

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

FERNANDO ALMEIDA STRUECKER

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

CURITIBA
2015

FERNANDO ALMEIDA STRUECKER

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito no
Curso de Graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. MARCIA CARLA
PEREIRA RIBEIRO.

CURITIBA
2015

À minha mãe, Nádia, por tudo.

*There is no favorable wind for those who do not
know to which port one is sailing.*

Arthur Schopenhauer

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – Contratos Empresariais.....	11
1.1. Noções atuais dos contratos empresariais	12
1.2. Aspectos funcionais dos contratos empresariais	14
1.3. A importância de uma interpretação adequada dos contratos empresariais	15
1.4. A proposta de classificação como critério interpretativo	18
CAPÍTULO II – Arbitragem.....	21
2.1. Conceito.....	22
2.2. A arbitragem no direito brasileiro	24
2.3. A Lei 9.307/1996: 20 anos de vigência	24
2.4. Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias	26
2.5. A Nova Lei de Arbitragem (Lei n.º 13.129/2015).....	28
CAPÍTULO III – Análise Econômica do Direito.....	30
3.1. Conceito.....	30
3.2. Surgimento	31
3.3. Principais teóricos	32
3.4. Premissas	36
3.4.1 A noção de eficiência	36
3.4.2 A escolha racional	37
3.4.3 Custos de transação	38
3.4.4 Racionalidade limitada (<i>bounded rationality</i>) e oportunismo	39
3.4.5 Assimetria de informações	41
3.5. Limitações e importância da Análise Econômica do Direito	42
CAPÍTULO IV – Arbitragem nos Contratos Empresariais.....	44
4.1. Contexto jurídico nacional.....	44
4.2. Alternativas ao Judiciário: o ato de escolher sob a ótica da AED	46
4.3. As vantagens da arbitragem e sua relatividade.....	47
4.4. Efeitos da opção pela arbitragem.....	49
CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA	54

RESUMO

Diante dos grandes problemas que assolam o Judiciário brasileiro (principalmente morosidade, ineficiência e insegurança), muitos particulares vêm recorrendo à arbitragem como meio de resolução de seus conflitos. O presente estudo objetiva compreender essa escolha nos contratos empresariais, analisando-se: primeiro, as particularidades desses contratos e as ferramentas para sua adequada interpretação; após, o instituto arbitral, seu desenvolvimento e seu recente amadurecimento no Brasil; e, finalmente, os principais conceitos da Análise Econômica do Direito, a fim de se compreender, de forma mais próxima à realidade, quais os motivos e efeitos (externalidades) da opção pelo procedimento arbitral.

Palavras-chave: Contratos empresariais, arbitragem, análise econômica do direito.

ABSTRACT

Due to the great problems the Brazilian's judiciary is facing nowadays (especially slowness, inefficiency and insecurity), many individuals are choosing arbitration as a means of resolving their conflicts. This study aims to understand this choice in business contracts by addressing: first, the peculiarities of business contracts and the existing tools to their proper interpretation; second, the arbitration institute, its development and recent maturation in Brazil; and finally, the main concepts of Law and Economics, in order to understand, closer to reality, the motives and effects (externalities) caused by the choice of arbitration.

Keywords: Business contracts, arbitration, Law and Economics.

INTRODUÇÃO

A Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996), delineada a partir da Lei Modelo de Arbitragem Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL Model Law), bem como a posterior ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958,¹ estabeleceu novo marco para a arbitragem no Brasil e, por consequência, para as operações mercantis nacionais e internacionais.

Essa realidade se transformou novamente em 04 de março de 2013, quando o Brasil depositou o instrumento de adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (Convenção de Viena, ou simplesmente CISG),² trazendo novos paradigmas e enfrentamentos para o sistema jurídico nacional.

Ressalte-se que foram 11 signatários iniciais da CISG, sendo que hoje há 154 países que negociam sob o regime desta Convenção.³ A explicação para tamanha expansão do número de signatários se dá em grande medida pela segurança jurídica, razão essa que incentiva a sua opção como meio alternativo de resolução de conflitos.

Foi natural que a Convenção de Viena, bem como a Nova Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015), reacendessem as discussões sobre esse instituto no âmbito jurídico nacional. A celeridade, a segurança, o sigilo e a efetividade nas decisões trouxeram-lhe prestígio. Paralelamente – e de forma contrastante – as críticas à morosidade e à ineficiência do nosso Judiciário se intensificaram, evidenciando um atual descrédito por grande parte dos agentes econômicos em relação a este que é um dos pilares para o Estado Democrático de Direito.

Como é próprio do meio empresarial encontrar soluções eficientes que gerem estabilidade nas relações negociais, a resposta para essa realidade foi encontrada em grande medida na arbitragem, que ganhou força e passou a ser muitas vezes a primeira opção para a solução de litígios entre grandes empresas. É aí que entram em cena os contratos empresariais.

Como será visto, os contratos empresariais detêm particularidades que devem ser compreendidas e respeitadas quando de sua interpretação. A ignorância de tais aspectos pode resultar em graves efeitos não só às partes, como também à sociedade, causando as chamadas *externalidades negativas*.

¹ Cf. Decreto 4.311/2002, de 22 de julho de 2002.

² Cf. Decreto 8.327/2014, de 16 de outubro de 2014.

³ Conforme dados da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, disponibilizados no endereço eletrônico: < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html > Acessado em 03/03/2015.

O dirigismo contratual, muito presente em nossos Tribunais, não raro contribui para o aparecimento desses efeitos indesejados, gerando reações negativas também no mercado. A arbitragem, neste aspecto, é vantajosa por reconhecer a significância dos contratos empresariais e buscar manter a finalidade a que eles se dispõem.

É por isso que se justifica o estudo e a busca por uma explicação adequada sobre essa realidade, eminentemente complexa. Não por outra razão que a Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) revela-se uma importante ferramenta hermenêutica capaz de produzir resultados mais próximos da realidade.

Diante disso, o presente trabalho adota um método *analítico-positivo*, que seja capaz de explicar a realidade jurídica hoje experimentada pelos agentes privados, além de indicar quais são os motivos para a opção da arbitragem nos contratos empresariais. Para tanto, no primeiro Capítulo serão abordadas as particularidades dos contratos mercantis, para então, no Capítulo II, tratar-se da arbitragem e seu desenvolvimento no Brasil. Já no Capítulo III, indicar-se-ão as principais premissas e conceitos da Análise Econômica do Direito e, por fim, no Capítulo IV será despendida atenção para os aspectos envolvidos na escolha da arbitragem, suas vantagens e desvantagens, bem como os efeitos decorrentes dessa opção.

CAPÍTULO I – CONTRATOS EMPRESARIAIS

Vive-se um momento de *redescoberta* dos contratos empresariais.⁴ Segundo FORGIONI,⁵ com o desenvolvimento do direito do consumidor, a desverticalização das empresas, bem como os fenômenos da privatização e da globalização, o estudo dos contratos empresariais vem se intensificando e ganhando corpo principalmente em relação a seus aspectos funcionais e operacionais.

Funcionais e operacionais porque, muito antes de se realizar propriamente uma análise tipológica desses contratos, a tendência tem sido primeiro delinear, nas palavras de NUSDEO, “a estrutura, a natureza, o escopo e os parâmetros interpretativos da categoria como um todo”.⁶ Tudo isso sob o enfoque das atuais exigências da vida empresarial e das complexas relações entre Estado e mercado.⁷

Trata-se de um verdadeiro (e necessário) movimento de reexame da teoria geral do contrato empresarial. Como relembra WALD, “o mundo da incerteza, da descontinuidade, da velocidade, do risco generalizado e imprevisível está exigindo uma nova visão do jurista e em particular o reexame da teoria geral do contrato”.⁸

É dentro desse cenário que se impende analisar os atuais contornos conceituais dos contratos empresariais, antes de se abordar propriamente o tema da escolha da arbitragem como meio de resolução de litígios.

⁴ “Este livro propõe-se a reunir alguns ensaios sobre os contratos empresariais, adotando essa nova ótica de sua ‘redescoberta’, ciente da necessidade de construção de uma teoria geral que lhes explique a essência e a existência (...)”. Posteriormente, a autora reforça essa ideia: “Paradoxalmente, a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos empresariais à sua ‘redescoberta’”. FORGIONI, Paula A. **Teoria dos Contratos Empresariais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22 e 45.

⁵ “Nos últimos vinte anos, porém, quatro importantes fenômenos tendem a modificar esse quadro: [i] consolidação do direito do consumidor; [ii] desverticalização das empresas e incremento da utilização dos contratos de colaboração interempresariais; [iii] desenvolvimento do pensamento microeconômico, que destrinça o processo empresarial de tomada de decisões e a formação dos preços e [iv] privatizações”. *Ibid*, p. 17-18.

⁶ NUSDEO, Fábio. Prefácio à 1ª edição. In: FORGIONI, *Op. cit.*, p. 7.

⁷ Esses são alguns comentários de FÁBIO NUSDEO tecidos no Prefácio da obra de PAULA FORGIONI, cf. “(...) Pelo contrário, debruça-se sobre a estrutura, a natureza, o escopo e os parâmetros interpretativos da categoria como um todo, apoiando-se, para tanto, numa fina análise de sua funcionalidade e operacionalidade, centrada nas exigências da moderna vida empresarial e do papel a ela reservado no contexto dos sistemas econômicos hodiernos, nos quais Estado e mercado se fazem presentes não apenas em proporções diversas, segundo a cultura de cada país, mas também mutantes, em função das diversas conjunturas econômicas por que passam ao longo de sua trajetória histórica”. *Ibidem*, p. 7.

⁸ WALD, Arnaldo. Prefácio. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 10.

1.1. Noções atuais dos contratos empresariais

A compreensão do que são os contratos empresariais, suas especificidades e, dentro disso, qual a função que se propõem, é pressuposto para o entendimento de como se deve operacionalizar a sua interpretação.

Como preocupação doutrinária, tem-se tido tradicionalmente o cuidado prévio de se diferenciar os contratos comuns (entre particulares), civis, dos contratos entre empresas, como uma tentativa de se responder se os contratos empresariais representam ou não uma categoria autônoma.⁹

No entanto, a realidade que hoje se põe é muito mais complexa. Tal diferenciação ampliou-se para abarcar também os contratos entre *particulares* (consumidores) e *empresas*, antes compreendidos estritamente dentro da própria noção de contrato empresarial (a comercialidade advinha do fato de haver ao menos um empresário na relação contratual).¹⁰ Com isso os contratos empresariais passaram a ter um conteúdo mais restrito e específico do que outrora possuíam, sendo importante sua redefinição.

Nos dizeres de RIBEIRO:

Contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade profissional. Contratos vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e de sua função.¹¹

A especificidade se dá, portanto, na medida em que nesses contratos: [i] os sujeitos são específicos: os contratantes são *empresários* e, com isso, presumidamente são iguais; [ii] o risco está presente: por envolver atividade profissional inserida no mercado, o *risco* é seu elemento essencial;¹² e [iii] há uma *vontade comum*: a busca pelo lucro.¹³

⁹ SALVATORE MONTICELLI, em sua obra *Il contratti dell'impresa*, constata que ainda hoje não existe o reconhecimento dos contratos empresariais como categoria autônoma por vários autores peninsulares. MONTICELLI, Salvatore; PORCELLI, Giacomo. I contratti dell'impresa, p. 1, *apud* FORGIONI, **Teoria dos Contratos...**, p. 41.

¹⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 16-17.

¹² “Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de afastar toda a força vinculante do contrato”. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 17.

¹³ “Nos contratos empresariais, ambos [ou todos] os polos são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade – toda ela – voltada para a perseguição de vantagem econômica”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 56.

Quanto às partes, há um equilíbrio que inexiste na seara consumerista e trabalhista, por exemplo. Nos contratos empresariais os sujeitos estão em “condições de discussão e acertamento de interesses de forma aproximadamente equilibrada [...], aptas a exercer com liberdade sua autonomia privada”.¹⁴ Isso não significa dizer, no entanto, que não possam existir situações de desigualdade prejudicial a uma das partes. Nestes casos, a presunção é desfeita para se chegar a uma ruptura, desfazimento ou apenas modificação do contrato.¹⁵

Em segundo lugar, o risco é inerente à atividade empresarial.¹⁶ Está presente em suas transações e, por consequência, em seus contratos, que, para GRAU e FORGIONI, projetam “efeitos para o futuro, implicam certo grau de ‘congelamento’ de interesses”.¹⁷ Ou seja, considerando as incertezas do futuro, as perdas são alocadas contratualmente entre os agentes, como forma de divisão dos riscos.¹⁸ Exemplo disso são os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias (*Incoterms*).¹⁹

Nesse sentido, os contratos empresariais podem ser vistos como um verdadeiro *instrumento de alocação de riscos*. Explica FORGIONI: “o contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos inerentes à atividade econômica. O ordenamento jurídico distingue e atribui disciplina diversa ao risco normal dos contratos e ao risco extraordinário”.²⁰

Em terceiro lugar, todos os contratos empresariais envolvem a busca pelo lucro. De acordo com FORGIONI, trata-se de um *vetor de funcionamento* dos contratos empresariais, pois todos estes se prestam ao atingimento dessa função econômica, tida pela autora como um *norte do contrato empresarial*.²¹

Por fim, além das já citadas, existem outras características que também imprimem singularidade determinante aos contratos empresariais, tais como: o seu nascimento a partir da prática dos comerciantes²² (caráter mais *histórico* do que *ontológico*);²³ a de serem cada vez

¹⁴ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶ “Enfim: todo negócio implica risco; cada contrato em o seu ‘risco típico’; o risco é inerente (=caracteriza) à atividade empresarial”. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

¹⁷ *Ibid*, p. 112-113.

¹⁸ Cf. ALLEN, Douglas W.; LUECK, Dean. The role of risk in contract choice. **Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 15, 3, Fall, 1999, 704-736. In: FORGIONI, Paula A. *Ibid*, p. 137.

¹⁹ FORGIONI, *Op. cit.*, p. 137.

²⁰ *Ibidem*, p. 136.

²¹ “As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, ou seja, ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 58.

²² *Ibidem*, p. 65; RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 17.

