença arbitral sem submissão ao Poder Judiciário. Nesse sentido, CARMONA, afirma que

não se impede, porém, que os contratantes estabeleçam, dentro do próprio procedimento arbitral, os recursos que entenderem necessários. Isto significa que poderão inserir no procedimento arbitral um recurso que se

⁴⁰ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
- II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

⁴¹ RICCI, Edoardo Flavio. *Arbitragem e o art. 5º, XXXV, da CF (Reflexões sobre a doutrina brasileira)*. In: RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. (org. e trad. Mariulza Franco), p. 31.

assemelhe à apelação (recurso de fundamentação livre, a ser examinado por outro órgão diverso daquele que proferiu o primeiro julgamento, podendo ser colegiado ou monocrático); poderão imaginar recursos de fundamentação vinculada (somente para análise de questão de direito); ou ainda poderão estabelecer alguma coisa semelhante ao recurso de embargos infringentes, para a hipótese de, em órgão colegiado, haver voto vencido.⁴²

Cabe esclarecer, ainda, que se verificada na sentença alguma ilegalidade, vindo a ser decretada nula a decisão arbitral pelo Poder Judiciário, nova decisão deverá ser proferida necessariamente pelos árbitros, ou por novos árbitros eleitos pelas partes.

Frise-se que, as partes, ao adotarem a cláusula compromissória optam tão-somente por órgão jurisdicional não estatal para a solução de suas controvérsias. Não se cogita, em momento algum, a extinção ou redução do direito de ação, que permanece irretocado, com a imperiosa necessidade de que se façam presentes todas as garantias do processo previstas pela Constituição, quais sejam, a imparcialidade do julgador, o contraditório, a adequada e ampla dilação probatória, o livre convencimento e a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade da decisão proferida em via arbitral, por ser inconstitucional.

Como reforço a favor da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, TEIXEIRA⁴³ elenca uma série de razões, são elas: é possível se argüir a nulidade do procedimento arbitral em sede de embargos à execução (artigo 33, §3º, da Lei 9.307/96 e artigo 741 do Código de Processo Civil); a exeqüibilidade da decisão arbitral, bem como a coerção de qualquer medida se opera somente mediante o Poder Judiciário; a sentença arbitral estrangeira está sujeita à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 35 da Lei 9.307/96); quando surgir controvérsia em torno dos direitos indisponíveis, o procedimento será conduzido para decisão do Poder Judiciário (artigo 25 e §1º, da Lei 9.307/96); a efetivação da arbitragem pelo Poder Judiciário, conforme artigo 7º.

A doutrina é pacífica quanto a não haver vício algum de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, pois se trata de opção, não compulsória, conferida a

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, p. 231.

⁴³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*, p.39-48.

pessoas capazes, a fim de solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis⁴⁴.

Por fim, a despeito de qualquer discussão que ainda exista quanto a (in)constitucionalidade da Lei 9.307, é evidente que a decisão do Supremo constituiu uma verdadeira revolução cultural nos meios jurídicos brasileiros, abrindo novas possibilidades para a solução de conflitos de interesses internos e externos. A segurança que se instala em torno da arbitragem conduz os cidadãos, e até mesmo o Estado, a admiti-la, nas situações mais diversas e específicas do mundo econômico⁴⁵.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. Obra citada, p. 80.

⁴⁵ WALD, Arnoldo. *A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001)*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 159-160

III. ASPECTOS CONTRATUAIS DA ARBITRAGEM: A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Abordadas as noções gerais da arbitragem, passa-se a tratar agora dos aspectos contratuais da arbitragem, como forma de possibilitar de entender qual a razão, em termos contratuais, de a arbitragem ser o meio mais vantajoso para as soluções empresariais.

Embora as questões a seguir não digam respeito diretamente aos aspectos econômicos que levam a arbitragem a ser o meio mais eficaz para a resolução de conflitos societários, acredita-se que são conceitos imprescindíveis para se entender o motivo da eficiência do instituto.

Feita esta breve explicação, afirma-se que no âmbito contratual existem elementos significativos no que atine ao instituto da arbitragem. Assim, ao visarem à relação contratual mais benéfica para si, as sociedades empresariais, quando optam por estabelecer que os conflitos decorrentes de suas relações econômicas serão dirimidos pela arbitragem, devem se pautar numa detalhada análise dos aspectos contratuais do instituto, bem como respeitando sempre a autonomia privada das partes, que aqui será tratada como autonomia negocial.

III.1. A autonomia negocial: fundamento do microsistema da arbitragem

Na literatura jurídica nacional, uma definição clássica da autonomia da vontade e da autonomia privada é a fornecida pelo civilista AMARAL. Segundo o autor

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um objetivo, concreto e real.⁴⁶

⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 345.

Apesar de se considerar o avanço na conceituação dos conceitos mencionados, é de se reconhecer que ambos ainda restam pouco precisos, na medida em que a autonomia privada passa a ser considerada substrato genérico de todos os atos jurídicos do Direito Privado, e não só do negócio jurídico⁴⁷. Assim, decisões particulares como a de casar-se, de escolher esta ou aquela pessoa para cônjuge, a de edificar, prestar serviços, alugar e vender, entre tantos atos, abrigam-se concomitantemente sobre o conceito da autonomia privada.

Levando-se isso em conta, e somando-se, também, a tendência de especificidade e objetividade que regem os institutos jurídicos, como resposta a uma sociedade cada vez mais plural e segmentada, é que o termo “autonomia privada” encontrou maior precisão. Nesse sentido, SILVA leciona que

Doutrina mais recente, em paralela simetria a praxe dos que operam no campo da livre iniciativa econômica, passa a valer-se da expressão *autonomia ou poder negocial*, para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos, produzidos sobretudo no campo do direito dos comerciantes e, mais modernamente, da empresa, pela necessidade ainda mais contínua de produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às necessidades sempre novas do comércio, com feição cada vez mais internacional. Não se trata de mera mutação do vernáculo, mas de reconstrução efetiva de um espaço reservado aos particulares com a sua adequação aos valores que norteiam atualmente o Direito Privado, sobretudo com a valorização dos princípios constitucionais da solidariedade e da função social.⁴⁸

A autonomia negocial, nos termos expostos por SILVA, é que funda o instituto da arbitragem, consistindo em um extrato específico do gênero autonomia privada, em virtude do objetivo diferenciado que o instituto possui – jurisdicional⁴⁹, na visão do autor – pois realiza a pacificação de controvérsias ao emanar decisão que recomponha o *status* do negócio ou contrato.

Neste sentido, classificam-se como atos de autonomia negocial a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, reunidos na convenção de arbitragem, nos termos do artigo 3º da Lei 9.307/96:

⁴⁷ SILVA, Eduardo da Silva. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*, p. 71.

⁴⁸ Idem, p. 72.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

“As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Ademais, a autonomia negocial possui contornos próprios que devem ser obedecidos, entre os quais se coloca o feixe de liberdades contratuais que a compõe, como também sua projeção ao longo do desenvolvimento do relacionamento negocial.

Ao relacionar-se intimamente com a ideia de liberdade, a autonomia negocial vincula-se diretamente à ideia de liberdade de iniciativa econômica, a chamada livre iniciativa, noção esse de imensurável importância para as sociedades empresárias, tanto é assim que GRAU afirma ser a empresa o titular da liberdade de iniciativa econômica⁵⁰.

Entretanto, as razões pelas quais a arbitragem deve ser utilizada, de forma a incentivar a liberdade econômica e diminuir os custos de transação envolvidos na formalização e manutenção das sociedades empresárias, serão expostas em capítulo próprio, a fim de se manter a coesão metodológica da presente monografia.

Isto posto, é a liberdade de firmar contratos que funda o instituto da arbitragem, ainda mais se levarmos em conta que a autonomia negocial possibilita a conclusão de contratos atípicos ou inominados, não previstos em legislação, mas que surgem em face das idiosincrasias da prática do mundo negocial. E, justamente por serem atípicos, é que eventuais conflitos contratuais devam ser resolvidos rapidamente por pessoas capazes e especializadas, características inerentes da resolução por via arbitral.

Importante ter conhecimento que a liberdade que compõe a autonomia negocial não se faz presente somente na formação inicial do pacto. Este feixe de liberdades projeta-se sobre a relação negocial, e, segundo SILVA,

esta projeção da autonomia negocial que se lança ao longo de todo o desenvolvimento da relação que permite a intervenção da arbitragem como meio de conservação não apenas do próprio pacto, mas dos relacionamentos e perspectivas empresariais que lhe são embutidos.⁵¹

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 228.

⁵¹ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 78.

Nessa linha, a concepção de autonomia negocial incide sobre o negócio jurídico ou contrato em diversas fases, e se assim é, visa-se sempre o cumprimento pleno dos objetivos, com vista a futuros negócios, objetivo sempre perseguido pelas sociedades empresárias.

Neste aspecto é que se ressalta a arbitragem empresarial, pois esta face da autonomia negocial, que é a projeção ao longo do desenvolvimento do contrato, possibilita que através do procedimento arbitral os contratantes nomeiem um árbitro ou tribunal arbitral, a fim de reconstruir a relação negocial. Isso porque, no campo empresarial surgem contratos que, por condizerem com as realidades e necessidades econômicas das sociedades empresárias, primam pela longa duração de sua execução. Assim,

(...) contratações em que se instaurem vínculos duradouros entre as partes tornam-se cada vez mais comuns e merecem tratamento adequado por uma disposição sempre permanente das partes a darem vitalidade ao contrato estabelecido em função dos seus interesses econômicos. Para tanto, a mesma autonomia negocial que foi capaz de fundar o relacionamento deve ser capaz de reciclar-se, projetando-se para momentos posteriores da relação em que fatalmente ocorrerão controvérsias acerca da interpretação e execução contratual. Dada aos particulares, originalmente, a capacidade de auto-regramento dos seus interesses, com muito mais razão, mesmo para justificar esta faculdade, é lhes concedido participar dos movimentos para retificar ou ratificar posições contratuais. (...) Fenômenos genéricos como da revisão dos termos do contrato pelas partes comprovam a incidência da autonomia negocial sobre o mesmo contrato, e a arbitragem como meio de revisão do conteúdo contratual (...) dá-se justamente por esta projeção de que é dotada a autonomia negocial.⁵²

Pode-ser afirmar, então, que o processo arbitral se impõe como instrumento de revisão e atualização, por meio da cláusula compromissória, do negócio jurídico inserto no corpo de um contrato⁵³.

⁵² Idem, p. 81-82.

⁵³ É forçoso destacar, conforme será mencionado, que a arbitragem empresarial pode ser utilizada em conflitos contratuais envolvendo empresas diversas, ou entre conflitos envolvendo a própria empresa e seus sócios, uma vez que ao se falar aqui da arbitragem como meio para manutenção do contrato, não se pode olvidar que as sociedades empresárias, antes de tudo, partem de pressuposto contratual, conforme reza tanto o Código Civil quanto o Código Comercial. Cf. MARTINS, Pedro A. Batista. Obra citada, p.123.

Para ilustrar a necessidade da utilização de arbitragem nos contratos de longa duração em face de sua execução projetar-se no tempo, fato que, como dito, é corolário das sociedades empresárias, SILVA⁵⁴ menciona o autor italiano Michael Bonell, e cita que, como exemplos desses contratos, temos os de comércio internacional, que podem muito bem ser aplicados também ao mercado interno, como o de fornecimento e montagem de bens industriais, contratos de assistência técnica, de *know-how*, de licença de patente industrial, consórcios e *joint-ventures*.

O autor italiano assevera que o traço comum aos tipos contratuais mencionados é o elevado grau de incerteza e de aleatoriedade que comportam, em virtude da longa duração dos vínculos⁵⁵.

Outro motivo para essa incerteza e imprevisibilidade dos contratos diz respeito à racionalidade limitada, tema que será melhor dissecado ao longo da monografia, mas que merece agora ser citado, ainda que precariamente. Neste sentido, PIMENTA afirma que a racionalidade limitada (*bounded rationality*) dos contratantes decorre da incapacidade das partes anteverem e disciplinarem toda e qualquer eventualidade passível de acontecer ao longo da execução do contrato celebrado⁵⁶.

Ademais, MACHADO estabelece que

Sendo assim, na medida em que a racionalidade é limitada (...) os contratos serão sempre necessariamente incompletos, contendo lacunas inevitáveis, (...) pois é impossível estabelecer um contrato perfeito, no sentido de que todas as hipóteses estarão lá previstas, já que a própria noção de racionalidade é limitada.⁵⁷

Ainda, a respeito do assunto, MACHADO indaga

Mas e se a racionalidade é limitada e os contratos são incompletos? Ora, necessariamente existirão eventos fáticos não previstos no contrato. Haverão, como já dito, lacunas. Como preencher essas lacunas? Quem as preencherá? São questões tormentosas e que, de um modo mais específico, serão trabalhadas (...) ao se adentrar o tema da arbitragem.⁵⁸

⁵⁴ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 81.

⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. *A disciplina legal das sociedades empresárias sob uma perspectiva de Direito & Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*, p. 253.

⁵⁷ MACHADO, Raffael Bicca. Obra citada, p. 31.

⁵⁸ Idem, *ibidem*.

Assim, voltando ao pensamento do autor italiano, destaque-se que, por conseguinte, os sistemas jurídicos tradicionais não reconhecem a hipótese de revisão contratual dos contratos, e que por isso, surge, para dirimir estas controvérsias, a hipótese de que um terceiro imparcial aos interesses postos em jogo intervenha para realizar a revisão dos termos do contrato, em outras palavras, conforme SILVA expõe, o autor italiano defende ser a arbitragem o melhor meio para estas situações, respeitando-se a autonomia negocial⁵⁹.

Vê-se, portanto, ser a autonomia negocial capaz, ao mesmo tempo, de conformar e sustentar a arbitragem como meio de pacificação de controvérsias havidas preponderantemente no âmbito do comércio, tanto nacional ou quanto internacional⁶⁰.

III.2. Convenção Arbitral

A convenção arbitral é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, estes, atos que expressam a autonomia negocial indispensável à arbitragem, conforme já dito e expresso pelo artigo 3º da Lei 9.307/96.