²³ Cf. ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 79.

menos territoriais e mais transcendentais aos ordenamentos jurídicos²⁴ (característica também anunciada como *cosmopolitismo*);²⁵ o caráter dinâmico da propriedade envolvida; a informalidade dos contratos, para atender a velocidade dos negócios; a uniformização de procedimentos e normas relativos à atividade empresarial, a fim de facilitar as operações empresariais²⁶ etc.

1.2. Aspectos funcionais dos contratos empresariais

A par das noções a respeito de quais os contornos que os contratos empresariais atualmente assumem, exsurge a importante questão a respeito de qual seria também a função que eles se propõem.

Segundo VINCENZO ROPPO, os contratos constituem instrumento essencial para o exercício da atividade econômica e são verdadeiros criadores de riqueza.²⁷ É por meio deles que a empresa se revela,²⁸ consolida suas transações e estrutura o mercado.²⁹ Ou seja, há um dinamismo representado pela intensa *relação* da empresa com outros agentes, e essas *transações* se consubstanciam nos contratos.

Nessa mesma linha, afirmam RIBEIRO e GALESKI JUNIOR: “no campo da função, os contratos empresariais instrumentalizam a circulação de riquezas indispensável à prática empresarial, ou seja, possibilitam-na”.³⁰ Para os referidos autores, a *função direta* dos contratos empresariais seria a realização do próprio negócio acertado pelos interesses (privados e disponíveis) envolvidos no contrato.³¹

²⁴ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 17.

²⁵ “Outra tradicional característica dos contratos mercantis (e do próprio direito comercial) é seu *cosmopolitismo*, sua tendência de ignorar fronteiras”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 131.

²⁶ Essas últimas três características (dinamismo, informalidade e uniformidade) são sintetizadas por MARCIA CARLA P. RIBEIRO E MARCELO M. BERTOLDI, cf. BERTOLDI, Marcelo M.; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 755.

²⁷ “L’evoluzione del sistema economico sposta il baricentro dal momento *statico* dell’immediata utilizzazione fisica dei fattori produttivi al momento *dinamico* della loro organizzazione e del loro impiego in più complesse attività di produzione e scambio sul mercato. È la stessa linea di sviluppo che emancipa il contratto dall’ottocentesca subordinazione alla proprietà. E i due fenomeni sono interdipendenti: se il contratto non è più ancillare alla proprietà e tende anzi a signoreggiarla, è anche perché il contratto costituisce strumento essenziale per l’esercizio delle attività economiche organizzate”. ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. 2ª Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 56.

²⁸ “A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua”, e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 23.

²⁹ “O mercado identifica-se [...] com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos”. *Ibid*, p. 25.

³⁰ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 17.

³¹ *Ibidem*.

Disso se tem que, num primeiro momento, o contrato empresarial se revela um meio apto às partes atingirem seus fins (vetor econômico). Isto é, possui uma função interna. Já num segundo momento, possui, por meio da concretização de relações jurídicas em um instrumento gerador de obrigações,³² importante função voltada ao funcionamento e estruturação do mercado. E o efeito desse fenômeno deve estar conformado com uma segunda função, a função *social*.

Não se pode olvidar a função social de todos os contratos, determinada pelo art. 421 do Código Civil. Esta função está relacionada à boa-fé objetiva, que para o direito comercial significa, sinteticamente, *agir conforme o esperado*.³³ Trata-se de esperar um agir conforme o comportamento usualmente empregado num determinado mercado.³⁴

Com o adjetivo *social*, limita-se a liberdade contratual, pois esta passa a estar atrelada a interesses não só das partes do contrato, mas também de terceiros.^{35 36}

Destaque-se, por fim, que a função de cada contrato empresarial também deve ser identificada por meio de uma interpretação individualizada, que leve em conta a categorização específica feita em razão do caráter duradouro ou relacional do contrato, da existência de uma disciplina específica ou não etc., conforme proposta de RIBEIRO e GALESKI JUNIOR. É disso que tratará o próximo tópico.

1.3. A importância de uma interpretação adequada dos contratos empresariais

Como visto, contratos e empresas estão intimamente ligados. É muito difundida a noção de empresa como sendo um *feixe de contratos*.³⁷ Nota-se que tais conceitos se relacionam de tal forma a, juntos, serem capazes de criar um universo onde as relações empresariais acontecem, onde a interação de agentes econômicos é constante e, com isso, a circulação de

³² “Os contratos são uma das fontes das obrigações, certamente o instrumento jurídico mais utilizado pelo empresário em sua atividade cotidiana”. BERTOLDI; PEREIRA RIBEIRO, *Op. cit.*, p. 753.

³³ FORGIONI cita CAIRU “Evitando as armadilhas da definição de noções jurídicas que dão ampla margem à interpretação, reconheçamos, simplesmente que, *para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado ‘dos comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado* (ou em certo ‘ambiente institucional’), sempre de acordo com o direito”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 99.

³⁴ “A boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Ao contrário, indica a retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados (inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo)”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 101.

³⁵ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 23.

³⁶ De forma sintética: “A interpretação do princípio da função social nos moldes do que se conhece como boa-fé objetiva por si só representa uma mudança de postura em relação ao conceito tradicional de contrato, afastando-se a supremacia da representação do subjetivismo psicológico dos contratantes, substituindo-a por valores associados aos usos e costumes da praça, mas não desvela seu sentido original”. *Ibid*, p. 22.

³⁷ A origem dessa concepção é de RONALD COASE, por sua obra *The Nature of the Firm*, 1937.

riquezas se concretiza. A questão que se põe é sobre como operacionalizar a interpretação dessa realidade.

Não vem a talho, neste momento, delongar-se em digressões doutrinárias detalhadas a respeito de toda a hermenêutica contratual e seus desafios. Para o escopo deste estudo, cabe apenas destacar alguns aspectos básicos da interpretação dos contratos empresariais, muitas vezes esquecidos quando de sua análise e compreensão.

Quando se está a tratar de interpretação contratual, cai-se em um emaranhado de princípios interpretativos que devem ser cuidadosamente articulados. Tal como destaca VERA HELENA DE MELLO FRANCO, alguns desses princípios são: [i] o da finalidade econômica (o critério é o fim econômico pretendido pelas partes); [ii] o da boa-fé objetiva (que exige recíproca lealdade das partes); [iii] o da conservação do contrato (que procura *salvar* a vontade das partes no lugar de tirar o sentido do que fora pactuado); e [iv] o da interpretação do contrato como um todo (considerado em sua unidade).³⁸

Um primeiro ponto a se destacar é que a particularidade dos contratos empresariais³⁹ requer especificidade em sua interpretação. Significa dizer que as características e funções que os diferenciam de outros contratos devem ser considerados no momento de sua interpretação.

No estudo da teoria geral dos contratos, sejam eles empresariais ou não, já há grande reconhecimento por parte da doutrina da importância do aspecto econômico contratual. Sendo assim, os contratos empresariais, por estarem inserido no ambiente econômico, e possuírem, como visto, a característica intrínseca do escopo do lucro, devem ser interpretados à luz dessa conjuntura, sob pena de se tornarem “peça estéril de atribuições desconexas da realidade”.⁴⁰

Essa advertência é também reconhecida por civilistas:

[...] sendo o contrato a forma jurídica da circulação da riqueza, parece-nos evidente que não é possível desconsiderar os elementos econômicos na busca da interpretação mais adequada, donde inviável uma interpretação que desrespeite a economia do contrato; não obstante, a questão é pouco tratada em nossas cortes, contudo, fazendo parte da realidade social, compete-nos ressaltar que os fatos relativos à eficiência econômica não podem ser

³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**: Confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 201-204.

³⁹ Para Fran Martins, as principais características dos contratos empresariais são a simplicidade; internacionalidade; rapidez; elasticidade e a onerosidade. Cf. MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28.

⁴⁰ “Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto (chamada, pelos economistas, de ‘ambiente institucional’), tornando-o peça estéril de atribuições de obrigações desconexas da realidade”. FORGIONI, *Op. cit.*, p. 73-74.

desprezados, a tanto, gostemos ou não, basta observar à nossa volta, tudo parece ter uma valoração econômica, cujo contrato, respeitável símbolo disso, não pode ser ignorado nessa parte.⁴¹

Assim, o juiz, ao deparar-se com a necessidade de interpretar um contrato empresarial, deve primeiro entender o fim, a função que aquele contrato se dispõe. Deve observar, a partir de um critério interpretativo econômico, quais os fins que as partes tinham em vista ao contratar, a fim de que equívocos hermenêuticos não prejudiquem a natureza e o escopo próprios daquele contrato.⁴²

Em segundo lugar, a Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*), que será melhor abordada no Capítulo III, mostra-se como um instrumental importante para essa árdua tarefa.⁴³ Por evidente, nem todas as questões que se colocam defronte ao intérprete são respondidas.⁴⁴ No entanto, impende esclarecer que essa lente hermenêutica tem prestigiado em grande medida o papel dos contratos empresariais e suas funções, trazendo segurança jurídica para as relações empresariais e o ambiente econômico.

Ora, a segurança jurídica e a previsibilidade são essenciais para o ambiente contratual e, por consequência, para o desenvolvimento do direito comercial. O sistema jurídico deve garantir essas premissas; é uma questão de *calculabilidade do resultado*.⁴⁵ A partir dos ensinamentos de WEBER e IRTI, FORGIONI afirma:

O direito é racional porque garante o processo e não o resultado a ser obtido, mesmo porque a “álea normal” é inerente aos negócios. Ou seja, o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber),

⁴¹ BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 387.

⁴² “É importantíssimo para a interpretação [...] conhecer os fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar; o direito ampara a consecução desses fins e, portanto, o juiz, para poder conceder a devida proteção do direito ao negócio jurídico, ou à declaração de vontade de que se trata, tem de começar por conhecer exatamente aqueles fins”. BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 174.

⁴³ “Nessa linha, temos como instrumento útil à interpretação do contrato as proposições metodológicas da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), que trata da aproximação entre Direito e Economia pela análise do direito por meio de princípios econômicos”. BENACCHIO, *Op. cit.*, p. 386.

⁴⁴ “Entretanto, salientamos que, em nosso entender, a análise econômica do direito não deve ser considerada como um modo único de visão do Direito, daí nossa adesão ao pensamento de um famoso artigo de *Law and Economics* dos anos 70 de Calabresi e Melamed – Property rules, Liability rules, and Inalienability: One view of the Cathedral – cuja metáfora do título (uma visão da Catedral) encerra a compreensão econômica é uma das maneiras de olhar para um *grande, antigo, complexo, bonito, misterioso e sagrado objeto* – o Direito”. *Ibid*, p. 386.

⁴⁵ FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw), p. 108.

viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados (Irti).⁴⁶

Essas considerações devem tomar a mente do intérprete dos contratos empresariais, para que a natureza, os escopos e as funções de tais instrumentos sejam preservados, viabilizando a (tão preterida) segurança jurídica e a *calculabilidade* do resultado pretendido.

1.4. A proposta de classificação como critério interpretativo

Outra forma de se interpretar adequadamente os contratos empresariais é proposta por RIBEIRO.⁴⁷ Para a autora, os contratos devem ser categorizados, a fim de que sua função seja identificada. Só assim a criação de normas e a interpretação podem ser realizadas de forma mais adequada.⁴⁸

Nesse raciocínio, caso a especificidade de um determinado contrato seja desprezada, corre-se o risco de externalidades negativas⁴⁹ deturparem todo o escopo funcional desse contrato, tornando-o sem razão de ser e gerando insegurança jurídica futuramente.

Propõe-se, então, uma nova classificação dos contratos, relacionada à prática econômica. Nessa classificação, leva-se em conta: a extensão da autonomia privada na elaboração; a natureza das obrigações que instrumentalizam; a extensão das suas externalidades; a natureza da vinculação entre os participantes.⁵⁰ Dentro dessa configuração, têm-se: [i] os contratos negociados; [ii] os contratos formulários; e [iii] os contratos de adesão.

Contratos negociados são os clássicos, enquadrados dentro de uma autonomia de vontade delimitada pela ordem jurídica. Já os *contratos formulários* são contratos com conteúdo fixo, com um pequeno grau de manifestação de vontade pelo contratante, enquanto que os *contratos de adesão* são aqueles que não admitem modificações. São termos exatos.

Essa classificação está relacionada a um critério: o da identificação da relativização dos efeitos. Quanto maior a manifestação de vontade (no sentido do sujeito, dentro de sua categoria – empresário ou consumidor –, possuir aptidão para avaliar os efeitos da contratação; grau de

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cf. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 221 e ss.

⁴⁸ “O artifício à classificação permite àquele que quer transmitir conceitos jurídicos separar e categorizar conhecimentos, de forma a identificar e fazer identificar critérios de aproximação que permitirão uma assimilação de informações que, transmitidas a uma categoria, automaticamente serão disseminadas entre objetos assemelhados pelos critérios de classificação”. *Ibidem*.

⁴⁹ “Pensar-se sem externalidade remete a uma consideração sobre efeitos externos, vale dizer, relacionados a sujeitos que não participaram dos contratos, mas de alguma forma submetidos aos seus efeitos, que poderão invoca-los, contrariamente aos sujeitos do contrato que não podem invoca-las como fundamento de modificação de suas condições”. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 173.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 222.

compreensão), menos interferência do Judiciário. Aqui, portanto, contratos entre empresários não se interpretam da mesma forma que os contratos entre consumidor e empresário.

Disso se tem que: (a) nos *contratos negociados* a onerosidade excessiva e a imprevisão podem ser base para a quebra do vínculo contratual (o fundamento é a mudança de condições); (b) nos *contratos formulários* e de *adesão*, maior a possibilidade de interferência (há menos manifestação de vontade). Neste último caso, há várias normas específicas (v.g., art. 423, CCb) que autorizam essa interferência.

O segundo critério adotado é a *natureza* da obrigação que o contrato instrumentaliza. Nesse âmbito, têm-se: [i] os *contratos de subordinação*; [ii] os *contratos empresariais*. Aqui, a condição do sujeito confere tratamento diferenciado.⁵¹

Contratos de subordinação podem ou não ter um empresário contratante. O que os caracteriza é uma subordinação derivada da condição das partes (contrato de consumo e de trabalho). A eles, há densa disciplina normativa específica, que estabelece parâmetros quanto ao seu conteúdo e também quanto à sua interpretação. Já nos *contratos empresariais*, há empresários nos dois polos, exercendo essencialmente sua atividade profissional. Há pouca normativa hermenêutica específica. Por isso, o Judiciário interfere na sua interpretação aplicando princípios gerais do direito contratual.⁵² As partes são tomadas em pé de igualdade e o *fator risco* é levado em consideração. Isso dificulta a alteração das cláusulas contratuais com base na *imprevisão* e na *onerosidade excessiva* e fomenta a invocação da *função social* (externalidade).

Quanto às *externalidades*, há situações em que devem ser consideradas, e outras em que não. Nos *contratos de externalidades não-significativas*, pode-se invocar a imprevisão e a onerosidade excessiva quando há uma alteração fática/condicional. Função social, aqui, não tem espaço ante a inexistência/irrelevância dos seus efeitos externos. Já nos *de externalidades significativas*, enquadram-se os contratos empresariais, tanto que muitos efeitos já possuem disciplina legal (v.g. Lei da Concorrência). Nesses casos, a função social já está adstrita aos termos da lei específica. Nas hipóteses sem esse tratamento especial, o Judiciário identifica o cabimento ou não da relativização do contrato num princípio geral dos contratos. Assim, nesses contratos, as partes não podem invocar a função social (art. 421, CC) para defender seus interesses. Podem caso as externalidades do negócio fossem significativas (v.g. contratos de

⁵¹ “Enquadram-se nesta classificação os contratos cuja especificidade da condição do sujeito justifica um tratamento diferenciado, considerando-se a disciplina geral dos contratos”. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 224-225.

⁵² *Ibidem*.

venda de safra), mas essa fundamentação deve ser cautelosa. O uso inadequado desse princípio pode ser nocivo exatamente para o bem que se pretende proteger (o interesse social).

Dando continuidade à classificação, tem-se que, quanto à natureza do vínculo entre as partes, no contrato *unilateral* há obrigação para apenas uma das partes; enquanto que no contrato bilateral há obrigações recíprocas (a diferença está no vínculo, não nas partes). Os *contratos associativos* são ligados à prática empresarial (v.g. contrato de parceria e de *joint venture*). O elemento diferenciador é o seu caráter de instrumento à atividade empresarial. Aqui, não se pode invocar a exceção de contrato não cumprido, pois o cumprimento das obrigações das partes é independente.⁵³

Disto posto, a percepção das externalidades pelo Judiciário revela-se uma melhor expressão da função social do contrato, de tal modo que se eleva à condição de elemento essencial à prestação da Justiça.⁵⁴ Ou seja, a sugestão teórica de RIBEIRO mostra-se, aliada à metodologia da AED, como um importante instrumental interpretativo dos contratos empresariais, que auxilia a preservação das particularidades, funções, natureza e fins de cada contrato.

⁵³ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 230.

⁵⁴ “Nesta análise a consideração das externalidades, como expressão mais palpável do princípio da função social do contrato, desponta como elemento essencial à prestação da justiça”. *Ibid*, p. 231.

CAPÍTULO II – ARBITRAGEM

No Capítulo I, foram apresentadas algumas premissas necessárias para o desenvolvimento do presente estudo. Abordaram-se a noção, as funções e os parâmetros interpretativos dos contratos empresariais, destacando especialmente a necessidade do ordenamento jurídico e de suas instituições garantirem a segurança jurídica e a previsibilidade de suas decisões (*calculabilidade do resultado*).⁵⁵

Esse panorama, para utilizar a expressão de HANS Kelsen,⁵⁶ seria o campo do *dever ser* (a partir da racionalidade econômica, própria do Direito Empresarial). Ocorre que, no campo do *ser*, a segurança jurídica vem sendo prejudicada justamente pela imprevisibilidade dos Tribunais. Some-se a isso a morosidade e, conseqüentemente, a ineficiência na prestação jurisdicional. É daí que as críticas a essa realidade são muitas e redundam em um descrédito dos agentes econômicos (e da sociedade como um todo) em relação ao Poder Judiciário, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O meio empresarial, por natureza, busca encontrar soluções eficientes, que configurem estabilidade nas relações negociais. Assim, a resposta dos agentes econômicos a essa instável conjuntura vem sendo evidenciada na *fuga* do Judiciário: seja buscando meios alternativos de resolução de conflitos (*v.g.*, mediação e arbitragem), seja simplesmente evitando a sua judicialização (*v.g.*, negociações, conciliações e acordos em geral).

É nesse contexto que a arbitragem ganha espaço. Prova-se ser, economicamente, não mais uma simples *alternativa*, mas a primeira opção para a solução de litígios entre grandes empresas que almejem estabelecer suas relações jurídico-econômicas dentro de uma lógica menos instável, divergente e delongada. Nesse sentido, TIMM:

Ela [a arbitragem] surge também do espaço deixado pela crise do Estado, que acaba refletindo (como não poderia deixar de ser) no Poder Judiciário, que se apresenta algumas vezes lento, ineficiente e pouco especializado em matérias ligadas à atividade econômica.⁵⁷

⁵⁵ FORGIONI, *Op. cit.* In: FERNANDES, **Contratos Empresariais...**, 2012 (Série GVlaw), p. 108.

⁵⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª Ed. Tradução por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 44.

Na arbitragem, prestigia-se e dá-se especial força aos contratos empresariais, responsáveis pela estabilidade e desenvolvimento econômico-social de qualquer nação. Isso – aliado à celeridade, à segurança, ao sigilo e à efetividade no procedimento e decisões – faz do instituto arbitral um verdadeiro remédio para os desgostos experimentados pelos particulares no Judiciário, conforme será melhor exposto no Capítulo IV. O presente Capítulo se aterá a uma abordagem mais geral do instituto da arbitragem, bem como seu recente desenvolvimento no Brasil.

2.1. Conceito

A arbitragem não é um instituto novo. Este instituto já era muito utilizado para dirimir discussões envolvendo delimitação territorial, tal como ocorreu em 1985, quando o Papa João Paulo II serviu de árbitro para decidir a delimitação territorial do Canal de Beagle, entre Argentina e Chile.⁵⁸

A tradicional definição de BOISSÉSON traduz a arbitragem como a “instituição pela qual as partes confiam a terceiro, livremente designado por elas, a missão de solucionar controvérsias”.⁵⁹ Já na doutrina nacional, pode-se destacar o conceito de CARMONA, segundo o qual a arbitragem se constitui em um:

[...] 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.⁶⁰

De forma sucinta, conforme leciona ALVIM, a arbitragem se caracteriza no instituto pelo qual se confia a um árbitro o julgamento de litígios provenientes de direitos transigíveis (patrimoniais disponíveis).⁶¹

⁵⁸ Cf. TIMM, *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁹ BOISSÉSON, Matthieu de. **Le droit français de l'arbitrage interne et international**. Paris: Guide Loyrette Nouel Joly, 1990, p. 5. *Apud* KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19.

⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

⁶¹ Cf. Lei 9.307/1996, em seus artigos 18 e 34: “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”; e “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia

Não se pode confundir arbitragem com transação (art. 840, CCb). É pela presença necessária de um terceiro (o árbitro) que a arbitragem se diferencia daquela, sendo esta última caracterizada por existirem concessões mútuas e não haver a obrigatoriedade da presença de um terceiro. Além disso, o árbitro, apesar de não representar o Poder Judiciário estatal, decide também com força jurisdicional: ele é considerado, pela Lei 9.307/1996, juiz de fato e direito.⁶²

Da mesma forma, não se pode confundir arbitragem com a mediação, que pressupõe “a possibilidade de se estabelecer um consenso das partes em desavença por meio da figura do mediador ou conciliador, que dispõe de treinamento específico para atingir um acordo”.⁶³ Na mediação não há vinculação das partes àquilo que o mediador opinou.⁶⁴

Quanto à natureza do instituto arbitral, há divergências, representadas pelas correntes: (a) contratualista (v.g., CHIOVENDA⁶⁵), cuja proposta é a de que a arbitragem tem origem na vontade das partes e seu desenvolvimento depende dessa vontade; (b) jurisdicional (v.g., THEODORO JÚNIOR⁶⁶ e DIDIER JR.⁶⁷), para a qual o Estado deve controlar as arbitragens, que substituem a jurisdição estatal (é propriamente jurisdição, e não equivalente jurisdicional); e (c) mista (v.g., CRETELLA NETO), que concebe a arbitragem como sendo contratual em sua origem e jurisdicional na “forma de solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do direito”.⁶⁸ Apesar das visões serem distintas, a Lei 9.307/1996 recepcionou a corrente *jurisdicional*.⁶⁹

no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁶² *In verbis*: “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”. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 14.

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁴ “Nesse sentido, as opiniões dos mediadores não vinculam as partes, como o faz uma sentença arbitral, tendo esta o mesmo valor legal de uma sentença judicial, de acordo com a nova legislação brasileira”. *Ibidem*, p. 45.

⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. v. 3. 1960, p. 46-47.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 81.

⁶⁸ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

⁶⁹ “Se, no regime anterior à Lei nº 9.307, mostra-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 373.

2.2. A arbitragem no Direito brasileiro

A arbitragem tem seu primeiro aparecimento no Brasil quando ainda era colônia de Portugal, no século XVII, com as Ordenações Filipinas de Portugal.⁷⁰ Posteriormente, com a Constituição do Império (1824), passou a ser matéria constitucional. O instituto era tido como a única forma de resolução de conflitos de alguns casos comerciais.⁷¹

A repulsa ao instituto arbitral iniciou-se quando em 1866, com a Lei 1350/1866, a arbitragem perdeu seu caráter obrigatório nesses casos específicos comerciais, passando a se afirmar, a partir daí, a jurisdição exclusiva do Poder Judiciário.⁷²

A ratificação, pelo Brasil, do Protocolo de Genebra de 1923 foi contra essa tendência, mas foi revogado com o Código de Processo Civil de 1939. Com o Código de Processo Civil de 1973, houve a dedicação de um capítulo inteiro à arbitragem. O que dificultou o seu desenvolvimento e maturação foram as limitações e dificuldades em se reconhecer sentenças estrangeiras e se realizar sua execução.⁷³

2.3. A Lei 9.307/1996: 20 anos de vigência

A Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996) foi delineada a partir da Lei Modelo de Arbitragem Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL Model Law). Foi com esta lei que o *ostracismo*⁷⁴ legal anterior foi superado. A arbitragem passou a ter verdadeiras chances de se desenvolver como um verdadeiro meio alternativo de resolução de conflitos no Brasil.

Dentre as principais novidades trazidas por esta lei está o reconhecimento da cláusula arbitral (sem necessidade de prestar-se compromisso⁷⁵) e a desnecessidade de dupla homologação para execução de laudos arbitrais estrangeiros.⁷⁶

⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 45.

⁷¹ Arts. 248 e 294 do Código Comercial de 1850 e artigo 411 do Regulamento 737 de 1850.

⁷² TIMM, *Op. cit.*, p. 45.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ LEMES, Selma Ferreira. Prefácio. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin (Coordenadoras). **Arbitragem Nacional e Internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁷⁵ O artigo 1073 do CPC, revogado pela Lei de Arbitragem, acatava a necessidade de um instrumento (compromisso arbitral) em que as partes aceitassem a submissão do litígio ao procedimento arbitral. Cf. TIMM, *Op. cit.*, p. 47.

⁷⁶ “A Súmula 485 finalmente colocou um ponto final na discussão sobre a suposta necessidade de compromisso arbitral para que as cláusulas compromissórias firmadas antes da entrada em vigor da Lei de Arbitragem pudessem ser exequíveis. Prevaleceu, portanto, o entendimento, que já defendíamos, de que não é necessária a celebração de compromisso arbitral em presença de cláusula compromissória ‘cheia’”. WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Decisões dos Tribunais revelam posição pró-arbitragem. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>> Acesso em 28/05/2015.

Várias foram as discussões que assolaram (e algumas ainda persistem) esse diploma legal. A primeira delas foi quanto à sua constitucionalidade, questão que só se pacificou quando em 2001 o Supremo Tribunal Federal se pronunciou,⁷⁷ reconhecendo a higidez e constitucionalidade da Lei 9.307/96.

Outra questão muito debatida foi quanto às medidas cautelares na arbitragem. No caso *Itarumã v. PCBIOS*,⁷⁸ o STJ reconheceu que os árbitros possuem competência para conceder medidas cautelares, mesmo sem possuírem poder coercitivo. Caso uma das partes venha a descumprir a ordem, pode-se requisitar assistência dos tribunais estatais.

Além disso, ainda existem debates quanto à Administração Pública poder participar em procedimentos arbitrais. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, por exemplo, defende que as regras de competência processual em relação a questões da União são de ordem constitucional, não podendo a Lei de Arbitragem, que é lei infraconstitucional, derogá-las. Para ela, seria inconstitucional a impossibilidade, na arbitragem, de haver recursos ao Judiciário, pois esta vedação caracterizaria violação a direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXV, LXIX, LXX e LXXIII, CF).⁷⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO compartilha desse entendimento. Reputa a incompatibilidade constitucional da resolução de litígios do Poder Público por meio de arbitragem por haver envolvimento de interesses indisponíveis.⁸⁰

No entanto, hoje essas visões mostram-se dissonantes com os diplomas legais e as posições jurisprudenciais. Verifica-se uma mudança da *cultura da sentença* e mudança da *cultura demandista*,⁸¹ ganhando espaço a consciência de que, já que o interesse é o de se pacificar (solucionar conflitos), nada mais coerente do que se admitir pacificação por outros meios, que não somente os estatais.⁸² Não é à toa que a mediação vem agora ganhando mais espaço, bem como a conciliação é tão incentivada.

⁷⁷ Cf. STF, SE 5206 AgR, Rel: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

⁷⁸ Cf. STJ, REsp 1.297.974/RJ, *Itarumã Participações S/A v Participações em Complexos Bioenergéticos S/A – PCBIOS*, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 12/06/2012.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 716, 789.

⁸¹ AMARAL. Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 17.

⁸² “Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes (...)” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33.

O fortalecimento do instituto arbitral continuou em 2002, quando entrou em vigor a Convenção de Nova Iorque de 1958.⁸³ Com ela, o Brasil alcançou o mesmo patamar do cenário arbitral internacional no que respeita ao reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Com esta novidade, novo marco para a arbitragem no Brasil foi estabelecido e, por consequência, para as operações mercantis nacionais e internacionais. Isso se repetiu com a adesão do Brasil à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, conforme será exposto a seguir.