ALVIM define a convenção arbitral como

Expressão da vontade das partes interessadas, manifestada numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios. Em outros termos: uma via jurisdicional concorrente com a estatal, posta pela lei à disposição das partes, para resolverem seus conflitos, em sede privada, com igual extensão e eficácia à efetivada pelos Órgãos do Poder Judiciário.⁶¹

Atualmente, sendo manifestação da autonomia negocial, a convenção arbitral corresponde a um negócio jurídico resultante da livre vontade das partes. É cediço que esta convenção detém força coercitiva e, uma vez estabelecido, não é permitido que uma das partes desista unilateralmente e recorra ao Judiciário.

⁵⁹ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 99.

⁶⁰ Idem, ibidem.

⁶¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Obra citada, p. 207.

Com isso, proceder-se-á, agora, a análise da cláusula compromissória, destacando-se os diversos aspectos que devem ser respeitados para a máxima eficácia desta espécie da convenção arbitral na solução de controvérsias empresariais.

III.3. A cláusula compromissória: noções preliminares

Às partes é lícito, quando da elaboração de um contrato, escolherem, em respeito a sua autonomia negocial, em qual jurisdição, estatal ou privada, submeterão eventual controvérsia decorrente da interpretação ou execução contratual.

Nesse caminho, a Lei 9.307/96 disciplinou o instrumento posto as partes para resolução dessas controvérsias. Trata-se da cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, que pode estar inserida, e é o mais usual, no corpo do contrato a que se refere, ou em documento apertado, nos termos do *caput* artigo 4º, e do §1º, da referida lei:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Possui a cláusula compromissória, conforme afirma VILELA, elementos que a caracterizam como um negócio jurídico, “sujeito a uma condição suspensiva referente ao surgimento de um conflito originário de determinada relação jurídica privada à qual adere esta cláusula”⁶².

Neste sentido é o entendimento de FIUZA, segundo o qual a cláusula compromissória é

negócio jurídico plurilateral, assim como o compromisso. A vontade das partes não é antagônica, uma desejando algo, e a outra, exatamente o

⁶² VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 74.

oposto, como na compra e venda, na locação ou no depósito, negócios bilaterais. Orientam-se, ao revés, para o mesmo porte, qual seja, renunciar à jurisdição ordinária, abraçando a instância arbitral para dirimir possíveis controvérsias.⁶³

Trata-se a cláusula compromissória de negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato, reflexo de sua condição de convenção privada que visa a gerar uma nova esfera de regulação dos interesses particulares em virtude do advento de controvérsias acerca da interpretação e execução do contrato que as transporta, razão pela qual passa a ser crescente sua utilização nos contratos comerciais.

Essa caracterização da cláusula compromissória como negócio jurídico leva a duas conseqüências. A primeira e mais aparente é a do caráter instrumental que adquire o instituto da arbitragem, considerado processo destinado à pacificação social e que estabelece um liame entre a realidade sócio-econômica e o direito. A segunda refere-se ao *status* próprio que o instituto acaba adquirindo, em virtude da força vinculativa oriunda da autonomia negocial do pacto firmado, que estabelece a submissão das partes ao procedimento arbitral e aos novos contornos do contrato a que se refere a controvérsia a ser dirimida.

Em síntese, a vinculação das partes à cláusula compromissória, com a conseqüente instauração do procedimento arbitral não deriva somente da observância do que foi pactuado, mas também da realidade fática imposta àqueles que atuam nos campos comercial e empresarial⁶⁴.

III. 4. A cláusula compromissória na prática

Mesmo fruto da autonomia negocial que produz os contratos a que se referem, por fatores de ordem jurídica e cultural, houve forte resistência à aceitação da efetividade das cláusulas compromissórias inseridas no bojo destes. Era necessária para instauração da arbitragem a celebração do compromisso arbitral, o que, por conseguinte, retirava toda a celeridade e eficácia para a instalação do juízo arbitral. SILVA faz referência a esse fato, afirmando que

⁶³ FIUZA, César. Obra citada, p. 107.

⁶⁴ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 129.

As razões que alimentaram tal prática durante anos extrapolam as meramente jurídicas e se chocam em fenômeno cíclico, promovendo uma rotina que promoveu a baixa adesão ao processo arbitral. Na verdade, a tala de assimilação cultural da arbitragem como meio seguro para resolução de controvérsias obstou a formação de instituições arbitrais capazes de comporem não apenas uma jurisprudência própria, mas mesmo uma técnica arbitral aplicada à nossa realidade. Na ausência de muitas instituições que promovam, organizem e sustentem câmaras arbitrais, além de centros de pesquisa que abordem a inteireza do processo arbitral, o instituto restava adormecido nos livros, nas memórias e mesmo nos poucos órgãos que o dispunham. Estava posto, um quadro que fazia crer ser perigoso abandonar a jurisdição estatal – clássica e conhecida – por outro mecanismo, cheio de mistérios e senhas veladas.⁶⁵

Com a Lei 9.307/96, nota-se o cuidado que teve o legislador com a normalização da cláusula compromissória, apresentada como uma resposta ao quadro enunciado por SILVA, uma vez que a cláusula deixou de ser um pré-contrato de compromisso, repleto de incertezas quanto ao seu cumprimento, podendo o juízo arbitral ser instituído “sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral”⁶⁶.

Para tanto, observa-se que a referida lei fomentou uma mudança de perfil para se privilegiar a arbitragem institucional, ou seja, aquela em que a cláusula compromissória é capaz de promover a arbitragem por estar vinculada a uma instituição com condições de fornecer às partes todo o aparato jurídico e logístico que são necessários para a solução da controvérsia. Vale dizer, as partes valem-se do regulamento já definido pelas instituições arbitrais, como, por exemplo, a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), a Câmara de Mediação e Arbitragem – Associação Comercial do Paraná (ARBITAC), o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, para instituir a arbitragem a partir da cláusula compromissória assim que se reporte a qualquer instituição arbitral.

Essa prevalência da arbitragem institucional decorre, segundo SILVA⁶⁷, do fato de que em se tratando de instauração de arbitragem *ad hoc*, eventual resistência de uma das partes em firmar o compromisso, fomenta um componente

⁶⁵ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 135.

⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, p. 36.

⁶⁷ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 146.

nada desejado àquelas empresas que necessitam de uma solução rápida para suas controvérsias contratuais: tensão e litigiosidade.

Nesse sentido, a Lei 9.307/96, por meio de seu artigo 7^o⁶⁸, disciplinou o que se pode denominar de execução específica da cláusula compromissória, para casos em que, existindo a cláusula compromissória e eventual recusa de uma das partes para instituição do procedimento arbitral, será prolatada sentença judicial que valerá como compromisso arbitral.

Notadamente que a execução específica da cláusula compromissória importaria em demanda judicial, e como tal, em morosidade, o que, repita-se, não é o almejado pelas sociedades empresárias quando estas inserem em seus contratos sociais cláusulas compromissórias. Assim sendo, a utilização do Poder Judiciário para a implementação da cláusula compromissória, nos dizeres de SILVA, consiste em “patologia do sistema arbitral”⁶⁹, pois a intervenção judicial transtorna a própria idéia de cláusula compromissória como estrutura de conservação dos contratos e do bom relacionamento entre empresas. Segundo o autor,

A arbitragem deixa de ser uma escolha e passa a ser uma imposição da ordem estatal, o que contribui para que se descaracterizem algumas das melhores qualidades do instituto, como a liberdade e manutenção de uma logicidade empresarial que prima pela conservação dos relacionamentos.⁷⁰

No mesmo sentido VILELA, ao afirmar que

⁶⁸ Art. 7º da Lei da Arbitragem: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.”

⁶⁹ Idem, p. 184.

⁷⁰ Idem, p. 184 e 185.

Evitar a intervenção prévia do Poder Judiciário para instituir a arbitragem é absolutamente possível. Basta dispensar cuidado e atenção na redação da cláusula compromissória, evitando-se cláusulas vazias e cuidando para que a tal convenção arbitral, preterea ao surgimento do litígio, seja apta a instituir o juízo arbitral, sem a necessidade da celebração de compromisso arbitral.⁷¹

A questão da cláusula compromissória como instrumento de preservação das relações empresariais será detalhada a seguir. Ainda, referente, a implementação da cláusula compromissória na prática, estabelece o artigo 19 da Lei 9.307/96 que estará “instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”, no entanto, não se pode prescindir de delimitar o objeto da controvérsia.

Este requisito será preenchido a partir do estabelecido na cláusula compromissória, devendo esta mencionar a forma pela qual será limitada a controvérsia, se por escrito ou verbalmente, mediante a intermediação de um órgão arbitral ou não. Nesse sentido, sem pretensão de adentrar ao tema da incompletude dos contratos e da racionalidade limitada, é necessário compreender que o objeto da cláusula compromissória não exige uma concreta e específica determinação, até porque impossível se prever todas as futuras controvérsias, mas também não admite o campo da indeterminação absoluta.

Não se confunde, contudo, a vedação quanto a indeterminação absoluta em relação ao objeto do convênio arbitral, com a hipótese de demarcação de um amplo espectro de atuação do juízo arbitral. Tanto é assim, que é permitida, como também defendida neste trabalho, a inserção de cláusulas compromissórias “em contratos que tenham trato sucessivo, ou, ainda, que projetem diversas relações jurídicas possíveis, mas determináveis, como, por exemplo, o contrato de sociedade empresária ou simples”⁷².

Com tudo o que foi exposto, vê-se que deve ser priorizada a utilização das cláusulas compromissórias cheias, ou seja, aquelas que contêm os elementos necessários para imediata instauração da arbitragem, com preferência à arbitragem institucional, ainda que seja possível a arbitragem *ad-hoc*, por meio de convenção

⁷¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 107.

⁷² Idem, p. 80.

das próprias partes. LEMES tece algumas recomendações para a escolha e formulação da cláusula compromissória cheia:

(...)se as partes decidirem pela arbitragem institucional, que se recomenda nesta fase inicial da arbitragem no Brasil, que elejam uma instituição idônea, com competência profissional na condução da arbitragem, que esclareçam corretamente a denominação da instituição eleita, que utilizem a cláusula padrão ou cláusula-tipo sugerida pela instituição. No caso de contrato internacional, que a cláusula arbitral esclareça também a lei aplicável, local e idioma da arbitragem. Caso as partes optem pela arbitragem “ad hoc”, que tenham o cuidado redobrado de esclarecer como elegerão os árbitros, forma de intimar a outra parte, etc.⁷³

A par do exposto, não se pode prescindir a relevância da utilização da cláusula compromissória na manutenção das relações empresariais. Diz-se isso porque, como se viu, o processo arbitral é escolhido a partir da convicção das partes, fruto do amadurecimento das relações negociais, em respeito a harmonização entre as sociedades empresárias e que preze pela formação de um instituto de resolução de litígios que privilegie princípios e valores específicos do âmbito empresarial.

Para tanto, todas as características da cláusula compromissória atinentes à prática contratual, ao menos na linha seguida na presente monografia, devem convergir para as vantagens de se adotar o instituto da arbitragem, sendo, então, imperioso entender a cláusula compromissória como estrutura de conservação dos vínculos contratuais e dos relacionamentos entre empresas.

III. 5. A cláusula compromissória como estrutura de conservação dos vínculos contratuais e dos relacionamentos entre empresas

A valorização e implementação da cláusula compromissória na prática contratual só acontecerá ao se concretizar a visão da mesma como “estrutura de

⁷³ LEMES, Selma Ferreira. *As Cláusulas Arbitrais Omissas e Defeituosas*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de maio de 2011.

conservação dos vínculos contratuais”⁷⁴, ou, mais especificamente, como mecanismo de manutenção dos relacionamentos empresariais.

Tais vínculos, é bom que se esclareça, não se limitam ao âmbito jurídico. Outros tipos de relacionamentos – no caso, empresariais – não podem ser ofuscados pela concepção de que os vínculos contratuais são estritamente jurídicos. Assim, verificam-se dois tipos básicos de relacionamentos promovidos pelo contrato: o primeiro, de caráter jurídico, diz respeito aos liames que o Direito naturalmente estabelece entre as partes, gerando obrigações, direitos e deveres, etc; o segundo, de cunho comum, “quase que interpessoal”⁷⁵, se forma diretamente entre as partes contratantes.

Esses dois tipos de vínculos são intrínsecos ao ramo do Direito que regula os negócios comerciais e a atividade de empresa das sociedades, o chamado *Direito Empresarial*⁷⁶. O que, contudo, nunca foi facilmente percebido é que as sociedades empresárias podem protagonizar uma teia complexa e delicada de relacionamentos, isso porque, a dinâmica avassaladora das relações empresariais, inclusive com transações via internet⁷⁷, geram maiores e mais diversificadas relações, contratuais e empresariais.

Na seara empresarial, constata-se que o maior volume de contratações se dá entre contratantes que já se conhecem e que, com frequência, retomam o mesmo tipo de pactuação. Nesse sentido, SOUZA SANTOS afirma que o tipo mais comum da troca comercial ocorre entre participantes com relações contínuas, tanto na

⁷⁴ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 190.

⁷⁵ Idem, p. 192.

⁷⁶ “Não se pode negar que o uso da expressão direito comercial se consagrou no meio jurídico acadêmico e profissional, sobretudo porque foi o comércio, desde a Antiguidade, como dito, a atividade precursora deste ramo do direito. Ocorre que, como bem destaca a doutrina comercialista, há hoje outras atividades negociais, além do comércio, como a indústria, os bancos, a prestação de serviços, entre outras. Alguns autores, inclusive, já acolheram a nova denominação, e por isso já podemos ver uma série de cursos e manuais de direito empresarial. Também não é pequeno o número de Faculdades de Direito que alteraram o nome da disciplina direito comercial para direito empresarial. Em contrapartida, também há inúmeros autores que continuam com seus cursos e manuais de direito comercial, bem como há inúmeras Faculdades que mantiveram em seus currículos a disciplina direito comercial. Ora, não há maiores problemas na alteração da nomenclatura do direito comercial. E parece-nos que este deve ser realmente o caminho a ser adotado pela doutrina. De fato, não é salutar a falta de uniformidade na referência a este importante ramo da árvore jurídica. Seria interessante que se chegasse a um consenso, e a partir de então fosse adotada uma única nomenclatura. E a mais adequada, diante da definitiva adoção da teoria da empresa pelo nosso ordenamento jurídico, é a expressão direito empresarial.” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum*. Disponível na internet: <<http://www.iesb.br/atena/arquivos/revista/artigo1.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2011).