2.4. Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias

O cenário da arbitragem no Brasil voltou a se transformar em 04 de março de 2013, quando o Brasil depositou o instrumento de adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980 (Convenção de Viena, ou simplesmente CISG).⁸⁴

Com a CISG, o cenário jurídico *pro* arbitragem se intensificou. Até então, a CISG, com os seus 101 artigos mostrou-se a mais bem sucedida tentativa internacional de uniformização de regras sobre a formação dos contratos e as obrigações e responsabilidade das partes. Ou seja, uma verdadeira “ponte entre os diversos sistemas jurídicos”.⁸⁵

Como as relações empresariais se dão de forma transcendente aos ordenamentos jurídicos,⁸⁶ a CISG atende a uma necessidade dos agentes econômicos que já era de preocupação de muitos tratados: a internacionalidade de instrumentos jurídicos. A UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) foi criada com este propósito de eliminar barreiras para o desenvolvimento do comércio internacional.⁸⁷

Diante disso, é inegável que o Brasil passará por profundas alterações no setor econômico privado. Novos institutos são introduzidos com esta Convenção. O princípio da interpretação uniforme, por exemplo, contemplado no art. 7 (1) da CISG, possui como fim a harmonização das relações internacionais de compra e venda de mercadorias. Trata-se de um *vetor harmonizador* de todo o comércio internacional.⁸⁸ Assim, propugna o afastamento de influências indevidas dos ordenamentos pátrios e, ao asseverar essa não intromissão (em

⁸³ Cf. Decreto 4.311/2002, de 22 de julho de 2002.

⁸⁴ Em vigor desde 01/04/2014. Cf. Decretos 538/2012 e 8.327/2014, de 16 de outubro de 2014.

⁸⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Aplicação da CISG a compras governamentais. In: NALIN, Paulo (Coord.). STEINER, Renata C. (Coord.). XAVIER, Luciana P. (Coord.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 476.

⁸⁶ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 17.

⁸⁷ BREDA PESSÔA, Fernando J. O impacto do princípio da interpretação uniforme da CISG no direito brasileiro. In: NALIN; STEINER (Coord.), *Op. cit.*, p. 34-35.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 33.

respeito à sua internacionalidade), é evidente que haverá choque de realidade com o sistema jurídico pátrio.⁸⁹

Essa preocupação já vem sendo objeto de vários estudos. Afirma PUGLIESE:

[...] em uma primeira análise o jurista brasileiro poderia se sentir tentado a interpretar a CISG à luz da Constituição da República e dos demais dispositivos previstos na legislação nacional. Ocorre, porém, que o art. 7, (1) e (2), da CISG, impede esta conclusão. A Convenção de Viena estabelece previamente quais são seus critérios interpretativos e, aqui, afasta-se da tradição chamada de *Civil Law*.⁹⁰

Aliado à *internacionalidade*, há também a *uniformidade* e a *boa-fé* como critérios interpretativos estabelecidos pela CISG. Como critérios supletivos, para colmatação de lacunas, existem ainda os *princípios gerais* na qual a Convenção se baseia e, na falta deles, a conformidade com o direito internacional aplicável.⁹¹

Para WALD, a adesão brasileira à Convenção de Viena é motivo para comemoração. Ainda mais para o setor empresarial, sedento por segurança jurídica:

A Convenção de Viena representa uma conquista do comércio internacional, tendo sido aprovada por mais de 78 estados partes, dentre eles as maiores potências mundiais, exceto o Reino Unido e a Índia. Através da uniformização do direito, a Convenção promove maior segurança jurídica, previsibilidade quanto ao direito aplicável, assegurando, portanto, a redução nos custos de transação. Por ser uma convenção internacional que traz normas que regulam o comércio internacional, a Convenção de Viena tem sido escolhida como lei aplicável ao mérito de inúmeras arbitragens internacionais que envolvam conflitos relativos à compra e venda de mercadorias.

Disso se tem que, com a CISG, surgiram novos paradigmas e enfrentamentos para o sistema jurídico nacional. Como toda novidade legislativa é acompanhada de dúvidas e receios, foi natural que a Convenção de Viena reacendesse as discussões sobre a arbitragem, voltando

⁸⁹ NALIN; STEINER (Coord.), *Op. cit.*, p. 47.

⁹⁰ PUGLIESE, William Soares. A interpretação da CISG: em busca da uniformidade. *In*: NALIN; STEINER (Coord.), *Op. cit.*, p. 49-50.

⁹¹ *Ibidem*, p. 50.

à ordem do dia os questionamentos sobre os desafios a serem enfrentados para que haja verdadeira incorporação desses novos padrões ao nosso sistema jurídico.

2.5. A Nova Lei de Arbitragem (Lei n.º 13.129/2015)

A Lei n.º 13.129/2015, conhecida como Nova Lei de Arbitragem, foi publicada no Diário Oficial da União em 27 de maio de 2015, e modificou a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). Dentre as novidades está a expressa autorização à Administração Pública, direta e indireta, estabelecer convenção de arbitragem para dirimir conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (vedada a equidade).

A partir do Projeto de Lei 406/2013, de iniciativa de RENAN CALHEIROS, Presidente do Senado, pretendeu-se modernizar e ampliar o campo de aplicação da arbitragem para se reduzir a alta carga de processos que chegam às portas do Judiciário. CALHEIROS afirmou que o Judiciário possui “caminhos demais e saídas de menos”,⁹² tendo a Nova Lei, portanto, nascido com o espírito de combater os problemas da celeridade e da eficácia do Judiciário.

Além do estímulo de mecanismos que permitem o trâmite mais rápido dos processos arbitrais, a nova lei dispõe do uso da arbitragem em litígios relacionados a contratos públicos. Uma terceira importante mudança é a possibilidade do Judiciário conceder medidas cautelares para determinar que determinado conflito seja resolvido por meio de arbitragem.

O Planalto aprovou o projeto em 26/05/2015,⁹³ mas houve três vetos.⁹⁴ O primeiro em relação à previsão da arbitragem para causas trabalhistas, o segundo quanto a relações de consumo e o último para litígios relacionados a contratos de adesão. Isso ressalta a forte relutância à arbitragem na seara trabalhista e consumerista.⁹⁵

O que é importante para o presente estudo, no entanto, é se perceber que o ambiente jurídico está, mais uma vez, sofrendo alterações em prol da arbitragem como forma de se amenizar o processo de sobrecarga do Judiciário. Tal conjuntura só aumenta a necessidade de

⁹² TORRES, Ribas Tércio. Lei da Arbitragem é aprovada e segue para sanção. **Senado Federal**, Brasília, 05/05/2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/05/lei-da-arbitragem-e-aprovada-e-segue-para-sancao>> Acessado em 12/05/2015.

⁹³ CANÁRIO, Pedro. Planalto veta arbitragem em relações de trabalho e de consumo. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 26/05/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/michel-temer-sanciona-lei-arbitragem-tres-vetos>> Acessado em 30/05/2015.

⁹⁴ Para visualizar o texto conforme os vetos do Senado: <<http://s.conjur.com.br/dl/reforma-lei-arbitragem-vetos-grifados.pdf>> Acessado em 30/05/2015.

⁹⁵ Confira posição de Cláudia Lima Marques, por exemplo, em: MARQUES, Cláudia Lima; LAZZARINI, Marilena. Não à arbitragem de consumo. Curitiba, **Jornal Gazeta do Povo**, 24/05/2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/nao-a-arbitragem-de-consumo-bu2nkwo9w5rp78jeih2kdboty>> Acessado em 26/05/2015.

um estudo detalhado a respeito da presença deste instituto nas relações empresariais, notadamente nos contratos, onde essa complexa realidade se consubstancia.

2. CAPÍTULO III – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Capítulo II tratou da arbitragem, seu surgimento no Brasil e os principais desafios que enfrentou até se tornar um instituto prestigiado e seguro dentro do âmbito jurídico nacional. Tais explicações foram necessárias para se justificar a pertinência do seu estudo atualmente, bem como as mudanças legislativas ocorridas desde a Lei 9.307/1996, que, como visto, influenciaram (e continuam a influenciar) cada vez mais na escolha da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Já o presente Capítulo trará conceitos básicos da chamada Análise Econômica do Direito (AED),⁹⁶ imprescindíveis para uma adequada compreensão e análise do objeto ora sob enfoque: a arbitragem nos contratos empresariais.

3.1. Conceito

A Análise Econômica do Direito (AED) é um movimento que empresta o método e os critérios da Ciência Econômica para modificar, criar, interpretar e estudar o impacto das normas e das instituições jurídicas⁹⁷ na sociedade. Transportando conceitos naturais da Economia (eminente e pautada pela objetividade empírica) para o Direito (marcadamente verbal e hermenêutico),⁹⁸ permite-se uma compreensão mais ampla do *direito no mundo* e do *mundo no direito*.⁹⁹

A análise é dita *econômica* por tratar das implicações das escolhas. Como bem esclarece NUSDEO, “a atividade econômica é [...] aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez”.¹⁰⁰ Ou seja, *análise econômica* refere-se ao método econômico que irá analisar *escolhas humanas* diante de um cenário de *escassez*.¹⁰¹

⁹⁶ Movimento também conhecido como *Law & Economics*.

⁹⁷ Cf. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 53.

⁹⁸ “Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.3 Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo”. SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033> >. Acessado em 30/06/2015, p. 1.

⁹⁹ Cf. GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 20.

¹⁰⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

¹⁰¹ “Assim, quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato,

Da mesma forma, quando se fala em *mercado* não se está fazendo referência necessariamente ao conceito de capital, dinheiro, mas sim ao contexto social em que o agente tomador de decisão está inserido. Assim, é possível se falar em um mercado de ideais, de políticos etc..¹⁰²

É dentro desse cenário de necessidades humanas, escassez e, por consequência, de escolhas, que a AED se dedica a compreender as formas com que o Direito equilibra e disciplina essa realidade complexa de interesses conflituosos,¹⁰³ bem como quais as consequências desses instrumentos de controle no seio econômico-social.

3.2. Surgimento

A AED tem como principais precursores professores e economistas norte-americanos. No entanto, conforme alerta CASTELAR PINHEIRO, não se pode afirmar que o seu surgimento tenha se dado puramente nos Estados Unidos.¹⁰⁴

Isso é confirmado por MACKAAY,¹⁰⁵ para quem o movimento da AED iniciou com os economistas clássicos, como ADAM SMITH na sua obra *A Riqueza das Nações*, e JEREMY BENTHAM,¹⁰⁶ expoente do utilitarismo. Após esse momento, considerado por MACKAAY como o início do movimento da *Law & Economics*, deu-se início à fase da proposição do paradigma da AED (1958-1973); seguida do questionamento do paradigma (1976-1983); e, por fim, a reformulação do movimento (a partir de 1983 até hoje).¹⁰⁷

poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não (...). GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO; KLEIN, *Op. cit.*, p. 19-20.

¹⁰² GICO JR. esclarece bem a questão: “Aos contextos sociais nos quais a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas chamamos de *mercado*. Mais uma vez, é importante esclarecer que dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários”. GICO JR., *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰³ NUSDEO clarifica essa concepção do conflito: “quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses.” NUSDEO, *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁴ “O movimento de *Law & Economics* sempre foi considerado um movimento americano; isto não é exatamente correto. Suas origens são mais internacionais. Economistas clássicos como Adam Smith e Jeremy Bentham, e mais tarde, Pigou, Hayek, Leoni e Coase tiveram uma participação dominante, assim como teve (sic) também participação doutrinária outros, como, por exemplo, Max Weber (curiosamente também um advogado e economista!)”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de Law & Economics**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 15.

¹⁰⁵ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Eyclopedia of Law and Economics**. The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, v. I, p. 65-117 *apud* RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 54.

¹⁰⁶ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In Morris, C. (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262.

¹⁰⁷ MACKAAY, *Op. cit.*, p. 71-80.

Law & Economics nasce, portanto, inicialmente como uma disciplina dos cursos de Economia. Somente depois que o Direito (notadamente nos países baseados no *common law*) percebe a sua importância e passa a estudá-la com maior profundidade.¹⁰⁸ BRUCE ACKERMAN, professor da *Yale Law School*, chegou a afirmar que essa abordagem econômica do Direito seria “[...] o mais importante desenvolvimento do estudo jurídico do Século XX”.¹⁰⁹

Nos Estados Unidos da América, o estudo entre as várias ciências tinha o condão de aproximar o Direito do mundo social, afastando-se do *formalismo estéril*.¹¹⁰ Resultado disso foi o nascimento de várias teorias interdisciplinares, com visões mais realistas e pragmáticas sobre o mundo, tal qual a AED.¹¹¹

No Brasil, até 1960 o estudo econômico do Direito ainda se restringia a determinados campos específicos, como no direito antitruste e na propriedade intelectual.¹¹² A verdadeira introdução desses estudos no Brasil surgiu de uma iniciativa das faculdades de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) e de Direito do Largo São Francisco (FADUSP) da Universidade de São Paulo.¹¹³

3.3. Principais teóricos

Em 1937, RONALD COASE, professor da Universidade de Chicago e ganhador do Nobel em Economia em 1991, contribuiu com o pensamento econômico com sua famosa obra *The Nature of the Firm*.¹¹⁴ Enquanto os estudos da época focavam no estudo do mercado e do funcionamento do mecanismo de preços, COASE deu início a uma nova preocupação: “explicar

¹⁰⁸ PINHEIRO; SADDI, *Curso de Law & Economics...*, p. 13.

¹⁰⁹ *Apud* PINHEIRO, SADDI, *Ibidem*.

¹¹⁰ O autor se refere à reação do realismo jurídico ao juspositivismo norte americano. GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, jan/mar 2005, p. 29.