⁷⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Obra citada, p. 148.

duração quanto na freqüência desses contratos⁷⁸. Para o citado autor, aqueles que possuem uma rotina de contratação que, com o passar do tempo, vai se tornando cada vez menos densa no aspecto jurídico, e notadamente mais relacional, celebram o que ele chama de *relational contracts*, cujo conteúdo é parcialmente preenchido por meio de relações de interconhecimento e dos usos e práticas comerciais. Percebe-se, então, que se forma entre os contratantes um acentuado grau de confiança que repercute diretamente no resultado final da atividade empresária⁷⁹.

Formam-se, por conseguinte, espaços para cooperação entre as empresas. Nesse sentido, SILVA leciona que

(...) no interior destas zonas de cooperação – cada vez mais amplas e necessárias em uma sociedade coletivizada, de produção intelectual e técnica mais especializada e segmentada – que se gera uma gama extraordinária de relacionamento entre empresas, necessários à sua subsistência em uma economia de mercado. Estes relacionamentos têm profundo caráter econômico, financeiro e estratégico e proporcionam, além da relação primordial do empresário e de seus fornecedores principais, diversos outros relacionamentos entre as empresas, necessários para sua penetração e permanência no mercado globalizado. (...) Na base destes contratos ou negócios jurídicos está o relacionamento entre as empresas, livre de litígios ou mesmo de controvérsias.⁸⁰

Não se pode olvidar, é claro, que as sociedades empresárias também atuam num campo de concorrência, todavia, é evidente que agem, como se vê muitas das vezes, em cooperação. Nestas sociedades em que prevalecem os chamados contratos relacionais, os relacionamentos travados entre elas integram um ciclo natural de produção que, caso alterado abruptamente, representaria um choque⁸¹ a repercutir em toda a cadeia de produção.

Este choque mencionado seria alguma controvérsia surgida na interpretação ou execução do contrato pactuado entre as sociedades. Assim, pelas razões já expostas no presente trabalho, a cláusula compromissória surge como resposta a

⁷⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Da microeconomia à microssociologia da tutela judicial*. In *Justiça e democracia*, p. 81.

⁷⁹ Idem, p. 82.

⁸⁰ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 194.

⁸¹ Idem, p. 195.

alguma eventualidade capaz de ensejar controvérsias a serem dirimidas, não vejamos, conforme bem afirmado por SILVA

Quando do advento de alguma controvérsia em meio ao relacionamento entre duas empresas, uma decisão cruel deve ser tomada: resolvê-la de modo a preservar o relacionamento, privilegiando uma solução célere e conciliadora, ou optar pelo método judicial clássico, com suas garantias típicas, mas também com o estabelecimento de um vencedor e de um derrotado e, por consequência, o ocaso do relacionamento. Esta delicada decisão, pelos impactos econômicos que produzirá, levará em conta o dado patrimonial em que consiste o relacionamento com a empresa oponente, sua situação estratégica no mercado, suas perspectivas a curto, médio e longo prazo, enfim, o aspecto patrimonial que integra aquele relacionamento, que poderá vir a ser desintegrado pela carga de litigiosidade muitas vezes emanada pela justiça contenciosa estatal, gerando uma gama considerável de prejuízos.⁸²

Ora, evidente que é sempre desejável preservar a relação, obtida a partir da utilização da arbitragem. Com razão, nesse sentido, FERRI afirma que na questão da manutenção e conservação dos relacionamentos, o árbitro exerce uma função dificilmente alcançada pelo juiz estatal, que é a função restauradora dos vínculos e relacionamentos e de sua evidente repercussão econômica. O juiz pode até determinar o restabelecimento das relações de forma específica e equivalente, entretanto, não pode auxiliar para o retorno da harmonia entre as partes e assegurar a manutenção do relacionamento⁸³.

É, então, através da inserção de cláusulas compromissórias, que a arbitragem torna-se técnica de preservação dos relacionamentos negociais, servindo como dispositivo a acionar uma justiça coexistencial – que se realiza de forma célere no meio do qual surgiu a controvérsia – capaz de preservar os vínculos empresariais e o seu conteúdo econômico.

Importante destacar, ainda, que ao manter a racionalidade comercial dos contratos, a cláusula compromissória também afasta o silogismo jurídico aplicado

⁸² Idem, p. 196.

⁸³ FERRI, Giovanni. *La funzione dell'arbitro nella società moderna*, p. 15. Apud SILVA, Eduardo da Silva. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*, p. 198.

pelos juízes estatais, dando lugar ao “senso de equidade econômica”⁸⁴ efetivamente perseguido pelas partes envolvidas na controvérsia. Essa vantagem de se adotar a cláusula compromissória é ainda mais evidente ao constatarmos que não há, no aparato judicial, juízes, varas ou câmaras recursais especializadas nos meandros da economia e capacitados a acompanhar ao mesmo tempo a intrincada e incessante dinâmica do meio empresarial⁸⁵.

Como exposto, sendo a celebração da cláusula compromissória um ato de exercício de autonomia negocial, há de se atentar para sua inserção nos contratos de natureza empresarial. Aos operadores do Direito é que cabe tal tarefa, como forma de garantir a assimilação cultural da arbitragem, aproximando o instituto dos seus usuários: as sociedades empresárias.

Ademais, a cláusula compromissória não pode nem deve dar margem a dúvidas ou ambigüidades, sob pena de se mitigar as vantagens oferecidas pelo instituto da arbitragem, “situação na qual ela deixa de ser meio distensão de controvérsias e passa a ser protagonista de novas discussões. Assim, a cláusula compromissória precisa ser cristalina, de fácil redação e interpretação”⁸⁶.

Assim, por tudo que foi exposto, conclui-se que a função da cláusula compromissória de manter as relações empresariais, sem dúvida alguma, já justificaria a adoção da arbitragem para dirimir as controvérsias do meio empresarial.

Ao preservar as relações negociais e intra-societárias, somadas às características da arbitragem, como a celeridade, flexibilidade, confidencialidade, o instituto, outrora esquecido em nosso meio, caminha a passos largos para ampla utilização em um ambiente tão dinâmico e imprevisível que nem sempre tem suas necessidades e urgências correspondidas.

⁸⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Obra citada, p. 82.

⁸⁵ SILVA, Eduardo da Silva. Obra citada, p. 202.

⁸⁶ Idem, p. 206.

IV. ARBITRAGEM: UMA RESPOSTA A RACIONALIDADE LIMITADA E AOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Conforme exposto no item anterior, é de fácil percepção compreender que as relações empresariais, em regra, duram anos. Notadamente, as condições mudam ao longo da vida da relação⁸⁷, de forma que às partes é necessário reagir às condições inconstantes na medida em que perseguem seus próprios objetivos.

As condições inconstantes, inerentes a quaisquer contratos negociados entre empresas, dizem respeito à impossibilidade de se prever fatos, motivos, circunstâncias que podem não só levar a execução ineficiente dos contratos, bem como a quebra total deles. Diante disso, reconhece-se a racionalidade limitada dos contratos para prever todo e qualquer acontecimento capaz de interferir na perfeita e eficiente relação contratual.

A economia e direito comportamental (*behavioral law and economics*) procura melhorar o poder de prever já conhecido da teoria da economia clássica incorporando um número maior de características dos comportamentos dos atores⁸⁸ – no caso, dos contratantes. A economia comportamental identifica certos limites de cognição comuns às partes contratantes.

Segundo BLACK, pessoas têm “habilidades computacionais limitadas e graves falhas de memórias que resultam em erros previsíveis”⁸⁹. Em virtude disso, pessoas recorrem a certos artifícios que resultam em erros de julgamento capazes de prejudicar as partes na procura por melhores e novos processos, que restringem o domínio de informação⁹⁰, e, conseqüentemente, aumentam os custos de transação⁹¹.

⁸⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 237.

⁸⁸ BLACK, Barbara. *Can Behavioral Economics Inform Our Understanding of Securities Arbitration?*, p. 112. A tradução foi feita livremente pelo autor do presente trabalho. Todas as outras citações de livros e artigos não escritos em língua portuguesa também serão assim traduzidas até o final da monografia.

⁸⁹ “People have limited computational skills and seriously flawed memories that result in predictable mistakes”. (Idem, p. 113.)

⁹⁰ MACHADO, Raffael Bicca. Obra citada, p. 34.

⁹¹ Sobre custos de transação, preliminarmente, ver o conceito de David Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Para os autores, custos de transação “são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação.” (Cf. ZYLBERSZTAJN, David; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*, p. 320.)

Um dos mais comuns erros de julgamento que limitam as pessoas é o excesso de otimismo (*over-optimism*)⁹², que leva as pessoas a pensarem terem elas habilidades e dons acima da média, e, assim, no entendimento delas, fatos que lhe prejudiquem têm probabilidade menor de acontecer a eles do que a pessoas normais. Deste modo, ao negociarem contratos as partes tipicamente subestimam a probabilidade de falhas e resultados desapontadores.

Outro fator é denominado “tendência ao *status quo*” (*status quo bias*)⁹³, através do qual pessoas geralmente decidem manter o atual estado das coisas ao invés de modificarem seus comportamentos ou situações⁹⁴. Desta maneira, partes contratantes podem considerar termos padrões nos contratos, a fim de manter o *status quo*, e se tornarem relutantes a negociarem termos substitutos, que podem se mostrar até mesmo mais benéficos e eficientes.

Também se deve mencionar a tendência que as partes têm em avaliar a lealdade das outras baseadas em seus próprios interesses (*self-serving bias*)⁹⁵. Dessa forma, contratantes podem não aceitar decisões ou mesmo compromissos simplesmente por duvidarem da honestidade da outra parte.

Por conseqüência, devido à racionalidade limitada, as pessoas geralmente utilizam-se desses artifícios, incorrendo, sem intenção, em erros de julgamento capazes de comprometerem suas relações negociais. Todavia, é de se considerar que as partes podem intencionalmente decidir ignorar essas informações, possivelmente pelos altos custos em adquiri-las.

Como assinalam COOTER e ULEN, uma parte importante do fomento do compromisso e cooperação entre as partes contratuais é a troca de informações entre elas. Assim,

antes de firmarem o contrato, as partes têm conhecimento privado sobre o que esperam conseguir com o relacionamento, os preços e outras condições com as quais estariam dispostas a se comprometer, a duração que prevêem para o relacionamento, os aspectos da promessa que são realmente significativos para elas e os aspectos que não são tão importantes. Além disso, uma das partes talvez possua informações sobre o

⁹² BLACK, Barbara. Obra citada, p. 113.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ DRAHOZAL, Christopher R.; WITTROCK, Quentin R. *Is There a Flight from Arbitration?*, p. 115

⁹⁵ BLACK, Barbara. Obra citada, p. 113.

acordo em potencial que a outra parte não possui, mas que valoriza muito.⁹⁶

Considerando o alto custo que pode ser gerado na busca por informações, as partes não visam a tomar decisões ótimas, mas somente satisfatórias. BLACK então conclui que

Enquanto a necessidade de limitar informação é uma resposta racional para facilitar a tomada de decisões, um indivíduo pode, por causa dos previamente indicados erros de julgamento, ter percepção defeituosa acerca da pertinência de alguns tipos de informação. Por isso, racionalidade limitada e ignorância racional podem trabalhar em conjunto para produzir tomadas de decisão defeituosas.⁹⁷

Como consequência, o custo dessas informações limitadas é positivo, na medida em que passam a ter valor e atuam no sentido de auxiliar os indivíduos a aumentar seu grau de racionalidade, ou, por outro lado, implicando diminuir a assimetria informacional. Diante da situação exposta, aflora o papel das instituições, que segundo MACHADO, são

entendidas de forma bastante ampla, como regras formais e informais de constrangimento de decisões, já que estas têm como função primordial tentar reduzir os custos de transação, aumentando, com isso, o fluxo de relações econômicas ou sociais entre os grupos e os indivíduos.⁹⁸

Assim, para entender o motivo pelo qual a adoção do instituto da arbitragem pelas sociedades empresárias oferece maiores incentivos econômicos é necessário entender qual o papel dos custos de transação nas relações empresariais.

IV. 1. A Arbitragem como redutor dos custos de transação

Fazer um contrato implica buscar parceiros, negociar as condições, redigi-lo e fazer com que seja cumprido. Essa busca exige esforço, pois a negociação pode

⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Obra citada, p. 213.

⁹⁷ BLACK, Barbara. Obra citada, p. 114.

⁹⁸ MACHADO, Raffael Bicca. Obra citada, p. 34.

tomar tempo. A redação, por sua vez, pode requerer conhecimento de causa, e, não menos importante, fazer com que o contrato seja cumprido exige muita perseverança⁹⁹.

Custos de transação são os custos para a realização de intercâmbios econômicos. Diante disso, os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo, podem ser denominados de custos de transação¹⁰⁰. Foi Ronald Coase, em seu célebre artigo intitulado *A Natureza da Firma (The Nature of the Firm)*, em 1937, o primeiro¹⁰¹ a introduzir o conceito de custos de transação, referindo-se a eles como custos para a utilização dos mecanismos de preço, ou seja, que qualquer interação econômica requer o uso – em maior ou menor escala – de recursos pelas partes.

Nessa esteira, pode-se considerar que existem custos de transação *ex-ante* e *ex-post*. Os primeiros referem-se aos custos de selecionar, negociar e salvaguardar o acordo, através de cláusulas meticulosas que permitem o monitoramento entre as partes, definindo preços, quantidades e duração do contrato. Já os custos de transação *ex post* assumem outras formas, tais como: a má adaptação às condições contratuais, eventuais renegociações e o descumprimento de cláusulas contratuais previamente estabelecidas¹⁰².

Como se vê, não se pode limitar a conhecer custos de transação como aqueles decorrentes somente dos custos de elaboração dos termos de um contrato. Segundo KLAUSNER¹⁰³, o direito empresarial americano das últimas décadas avançou na medida em que passou justamente a estudar como os custos de transação e outras imperfeições de mercado afetam os compromissos de governança das empresas e o papel do direito empresarial.