¹¹³ Dessa integração, surgiu a obra dos professores Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn, que compilou artigos com o enfoque da Nova Economia Institucional (NEI), protagonizada por Oliver Williamson. Armando Castelar Pinheiro (UFRJ) e o advogado Jairo Saddi também foram protagonistas, com sua obra intitulada *Curso de Law & Economics*, publicada em 2005, responsável por aproximar a AED a temas nacionais, bem como outras mais recentes, dos professores Paula Forgioni (USP), Luciano Benetti Timm (Unisinos) e Marcia Carla Pereira Ribeiro (UFPR). Cf. RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. In: **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386-405. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B>> Aceso em 29/04/2015.

a ‘gênese da firma’, que até então era vista como a instância na qual as transformações tecnológicas [...] eram processadas sobre determinados bens ou serviços”.¹¹⁵

O conceito de firma passou a ser mais abrangente. Não só um espaço para transformação do produto, mas agora também um ambiente em que ocorre coordenação de ações dos agentes econômicos. A partir dessa noção, COASE concebeu a empresa como um verdadeiro *feixe de contratos* (celebrados com sócios, clientes, fornecedores etc.).

Já em 1961, COASE publicou seu artigo intitulado *The Problem of Social Cost*,¹¹⁶ que definiu as premissas fundamentais para da AED. Tal estudo inspirou GEORGE STIGLER¹¹⁷ (Nobel em Economia em 1982) a enunciar o *Teorema de Coase*,¹¹⁸ que ficou assim conhecido: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem”.¹¹⁹

O impacto desse Teorema no Direito é evidente, pois a solução mais eficiente surgirá, para COASE, sempre que existirem direitos de propriedade bem definidos e as partes poderem negociar. Isso tudo sem depender de comandos normativos, legais.¹²⁰ No entanto, por pressupor a inexistência dos chamados *custos de transação*,¹²¹ o Teorema se distancia dos problemas do mundo real, onde tais custos são positivos.¹²²

Outro autor importante para a AED foi, GUIDO CALABRESI, professor da Universidade de Yale e também magistrado, que em 1961 apresentou o seu artigo *Some Thoughts on Risk*

¹¹⁵ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito & Justiça**. v 33. n 1, jun. de 2007, p. 83.

¹¹⁶ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In: **Journal of Law and Economics**. Vol. 3. Chicago: The University of Chicago Press, outubro de 1960, p. 1-44. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 06/09/2014.

¹¹⁷ STIGLER ficou conhecido por sua pesquisa histórica do pensamento econômico, pela teoria da escolha pública (estudo do comportamento do governo) e também por ser um dos primeiros que investigou o campo da economia da informação. Cf. KISHTAINY, Niall. **O Livro da Economia**. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Globo, 2013, p. 337.

¹¹⁸ O teorema de Coase não foi enunciado por ele próprio. Cf. KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO; KLEIN, *Op. cit.*, p. 71.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ STIGLER enunciou que COASE ensinou a economistas e operadores do Direito que, independentemente de coerção, são os custos e benefícios que determinam um acordo: “Coase reminded economists and taught lawyers that, in a world of Exchange by agreement rather than by coercion, that costs and benefits of agreement determine its scope”. STIGLER, G. J. Law or Economics. **Journal of Law & Economics**, v. XXXV, out. 1992.

¹²¹ Seu conceito será melhor explorado adiante.

¹²² *Ibidem*, 76.

Distribution and the Law of Torts.¹²³ Esse foi um dos primeiros esforços interdisciplinares para se analisar, sob um viés econômico e jurídico, as leis das *torts* (danos).¹²⁴

Em seus estudos, CALABRESI analisou os “impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial”.¹²⁵ Foi responsável por uma análise econômica da responsabilidade civil extracontratual, concentrada no estudo de situações de acidentes,¹²⁶ observando como que fatores diferentes induzem as pessoas a tomarem precauções em níveis diferentes e, com isso, encarar atividades de risco em maior ou menor grau.¹²⁷ Ou seja, verificou que o Direito funciona como um indutor à tomada de decisões e como um viabilizador de políticas públicas.¹²⁸

RICHARD POSNER realizou uma releitura da obra de CALABRESI em 2005 e afirmou que, sozinho, o autor poderia ser considerado um dos pais da AED, em razão da importância dos seus estudos na década de 60,¹²⁹ que, nas palavras de STAJN e ZYLBERSTAJN, foram responsáveis por inserir “explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões”.¹³⁰

POSNER publicou a famosa obra *The Economic Analysis of Law*¹³¹ em 1973, perpetuando a AED como teoria. Inaugurou o enfoque tradicional da Escola de Chicago, também conhecido como *institucionalista*, concebendo o comportamento racional do agente econômico para a maximização da riqueza.¹³² Entretanto, essa tese teve grande repercussão e reação,¹³³ o que fez POSNER rever seu posicionamento e, em 1990, abandonar a noção de que a maximização de

¹²³ CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts**. In: The Yale Law Journal, 1961. Vol. 70, n. 04, p. 498-553. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979>. Acesso em: 06/09/2014.

¹²⁴ BALBINOTTO NETO, Giacomio. **Direito e Economia: Leis de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/lei-responsabilidade-civil.pdf>>. Acesso em: 01/07/2015, p. 6.

¹²⁵ STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. **Direito & Economia**. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2.

¹²⁶ Outra grande obra de sua autoria é *The Cost of Accidents* (1970).

¹²⁷ BALBINOTTO NETO, *Op. cit.*, p. 4.

¹²⁸ Essa concepção insere Calabresi dentro da chamada Escola de Direito e Economia de New Haven. SALAMA, *Op. cit.*, p. 13.

¹²⁹ POSNER, Richard A. Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': a reassessment. **Chicago Unbound Journal Articles**. Chicago: Maryland Law Review, 2005.

¹³⁰ STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. **Direito & Economia**. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2.

¹³¹ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. Aspen, 2007.

¹³² CASTELAR PINHEIRO sintetiza essa concepção: “O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza. [...] A pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza seja fundacional ao Direito, no sentido de que possa ser o critério ético que venha a distinguir regras justas de injustas”. PINHEIRO; SADDI, *Op. cit.*, p. 11.

¹³³ V.g. COLEMAN, Jules. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's “The Economics of Justice”. **Stanford Law Review**, v. 34, n. 5, 1982, pp. 1105-1131, *apud* PINHEIRO; SADDI, *Op. cit.*, p. 11.

riqueza pudesse ser funcional ao Direito. A partir de então, passou a entender o Direito como um instrumento para o atingimento de fins sociais.¹³⁴

OLIVER EATON WILLIAMSON¹³⁵ foi outro autor de grande relevância. Foi aluno de COASE e também ganhador do Prêmio Nobel em Economia (2009). Com um estudo multidisciplinar, montou uma explicação própria a respeito dos custos de transação e seus reflexos nas tomadas de decisão sobre como “organizar a produção entre firmas, mercados e outros arranjos institucionais (como contratos de longo prazo, *joint ventures*, representações, redes de empresas, e outros)”¹³⁶.

O exemplo utilizado para ilustrar suas concepções é o da *fábrica de alfinetes*.¹³⁷ WILLIAMSON notou que a divisão do trabalho internamente à empresa (o desenrolar do fio de aço, seu corte, apontamento etc.) poderia também ser pensada *externamente*. Ou seja, a divisão poderia ocorrer com outros produtores e empresas, que ficariam responsáveis pelas demais etapas do processo de fabricação.

No entanto, a decisão por realizar uma *verticalização* (integração vertical; divisão interna da produção) ou *horizontalização* (participar apenas em uma etapa ou algumas etapas da produção) depende de diversos fatores, dentre eles a análise dos custos de transação envolvidos na operação.¹³⁸

A integração vertical permite economia nos custos de transação e melhor controle de qualidade. No entanto, há uma preocupação *antitruste* nesse modelo organizacional em razão do elevado poder de mercado que a empresa passa a possuir (poder de controle de insumos, possibilidade de prática de *dumping* e outras posturas que podem prejudicar o consumidor final).^{139 140}

¹³⁴ *Ibidem*, p. 11-12.

¹³⁵ Dentre suas obras, destacam-se: WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York: Free Press, 1975; WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985; WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Eds). **The nature of the firm: origins, evolution and development**. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 48-60.

¹³⁶ PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de Transação. In: RIBEIRO; KLEIN, *Op. cit.*, p. 81.

¹³⁷ ADAM SMITH já havia o utilizado para expressar os benefícios da divisão do trabalho sobre a produção de riquezas. Cf. PESSALI, *Op. Cit.*, p. 81.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹³⁹ PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de Transação. In: RIBEIRO; KLEIN, *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁰ Há três variáveis, segundo o economista, em relação aos custos de transação sob análise: (i) a frequência com que os agentes realizam transações (quanto maior a interação, maior a propensão de trabalharem juntos sob um arranjo integrado de produção); (ii) a incerteza (com relação à qualidade e procedência do insumo, por exemplo); e (iii) a especificidade dos ativos (especificidade esta que é medida por meio de seu custo oportunidade, pela possibilidade de serem utilizados em outra transação sem perder valor produtivo). Dessas variáveis, a mais significativa é a especificidade de um ativo. Quanto maior for, maior será a necessidade de garantias de que as transações entre cada agente irá continuar (normalmente por meio de contratos complexos, de longo prazo). *Ibidem*, p. 83-84.

3.4. Premissas

A AED adota algumas premissas básicas em seus estudos. Neste tópico serão analisadas brevemente aquelas que se entende serem as mais relevantes para o trabalho proposto. A importância dessa compreensão se revelará posteriormente, quando esses conceitos serão empregados e resgatados na análise econômica da opção da arbitragem nos contratos empresariais.

3.4.1 A noção de eficiência

A noção de eficiência não se confunde com os conceitos de eficácia ou efetividade.¹⁴¹ *Eficaz* é quando se produz o resultado esperado, não admitindo gradação (ou se atinge o objetivo, ou não se atinge). *Eficiência* significa o atingimento do melhor resultado com o menor custo possível, ou seja, admite gradação (um é mais ou menos eficiente que outro). Por fim, a *efetividade* está relacionada à capacidade de se produzir um impacto.¹⁴²

Há várias teorizações econômicas a respeito da *eficiência*. A *Eficiência de Pareto* preceitua que não existe outra alocação que um sujeito consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem. Isto é, o equilíbrio é atingido quando todas as possibilidades de trocas benéficas se esgotam. Segundo GICO JR., “[...] não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem”.¹⁴³

Um cenário de ineficiência (*pareto-ineficiente*) ocorreria quando se pode melhorar uma situação para si sem prejudicar a de outrem, mas mesmo assim não se faz; uma situação injusta¹⁴⁴. Toda essa preocupação com o bem estar de cada indivíduo, independente de haver ou não igualdade ou desigualdade nas alocações, levou à concepção de que a teoria de VILFREDO PARETO é essencialmente individualista.¹⁴⁵

O que se deve destacar dessas noções econômicas é a sua importância para o Direito. As decisões tomadas no âmbito jurídico têm também reflexo direto na melhor ou pior alocação dos recursos disponíveis. Apesar de parecer evidente, essa preocupação pela eficiência não foi sempre recorrente.¹⁴⁶

¹⁴¹ BITTENCOURT, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ GICO JR., *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ BITTENCOURT, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁶ Segundo CASTELAR PINHEIRO e SADDI: “Só com o trabalho pioneiro do Ronald Coase a ciência econômica passou a entender que transações humanas, comerciais e de trocas são reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos contratos, em especial quando Coase mostrou que a firma como nós a conhecemos

Na Administração Pública, o princípio da eficiência ganhou forma expressa com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 37 da Constituição Federal brasileira. Isso confirma essa relativa recente preocupação e interesse social em se atingir cada vez melhores resultados com o menor custo possível.¹⁴⁷

A AED tem o poder de auxiliar na busca por resultados eficientes e mais justos. A objetividade econômica fomenta a segurança jurídica¹⁴⁸ ao buscar atingir o melhor resultado com menos recursos.¹⁴⁹ No entanto, para que tais objetivos sejam alcançados, custos e benefícios devem ser ponderados racionalmente, trabalho que não se revela fácil, nem simples em razão das chamadas *falhas de mercado*, que serão melhor analisadas a seguir.

3.4.2 A escolha racional

O agente racional é uma das mais importantes premissas para a AED. Consiste em saber decidir entre duas ofertas concomitantes; ou em se escolher aquele bem que tenha a maior utilidade; ou ainda em se optar pela alternativa com mais benefícios do que custos (relação custo-benefício é determinante).¹⁵⁰

Parte-se da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais e, existindo um conjunto de opções (oportunidade), cada indivíduo (agente representativo) escolhe aquela que lhe parecer mais adequada e apta a ajudá-lo a atingir os seus objetivos.¹⁵¹ Com isso as pessoas maximizam utilidades.¹⁵²

Naturalmente há críticas à Teoria da Escolha Racional. A principal é a que sustenta existir uma circularidade no raciocínio: “o comportamento do agente deve ser explicado em termos das suas preferências, porém, a única forma de compreendermos as preferências do agente é examinando suas escolhas reais, isto é, examinando o seu comportamento”.¹⁵³

Dessa noção, vê-se que a *escolha racional* é subjetiva, pois “depende de padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma

hoje, nada mais é do que um conjunto (ou um ‘feixe’, como se prefere dizer) de contratos”. PINHEIRO; SADDI, *Op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁷ “Este interesse se justifica com a desigualdade socioeconômica de nossa sociedade e a ineficiência da Administração Pública”. BITTENCOURT, *Op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 81.

¹⁵¹ SALAMA, **O que é análise econômica...**, p. 6-7.

¹⁵² A maximização racional pode ser assim entendida: “Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos”. *Ibidem*, p. 7.

¹⁵³ *Ibidem*.

universal, para todos os agentes (...)”.¹⁵⁴ Adiante serão aprofundadas as críticas que enfrenta, bem como as suas limitações.

3.4.3 Custos de transação

Custos de transação são os custos para transacionar: custos para estabelecer, manter e utilizar direitos de propriedades.¹⁵⁵ Exemplo dado por COASE é o do rebanho que invade a fazenda vizinha, gerando prejuízo à plantação. Não importa a solução que o direito dá ao caso, se as partes puderem negociar sem custos de transação, haverá a solução mais eficiente sobre a responsabilidade pelos custos de transação.¹⁵⁶

A premissa de custos de transação zero exige: (i) uma situação de informação perfeita e acessível sem custos para as partes; (ii) concorrência perfeita; (iii) direito de propriedade inapropriável por terceiro, bem definido; (iv) racionalidade perfeita.¹⁵⁷

Há duas hipóteses, ambas criticadas: de eficiência (as partes sempre são capazes de acordar entre si) ou de invariância (a solução mais eficiente será sempre alcançada, não importando a lei).¹⁵⁸ Acusam o Teorema de Coase de ser uma tautologia, já que sempre que se aponta uma falha no Teorema não se está atingindo a sua validade, mas comprovando a *presença* de um custo de transação.¹⁵⁹

Os custos de transação constituem objeto de estudo da Teoria Neo-Institucionalista, de OLIVER WILLIAMSON e DOUGLASS NORTH, que questionam a adoção de premissas neoclássicas.¹⁶⁰ ¹⁶¹ Em contraponto à Escola de Chicago, a Teoria Neo-Institucional compreende os contratos como naturalmente incompletos e, portanto, com riscos iminentes a si, conforme relembra AGUSTINHO e CRUZ:

¹⁵⁴ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁵⁵ KLEIN, Teorema de Coase. In: RIBEIRO; KLEIN, **O que é análise econômica do Direito...**, p. 71-72.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 72.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁶⁰ RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 105.

¹⁶¹ AGUSTINHO e CRUZ esclarecem tal questionamento: “Segundo a teoria neo-institucionalista, a devida compreensão dos fenômenos econômico-sociais depende da observação dos custos de transação presentes nas instituições de uma determinada sociedade. Os custos de transação, representados pelo conjunto dos “custos de pesquisa e informação, custos de negociação e decisão, custos de fiscalização e execução”, são considerados como elementos determinantes no processo de orientação das decisões das partes nas suas relações sociais”. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; CRUZ, Rafael A. Firakowski. A Opção pela Arbitragem como Medida de Salvaguarda para a Redução dos Custos de Transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinicius (Org.). **Reflexões acerca do Direito Empresarial e a Análise Econômica do Direito**. 1ª ed. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. Disponível em: <www.gedai.com.br> Acesso em 28/04/2015, p. 333-334.

Enquanto para a Escola de Chicago os contratos são considerados “completos”, de modo que as possíveis contingências futuras possam ser definidas ex ante, ou seja, no momento da sua celebração, para a Economia dos Custos de Transação esta interpretação é insuficiente, pois apesar de teoricamente existirem contratos completos, a sua essência é ser “incompleto” eis que o desempenho dessas relações pessoais é sujeita ao fator tempo, e assim, ao risco e à incerteza, sendo importante a compreensão das instituições existentes em uma determinada sociedade, que representam, genericamente, as “regras do jogo”, sejam estas postas por um sistema formal, por meio de leis, ou por um sistema informal, oriundo de costumes socialmente aceitos.¹⁶²

Daí se evidencia a importância do conceito dos *custos de transação* para o Direito. Com ele, permite-se uma análise mais criteriosa para se decidir os momentos em que será necessária uma intervenção judicial que reequilibre uma dada situação de desequilíbrio ou ineficiência.¹⁶³

3.4.4 Racionalidade limitada (*bounded rationality*) e oportunismo

A racionalidade limitada é melhor compreendida no estudo dos contratos,¹⁶⁴ em que prevalece a liberdade para contratar. Segundo FORGIONI, ela pode ser assim entendida: “Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se, assim, que sua racionalidade é limitada”.¹⁶⁵

As teorias clássicas entendem que a liberdade contratual permite uma livre manifestação daquilo que a parte deseja e, a partir de um exercício racional de escolhas (o que contratar, com quem, em que condições etc.), culmina-se no melhor negócio possível.¹⁶⁶ Em outras palavras, para a obtenção de uma decisão eficiente, o agente racional observa as informações que lhes são disponibilizadas e, com isso, considera os custos de operação.

Acontece que na economia clássica, a eficiência desse fenômeno é analisada a partir de apenas um dos contratantes,¹⁶⁷ da chamada *lente da escolha*, ou *lens of choice*: o contrato é

¹⁶² AGUSTINHO; CRUZ, *Op. cit.*, p. 333-334.

¹⁶³ RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 107.

¹⁶⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO; KLEIN, **O que é análise econômica do Direito...**, p. 63.

¹⁶⁵ FORGIONI, **Teoria dos Contratos Empresariais...**, p. 66.

¹⁶⁶ RIBEIRO, *Op. cit.*, 63.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

eficiente quando o interesse de uma das partes é satisfeito. Essa visão limitada redundou em várias críticas.¹⁶⁸

A *lens of contracts*, proposta por WILLIAMSON, permitiu uma abordagem mais ampla e representou uma evolução para o pensamento econômico. Segundo essa abordagem, os melhores resultados são analisados em relação a todos os contratantes,¹⁶⁹ de forma global e não individual.

Acontece que a racionalidade pode ser influenciada por diversos fatores, tais como: prazer, objetivos indiretos, assimetrias informacionais entre os agentes etc..¹⁷⁰ A concepção da racionalidade limitada é atribuída a HERBERT A. SIMON, a partir de sua obra intitulada *Administrative Behavior*,¹⁷¹ de 1957. Para ele, a racionalidade limitada se define como “um comportamento intencionalmente racional, mas limitado nesse intento”.^{172 173}

Conforme reconhecem MERCURO e MEDEMA, o comportamento humano é racional, mas limitado.¹⁷⁴ Há não só falta de informação, mas também falta de capacidade (que é inata ao ser humano) de se processar toda informação disponível. Nessas circunstâncias, a adequação do negócio se dá pela satisfação de uma vontade (maximização da satisfação), o que gera uma eficiência baseada no *ganho de bem-estar*.¹⁷⁵

O oportunismo também é um limitador para a compreensão completa dos fatos envolvidos no momento da contratação ou não. As partes podem se aproveitar de uma situação de vantagem ou de uma informação que possuam e, com isso, desequilibrar toda a relação

¹⁶⁸ Posner não poupava críticas às visões da economia neoclássica, tidas por ele como surreais: “In order to facilitate mathematical formulation and exposition, neoclassical economic theory routinely adopts what appears to be, and often are, from both a physical and a psychological standpoint, highly unrealistic assumptions: that individuals and firms are rational maximizers, that information is costless, that demand curves facing firms are infinitely elastic, that inputs and outputs are infinitely divisible, that costs and revenue schedules are mathematically regular, and so forth”. POSNER, Richard. A. **New Institutional Economics Meets Law and Economics**. Chicago: *Jornal of Institutional and Theoretical Economics – JITE*, 1993, p. 74.

¹⁶⁹ RIBEIRO, *Op. Cit.*, p. 64.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷¹ SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**. 2. Ed. Nova Iorque: Macmillan, 1957.

¹⁷² RIBEIRO, *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁷³ Nesse mesmo sentido, explicam MERCURO e MEDEMA: “Por meio da racionalidade limitada (“bounded rationality”), busca-se demonstrar que é impossível estabelecer ex ante, por ocasião da celebração do contrato, todos os desdobramentos possíveis durante a sua execução, eis que o risco e a incerteza sempre limitam essa prospecção (...)”. AGUSTINHO; CRUZ, **A Opção pela Arbitragem...**, p. 336.

¹⁷⁴ “Intendedly rational but only limitedly so”. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2ª ed. New Jersey: Princeton University, 2006, p. 245.

¹⁷⁵ RIBEIRO; KLEIN, *Op. Cit.*, p. 67.

contratual.¹⁷⁶ São fatores que escapam à razão e que tornam os contratos, por natureza, incompletos.¹⁷⁷

Sobre a racionalidade limitada e o oportunismo, WILLIAMSON afirma que há sempre uma incompletude no que foi acordado (decorrente da racionalidade limitada) e as promessas são previsivelmente quebradas (em razão do oportunismo).¹⁷⁸ E esse é o mundo que os custos de transação se preocupa, diferente da economia clássica.¹⁷⁹

Esse reconhecimento da limitação humana “possibilitou o aditamento de fatores que influenciam na escolha e nos negócios”.¹⁸⁰ A desmistificação da racionalidade absoluta desnaturou as teorias clássicas, trazendo uma concepção mais próxima e mais apta a compreender a realidade e, portanto, os fenômenos jurídicos.

3.4.5 Assimetria de informações

A assimetria de informações é normalmente estudada dentro do campo conhecido como *falhas de mercado*.¹⁸¹ Pode ser conceituada como aqueles fenômenos ainda não revelados, relativos a ações não observáveis.¹⁸² Para RIBEIRO, há assimetria quando “uma das partes contratantes possui muito mais informação sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra”.¹⁸³

¹⁷⁶ “O comportamento oportunista, por sua vez, liga-se à possibilidade de que as partes se aproveitem de situações de vantagem em decorrência de uma eventual condição monopolista ou de acesso à informações privilegiadas”. AGUSTINHO; CRUZ, **A Opção pela Arbitragem...**, p. 336.

¹⁷⁷ “(...) Compreende-se desse modo, que os contratos são em regra, incompletos, e podem, por isso, demandar adaptações coordenadas entre as partes depois do momento de sua celebração (ex post). Ou seja, quanto mais longa uma relação contratual, maior a preocupação com meios de proteção contra os efeitos gerados pela incerteza”. *Idem*.

¹⁷⁸ “[P]lanning is necessarily incomplete (because of bounded rationality), promise predictably breaks down (because of opportunism), and the precise identity of the parties now matters (because of asset specificity). This is the world of governance. Since the efficacy of court ordering is problematic, contract execution falls heavily on the institutions of private ordering. This is the world with which transaction costs economics is concerned”. Em uma tradução livre, “Planejamento é necessariamente incompleto (por causa da racionalidade limitada), promessas são previsivelmente quebradas (por causa do oportunismo), a identidade das partes é agora relevante (por causa da especificidade dos ativos). Este é o mundo da governança. Considerando que a eficácia das decisões judiciais é problemática, a execução de um contrato recai fortemente sobre os entes decisórios privados. Este é o mundo com o qual a economia de custos de transação se preocupa”. WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic...**, 1985. p. 32.

¹⁷⁹ “Williamson destaca a racionalidade limitada e o potencial oportunismo das pessoas como fontes dos custos de transação”. PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de Transação. In: RIBEIRO; KLEIN, **O que é análise econômica do Direito...**, p. 82.

¹⁸⁰ RIBEIRO, **Racionalidade limitada...**, p. 68.

¹⁸¹ Também se costuma elencar como falhas de mercado a “existência de poder econômico dispar entre os agentes, os bens públicos e as externalidades”. Cf. RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 93.

¹⁸² PINHEIRO; SADDI, **Curso de Law & Economics...**, p. 122.

¹⁸³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 24, out./dez, 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55963>>. Acesso em: 23/02/2015, p. 14.

A partir desta noção, entende-se o porquê das relações econômicas não alcançarem a sua maior eficiência.¹⁸⁴ Por existir desigualdade de informações, o mercado torna-se desigual e, assim, imperfeito. Isso porque, sem as mesmas informações, a tomada de decisões dos agentes se dá a partir de patamares distintos de interpretação, processamento e utilização das informações.¹⁸⁵

A assimetria informacional ocorrerá sempre que não se puder obter uma informação (impossibilidade) ou quando essa obtenção for muito cara e difícil, causando um esforço extraordinário ao agente para consegui-la. Exemplo disso é dado por GEORGE A. AKERLOF: quando um indivíduo compra um carro, não consegue avaliar todas as condições do automóvel, nem dispõe de meios de calcular exatamente quanto ele realmente custa.¹⁸⁶

Nesses casos, o papel do Direito é o de minimizar os efeitos verificados a partir dessa falha e falta de equilíbrio.¹⁸⁷ Deve existir uma resposta que traga maior eficiência às relações econômicas assoladas pelas falhas do mercado, assim como ocorre nas hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

3.5. Limitações e importância da Análise Econômica do Direito

A AED, como qualquer outro instrumental hermenêutico, possui limites e não responde a todos os desafios que enfrenta. Afirma SALAMA que “GUIDO CALABRESI já há muito observou, corretamente, que a hipótese de que o Direito e Economia possa dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é ‘ridícula’”.¹⁸⁸

Inclusive POSNER reconheceu algumas limitações, abandonando a noção de que a eficiência seria critério suficiente para avaliar as questões enfrentadas pelo Direito, bem como a ideia de que a eficiência deveria se sobrepôr aos demais valores sociais.¹⁸⁹

Uma das questões mais problemáticas – e divergentes – é sobre até que ponto o Direito, na sua condição de *ciência normativa*, “deve integrar cálculos e benefícios”.¹⁹⁰ Para FARACO e SANTOS, devem-se respeitar certos limites:

¹⁸⁴ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. Cit.*, p. 92.

¹⁸⁵ RIBEIRO; BORBA, *Risco e Assimetria Informacional...*, p. 14.

¹⁸⁶ AKERLOF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, 84, 3, p. 488-500, 1970, *apud* RIBEIRO; BORBA, *Risco e Assimetria Informacional...*, p. 15.

¹⁸⁷ RIBEIRO; GALESKI JR., *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁸⁸ SALAMA, **O que é “Direito e Economia”**..., p. 2.

¹⁸⁹ PINHEIRO; SADDI, **Curso de Law & Economics...**, p. 12.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 10.

[A] utilização do instrumental teórico ofertado pela economia na solução de dilemas enfrentados pelos juristas em seu labor cotidiano não só é possível como é necessário, desde que sejam respeitados determinados limites, preservadas as peculiaridades de ambos os campos do conhecimento e com a consciência dos aspectos nocivos de uma eventual subserviência do direito à economia ou vice-versa.¹⁹¹

É evidente, assim, que a despeito de suas limitações e críticas¹⁹² há que se reconhecer as qualidades e, principalmente, a utilidade da AED. Ela possibilita o teste de hipóteses sobre as consequências de determinada norma sobre o comportamento humano, é flexível e, além disso, tem um caráter inter e transdisciplinar enriquecedor.¹⁹³

A AED é capaz de esclarecer discussões em todas as searas jurídicas (Direito Penal, Direito Trabalhista, Direito Ambiental etc.). A compreensão dos problemas e situações postas ao Direito é mais completa e, com isso, experimentam-se soluções mais eficientes para problemas sociais.¹⁹⁴

¹⁹¹ FARACO; SANTOS, *Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil...*, p. 36.