⁹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Obra citada, p. 231.

¹⁰⁰ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor*, p. 19.

¹⁰¹ Pertinente a consideração de Calixto Salomão Filho ao afirmar que: “Nele [no direito societário] a preocupação influenciada pelo *law and economics* vem se traduzindo pelo menos nas duas últimas décadas em consideração exclusiva de formas para maximizar a eficiência empresarial. Os trabalhos (...) [abordam] os custos de transação (termo originalmente cunhado há mais de 70 anos por Ronald Coase) e de variações em torno desse tema. A consequência é um direito societário fixado exclusivamente na descoberta de formas societárias estimuladores da eficiência empresarial e administrativa, qualquer que seja a definição de eficiência adotada (diminuição dos custos de supervisão, estímulo à apropriação de conhecimento, etc).” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, p. 54.)

¹⁰² WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, p. 450.

¹⁰³ KLAUSNER, Michael. *The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later*, p. 796.

Ademais, o próprio KLAUSNER assevera que Ronald Coase sempre reiterou que era nessa direção que pretendeu alavancar a análise econômica, visando ao estudo dos atuais custos de transação e seus efeitos, e não ao estudo de um mundo heurístico, porém imaginário, em que não há custos de transação¹⁰⁴.

Com isso em mente, pode-se começar a esmiuçar a noção de que a arbitragem utilizada pelas empresas é capaz de reduzir os custos de transação.

Os custos de transação, portanto, podem ser contabilizados incluindo despesas das discussões oriundas de qualquer instrumento de solução de controvérsias. Em determinados casos, especialmente causas envolvendo empresas, esse valor pode ser muito elevado, se levarmos em conta o tempo para se chegar a uma decisão, os gastos despendidos com a própria discussão, e até mesmo a publicidade dada a um eventual litígio.

Nesse ponto, converge a doutrina, tanto brasileira¹⁰⁵ quanto comparada¹⁰⁶, em afirmar que um dos motivos pelos quais se deve adotar a arbitragem como método alternativo para resolução dos litígios empresariais se deve ao fato do instituto reduzir os custos de transação.

Pode-se reduzir a um singelo exemplo a capacidade da arbitragem em reduzir os custos de transação. Considere que quando uma parte analisa a conveniência e a oportunidade da celebração de um contrato, ela leva em conta os custos para monitorar o cumprimento do contrato pela outra parte e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso das obrigações assumidas não serem cumpridas¹⁰⁷. Agora imagine que as partes envolvidas são sociedades empresárias que possuem milhares de contratos de compra e venda, de fornecimento, de serviço. Se todos esses fatores tiverem que ser fiscalizados com extremo rigor, os custos assumidos pelas empresas serão incrivelmente altos, dessa forma, por

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

¹⁰⁵ Nesse sentido, ver PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor.*; TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. *A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito.* In: *Revista Direito & Justiça.* Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, junho 2007.; TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael; FARBER, Sonia. *Internacional Commercial Arbitration in Brazil.* Disponível em <www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/48.pdf>

¹⁰⁶ Ver SANABRIA, J. Mauricio. *Legal Institutions of the Market Economy: Private Commercial Arbitration as Transaction Costs Reducer in Colombia.* Disponível em <digitallibrary.usc.edu/assetserver/controller/item/etd-Sanabria-3050.pdf>; MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution.* In: *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series.* Paper 232. Disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232>

¹⁰⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor,* p. 19.

consequente, quanto maiores os custos, menor será o interesse das partes em tomar parte do negócio jurídico.

Em outra linha, HYLTON e DRAHOZAL¹⁰⁸ sustentam que existem outros tipos de custos de transação que podem desencorajar as partes a tentarem escrever contratos com regras explícitas para regular incentivos *ex ante*. Ao redigirem contratos extremamente complexos e com muitas regras, com o objetivo de preverem e induzirem comportamentos, das partes é exigido muito esforço – em virtude da racionalidade limitada –, logo, maiores custos.

Ademais, é maior a probabilidade dos tribunais interpretarem erroneamente referidos contratos. Os autores, então, ao se referirem a casos como esse, dizem que tal nível de esforço das partes é algo que não pode ser traduzido numa cláusula contratual (*noncontractible*). Diante dessas situações, as partes preferem, então, quando do advento de disputas contratuais, submeterem a decisão à árbitros capazes e muito especializados.

Já PUGLIESE e SALAMA asseveram a capacidade da arbitragem, em comparação ao Judiciário, diminuir os custos de transação, ao afirmarem que

Com efeito, se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da *agilidade* com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infra-estrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez.¹⁰⁹

Não menos importante são os custos de transação dos investidores com relação às sociedades empresárias. É uma preocupação central que envolve não só investidores brasileiros, como também estrangeiros¹¹⁰, pois ambos verificam todos os aspectos dos contratos antes de estabelecerem qualquer relação econômica, ou seja, investidores estão mais propícios a investir em empresas que determinam que

¹⁰⁸ HYLTON, Keith N.; DRAHOZAL, Christopher R. *The economics of litigation and arbitration: an application to franchise contracts*, p. 553.

¹⁰⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 19.

¹¹⁰ Nesse sentido, ver TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael; FARBER, Sonia. *Internacional Commercial Arbitration in Brazil*. No artigo os autores salientam que empresas estrangeiras irão preferir tribunais arbitrais internacionais em virtude de sua maior previsibilidade e imparcialidade do que os tribunais nacionais. Citam diversas empresas multinacionais brasileiras envolvidas em arbitragens internacionais, quais sejam: Petrobrás, Vale do Rio Doce, Gerdau, Embraer.

seus conflitos serão resolvidos através da via arbitral, isso porque os custos de transação para investigar se os tribunais nacionais são ágeis ou tomam decisões corretas são muito altos, razão pela qual a verificação da existência de cláusula compromissória diminui os custos de investigação, tornando, por conseguinte, mais vantajoso investir nessas empresas¹¹¹.

A arbitragem também é capaz de reduzir os custos de oportunidade, decorrência direta da agilidade com que as decisões são tomadas. Custos de oportunidade¹¹² indicam o valor do benefício abandonado ao se escolher uma alternativa em vez de outra. É, então, o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada ou impedida. Assim, quanto maior for a duração de um litígio judicial, maior será o custo de oportunidade.

Exatamente nesse sentido, ao se referirem a prestação jurisdicional estatal, PUGLIESE e SALAMA asseveram que

o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos litigiosos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em juízo.¹¹³

Outro motivo pelo qual a arbitragem reduz os custos de transação se deve ao fato de que os litígios “são resolvidos por julgadores mais hábeis, ou seja, *experts* na matéria sobre a qual versar a controvérsia”¹¹⁴.

Aqui se destaca o Novo Mercado brasileiro, um novo segmento de listagem de empresas à negociação de ações emitidas que, voluntariamente, comprometem-

¹¹¹ Ver SANABRIA, J. Mauricio. *Legal Institutions of the Market Economy: Private Commercial Arbitration as Transaction Costs Reducer in Colombia*. Disponível em <digitallibrary.usc.edu/assetserver/controller/item/etd-Sanabria-3050.pdf>

¹¹² COOTER e ULEN ao se referir aos custos de oportunidade. “Este termo designa o custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado. Quando você decidiu freqüentar uma universidade, um curso de pós-graduação ou a faculdade de direito, você abriu mão de algumas outras alternativas valiosas, como, por exemplo, obter um emprego, treinar para os Jogos Olímpicos ou viajar pelo mundo num cargueiro sem rota fixa. Ao calcular o custo de freqüentar a universidade, a pós-graduação ou a faculdade de direito, o verdadeiro custo econômico era aquele da melhor alternativa seguinte. Isto se aplica às decisões de todos os agentes econômicos: ao maximizar a utilidade, o consumidor precisa levar em consideração as oportunidades das quais abre mão ao escolher um pacote de bens em detrimento de outro; ao maximizar os lucros, a firma precisa levar em consideração as oportunidades que deixou de lado ao comprometer seus recursos com a produção de engenhocas no lugar de algo diferente.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 53.)

¹¹³ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 20.

¹¹⁴ TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. Obra citada, p. 90.

se a adotar práticas de governança corporativa, implicando menores riscos aos investidores, e, conseqüentemente, beneficiando a captação de recursos pelas empresas¹¹⁵. Nessa toada, FREITAS ressalta a importância da especialidade dos julgadores em matérias envolvendo o mercado de capitais, mais especificamente em relação ao Novo Mercado. Afirma o autor que

(...) a solução dos conflitos, além de mais rápidos, sigilosos e especializados, atenção para este último, pois, para o caso específico deste trabalho, mercado de capitais – *Novo Mercado*, terreno árido para muitos juízes, que ao mesmo tempo em que decidem sobre investigação de paternidade, clonagem de animais, muitas vezes são obrigados a julgar, validade ou não do *tag along* ou a respeito do valor econômico das ações, matéria esta muito mais especializada para os árbitros, com notório saber jurídico e técnico, a respeito do assunto em debate.¹¹⁶

Um dos incentivos que a arbitragem é capaz de oferecer para o meio empresarial é a especialização dos árbitros, decorrente da livre escolha das partes. A Lei 9.307/06 permite aos litigantes escolherem seus julgadores, conferindo-lhes poderes de um Juiz togado¹¹⁷ para a resolução do caso. Dada essa liberdade, a expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos relativos à negociação de contratos, pois, como dito, ao contrário do juiz estatal¹¹⁸, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem.

¹¹⁵ Segundo Paulo Henrique de Souza Freitas, as empresas, ao adotarem práticas de governança corporativa subordinam-se a regras mais vantajosas aos acionistas minoritários. Deste modo “essas regras, cingem-se a prestação de informações que amenizem a complexidade do acompanhamento e fiscalização dos atos da administração e dos gestores da companhia, através de regras societárias que tragam equidade de direitos, mesmo que entre controladores e investidores, fato este, que conseqüentemente reduz o risco do investimento, pois esses direitos concedidos aliados a qualidade das informações fornecidas pela companhia atenuam as incertezas na avaliação da companhia. Por decorrência, se o risco é menor, o preço das ações torna-se mais atraente, o que gera a abertura do capital social de diversas companhias, fortalecendo o mercado acionário, beneficiando, assim, a captação de recursos pelas empresas, ao invés de submeterem-se a taxas de juros elevadas perante as instituições financeiras.” (FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Arbitragem e Segurança Jurídica no Novo Mercado Brasileiro*. p, 236.)

¹¹⁶ Idem, p, 262.

¹¹⁷ Art. 18 da Lei 9.307/96: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

¹¹⁸ Interessante a posição de Luciano Timm e Eduardo Jobim, ao afirmarem que por vezes “a falta de conhecimento ou de expertise do magistrado não é o problema central, porém tempo para ‘educação’ dos mesmos deve ser despendido para o devido enfrentamento de questões complexas. Investir num processo educacional dos magistrados, claramente deve ser afastado, pois não faz parte (diretamente) da atividade do magistrado. Sua tarefa é a de julgar casos.

Mesmo ao considerarmos que é permitido aos juízes estatais, ao julgarem casos complexos – como são, em regra, os empresariais – solicitarem peritos, não se pode negar que tal prática enseja ainda maior morosidade para o já nada célere procedimento judicial, acarretando, quiçá, maiores incertezas e custos para as partes, uma vez que deverão indicar assistentes.

Em resposta a isso, CARMONA¹¹⁹ salienta que até mesmo os árbitros poderiam se valer de peritos. Sendo que, em face da elasticidade e flexibilidade inerentes ao procedimento arbitral, os árbitros poderiam inquirir oralmente os peritos, sanando eventuais diretamente dos profissionais responsáveis pela perícia, não se condicionando a restrição e limitação de cognição definida pela rigidez formal dos processos judiciais. Para o autor, é exatamente na capacidade da arbitragem em definir procedimentos mais adequados para o caso concreto em que reside a eficiência do instituto.

Ademais, a autonomia das partes em optar pela arbitragem também faz com que os riscos de se obter uma decisão errada diminuam consideravelmente. Nesse sentido, PUGLIESE e SALAMA advogam que

A especialização permite, assim, a redução dos *erros* nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado.¹²⁰

IV. 2. A confidencialidade como diminuidor dos custos de transação

Outro fator responsável pela diminuição de custos de transação diz respeito à privacidade e o sigilo – via de regra, pois podem as partes estabelecerem o contrário – do procedimento arbitral. Dessa forma, a arbitragem pode reduzir o risco de

Educação nunca é tempo perdido, deve inclusive ser fortemente incentivada a classe dos Magistrados. Ocorre que o tempo de instrução dos magistrados em horário funcional claramente diminui o tempo para a atividade-fim”. (TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. Obra citada, p. 97.)

¹¹⁹ Palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, referente à Semana Acadêmica, realizada pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, em painel realizado pela manhã do dia 14/09/2010, com a presença do Professor Carlos Alberto Carmona, João Bosco Lee e Cesar Augusto Guimarães Pereira.

¹²⁰ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 20.

divulgação de informações confidenciais, informações sensíveis à concorrência, ao *know how* e ao segredo industrial das empresas.

Quanto ao segredo comercial, TIMM e JOBIM esclarecem por qual razão é vital a preservação do segredo industrial das empresas quando estiverem litigando. Para os autores:

(...) o segredo comercial abrange distintos assuntos, entre muitas outras coisas, técnicas e estratégias de captação de clientes, modelos de projeções de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio, salvo quando a respectiva informação for obrigatória por razões de segurança pública, saúde pública, defesa do ambiente, defesa do consumidor, ou por outros fins legalmente relevantes, as fórmulas ou receitas para preparação de produtos, os avanços conseguidos por uma entidade em qualquer área mas que ainda não se encontrem compreendidos nos conhecimentos comuns entre os especialistas desse ramo, os desenhos de novos produtos ou de protótipos, outra informações internas da empresa, ainda não públicas, relativas à atividade produtiva objetivamente considerado, que não devam ser tornados públicos por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam, ficarão protegidas mediante a recusa do acesso à informação, por configurarem segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas.¹²¹

Segundo os autores, caso as empresas optem por recorrer ao Poder Judiciário, alguns fatos trazidos à tona podem ser extremamente custosos às partes. Sem embargo disso, os referidos autores ponderam sobre a possibilidade do segredo de justiça sanar o problema do sigilo, todavia, entendem que o “mesmo é utilizado somente em alguns casos dependendo ainda da autorização do Magistrado”¹²².