¹⁹² V.g. “Os críticos dos doutrinadores que aplicam os conceitos econômicos à interpretação do Direito adotam geralmente a obra de Bentham ao afirmar que a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores éticos por soluções baseadas na utilidade (eficiência), o que poderia conduzir a situações aberrantes (como o comércio de órgãos ou crianças), uma vez que a comercialização de um rim traria felicidade para vendedor e comprador [...]”. RIBEIRO; GALESKI JR., *Teoria Geral dos Contratos...*, p. 55.

¹⁹³ GICO JR., *Introdução ao Direito e Economia...*, p. 11.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

CAPÍTULO IV – ARBITRAGEM NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Esclarecidas as premissas teóricas (jurídicas e econômicas), instrumentais ao atingimento dos objetivos inicialmente propostos, este capítulo se voltará para a análise econômica da escolha da arbitragem como meio de resolução de litígios nos contratos empresariais.

Entretanto, cabe ressaltar previamente que o estudo aqui empreendido não sustentará que a via arbitral é a solução para os problemas da justiça. O que será analisado são os aspectos a serem ponderados pelos agentes do mercado na escolha da arbitragem, bem como os efeitos (externalidades) decorrentes desta opção.

Para tanto, primeiro se abordará [i] o cenário jurídico-nacional atual experimentado pelos agentes econômicos; em seguida, [ii] as opções existentes para se contornar a instável realidade jurídica enfrentada pela sociedade, em especial as empresas; após, [iii] quais as principais vantagens na escolha da arbitragem; e [iv] quais as principais externalidades reveladas a partir dessa decisão.

4.1. Contexto jurídico nacional

Não é novidade que o Judiciário encontra-se inflado e moroso, prejudicando a qualidade dos serviços prestados à sociedade. Um estudo elaborado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV)¹⁹⁵ revelou que o tempo médio de tramitação dos Recursos Especiais, relacionados à matéria de direito societário, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de 801 dias (mais de dois anos). Já a somatória da duração do trâmite em primeira e segunda instância, mais no STJ, totalizava um tempo médio de 2.730 dias (sete anos).¹⁹⁶

Esses números são eloquentes: há uma ineficiência muito grave no Judiciário. Não há uma resposta razoável, economicamente e socialmente tolerável para as demandas que lhes são submetidas, especialmente as de maior complexidade (direito societário, no caso).¹⁹⁷

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicado em 2015,¹⁹⁸ houve um gasto total de R\$ 68,4 milhões de reais, em 2014, pelo Poder Judiciário. Um

¹⁹⁵ PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinícius Correa. Relatório da Pesquisa de Jurisprudência sobre Direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas**. v. 2, nº 1, janeiro de 2006.

¹⁹⁶ Para uma análise mais detalhada sobre este estudo, Cf. TIMM, **Arbitragem nos contratos empresariais...**, p. 21-22.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 22.

¹⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015 (Ano-Base 2014). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acessado em 29/09/2015, p. 29.

valor equivalente a 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Esse montante, dividido pelo número de habitantes, equivaleria a R\$ 337 por pessoa.¹⁹⁹ Apesar dos elevados números, verifica-se que, ano a ano, há mais julgamentos do que distribuição de novas demandas, o que contribui por diminuir o estoque de processos do Judiciário.

A par das metas estipuladas pelo CNJ, várias foram as tentativas para a solução desse impasse da justiça brasileira, a exemplo da criação dos Juizados Especiais. Agora, o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015)²⁰⁰ se apresenta como a mais recente promessa para abrandar esse cenário desolador.

Apesar de saturado pelas recorrentes discussões e debates a seu respeito, o problema ainda persiste. Outras dificuldades, igualmente nocivas a uma boa prestação jurisdicional, são a falta de tempo dos juízes para analisar adequadamente os casos, a falta de expertise em alguns assuntos de maior complexidade (como visto em matéria societária) e a ausência de uniformidade nas decisões.

Somado a essas questões, há ainda, segundo TIMM, o problema do intenso dirigismo contratual praticado pelos Tribunais brasileiros.²⁰¹ Ou seja, adotando um modelo solidarista (*welfarista*) de contrato, há uma interferência excessiva e indevida nos contratos empresariais praticada pelo Judiciário, de forma a prejudicar a vontade das partes consubstanciada contratualmente:

Cria-se, assim, um discurso legal e doutrinário altamente sofisticado para uma prática jurídica nos tribunais padronizada, mecanizada, individualizada e distante dos pressupostos teóricos e dogmáticos que inspiraram o legislador, semelhantemente ao que acontecia na Idade Média portuguesa, na comparação que Hespanha fez entre a razão “cultura” das ordenações portuguesas e dos juristas medievais e o “saber prático” iletrados dos tribunais (...).²⁰²

O problema está em se ignorar, nesta visão solidarista, o aspecto econômico envolvido nas relações jurídicas, que é cada vez mais significativo em razão do mundo globalizado.²⁰³ Assim, a partir desse excessivo intervencionismo em prol dos menos favorecidos – ou

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em 29/09/2015.

²⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150-151.

²⁰² TIMM, **Direito Contratual Brasileiro**..., p. 149-150.

²⁰³ *Idem*, p. 150.

supostamente mais vulneráveis –, não raros são os casos em que mais prejuízos do que vantagens são causados. Isto é, resultam mais efeitos antieconômicos e ineficazes à sociedade.²⁰⁴

Resultado disso é uma elevada insegurança jurídica. Naturalmente que, enquanto uma nova concepção de contrato não é estruturada e respeitada,²⁰⁵ os particulares buscam maneiras de minimizar os efeitos dessa conjuntura. E isso se torna bem claro no momento da escolha do meio de resolução de litígios que as partes elegem para as relações que estabelecem entre si, seja num contrato de distribuição, de representação, de *joint venture*²⁰⁶ ou até em seus contratos sociais, para dirimir disputas societárias que eventualmente venham a enfrentar.

4.2. Alternativas ao Judiciário: o ato de escolher sob a ótica da AED

Como visto, os agentes do mercado tomam decisões dentro desse instável cenário jurídico, em especial contratualmente, quando da escolha do meio de resolução de litígios que desejam para os conflitos originados ou relacionados a seus contratos. Assim, podem eleger a Justiça Comum, a arbitragem, a mediação ou a ainda a conciliação.

A diferença desses institutos deve ser destacada. O mediador é um terceiro imparcial, neutro, que não tem o dever de sugerir alternativas ao conflito; trata-se de um mero condutor da negociação. Já na conciliação, há uma sugestão, uma proposta oferecida por um terceiro imparcial, que poderá ser aceita ou não pelas partes.²⁰⁷ Afora a arbitragem, os demais meios alternativos de solução de conflitos não serão objeto de análise mais detalhada neste estudo. De todo modo, as partes contratantes terão estas alternativas para resolver seus conflitos contratuais se não quiserem optar pela Justiça comum.

Como visto no capítulo anterior, ao agir racionalmente, a escolha do agente pode se ater à alternativa que apresente maior *utilidade* ou à opção que revele mais *benefícios* do que custos (mais custo-benefício).²⁰⁸ No entanto, como a escolha racional é subjetiva (depende do sujeito

²⁰⁴ *Ibidem.*

²⁰⁵ LUCIANO TIMM defende a necessidade de uma nova concepção de contrato, que segundo seus estudos servirá “para fazer frente a esta nova realidade mais flexível, voltada ao mercado (*market oriented*), mais autorregulável do que o paradigma estatalista e interventor do solidarismo”, TIMM, **Direito Contratual Brasileiro...**, p. 151.

²⁰⁶ “[...] expertise e agilidade na decisão que julga o litígio entre as partes de uma *joint venture* estimulam para que se opte, ex ante, pela via arbitral inserta em cláusula compromissória. São raras as situações ex post em que as partes conseguirão resolver suas disputas pela arbitragem sem uma cláusula arbitral previamente negociada. Quando a *joint venture* for internacional, parra que se possa equilibrar a disputa sem que se acresça no risco de favorecimento ao nacional, o juízo arbitral parece ser a solução adequada”, TIMM, **Arbitragem nos contratos empresariais...**, p. 85.

²⁰⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 22-23.

²⁰⁸ Sobre a forma com que se dá a escolha racional, conferir RIBEIRO; GALESKI JR., **Teoria Geral...**, p. 81.

que escolhe), não é possível definir o que é, ou não, mais útil ou vantajoso para todos os agentes.²⁰⁹

Reforce-se que a escolha racional, como visto, pode ser influenciada por diversos fatores, tais como: prazer, objetivos indiretos, assimetrias informacionais entre os agentes etc..²¹⁰ Assim, a limitação da escolha racional (*bounded rationality*) impede que futuros desdobramentos do contrato sejam previstos e avaliados.²¹¹ Essa constatação evidencia que a arbitragem pode, ou não, ser a opção mais vantajosa, a depender do caso.

Outra falha de mercado que dificulta essa análise é o oportunismo, também limitador da compreensão holística de todo o contexto no momento da contratação. Exemplo disso ocorre quando uma parte é responsável por desequilibrar a relação contratual em razão da posse de determinada informação indisponível ou não revelada ao outro agente (assimetria informacional).²¹² Como consequência da confluência desses fatores, evidencia-se a incompletude contratual²¹³ anteriormente estudada, que, segundo WILLIAMSON, é sempre presente.

Essa conjuntura transacional complexa constitui o objeto de estudo da teoria dos custos de transação.²¹⁴ Sendo o planejamento insuficiente,²¹⁵ o risco é sempre existente e não há como se avaliar, à época da contratação, se a escolha da arbitragem foi, ou não, uma boa decisão. Daí a importância da AED como instrumental prático fornecedor de parâmetros, tanto jurídicos quanto econômicos, nessa avaliação.

4.3. As vantagens da arbitragem e sua relatividade

A arbitragem é usualmente lembrada por ter a rapidez, o sigilo, a redução de custos e a especialização do árbitro como principais vantagens.²¹⁶ No entanto, como será demonstrado a seguir, a vantagem ou não de sua opção dependerá de cada caso, levando-se em consideração os interesses e demais elementos conjunturais envolvidos no momento da tomada da decisão.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 85.

²¹⁰ RIBEIRO, **Teoria Geral...**, p. 66.

²¹¹ AGUSTINHO; CRUZ, **A Opção pela Arbitragem...**, p. 336.

²¹² Há assimetria quando “uma das partes contratantes possui muito mais informação sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra”. RIBEIRO; VIANNA, **Revista de Direito Público da Economia...**, p. 14.

²¹³ AGUSTINHO; CRUZ, *Op. cit.*, p. 336.

²¹⁴ “Williamson destaca a racionalidade limitada e o potencial oportunismo das pessoas como fontes dos custos de transação”. PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de Transação. In: RIBEIRO, **O que é análise econômica do Direito...**, p. 82.

²¹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic...**, 1985. p. 32.

²¹⁶ Cf. TIMM, **Arbitragem nos contratos empresariais...**, p. 22-29, e PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista de Direito GV**, n. 7, 2008, p- 15-28.

Em primeiro lugar, duas das maiores vantagens do instituto arbitral são a segurança e a tecnicidade nas decisões arbitrais.²¹⁷ Na Justiça Comum, frequentemente a sociedade depara-se com casos semelhantes sendo julgados de forma totalmente conflitantes, gerando insegurança jurídica.

A expertise dos árbitros em determinados assuntos mais técnicos, bem como o tempo que despendem no estudo e na resolução do litígio são aspectos muito vantajosos e verdadeiros diferenciais em relação ao Judiciário.²¹⁸ Some-se a isso o fato dos árbitros serem indicados pelas partes, havendo uma maior aproximação do julgador com o próprio litígio e com os envolvidos.

Isso tudo contribui para uma maior estabilidade nas relações entre os particulares. É natural que, na Justiça comum, onde o número de casos é muito mais elevado (além de serem muito mais diversificados), a atenção a uma determinada matéria empresarial de alta complexidade não seja despendida de forma satisfatória. Com a arbitragem, o *player* pode mensurar riscos de forma mais detalhada e segura, com maiores subsídios para decidir os rumos que tomará o seu empreendimento.

Outro aspecto merece especial destaque: o sigilo. A sigilosidade proporcionada pela arbitragem é muito vantajosa àquelas empresas que dependem da sua imagem em relação ao público e aos demais agentes do mercado (concorrência, parceiros, fornecedores etc.).²¹⁹ Não por outra razão, o instituto arbitral mostra-se mais indicado por preservar essa imagem do particular no cenário político, econômico e social. Além disso, o sigilo também contribui para a preservação de conhecimentos técnicos (*know how*) e segredos industriais, desestimulando práticas de espionagem industrial.²²⁰ Ou seja, a exceção do sigilo na Justiça comum é a regra no procedimento arbitral.

Há, também, uma grande valorização e respeito à autonomia das partes.²²¹ O contrato é respeitado pelos árbitros, havendo um esforço para se encontrar uma solução equilibrada. A par disso, as partes podem escolher não só a lei material aplicável à arbitragem, mas também a lei processual do procedimento a ser adotado.²²²

²¹⁷ AMARAL, *Arbitragem e Administração Pública...*, p. 38.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin (Coordenadoras). **Arbitragem Nacional e Internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 51.

²²⁰ TIMM, *Arbitragem nos contratos empresariais...*, p. 25.

²²¹ AMARAL, *Arbitragem e Administração Pública...*, p. 38.

²²² *Ibidem*, p. 41.

Outra vantagem, mais sensível à análise econômica, é a redução de atitudes oportunistas. Em razão dos custos serem frequentemente altos, a parte que desejar iniciar um procedimento arbitral terá de avaliar detalhadamente as suas chances de vitória. Além disso, o custo alto serve “como uma mola de pressão para o conflito ser solucionado rapidamente”.²²³ Para tanto, são comuns estudos prévios (perícias, por exemplo) à instauração da arbitragem. Outra vantagem é a impossibilidade de haver recursos protelatórios, retardadores do trâmite do processo.

Por todo o exposto, não se quer dizer que a arbitragem é superior a outro meio de resolução de litígios. Tampouco que é sempre o meio mais vantajoso. Tanto a arbitragem quanto a Justiça comum estão inseridos em contextos distintos, sendo natural existirem diferenças que ora favoreçam e ora desfavoreçam determinados interesses.

4.4. Efeitos da opção pela arbitragem

É possível analisar os efeitos da opção da arbitragem através de duas perspectivas: uma interna, relacionada ao cumprimento dos interesses das partes, e outra externa, relacionada à sociedade em sentido amplo.