A privacidade pode, ainda, beneficiar as partes promovendo agilidade e menores custos do que se as partes optassem pela jurisdição estatal. Explica-se.

Segundo SCHMITZ¹²³, procedimentos públicos podem ser demorados, trabalhosos e caros, ao passo que árbitros podem prolatar sentenças mais rapidamente e menos custosas, pois estes não precisam se preocupar com a

¹²¹ TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. Obra citada, p. 92.

¹²² Idem, p. 93.

¹²³ SCHMITZ, Amy. *Assuming Silence in Arbitration*, p. 14.

opinião pública, ou seja, suas decisões se restringem de forma objetiva a decidir a controvérsia. Esse fato leva a outra conclusão, a de que a privacidade pode ajudar a minimizar a judicialização dos procedimentos arbitrais, que geralmente ocorre quando os árbitros procuram proteger a aplicabilidade¹²⁴ de suas decisões trazendo aos procedimentos arbitrais formalidades e regras da jurisdição estatal¹²⁵.

A privacidade e o sigilo ainda podem refletir em outros aspectos da vida empresarial. Tome-se, por exemplo, uma empresa que tenha fabricado um produto contendo um defeito¹²⁶. Tal empresa, certamente, não desejará que esta informação seja divulgada publicamente, pois, obviamente, será extremamente prejudicial as suas atividades. Serão necessários, diante disso, gastos com marketing, a fim de reaver a imagem da empresa, sem mencionar o potencial desgaste da marca.

Não só nesse exemplo, como em incontáveis outras situações decorrentes das relações empresariais, ambas as partes obtêm ganho em optar por procedimentos arbitrais sigilosos, sem mencionar a diminuição nos custos de transação.

IV. 3. A importância da liberdade nas escolhas das regras¹²⁷ e relação custo-benefício do procedimento arbitral

¹²⁴ Vale lembrar que a sentença arbitral, segundo a Lei 9.307 tem força de título executivo judicial, consoante o artigo 31, que dispõe que “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

¹²⁵ De toda a sorte, ainda que não adstrita a rigidez formal do processo judicial, a sentença arbitral deve cumprir os requisitos do artigo 26 da Lei da Arbitragem, que dispõe que “São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

¹²⁶ Ver SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process*. Harvard Law School: Cambridge, MA 02138. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>.

¹²⁷ Art. 21 da Lei 9.307/96: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (...).”

Outra característica da arbitragem que enseja benefícios para as relações empresariais é quanto à liberdade das partes para escolher quais regras serão aplicadas na eventual resolução de discussões contratuais.

É valoroso o ensinamento de PITOMBO e TIMM sobre o tema, ao afirmarem que

(...) a arbitragem, que vem se consolidando no plano do comércio internacional, como um respeitado e sólido mecanismo de solução de controvérsias, pode surgir como uma alternativa dos agentes econômicos em busca de maior previsibilidade atinente às suas relações e mesmo para garantir o rigoroso cumprimento do contrato entabulado entre as partes. De modo que a arbitragem pode e tende a se constituir no grande espaço de reentrada e de reforço da autonomia privada no âmbito das relações empresariais, já que as partes, nos termos do art. 2º da Lei da Arbitragem, podem acordar as regras a serem aplicadas pelos árbitros para solução do conflito submetido à arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.¹²⁸

Fica evidenciado que a liberdade de escolha de regras na arbitragem se constitui em um incentivo econômico, haja vista que traz maior previsibilidade e segurança nas relações comerciais empresariais quando estas enfrentam eventuais divergências contratuais.

Nessa toada, outro ponto que merece prévia elucidação é quanto ao custo *strictu sensu* da arbitragem e seu custo benefício em face dos procedimentos estatais.

Na doutrina há divergência quanto aos custos reais do procedimento arbitral. Todavia, mencione-se primeiro que enquanto a arbitragem é exclusivamente financiada pelos particulares, os custos da jurisdição estatal são socializados¹²⁹. Sem embargo disso, AMARAL¹³⁰ ressalta que é preciso destacar que utilizar a arbitragem para questões complexas e de valores elevados, está longe de ser econômica, podendo, inclusive, ter um custo superior ao de uma demanda judicial.

¹²⁸ PITOMBO, Eleonora Coelho; TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem: instrumento para garantia do pacta sunt servanda em detrimento dos amplos poderes conferidos aos juízes togados pelo novo código civil?*, p. 264.

¹²⁹ CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. *Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. p. 34.

¹³⁰ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação*, p. 11.

Evidentemente, a análise do referido autor não abrange a questão de custos de transação nem de custos de oportunidade. Em síntese, “a arbitragem será usada, apesar de seus preços relativamente altos, quando os benefícios dos custos de um litígio reduzido superarem os custos crescentes das cortes”¹³¹, em outras palavras, um procedimento célere, ainda que *a priori* mais custoso, pode ser mais benéfico para as partes, principalmente em relações empresarias. Nessa linha, CHACEL destaca que

Para o demandante, a decisão de recorrer ao Judiciário depende do grau de incerteza quanto a sair vencedor do litígio, do tempo para que a sentença seja proferida e do valor líquido que espera receber. Os tribunais podem ser imprevisíveis, seja porque há falhas de redação nos contratos, seja porque os juízes estão mal informados sobre a matéria da controvérsia e, ainda, demanda de igual mérito pode ter decisões diferentes de um juiz a outro. A demora em proferir uma sentença parece ser um problema comum aos sistemas judiciários em todo o mundo, diminuindo o valor presente do ganho líquido, isto é, do recebimento menos os custos, situação na qual a justiça feita garante apenas parcialmente o direito reconhecido. E há mais, em economias com elevadas taxas de inflação, se os tribunais não adotarem mecanismo de indexação, o valor da demanda pode em pouco tempo perder expressão em termos de poder de compra da moeda.¹³²

Assim, vê-se que a economia ao se adotar o procedimento arbitral não se reduz a um mero cálculo simples das despesas embutidas. Imperioso é se fazer uma análise econômica – como a que o presente trabalho pretendeu demonstrar até o momento – dos benefícios que o procedimento arbitral pode oferecer.

IV. 4. Apontamentos sobre a morosidade da jurisdição estatal

Já mencionado, o aspecto temporal do procedimento arbitral tem bastante impacto na diminuição dos custos, tanto de transação quanto de oportunidade.

Nessa toada, não se pode prescindir de mencionar o estudo elaborado e publicado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, citada por TIMM e

¹³¹ Disponível em <www.citizen.org/documents/ACF110A.PDF> em 30MAR2011.

¹³² CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Obra citada, p. 33.

JOBIM¹³³, que relata estatisticamente a morosidade com que causas envolvendo matéria de direito societário e mercado de capitais são decididas no Tribunal de Justiça de São Paulo e que recursos são julgados no Superior Tribunal de Justiça. Essas ações envolvem, principalmente, matérias envolvendo

Acionista majoritário, Acionista controlador; Acionista e sociedade anônima; Acionista e companhia aberta; Acionista (minoritário ou majoritário) e sociedade (anônima); Poder de controle; Poder de controle e sociedade anônima; Poder de controle e companhia aberta; Abuso de poder; Abuso de poder e sociedade anônima; Controlador e sociedade anônima; Controlador e companhia aberta; Abuso do poder de controle; *Insider trading*; Informação privilegiada; Lei das S.A; Lei 6.404; Lei 6.385; Taxa de fiscalização; Taxa de fiscalização e CVM; Taxa de fiscalização e Comissão de Valores Mobiliários; Interesse societário; Interesse social; Interesse social e sociedade anônima; Companhia e responsabilidade e administrador; Companhia e administrador; Sociedade anônima e administrador; Sociedade anônima e responsabilidade administrador; S.A. e responsabilidade administrador; S.A. e administrador; Conselho de administração; Acionista e administrador; Acionista e responsabilidade administrador; Acionista e Conselho de Administração.¹³⁴

Do estudo chama a atenção para o fato de que no Tribunal de Justiça de São Paulo, em matéria societária, considerando primeira e segunda instância, o tempo total mínimo para julgamento de uma causa encontrado foi de 233 dias e o máximo foi de 3.993. Já atinente ao mercado de capitais, o tempo total mínimo foi de 888 dias, ao passo que o tempo máximo foi de 5.049, correspondendo a uma média de 2.618 dias. Já no Superior Tribunal de Justiça o tempo médio para julgamento dos recursos foi de 801 dias.

Com esses dados, somando-se o período de primeira e segunda instância do TJ/SP e do STJ, alcança-se o tempo médio de duração de processos sobre mercado de capitais e direito societário na média insatisfatória de 2.730 dias, mais de sete anos. Vê-se que os julgamentos são demorados, o que enseja a impressão, para as partes, de que as cortes são ineficientes, aumentando a desconfiança dos investidores nacionais e estrangeiros, e, principalmente, das empresas.

¹³³ TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. Obra citada, p. 87.

¹³⁴ Idem, ibidem.

Ademais, a demora em julgamentos pode ser útil e desejável justamente para as partes que descumprem os contratos. Pratica-se, dessa forma, a litigância justamente com o caráter protelatório, obstaculizando a execução dos contratos, e prejudicando as relações empresariais.

Nesse sentido, CARMONA ressalta que a agilidade do procedimento arbitral reside no fato de as partes, ou até mesmo os próprios árbitros, definirem a duração do processo. Para o autor

Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tem condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a seguir, fica claro que muitos atos poderão ser simplificados a cada caso para evitar a demora inútil.¹³⁵

Conclui-se, pois, que o Poder Judiciário não é capaz de proferir decisões em tempo social e economicamente tolerável¹³⁶, prestando-se, inclusive, como instrumento socialmente indesejável ao meio empresarial, que necessita de agilidade e dinamismo em todos os seus aspectos. Desta feita, existem benefícios satisfatórios para se utilizar a arbitragem, não só pela questão temporal, mas por toda a diminuição de custos envolvida.

¹³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1990. p 72.

¹³⁶ TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. Obra citada, p. 89.

V. ARBITRAGEM: DIMINUIÇÃO DE RISCOS, CRIAÇÃO DE INCENTIVOS E GERAÇÃO DE VALOR

Além de a arbitragem reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional, pode o instituto em estudo “favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento dos contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes”¹³⁷.

HYLTON¹³⁸, partindo de uma explicação da teoria clássica da economia de que as partes assumem racionalmente os custos dos efeitos de um meio alternativo para resolução de litígios, define que as partes tendem a adotar acordos para utilização da arbitragem quando se beneficiarem mutuamente. Nesse sentido, afirma que as partes têm incentivos para adotar esses acordos sempre que a diferença entre os benefícios de renunciar¹³⁹ e o custo esperado para se litigar forem cada vez maiores, ou seja, enquanto a diferença entre os benefícios para se renunciar a jurisdição estatal e o custo total para litigar aumentarem, as partes ganham.

Nessa linha, SHAVELL¹⁴⁰ também assume racionalmente os custos acerca dos efeitos dos meios alternativos para resolução de disputas. Para tanto, SHAVELL faz uma distinção entre a análise da arbitragem *ex ante facto* – estabelecida antes do nascimento do conflito - e *ex post facto* – depois que a disputa surge.

O professor da Harvard Law School estabelece três razões para afirmar que a arbitragem pode ser mutuamente benéfica para as partes. Primeiro, a arbitragem pode diminuir os custos dos riscos envolvidos em resolução de conflitos. Segundo, arbitragem pode produzir maiores incentivos através de resultados mais precisos, dentre outras características, como, por exemplo, a capacidade dos árbitros de auferirem que um contrato está sendo executado de maneira ineficiente, enquanto tal ineficiência poderia não ser verificada – e corrigida – pelos tribunais. Desta forma, as partes, ao contratarem, irão preferir a arbitragem uma vez que ela irá conduzir à boa performance no cumprimento dos contratos, por conseguinte, aumentando a vontade das partes para contratarem. Por terceiro, a arbitragem pode produzir bons

¹³⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 19.

¹³⁸ Ver HYLTON, Keith N. *Agreements to Waive or to Arbitrate Legal Claims: An Economic Analysis*. 8 SUP. CT. ECON. REV. 209. (2000). p. 209-263.

¹³⁹ HYLTON se refere aos benefícios para se arbitrar como “deterrence benefits”, ou seja, os benefícios de renunciar a jurisdição estatal padrão.

¹⁴⁰ SHAVELL, Steven. *Alternative dispute resolution: an economic analysis*. 24 J. Legal Stud. 1, (1995). p. 1-28.

incentivos a partes que sempre litigam, bem como para partes que desejam fugir dos conflitos¹⁴¹.

V. 1. Redução de riscos na adoção do procedimento arbitral

Se a opção pela arbitragem conduzir a uma redução total de custos atinentes a solução de conflitos, então é evidente que as partes optarão por estabelecerem um acordo *ex ante* para arbitragem, no caso, no Brasil, será negociada uma cláusula compromissória.

Como já visto, os custos referentes à arbitragem não podem ser considerados restritivamente, além dos custos envolvidos para a instauração do procedimento arbitral, analisou-se o reflexo da arbitragem nos custos de transação e nos custos de oportunidade.

Assim sendo, SHAVELL¹⁴² destaca que se a arbitragem pode reduzir os custos totais, as partes necessariamente não precisam negociar previamente uma cláusula compromissória, pois, ao optarem por uma convenção arbitral – negociada após o surgimento da discussão – obterão o mesmo impacto nos custos totais. Neste aspecto a redução de custos será a mesma para compromissos arbitrais negociados *ex ante* ou *ex post*.

Igualmente, se a arbitragem pode reduzir riscos ao resolver conflitos – um exemplo seria a maior *expertise* dos árbitros, capaz de aumentar a precisão nas decisões e conseqüentemente diminuindo os erros –, as partes tenderiam a encontrar no procedimento arbitral um instrumento benéfico para ambas. Com custos reduzidos, SHAVELL¹⁴³ reafirma, as partes podem muito bem escolherem a via arbitral depois de surgida a controvérsia. Mais uma vez não haveria distinção entre o acordo para realização da arbitragem *ex ante facto* ou *ex post facto*.