Quanto à perspectiva interna, cabem destacar três principais efeitos positivos. Primeiro, a escolha da arbitragem reduz o oportunismo processual. Desestimula-se o ajuizamento de procedimento arbitral sem uma mínima chance de sucesso, pois como o seu trâmite é célere (ausência de previsões recursais), as chances de uma condenação não são assumidas pela parte que não tiver um mínimo de segurança a respeito do seu direito.

Além desse aspecto, há um desincentivo ao descumprimento injustificado do contrato, já que os custos do procedimento arbitral são usualmente caros²²⁴ e há dificuldade em serem praticadas manobras processuais que tardem uma sentença condenatória pelo descumprimento contratual.

Quanto às externalidades, experimentadas para além das partes, notam-se não só efeitos positivos na escolha da arbitragem, mas também negativos. O aspecto louvável é que as demandas arbitrais deixam de sobrecarregar ainda mais o Judiciário, cujo volume de trabalho é inversamente proporcional à qualidade da prestação jurisdicional.

²²³ VITA, *Op. cit.*, p. 51.

²²⁴ Analisando os custos do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), verifica-se que, considerando um painel com três árbitros e um procedimento com duração de 6 (seis) meses, o custo mínimo seria de R\$ 147 mil às partes. Já no Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (Amcham), nas mesmas condições, o valor seria no mínimo R\$ 18 mil. Cf. AMARAL, **Arbitragem e administração pública...**, p. 50-51.

Doutro lado, há também externalidades negativas. A concentração de casos complexos em câmaras arbitrais retira do Judiciário a possibilidade de enfrentar problemáticas mais específicas, uniformizar entendimentos e contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência. Afinal, é dever do Judiciário em solucionar também essas situações. Nesse sentido, afirma KLEIN:

Uma vez constituída a demanda o juiz tem o dever legal de decidir, o distanciamento entre o Poder Judiciário e as disputas envolvendo contratos empresariais pode levar a uma ausência crescente de instrumentos e referenciais adequados para tratar desses casos. Afinal, mesmo que a grande maioria dos litígios envolvendo contratos empresariais não chegue ao Poder Judiciário, os poucos que chegam devem ser julgados de forma adequada.²²⁵

Ou seja, um simples direcionamento para a arbitragem das demandas mais específicas em determinada matéria não soluciona o problema da insegurança jurídica hoje vivido, apenas o resolve em relação a determinados particulares.

Ainda, segundo AMARAL, a crise do sistema judicial também é prejudicial à arbitragem, “na medida em que a ausência de poder de *imperium* pelo árbitro e o eventual ajuizamento de ação anulatória da sentença arbitral exigirão um Judiciário eficiente para resolver essas situações de forma adequada”.²²⁶

É por isso que, para WALD, o desenvolvimento econômico do país está condicionado à adoção de determinadas medidas e melhorias.²²⁷ Dentre elas, está justamente o aprimoramento na gestão dos contratos e dos litígios deles originados. Assim, por essa perspectiva, a escolha da arbitragem para a resolução de causas com alta complexidade não contribui com o Judiciário, que quando for chamado a solucionar casos semelhantes, enfrentará dificuldades.

A par dessa análise, talvez seja possível afirmar que esse amadurecimento institucional já esteja ocorrendo. A AED aplicada ao estudo do direito contratual tem exercido grande esforço para alertar as externalidades negativas que um dirigismo contratual descompromissado

²²⁵ KLEIN, Vinícius. **Os Contratos Empresariais de Longo Prazo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 17.

²²⁶ AMARAL, **Arbitragem e administração pública**..., p. 29.

²²⁷ Para ARNOLDO WALD, o desenvolvimento econômico do país depende (a) do desenvolvimento do crédito; (b) de uma maior eficiência na gestão dos contratos e solução dos conflitos deles decorrentes; (c) do aprimoramento do ambiente de negócios e (d) da redução do custo do investimento. Cf. WALD, Arnaldo. O direito a serviço da economia : o novo direito bancário. In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 8, n. 27, p. 20-25, jan/mar. 2005.

com seus efeitos no mercado pode causar à sociedade como um todo.²²⁸ A importância desse enfoque econômico tem sido reconhecida nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, asseverou o Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado (...).²²⁹

Essa recente decisão sinaliza uma crescente preocupação do Judiciário com os efeitos sociais dos seus julgamentos. Revela atenção às externalidades, ou seja, um olhar econômico, antes muito raro²³⁰, que significa muito para os estudos e aplicabilidades da AED no Brasil.

²²⁸ Cf. TIMM, **Arbitragem nos contratos empresariais...**, p. 150,.

²²⁹ STJ, REsp 1.163.283/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 07/04/2015, Dje 04/05/2015.

²³⁰ Para uma melhor compreensão histórica a respeito, cf. KLEIN, **Os Contratos Empresariais...** p. 227-233.

CONCLUSÃO

A partir do estudo empreendido, dividido em quatro etapas, verificou-se que a arbitragem é um instituto que se consolidou nacionalmente e alcançou significativo prestígio nos últimos anos. Isso chamou a atenção dos agentes privados, que, na busca por alternativas à insegurança jurídica (além dos demais problemas que assolam o Judiciário brasileiro), passaram por inserir esse meio alternativo de resolução de conflitos em seus contratos.

Num primeiro momento, verificou-se que a interpretação dos contratos empresariais está submetida a parâmetros interpretativos distintos aos aplicados a outros contratos. Entretanto, essa particularidade nem sempre é respeitada pelo Judiciário, provocando externalidades negativas à sociedade. Por prestigiar e dar especial força ao papel dos contratos mercantis – responsáveis pela estabilidade e desenvolvimento econômico-social de qualquer nação – concluiu-se que a via arbitral é, nessa perspectiva, uma opção altamente recomendável.

No entanto, apesar dessa constatação primária, a AED forneceu uma outra perspectiva. Como visto, diante da complexidade e multiplicidade de fatores, a AED revela-se um útil e importante instrumental para a tomada de decisões, muito embora possua limites impostos pelas falhas de mercado. A incompletude contratual, defendida pela NEI, também impede um planejamento e uma antecipação completa dos riscos envolvidos na contratação. Levando essas premissas em conta, o resultado principal a que se chegou é que as vantagens da escolha da arbitragem nos contratos empresariais são relativas, pois possuem forte caráter subjetivo. Depende-se muito dos interesses dos agentes, do que lhes parece mais útil diante das circunstâncias, ou qual opção apresenta mais benefícios do que custos. Em outros termos, para determinado sujeito a proteção de sua imagem, ou de um conhecimento técnico (*know how*), pode sobrepor-se ao negativo aspecto dos elevados custos do procedimento. Já para outro agente, o alto custo da arbitragem pode ser razão suficiente para preferir o Judiciário.

Quanto aos efeitos da opção pelo procedimento arbitral, chegou-se a duas conclusões. Do ponto de vista interno ao contrato, verificou-se que as partes beneficiam-se, de um lado, pela redução dos custos de transação (previsibilidade, segurança, tecnicidade, sigilosidade, celeridade etc.) e, de outro, pelo desincentivo de atitudes oportunistas (principalmente em razão dos altos custos do procedimento e da ausência de previsões recursais).

Já numa dimensão externa ao contrato, a conclusão é que a opção pela arbitragem não soluciona a crise da justiça. Especificamente, não resolve o problema da falta de expertise do Judiciário quando do enfrentamento de causas mais complexas. Muito pelo contrário, ao serem concentradas demandas de maior complexidade na arbitragem, o Judiciário, ainda que em

menor número de casos, deve pronunciar-se sobre matérias com as quais possui pouca afinidade técnica, o que prejudica a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a tão almejada segurança jurídica.

Assim, há que se ter em vista que as conclusões ora obtidas só foram possíveis em razão de um exercício inter e transdisciplinar, responsável por desvelar aspectos não aparentes à visão unicamente jurídica. A par dos benefícios – que devem ser ponderados caso a caso – para os agentes particulares quando da escolha da arbitragem em seus contratos, conclui-se que as instituições jurídicas pátrias devem abandonar as visões estritamente formais, alheias à realidade e às externalidades de seus entendimentos, bem como devem aprimorar-se tecnicamente, de modo que a previsibilidade das decisões (*calculabilidade do resultado*)²³¹ se torne uma realidade, contribua para a estabilidade do mercado e, conseqüentemente, para o desenvolvimento sócio econômico do país.

²³¹ FORGIONI, *Contratos Empresariais...*, p. 108.

BIBLIOGRAFIA

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; CRUZ, Rafael A. Firakowski. A Opção pela Arbitragem como Medida de Salvaguarda para a Redução dos Custos de Transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinicius (Org.). **Reflexões acerca do Direito Empresarial e a Análise Econômica do Direito**. 1ª ed. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. Disponível em: <www.gedai.com.br> Acessado em 28/04/2015.

AKERLOF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, 84, 3, p. 488-500, 1970, *apud* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 24, out./dez, 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55963>>. Acessado em 23/02/2015.

ALLEN, Douglas W.; LUECK, Dean. The role of risk in contract choice. **Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 15, 3, Fall, 1999, 704-736 *apud* FORGIONI, Paula A. **Teoria dos Contratos Empresariais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

AMARAL. Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1962.

BALBINOTTO NETO, Giácomo. **Direito e Economia: Leis de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/lei-responsabilidade-civil.pdf>> Acessado em 01/07/2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In Morris, C. (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. e PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-37.

BOISSÉSON, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Paris: Guide Loyrette Nouel Joly, 1990, *apud* KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015** (Ano-Base 2014). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acessado em 29/09/2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em 29/09/2015.

BREDA PESSÔA, Fernando J. O impacto do princípio da interpretação uniforme da CISG no direito brasileiro. *In*: NALIN, Paulo (Coord.). STEINER, Renata C. (Coord.). XAVIER, Luciana P. (Coord.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2014.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts**. *In*: The Yale Law Journal, 1961. Vol. 70, n. 04, p. 498-553. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979>. Acessado em 06/09/2014.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. **Property Rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, Vol. 85, 1972, p. 1089. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers> Acessado em 28/04/2015.

CANÁRIO, Pedro. Planalto veta arbitragem em relações de trabalho e de consumo. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 26/05/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/michel-temer-sanciona-lei-arbitragem-tres-vetos>> Acessado em 30/05/2015.

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

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *In*: **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386-405. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B>> Acessado em 29/04/2015.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. In: Journal of Law and Economics. Vol. 3. Chicago: The University of Chicago Press, outubro de 1960, p. 1-44. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acessado em 06/09/2014.

COLEMAN, Jules. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice". **Stanford Law Review**, v. 34, n. 5, 1982.

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

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

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, jan/mar 2005.

FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw).

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORGIONI, Paula A. **Teoria dos Contratos Empresariais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw).

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: Direito Civil e Empresarial**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: Confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª Ed. Tradução por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KISHTAINY, Niall. **O Livro da Economia**. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Globo, 2013.

KLEIN, Vinícius. **Os Contratos Empresariais de Longo Prazo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71-77.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEMES, Selma Ferreira. Prefácio. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin (Coordenadoras). **Arbitragem Nacional e Internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Eyclopedia of Law and Economics**. The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, v. I.

MARQUES, Cláudia Lima; LAZZARINI, Marilena. Não à arbitragem de consumo. Curitiba, **Jornal Gazeta do Povo**, 24/05/2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/nao-a-arbitragem-de-consumo-bu2nkwo9w5rp78jeih2kdboty>> Acessado em 26/05/2015.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2ª ed. New Jersey: Princeton University, 2006.

NALIN, Paulo (Coord.). STEINER, Renata C. (Coord.). XAVIER, Luciana P. (Coord.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Aplicação da CISG a compras governamentais. In: NALIN, Paulo (Coord.). STEINER, Renata C. (Coord.). XAVIER, Luciana P. (Coord.). **Compra e**

Venda Internacional de Mercadorias: Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de Transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79-88.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin (Coordenadoras). **Arbitragem Nacional e Internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** 7th ed. Aspen, 2007.

POSNER, Richard A. Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': a reassessment. **Chicago Unbound Journal Articles.** Chicago: Maryland Law Review, 2005.

POSNER, Richard. A. **New Institutional Economics Meets Law and Economics.** Chicago: Journal of Institutional and Theoretical Economics – JITE, 1993.

PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinícius Correa. Relatório da Pesquisa de Jurisprudência sobre Direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.** v. 2, n° 1, janeiro de 2006.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista de Direito GV,** n. 7, 2008.

PUGLIESE, William Soares. A interpretação da CISG: em busca da uniformidade. In: NALIN, Paulo (Coord.). STEINER, Renata C. (Coord.). XAVIER, Luciana P. (Coord.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinicius (Org.). **Reflexões acerca do Direito Empresarial e a Análise Econômica do Direito.** 1^a ed. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. Disponível em: <www.gedai.com.br> Acessado em 28/04/2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-69.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é a análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 24, out./dez, 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55963>>. Acessado em 23/02/2015.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. 2ª Edizione. Milano: Giuffrè Editora, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>> Acessado em 30/06/2015.

SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**. 2. Ed. Nova Iorque: Macmillan, 1957, *apud* In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STIGLER, G. J. Law or Economics. **Journal of Law & Economics**, v. XXXV, out. 1992.

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**.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito & Justiça**. v 33. n 1, p. 80-97, jun. de 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2910>> Acesso em 02/06/2015.

TORRES, Ribas Tércio. Lei da Arbitragem é aprovada e segue para sanção. **Senado Federal**, Brasília, 05/05/2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/05/lei-da-arbitragem-e-aprovada-e-segue-para-sancao>> Acessado em 12/05/2015.

TOULEMON, André. **Le Mépris des Contrats et la Crise**. Paris: Recueil Sirey, 1937.

VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin (Coordenadoras). **Arbitragem Nacional e Internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 50-67.

WALD, Arnaldo. O direito a serviço da economia : o novo direito bancário. In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 8, n. 27, p. 20-25, jan/mar. 2005.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Decisões dos Tribunais revelam posição pró-arbitragem. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>> Acessado em 28/05/2015.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies**: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**: firms, markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Eds). **The Nature of the Firm**: origins, evolution and development. Oxford: Oxford University Press, 1991.