¹⁴¹ SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 2.

¹⁴² Idem, p. 5.

¹⁴³ Idem, ibidem.

V. 2. Incentivos para cumprimento eficiente dos contratos

O dinamismo referente ao acordo para arbitragem *ex ante* e *ex post* obedece a uma lógica econômica já exposta na presente monografia, qual seja, a de que os indivíduos estão inclinados a escolher a opção mais econômica, notadamente aquela que minimize os custos e maximize os ganhos esperados.

Em relação aos ganhos, a arbitragem pode induzir uma mudança no comportamento das partes que beneficiará ambas. Um exemplo é o aumento do valor em conjunto (*joint value*) produzido devido aos seus relacionamentos comerciais. SHAVELL¹⁴⁴, para elucidar essa afirmação, traz o exemplo da capacidade dos árbitros de verificar o cumprimento ineficiente dos contratos (*substandard contractual performance*).

Suponha que o valor pelo cumprimento ótimo de um contrato para o comprador seja de R\$ 1.000,00 (mil reais) e o custo ótimo para o vendedor produzir seja de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), enquanto o valor pelo cumprimento ineficiente seja de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para o comprador e de R\$ 300,00 (trezentos reais) de custo para o vendedor. O valor em conjunto do contrato para as partes será de apenas R\$ 200,00 (duzentos reais) se o cumprimento for ineficiente, pois $R\$ 500,00 - R\$ 300,00 = R\$ 200,00$, ao passo que, se o cumprimento for ótimo, o valor será de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pois $R\$ 1.000,00 - R\$ 400,00 = R\$ 600,00$. Logo, as partes preferirão o cumprimento ótimo.

Tome-se hipoteticamente, agora, que o preço do contrato é tanto que as partes irão dividir o valor em conjunto gerado. Assim, se o cumprimento for ineficiente o preço será de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), e o benefício do vendedor será de R\$ 100,00 (cem reais), pois $R\$ 400,00 - R\$ 300,00 = R\$ 100,00$, e o benefício do comprador também será de R\$ 100,00 (já que $R\$ 500,00 - R\$ 400,00 = R\$ 100,00$). Entretanto, se considerarmos que o cumprimento será ótimo, o preço será de R\$ 700,00 (setecentos reais), e o benefício do comprador será de R\$ 300,00 (trezentos reais), já que $R\$ 1.000,00 - R\$ 700,00 = R\$ 300,00$. Este será também o benefício do vendedor ($R\$ 700,00 - R\$ 400,00 = R\$ 300,00$).

Suponha-se, também, que os tribunais não são capazes de detectar o cumprimento ineficiente dos contratos, ao passo que os árbitros consigam. Assim, sem a arbitragem, o cumprimento não será ótimo, e, assumindo que o vendedor não

¹⁴⁴ Idem, p. 6.

tenha interesse no cumprimento eficiente, ele sempre poderá salvar R\$ 100,00 ao não adotar a via arbitral. Contudo, estabelecido que as disputas serão submetidas à arbitragem, o cumprimento ótimo será induzido pela ameaça de que o vendedor terá que pagar indenização referente ao valor ensejado pelo cumprimento eficiente (no caso, R\$ 300,00), haja vista que os árbitros estão capacitados a detectarem o cumprimento ineficiente.

Conclui-se, pois, que a razão pela qual a arbitragem oferece maiores incentivos do que a jurisdição estatal se deve ao fato da especialidade e familiaridade dos árbitros em reconhecer a qualidade do cumprimento dos contratos. Assim, SHAVELL¹⁴⁵ conclui, que enquanto a arbitragem puder induzir mudança no comportamento das partes capaz de aumentar o valor gerado por elas, existirão benefícios mútuos para as partes preferirem a arbitragem às cortes.

Note-se, também, que o exemplo se refere a uma simples relação de compra e venda, com valores pequenos, entre duas partes. Imaginemos, por exemplo, que o contrato de fornecimento citado no exemplo seja apenas um, dos milhares que podem existir entre duas empresas, e que os valores sejam exponencialmente maiores. Logo, vê-se a capacidade do procedimento arbitral em induzir contratos eficientes e gerar valor, objetivos insistentemente perseguidos pelas empresas.

Nesse sentido, PUGLIESE e SALAMA enfatizam que os incentivos em questão produzidos pela arbitragem devem ser oriundos de um acordo *ex ante*, pois

Após o surgimento da disputa, os custos com a prestação jurisdicional podem ser reduzidos, mas já não é possível maximizar os ganhos com incentivos para o adimplemento contratual. A razão é evidente: o surgimento da disputa pressupõe que uma parte não esteja satisfeita com a prestação da outra parte. Se a prestação defeituosa já ocorreu, já não há que falar em incentivos para adimplemento contratual.

A arbitragem *ex ante facto* é, portanto, capaz de gerar valor de mais maneiras do que a arbitragem *ex post facto*. A possibilidade de inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. As partes podem optar pela arbitragem para reduzir os custos de disputas e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato. Após o

¹⁴⁵ SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 6.

surgimento da disputa, contudo, já não é possível alterar os incentivos do ambiente normativo.¹⁴⁶

Refere-se SHAVELL¹⁴⁷, em consonância ao pensamento dos autores brasileiros, ao exemplo já citado para ressaltar que em se tratando de performance ineficiente do contrato, seria óbvio que não haveria vantagens mútuas em se adotar a arbitragem. Ocorrido o cumprimento não ótimo do contrato, já seria muito tarde para gerar incentivos capazes de induzir boa performance no cumprimento do contrato, razão pela se deve prever *ex ante* a cláusula compromissória para se arbitrar.

V. 3. Reduzindo a frequência de conflitos judiciais

A arbitragem também pode produzir ganhos para as partes ao promover uma mudança na frequência das disputas. SHAVELL¹⁴⁸ traz um exemplo da responsabilidade objetiva pelos defeitos de produtos. Para o professor, os defeitos irão gerar, além da perda para o comprador, custos de litigância para ambos, e, sem embargo disso, não alterará a incidência dos defeitos já detectados.

Diante disso, as partes optarão por um método de solução alternativo por meio do qual ações judiciais em face de defeitos não serão levados ao judiciário. Os árbitros, por exemplo, podem complementar os contratos que dizem respeito a fornecimento de produtos com o fim de determinar que produtos com defeito serão substituídos, ou, não serão cobrados.

Mais uma vez observe-se que as partes devem negociar a cláusula compromissória da arbitragem previamente, pois, um acordo *ex post* não será negociado pelos contratantes. Diz-se isso porque, se as partes esperarem até que os defeitos ocorram, aquele que vier a sofrer danos terá razão suficiente para ingressar com uma ação judicial.

Constata-se, pois, a necessidade da inclusão *ex ante* das cláusulas compromissórias nos contratos que regem as relações negociais entre as

¹⁴⁶ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 21.

¹⁴⁷ SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 6.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 7.

sociedades empresariais. Como exposto no capítulo anterior, o meio empresarial não pode prescindir de dinamismo e agilidade.

Ademais, concluem LIPSKY e SEEBER¹⁴⁹ que, por ser um meio em que decisões são tomadas em grandes quantidades, quando surge uma disputa durante a relação de negócios, um meio alternativo à litigação judicial será essencial para manutenção dos negócios ou a da própria relação empresarial.

V. 4. Ensejando comportamentos para a não violação dos contratos

Qualquer conjunto de regras capaz de reger a interação entre partes privadas é suscetível de proporcionar um benefício pelo qual as partes estão dispostas a pagar, em outras palavras, um simples benefício pode coordenar as condutas das partes. Regras mais complicadas e complexas podem determinar a quantidade de risco que cada parte irá impor às outras.

As partes, então, desejarão pagar uma quantia que reflita os custos salvos por estabelecerem regras. Assim, uma regra eficiente contra a quebra de contratos – no caso, uma cláusula compromissória – se cumprida perfeitamente, fornece um benefício *ex ante* igual ao custo líquido esperado de um contrato violado. HYLTON denomina esse tipo de benefício de “*governance benefits*”¹⁵⁰.

Para HYLTON, a arbitragem fornece uma alternativa para que as partes estructurem regras e métodos de cumprimento dos contratos de forma que a diferença entre “*governance benefits*” e custos de execução sejam maiores do que aqueles decorrentes dos regimes dos tribunais, ou seja, a arbitragem induz o cumprimento do contrato, na medida em que para as partes, cumprir ou executar os contratos, já não tem o mesmo custo, pois, o custo para executar através da arbitragem será menor do que o custo para executar através das cortes.

HYLTON lista algumas razões para isso. Primeiramente, pode-se concluir que “*governance benefits*” associados com determinada regra podem ser

¹⁴⁹ LIPSKY, David B.; SEEBER, Ronald L. *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*, p. 15.

¹⁵⁰ HYLTON, Keith N. *Arbitration: governance benefits and enforcement costs*, p. 3. Para o autor, qualquer conjunto de regras que disponha sobre interação entre partes é capaz de produzir benefícios a que as partes estarão dispostas a pagar. Nesse sentido é que nasce o conceito de “*governance benefits*”, que irá refletir o desejo das partes em reduzir custos ao estabelecer regras que disponham sobre comportamentos, no caso, do comportamento esperado de que não haja violação dos contratos.

aprimorados ao ser aplicados através da arbitragem. Suponha-se que é mais provável que os tribunais cometam erros ao decidir se determinadas normas foram violadas. Se assim for, os “*governance benefits*” dessa regra podem ser aprimoradas ao se executarem os contratos num âmbito em que as decisões são mais precisas – como é o caso da arbitragem. Assim, nesse âmbito, aqueles que não violaram normas terão menos razões para temer punição através de erros de decisões, ao passo que aqueles que violaram normas terão menos motivos para esperar escapar de punição¹⁵¹.

Em segundo lugar, conforme já mencionado, os custos totais para execução de contratos, através da arbitragem, serão menores do que os custos para se executar nos tribunais. Uma das razões é a de as cortes arbitrais podem desenvolver uma maior eficiência e produtividade ao julgar causas de determinada natureza¹⁵².

Outro fator pelo qual se pode concluir que os custos para se executar através da arbitragem são menores advém da noção de acúmulo (*congestion*)¹⁵³ trazido por HYLTON¹⁵⁴. Para o professor da Boston University, o acúmulo em cortes comuns torna menos provável que alguma corte possua tempo ou recursos para coincidir com o nível de precisão nas decisões que são esperados. O acúmulo também introduz atraso, o que eleva o custo para se executar. Dado esses fatos, é plausível que partes que negociem muitos contratos habitualmente prefiram resolver seus conflitos pela via arbitral ao invés de se submeter todas suas disputas ao judiciário.

¹⁵¹ Idem, p. 5.

¹⁵² Idem, ibidem.

¹⁵³ Em recente matéria veiculada em 26/07/2011 pelo jornal Gazeta do Povo, referiu-se a taxa de congestionamento (processos que aguardam julgamento) do Estado do Paraná, que em primeiro grau de Jurisdição, representa a segunda mais alta do País. Apontam uma pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça para relatar que os magistrados paranaenses têm em média 8.193 processos aos seus cuidados. Ademais, informa que a taxa de congestionamento do judiciário paranaense é de 80%, ou seja, no Paraná, a cada 10 processos – até 2009, data da pesquisa realizada pelo CNJ – apenas dois foram finalizados. A média nacional de congestionamento da primeira instância da Justiça Estadual, ainda muito insatisfatória, é de 60%. (CABRAL, Themys. *Juízes paranaenses têm a terceira maior carga de trabalho do país*. Gazeta do Povo, 26 de junho de 2011. Disponível no site: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1150877&tit=Juizes-paranaenses-tem-a-terceira-maior-carga-de-trabalho-do-pais>> em 28JUN2011.

¹⁵⁴ HYLTON, Keith N. Obra citada, p. 6.

V. 5. Considerações sobre a precisão e a escolha dos árbitros

No momento em que estão negociando o contrato, as partes desejam garantir que este será cumprido adequadamente. Se fosse possível escrever um contrato completo, certamente as partes especificariam seus resultados pretendidos para cada fato futuro que viesse a acontecer, mas, como visto, devido a racionalidade limitada dos indivíduos não é possível.

Caso esse contrato não fosse praticável, as partes gostariam que os árbitros executassem os resultados que por elas eram pretendidas. Nesses casos, defendem KLEMENT e NEEMAN¹⁵⁵, as partes contratantes compartilharão os mesmos interesses na precisão dos árbitros, além disso, nenhuma delas desejará que os árbitros sejam tendenciosos, ainda que a seu favor, pois isso implicaria incentivos para cumprir os contratos diferentes do que ambas pretendiam ao contratarem.

Em outras palavras, no momento da contratação, se a partes tiverem conhecimento de que os árbitros, em eventual discussão contratual, estarão tendentes a decidir para uma das partes, os incentivos para contratar não mais serão os mesmos, ou seja, as partes terão menos motivos para celebrarem um contrato.

Nesse caminho, DIXIT¹⁵⁶ salienta que as partes, aos escolherem árbitros especializados, e não tendenciosos, terão maiores incentivos a realizarem mais transações decorrentes de contratos mais complexos. Afirma que isso se deve ao fato de ser comum que em Tribunais Arbitrais, administrados por associações comerciais, existam, em seu corpo de árbitros, *experts* no ramo das relações contratuais e empresariais.

DIXIT prossegue e afirma que estes árbitros especializados são capazes de compreender técnicas complexas das transações comerciais, além de deterem conhecimento de costumes usuais do comércio. Tal fato pode estar implicitamente constituído nos contratos – com a cláusula compromissória, por exemplo – ainda que todas essas características não estejam explicitamente reduzidas a termo contratual.

¹⁵⁵ KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. *Does Private Selection Improve the Accuracy of Arbitrators' Decisions?*, p. 5.

¹⁵⁶ DIXIT, Avinash. *Arbitration and Information*. Princeton University, Department of Economics. Disponível em <<http://www.princeton.edu/~dixitak/home/arbitration.pdf>> em 30MAR2011.

Se antes do surgimento das disputas as partes têm incentivos para optar pela arbitragem, a assertiva não corresponde a realidade depois que o conflito está instaurado. Isso porque, na lição de KLEMENT e NEEMAN¹⁵⁷, neste momento os interesses das partes não mais estarão alinhados, pois cada uma desejará prevalecer na disputa. Para os autores, este problema cessa no momento em que se criam incentivos suficientes para o cumprimento dos contratos.

Os autores, então, oferecem um modelo de incentivos para escolha dos árbitros. Para tanto, considera-se que as partes escolherão os árbitros no momento em que estão contratando, antes do surgimento de qualquer disputa, e antes de qualquer uma delas saibam quem será o requerente e quem será o requerido em eventual conflito futuro. Considera-se, também, que se as partes não incluírem uma cláusula compromissória a disputa futura será decidida por meio da jurisdição estatal.

KLEMENT e NEEMAN determinam que os *payoffs*¹⁵⁸ do contrato das partes será de 0 (zero) caso não seja necessária a arbitragem. Os *payoffs* das partes na escolha dos árbitros dependerão da futura decisão do árbitro e de quem estará com a razão na disputa. Assume-se que os *payoffs* das partes serão considerados da seguinte forma:

Quem está certo	Decisão dos árbitros	
	Requerente	Requerido
Requerente	(1,1)	(-2,-2)
Requerido	(-2,-2)	(1,1)

Quadro 1 – *Payoffs* das partes na escolha dos árbitros.

Assim, se o árbitro prolatar a decisão correta o *ex-ante payoff* para ambas as partes será de 1 (um), o que significa que a arbitragem fornece melhores incentivos para a performance do contrato. Agora, caso o árbitro prolate uma decisão incorreta

¹⁵⁷ KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvija. Obra citada, p. 5.

¹⁵⁸ *Payoff* é um termo bastante utilizado em economia e teoria dos jogos. Seu significado remete à recompensa ou compensação, podendo esta ser monetária ou em termos de utilidade.

o *ex-ante payoff* será de -2 (menos dois) para ambas as partes, o que é pior, se analisado previamente, do que escolher a jurisdição estatal.

Os *payoffs* deste modelo estão baseados na ideia de que as partes podem talvez perceber em que sentido os árbitros irão resolver a futura controvérsia, depois destes já terem sido escolhidos, mas antes do surgimento da disputa em si.

Diante disso, conforme já exposto, devido a especialidade dos árbitros com a matéria da controvérsia que irão julgar, se de conhecimento das partes que eles decidirão corretamente, ambas terão seus incentivos alinhados e, conseqüente, tornarão suas relações mais valiosas.

Todavia, se de conhecimento das mesmas partes de que os árbitros podem ser tendenciosos e decidirem as controvérsias incorretamente, isso irá desalinhar os incentivos das partes, de modo a tornar suas relações menos valiosas e suas transações menos frequentes.

Conclui-se, assim, que as partes têm incentivos excelentes para escolherem árbitros imparciais, competentes, e, sobretudo especializados com as matérias envolvidas nos conflitos. Vê-se que, mesmo que uma parte se valha de um árbitro tendencioso e que profira decisões incorretamente em seu favor, tal fato tornará sua relação com a outra parte menos valiosa, e, por conseguinte, não mais terão incentivos para continuarem contratando e mantendo suas relações de comércio.

V. 6. Prestação jurisdicional e arbitragem

“Quando as partes decidem optar por métodos alternativos para solução de litígios, ambas estão em situação melhor, logo, o bem-estar social deve crescer”¹⁵⁹. Com essa afirmação, SHAVELL diz que, conseqüentemente, uma das funções gerais do direito seria a de forçar o uso dos métodos alternativos para resolução de disputas, dentre os quais se inclui a arbitragem.

Todavia, essa afirmação está sujeita a duas proposições. Primeiro, a de que as partes não estão devidamente informadas sobre os benefícios da arbitragem e que essa informação não lhes é ofertada satisfatoriamente; segundo, de que a

¹⁵⁹ “When parties elect to use ADR, they are both made better off, so that welfare must rise”. (SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 8.)

arbitragem pode afetar positivamente terceiros. Nesse sentido, para SHAVELL,¹⁶⁰ essas proposições poderiam justificar a promoção estatal dos métodos alternativos de solução de litígios.

Quanto aos custos, o professor de Harvard salienta, muito embora pudesse ser benéfico ao Estado incentivar a arbitragem, que isso não significa dizer que deva subsidiar os procedimentos arbitrais. Prossegue, e afirma que as partes que recorrem a jurisdição estatal não pagam os custos totais do serviço que lhes é oferecido pelo Poder Judiciário, enquanto na arbitragem às partes é necessário arcar integralmente com os custos do procedimento.

Com isso, o procedimento arbitral parece mais caro em comparação com a jurisdição estatal – o que já foi relativizado na presente monografia – do que realmente é. Para ilustrar, SHAVELL¹⁶¹ traz o exemplo de que o custo real e total das cortes seja de R\$ 1.000,00 (mil reais), ao passo que do procedimento arbitral seja de R\$ 500,00 (quinhentos reais), contudo, para recorrerem às cortes as partes pagam apenas R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), enquanto devem arcar integralmente com o custo da arbitragem.

Imagine-se outro exemplo que também leve em conta em conta os custos em sentido estrito. Uma causa envolvendo direito societário no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a ser julgada pela ARBITAC¹⁶² (Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná), necessita do pagamento da taxa de registro – para o caso, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) –; do pagamento da taxa administrativa calculada em 2% sobre o valor da causa, limitada a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) – no hipotético caso, corresponderia a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) -; e do pagamento de honorários do árbitro, fixados à razão de R\$ 400,00 por hora/árbitro, com o mínimo de 20 horas para cada árbitro – imaginemos que o caso seja julgado por três árbitros, totalizando 120 horas de trabalho, perfazendo o valor de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais). Logo, o custo total do caso exemplificativo, não compreendendo valor despendido com a contratação de advogados, totalizaria R\$ 167.000,00 (cento e sessenta e sete mil reais), arcados integralmente pelas partes.

¹⁶⁰ Idem, ibidem.

¹⁶¹ Idem, ibidem.

¹⁶² Disponível em <http://www.arbitac.com.br/pt/custos_arb.php> em 29JUL2011.

A mesma causa, julgada pela Justiça Estadual, compreenderia o pagamento das custas referentes à distribuição da petição inicial, no valor de R\$ 40,32 (quarenta reais e trinta e dois centavos) mais o valor referente à taxa judiciária, R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), adicione-se as custas do oficial de justiça, no total de R\$ 49,50 (quarenta e nove reais e cinqüenta centavos), além das custas de escrivania cível, que perfaz o montante de R\$ 817,80 (oitocentos e dezessete reais e oitenta centavos), totalizando o valor final de R\$ 1.277,62 (mil duzentos e setenta e sete reais e dois centavos)¹⁶³.

O que não é levado em conta para se calcular o custo real do procedimento perante o Judiciário, justamente pelo fato de ser subsidiado pelo Estado, é, por exemplo, quantas pessoas estariam envolvidas na solução do caso exemplificativo. Imagine-se, por um instante, que no primeiro grau de jurisdição a causa seja julgada por um juiz, mas que em cartório ao menos dois técnicos judiciários estejam diretamente envolvidos na lide. Imagine, também, que a decisão proferida por este magistrado será objeto de recurso, logo, necessitará ser julgada pelo Tribunal de Justiça. Assim, diretamente, podemos supor que ao menos um desembargador e mais um técnico judiciário de segundo grau estejam envolvidos com o caso.

Pois bem, levando em conta os dados já colacionados anteriormente nesse trabalho, fosse o caso hipotético julgado em São Paulo, demoraria, em média, cerca de sete anos. Suponha-se, então, que no Paraná este caso será decidido em quatro anos (três anos em primeiro grau de jurisdição e um ano no Tribunal de Justiça). Por ser subsidiado pelo Estado, os vencimentos de todas as pessoas envolvidas no julgamento da causa não são arcados pelas partes do processo, mas, não é por causa disso que não devem ser considerados para o fim de se alcançar o custo real do procedimento perante o Estado, uma vez que este custo é distribuído e diluído de modo a ser pago por alguém, no caso, por todos os contribuintes.

Um juiz de primeiro grau de jurisdição, com vencimento mensal de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), após três anos, terá custado aos cofres públicos em torno de R\$ 576.000,00 (quinhentos e setenta e seis mil reais); dois técnicos judiciários, com vencimentos mensais de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), custarão R\$ 252.000,00 (duzentos e cinqüenta e dois mil reais). Um desembargador

¹⁶³ Cálculos efetuados com base nas guias de recolhimentos disponibilizadas no sítio do Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br/custas-judiciais-e-taxa-judiciaria>> em 29JUL2011.

com vencimento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por mês, após um ano, custará R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); e um técnico judiciário de segundo grau, com vencimento por mês de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), terá custado aos cofres do Estado R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais).

Assim, o caso exemplificativo, para ser julgado pelo Poder Judiciário, terá custo real de R\$ 1.122.000,00 (um milhão e cento e vinte dois mil reais), ao passo que o procedimento arbitral custa em torno de duzentos mil reais. Conclui-se, portanto, não fosse o procedimento estatal subsidiado, este se mostraria mais caro para as partes litigantes. Poderia se justificar que o exemplo não corresponde a realidade, pois os magistrados não estariam adstritos a somente julgar a causa hipotética, julgando, concomitantemente, milhares de outras questões.

Todavia, imagine-se por um breve instante que os magistrados estivessem limitados a julgar somente o caso exemplificativo. Diante dessa situação irreal, poder-se-ia afirmar que não seriam necessários cerca de quatro anos para a resolução da causa, mas, ao invés, alguns poucos meses. O que SHAVELL tentou demonstrar, e o exemplo da causa de direito societário julgada pelo Judiciário paranaense procura elucidar, foi de como a morosidade do judiciário pode ser custosa e ineficiente, mas que, como os custos dos procedimentos estatais são diluídos entre toda a sociedade, este alto custo pago por todos os cidadãos não reflete diretamente – pois indiretamente os prejuízos chegam a ser incalculáveis – no bolso dos litigantes.

Ademais, como salientam TIMM, RIBEIRO e FARBER¹⁶⁴, o fato das cortes serem altamente subsidiadas cria incentivos para se litigar, ou seja, o “baixo” preço pago pelas partes enseja o não cumprimento dos contratos.

Para SHAVELL¹⁶⁵, uma solução poderia ser a de o Estado subsidiar a arbitragem, mas o próprio autor salienta que isso levaria a utilização excessiva de ambos os procedimentos, o estatal e o arbitral, pois os procedimentos pareceriam ainda menos custosos do que realmente são para a sociedade.

Nesse sentido, asseveram PUGLIESE e SALAMA que a “arbitragem pode ser entendida, do ponto de vista econômico, como a oferta de modelo de solução de

¹⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael; FARBER, Sonia. *Internacional Commercial Arbitration in Brazil*. Disponível em <www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/48.pdf>.

¹⁶⁵ SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 8.

controvérsias que compete com o modelo estatal de jurisdição”¹⁶⁶, pois a possibilidade de arbitrar os conflitos empresariais obriga os indivíduos a escolherem entre o processo judicial e o procedimento arbitral.

Prosseguem os autores afirmando que a competição entre a prestação jurisdicional pública e privada cria incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes, substituindo-as por normas mais adequadas às reais necessidades da sociedade. Nesse sentido, asseveram que

Não surpreende, portanto, que, no Brasil, o movimento de fortalecimento da arbitragem tenha sido acompanhado por seguidos esforços legislativos de recuperação da jurisdição estatal. Com efeito, diversos projetos de lei foram criados para aumentar a agilidade e a informalidade dos procedimentos judiciais (características típicas da arbitragem), como a implantação dos Juizados Especiais e as seguidas reformas da legislação processual civil. Apesar de os dois movimentos serem, em certa medida, uma reação conjunta às falhas do sistema judicial, não se pode negar que a evolução dos mecanismos de eficiência jurisdicional pode ser aproveitada por cada um deles.¹⁶⁷

O dinamismo da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional assemelha-se à oferta e procura no mercado. Logo, em consonância à teoria microeconômica, nos mercados a competição geralmente provoca a redução dos preços. Para PUGLIESE e SALAMA¹⁶⁸, tanto na jurisdição estatal quanto na arbitragem, o preço corresponde aos custos de transação incorridos para a resolução da disputa. Por exemplo, procedimentos mais lentos e ineficazes significam maiores custos de transação para as partes e, portanto, “preços” mais elevados.

Ademais, analisando a arbitragem sob o ponto de vista da demanda, os autores afirmam que em casos em que os indivíduos não possuem incentivos para utilizar a arbitragem, escolher a jurisdição estatal está condicionada à eficiência das instituições judiciais. Desta forma, eventual ineficiência do Estado engendrará incentivos para que as empresas resolvam suas disputas alterando seus padrões

¹⁶⁶ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Obra citada, p. 21.

¹⁶⁷ Idem, p. 22.

¹⁶⁸ Idem, ibidem.

negociais, visando a evitar ou tornar desnecessária o conflito judicial. Assim, concluem os autores que a arbitragem, caso incentivada, é capaz de gerar riqueza, não só para as partes, como para a sociedade, pois

Fica evidente, dessa forma, que, em países como o Brasil, em que a prestação jurisdicional estatal é morosa e custosa, a criação de incertezas sobre a legalidade e a força vinculante dos procedimentos arbitrais não significará maior demanda pela tutela dos tribunais. Ao contrário, a demanda racional guiará os indivíduos a soluções extrajudiciais que minimizem os custos e maximizem os ganhos de suas relações jurídicas, fazendo com que toda a sociedade pague pela falta de eficiência do Estado. A falta de apoio do Estado à arbitragem, portanto, será causa para o aumento dos custos sociais, contrariando o interesse público de que as relações negociais sejam eficientes na produção de riquezas para a sociedade.¹⁶⁹

Assim, conforme conclui SHAVELL¹⁷⁰, as partes têm conhecimento das situações que enfrentam muito melhor do que as cortes. Por conseguinte, estão perfeitamente capacitadas a escolherem elas mesmas o melhor e mais benéfico método de resolução de disputas além daquele oferecido pelo Estado. É nesse contexto que a arbitragem vem se oferecendo, não só às empresas, mas à sociedade, como a melhor resposta para o desafio de uma prestação jurisdicional justa, rápida, e, sobretudo, eficiente.

¹⁶⁹ Idem, p. 23.

¹⁷⁰ SHAVELL, Steven. Obra citada, p. 9.

VI. CONCLUSÃO

1. A arbitragem difere-se de institutos como a transação e o arbitramento, e é definida como a instituição pela qual, mediante manifestação da vontade dos litigantes, o conflito é dirimido por um terceiro que não represente o Poder Judiciário estatal, sendo que tal decisão é de caráter jurisdicional.

2. Em virtude da Lei 9.307/96, prevalece no ordenamento pátrio a corrente jurisdicional da arbitragem. Esta corrente pauta-se nos argumentos de que a decisão proferida pelos árbitros é obrigatória e tem força vinculativa, faz coisa julgada, além de o procedimento arbitral substituir a jurisdição estatal quanto à decisão do mérito da questão a que é submetida a arbitragem.

3. Com o direito empresarial possibilita-se a oportunidade de se alterar permanentemente a cultura pátria em relação à arbitragem, vez que se historicamente se viu que, adotada inicialmente como instituto obrigatório para litígios envolvendo empresas, passando, posteriormente, a ser facultativa, à arbitragem, finalmente, foi destinada legislação própria, moderna, e capaz de contribuir para o desenvolvimento do direito arbitral brasileiro.

4. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da Lei da Arbitragem constituiu verdadeira revolução cultural no ordenamento jurídico pátrio, gerando novas possibilidades para resolução de conflitos nacionais e internacionais, além de conduzir as pessoas a admiti-la nas mais diversas e específicas situações do mundo econômico.

5. A autonomia negocial, que funda o instituto da arbitragem, constitui-se na liberdade de firmar contratos, até mesmo atípicos e inominados, que surgem em face das peculiaridades da prática do mundo negocial, e, justamente por não serem previstos em legislação, é que eventuais conflitos contratuais devem ser resolvidos pela via arbitral, com todas as vantagens que ela oferece.

6. A vinculação das partes à cláusula compromissória e conseqüente instauração da arbitragem deriva, não só daquilo contratualmente determinado e das vantagens e incentivos oferecidos pelo instituto, mas também da realidade fática imposta aos agentes que atuam no campo comercial e empresarial.

7. A cláusula compromissória é adotada a partir da convicção das partes contratantes, fruto do amadurecimento das relações negociais, levando-se em conta o ambiente em que convivem as sociedades empresárias, e que preze pela

formação de um instituto de resolução de controvérsias capaz de privilegiar princípios e valores específicos do âmbito empresarial, e, principalmente, servir como estrutura de conservação dos vínculos contratuais e dos relacionamentos entre as sociedades empresárias.

8. As sociedades empresárias estão envolvidas em complexas e delicadas teias de relacionamentos, oriundas da dinâmica avassaladora das relações empresariais, constituindo, com freqüência, relações contínuas entre elas, os chamados contratos relacionais, que, se submetidos ao aparato judicial estatal, quando do advento de controvérsias, podem vir a ser desintegrados, gerando uma gama considerável de prejuízos. E é por isso que a cláusula compromissória, ao substituir o puro silogismo jurídicos dos juízes estatais, pelo senso de equidade econômica dos árbitros, preserva as relações negociais e empresariais.

9. A racionalidade limitada dos contratos diz respeito à incapacidade das partes contratantes preverem todo e qualquer acontecimento capaz de interferir na perfeita e eficiente relação contratual. São altos os custos para se obter informações que auxiliem as partes a escreverem contratos cujo grau de previsibilidade as possibilite manter suas relações negociais eficientes. Este empecilho pode ser perfeitamente ultrapassado pela adoção da arbitragem, considerada mecanismo de redução de custos de transação.

10. A arbitragem é instrumento apto a reduzir os custos de transação *ex-ante* e *ex-post*. Os primeiros dizem respeito aos custos de selecionar, negociar e salvaguardar acordos, por meio de cláusulas meticulosas que permitem o monitoramento entre as partes, definindo preços quantidades e duração do contrato. Os segundos referem-se a má adaptação às condições contratuais, eventuais renegociações e o descumprimento de cláusulas contratuais previamente estabelecidas.

11. A adoção da arbitragem reduz não só custos de transação, mas também custos de oportunidade, em razão da agilidade com que é concluída. E, também, a opção por árbitros especializados diminui a possibilidade de interpretações errôneas de complexos contratos das relações empresariais. Ademais, investidores brasileiros e estrangeiros estão mais inclinados a investirem em sociedades empresárias que comumente se utilizam da arbitragem, pois, os custos para se investigar se os tribunais nacionais são eficientes são muito altos, logo, a constatação da existência de cláusula compromissórias nos contratos que as empresas firmam diminui os

custos transacionais para elas e para os investidores, tornando o investimento nelas mais vantajoso.

12. Os custos de transação também diminuem quando considerada a privacidade e o sigilo da arbitragem. Dessa forma, reduz-se o risco de divulgação de informações confidenciais, informações sensíveis à concorrência, ao *know how* e ao segredo industrial das empresas.

13. A liberdade de escolha de regras na arbitragem se constitui em um incentivo econômico às empresas, haja vista a possibilidade de se adotarem regras e costumes inerentes as relações comerciais, trazendo a estas relações maior previsibilidade e segurança, especialmente em face de divergências contratuais.

14. Dados empíricos comprovam que o Poder Judiciário não mais é capaz de proferir decisões em tempo social e economicamente toleráveis, prestando-se como instrumento indesejável ao em meio empresarial, que não pode prescindir de agilidade e dinamismo, características que também permeiam o instituto da arbitragem.

15. A arbitragem pode diminuir os custos dos riscos envolvidos em resolução de conflitos. Estabelecida a arbitragem *ex ante facto* – estabelecida antes do nascimento do conflito – e *ex post facto* – depois que a disputa surge, os incentivos são iguais.

16. A arbitragem, para resultar em incentivos ao cumprimento eficiente dos contratos, deve ser estabelecida somente *ex ante facto*, pois, caso assim não seja, verificada a performance ineficiente dos contratos, as partes já não possuirão vantagens mútuas em optar pela via arbitral.

17. Se visada com o fim de reduzir a freqüência de conflitos judiciais, a arbitragem só oferece incentivos se estabelecida *ex ante facto*, isso porque se as partes esperarem até o surgimento, ou pela iminência, da controvérsia, não haverá, logicamente, mais razão em se contratar a arbitragem com esse escopo.

18. A arbitragem induz comportamento para a não violação dos contratos. Com a especialização dos árbitros, aqueles que não violaram normas não terão razões para temer punições oriundas de decisões erradas, ao passo que aqueles que violaram terão menos motivos para esperar escapar da punição. Ademais, os custos para se executar contratos, por meio da arbitragem, são menores do que os custos para se executar nos tribunais. E, ainda, em vista da menor carga de trabalho dos árbitros, em comparação aos juízes togados, os custos para se executar pela

via arbitral são menores, uma vez que os custos se elevam na medida em que as cortes disponham de menos tempo e recursos para coincidir com o nível de precisão nas decisões que delas são esperados.

19. As partes possuem incentivos excelentes para escolherem árbitros imparciais, competentes e especializados na matéria envolvida no conflito, pois, a escolha de árbitros tendenciosos e incompetentes gerará decisões incorretas e que diminuirão o valor da relação entre as partes, diminuindo, por conseguinte, os incentivos para as partes continuarem contratando e mantendo suas relações comerciais.

20. A sociedade ainda não está devidamente informada sobre os benefícios da arbitragem, em virtude, dentre outras coisas, pelo fato de que essa informação simplesmente não lhes é ofertada satisfatoriamente; e, ainda, a arbitragem pode afetar terceiros positivamente. Enquanto os custos da jurisdição estatal, ainda que aparentemente menores, são diluídos e pagos por toda a sociedade, o custo do procedimento arbitral é dividido integralmente entre as partes, desafogando não só a prestação jurisdicional estatal, mas gerando valor econômico e social para a sociedade como um todo.

21. Ainda assim, o instituto da arbitragem não deve ser subsidiado pelo Estado, sob pena de se retirar-lhe as características que lhe torna justamente mais eficiente que o Poder Judiciário na resolução das controvérsias referentes ao meio empresarial. Ademais, as partes são livres e a elas não pode ser imposta instrumento obrigatório para solução de litígios, pois são elas que melhor sabem das suas condições reais, cabendo aos particulares, e tão-somente a eles, a opção pela arbitragem como o caminho mais fácil para se alcançar uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente.

REFERÊNCIAS

Livros:

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ALMEIDA, João Alberto de. *Processo arbitral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M.; SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS; OLIVEIRA, Fernando A.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à lei 10.303, de 31.10.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1990.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Comentários a Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. *Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 2, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. v. 3. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman Editora, 2010.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*: São Paulo: LTr, 1996.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. Salvador: JusPODIVM, 2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

FERRI, Giovanni. *La funzione dell'arbitro nella società moderna*. In: SILVA, Eduardo da Silva. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Loyola, 2006.

MACHADO, Raffael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *A disciplina legal das sociedades empresárias sob uma perspectiva de Direito & Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PITOMBO, Eleonora Coelho; TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem: instrumento para garantia do pacta sunt servanda em detrimento dos amplos poderes conferidos aos juízes togados pelo novo código civil?*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito de empresa e contratos*. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005

RICCI, Edoardo Flavio. *Arbitragem e o art. 5º, XXXV, da CF (Reflexões sobre a doutrina brasileira)*. In: RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. (org. e trad. Mariulza Franco). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Eduardo da Silva. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial*. In *Justiça e democracia*. São Paulo: RT. 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.86, n. 735, jan. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnoldo. *A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001)*. In: GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINS, Pedro A. Batista (coord). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

WILLIAMSON, O. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The free press, 1985.

ZYLBERSZTAJN, David; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Artigos em periódicos:

BLACK, Barbara. *Can Behavioral Economics Inform Our Understanding of Securities Arbitration?* In: *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 12, Iss. 2 [2011], Art. 7. p. 107-122.

DRAHOZAL, Christopher R.; WITTRICK, Quentin R. *Is There a Flight from Arbitration?* 37 *Hofstra Law Rev* 71. (2008). p. 71-115.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Arbitragem e Segurança Jurídica no Novo Mercado Brasileiro*. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 1, n. 46. Bauru, 2006.

HYLTON, Keith N. *Agreements to Waive or to Arbitrate Legal Claims: An Economic Analysis*. 8 SUP. CT. ECON. REV. 209. (2000). p. 209-263.

_____. *Arbitration: governance benefits and enforcement costs*. 80 Notre Dame L. Rev. 48. (2005). p. 01-11.

_____; DRAHOZAL, Christopher R. *The economics of litigation and arbitration: na application to franchise contracts*. In: *The Journal of Legal Studies*. Vol. 32, No. 2 (June 2003). p. 549-584.

KLAUSNER, Michael. *The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later*. 31 J. CORP. L. 779, (2006). p. 779-797.

LIPSKY, David B.; SEEBER, Ronald L. *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. In: Cornell/PERC Institute on Conflict Resolution. Ithaca, NY (1998). p. 05-40.

MARZOCHI, Christiane Della Libera. *O Estado e os Meios de Solução de Controvérsias – uma análise da institucionalização da arbitragem no Brasil*. In: Revista Científica da Faculdade das Américas. Ano III, n. 1. 2009. p. 01-22.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor*. In: Revista Direito GV. São Paulo 4(1). 2008. p. 15-28.

SHAVELL, Steven. *Alternative Dispute Resolution: an economic analysis*. 24 J. Legal Stud. 1, (1995). p. 01-28.

SCHMITZ, Amy. *Assuming Silence in Arbitration*. 269 New Jersey Lawyer Mag. (April 2011). p. 13-17.

TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. *A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito*. In: *Revista Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, junho 2007.

Sítios eletrônicos:

CABRAL, Themys. *Juízes paranaenses têm a terceira maior carga de trabalho do país*. *Gazeta do Povo*, 26 de junho de 2011. Disponível no site: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1150877&tit=Juizes-paranaenses-tem-a-terceira-maior-carga-de-trabalho-do-pais>>, acesso em 28/06/2011.

DIXIT, Avinash. *Arbitration and Information*. Disponível em <<http://www.princeton.edu/~dixitak/home/arbitration.pdf>>, acesso em 30/03/2011.

LEMES, Selma Ferreira. *As Cláusulas Arbitrais Omissas e Defeituosas*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 01/05/2011.

KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. *Does Private Selection Improve the Accuracy of Arbitrators' Decisions?* In: *Law and Economics Workshop, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley*. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/14g9r53b>>, acesso em 12/05/2011. p. 01-17

MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution*. In: *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232. Disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232>, acesso em 30/03/2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum*. Disponível na internet: <<http://www.iesb.br/atena/arquivos/revista/artigo1.pdf>>, acesso em 02/05/2011.

SANABRIA, J. Mauricio. *Legal Institutions of the Market Economy: Private Commercial Arbitration as Transaction Costs Reducer in Colombia*. Disponível em <digitallibrary.usc.edu/assetserver/controller/item/etd-Sanabria-3050.pdf>, acesso em 30/03/2011.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process*. Harvard Law School: Cambridge, MA 02138. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>, acesso em 06/09/2010.

TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael; FARBER, Sonia. *Internacional Commercial Arbitration in Brazil*. Disponível em <www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/48.pdf>, acesso em 23/07/2011.

<http://www.arbitac.com.br/pt/custos_arb.php>, acesso em 29/07/2011.

<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>, acesso em 21/03/2011.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>, acesso em 21/03/2011.

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L0556-1850.htm>>, acesso em 21/03/2011.

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>, acesso em 21/03/2011.

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>, acesso em 21/03/2011.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>, acesso em 22/03/2011.

<<http://www.tjpr.jus.br/custas-judiciais-e-taxa-judiciaria>>, acesso em 29/07/2011.