



A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito

LUCIANO BENETTI TIMM*
EDUARDO JOBIM**

RESUMO - O presente artigo busca demonstrar que a arbitragem, em uma perspectiva de Direito e Economia, tende a reduzir os “custos de transação” dos agentes econômicos para garantir o cumprimento de seus contratos empresariais se comparada ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves: arbitragem; judiciário; custos de transação; direito e economia; eficiência.

ABSTRACT - The paper, based on law and economics literature, shows that arbitration tends to decrease transaction costs of the parties when compared to courts in the aim of performing and executing commercial contracts.

Key words: arbitration; litigation; transaction costs; law and economics; efficiency.

* Professor Visitante da UC Berkeley e da American Law School of Justice. Professor Adjunto da PUCRS desde 1997. Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito dos Negócios pela UFRGS (com os créditos cumpridos na USP). *Master of Laws* (LLM) pela Universidade de Warwick.

** Advogado. Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FVGlaw-SP), aluno do Mestrado em Direito Tributário da USP (Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Escola de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo). Aluno bolsista do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (CNPq), bem como da Pós-Graduação da Universidade de São Paulo (USP). Conselheiro Titular do Conselho Municipal de Contribuintes do Município de São Bernardo do Campo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, de despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode muito bem depender do montante gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a demanda. Existe também o custo do tempo, das incertezas e da falta de *expertise* dos julgadores em matérias como mercado de capitais, direito societário, direito empresarial e mesmo direito internacional.

No mundo real das empresas, que operam dentro de uma lógica econômica (custo/benefício), custas judiciais elevadas, um sistema com problemas de morosidade,¹ com procedimentos demasiadamente complexos, exagerado sistema re-

¹ Sobre a problemática da morosidade do Poder Judiciário sob diversos aspectos, conferir, entre outros VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 44, n. 177, p. 61-90, jan./jun. 1991; MACHADO, Hugo de Brito. Morosidade, formalismo e ineficácia das decisões judiciais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. v. 30, n. 120, p. 119-23, out./dez. 1993; PAES, Sara Maria Stroher. Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 135, p. 225-235, jul./set. 1997; CREDIDÍO, Georgius P. Soluções para algumas das causas da morosidade da prestação jurisdicional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 49, n. 188, p. 171-181, jul./dez. 1996; NADER, Miguel José. Algumas causas da morosidade da Justiça civil. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. São Paulo, v. 13, n. 139, p. 9-18, mar. 2001; FREITAS, Célio Ernani Macedo de. A morosidade processual e seus efeitos aos jurisdicionados. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 5, p. 74-77, nov. 2000; AHRENS, Luis Roberto. Morosidade da Justiça: sintoma e causa de problemas jurídicos. *Revista Jurídica*, Curitiba. v. 16, n. 14, p. 63-72. 2000; LEITE, Maurício Ferreira. Crônica sobre a morosidade da justiça. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 106, p. 39-42, nov./dez. 2003-2004; SILVA, Ivan de Oliveira. A morosidade na marcha processual e a responsabilidade civil do Estado. *IOB - Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n. 22, p. 818-812, nov. 2004; RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Morosidade da justiça cível brasileira: causas e remédios. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 40-62, nov./dez. 2004; BOMFIM, Benedito Calheiros. Morosidade: mal crônico do Judiciário. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 12, n. 12, p. 59-62, 2004; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: alguns dados comparativos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 151-159, jun. 2005; SILVA, Edson Ferreira da. A morosidade do Judiciário, a reforma e o custo do processo. *Cadernos Jurídicos Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 23, p. 141-143, set./out. 2004.

cursal,² falta de conhecimento específico na matéria em julgamento e falta de previsibilidade podem encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de conflitos, sendo a arbitragem o mais importante deles pela sua característica jurisdicional (conforme os contornos dados pela Lei 9307/96).

Pretendemos, aqui, demonstrar, a partir da literatura da análise econômica do direito,³ sob a ótica da Nova Economia Institucional,⁴ que a utilização da arbitragem como um instrumento de solução de controvérsias empresariais deve ser levado a sério e considerado⁵ por todos aqueles agentes econômicos que visam se proteger de uma localizada ineficiência da justiça brasileira (dentro das áreas já citadas acima),⁶ permitindo uma redução dos seus custos de transação no mercado.⁷

² Cf. FARIA, José Eduardo. Ordem Legal × Mudança Social: a crise do Poder Judiciário e a formação do magistrado, in: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: função social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989, p. 96-107.

³ Cf. Interessante trabalho empírico realizado por DUBAN, Doriat Myriam. Alternative dispute resolution in the French Legal System: an empirical study. In: *Law and Economics in Civil Law*. B.V. Elsevier Countries, v. 6, p. 183-197.

⁴ A análise econômica do Direito sob a ótica da Nova Economia Institucional opera com a lógica econômica dos arranjos contratuais relacionados à criação dos direitos.

⁵ “Encontramos casos onde a arbitragem não seria recomendada sob uma perspectiva da análise econômica do Direito. Trata-se dos casos de contratos de adesão. Tal discussão, inclusive tomou foro especial nos Estados Unidos onde pesquisadores como Keith Hylton chegam a seguinte constatação: “The case in which real choice might not be observed is that of the so-called adhesion contract. I refer to contracts in which one of the parties is offered a take-it-or-leave-it standard form and may be effectively uninformed about the terms of the deal. He signs the form because he feels in some sense coerced to sign. If one of the parties signs an agreement to arbitrate without being aware of the terms of the deal, he may find that he has entered a regime in which the governance benefits, for him, disappear entirely”. HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. In: *The Boston University School of Law Working Paper Series Index*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594301>>. Acesso em: 20

⁶ “As empresas têm, porém, um relacionamento ambíguo com a lentidão da justiça. Assim, nem sempre a demora em obter uma decisão é prejudicial às empresas: nas causas trabalhistas, um quarto delas apontou que, pelo contrário, ela é benéfica, sendo que somente 44% dos entrevistados indicaram que a lentidão da Justiça do Trabalho é algo prejudicial.” (PINHEIRO, 2000).

⁷ Cf. HYLTON, Keith N. Litigation costs and the economic theory of law. *University of Miami Law Review*, Miami, v. 46, n. 1, p. 111-148, Sept. 1991; WHITE, Barbara. Coase and the court: economics for the common man. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 72, n. 3, p. 577-635, Mar. 1987.

2 BREVES NOTAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DOS “CUSTO DE TRANSAÇÃO”

No ano de 1930 Ronald Coase, em obra intitulada *The Nature of the Firm*, efetuou uma grande contribuição ao pensamento econômico de nossa época.

Suas idéias, foram trilhadas por outros estudiosos como Commons, Knigh, e Barnard. O mérito de cada um dos autores é distinto, porém, Commons foi quem trouxe a sugestão de se tomar à transação como uma unidade de análise.

Em um momento em que o pensamento econômico estava imerso na compreensão do mercado e no funcionamento do mecanismo de preços, Coase abriu o caminho para explicar a “gênese da firma”, que até então era vista somente como a instância na qual as transformações tecnológicas (uma ou mais) eram processadas sobre determinados bens ou serviços.

O conceito de firma, desde aquele momento, não seria mais apenas aquele espaço para a transformação de um produto, mas sim, também espaço hábil para a coordenação de ações dos agentes econômicos alternativo ao mercado. Isto significa que as firmas organizam *inputs* de modo a combinar eficiência ao seu produto final. Foco central para esta concepção, está a concepção de firma como um verdadeiro nexu ou feixe de contratos através dos quais os participantes compõem-se em “transações” uns com os outros. A firma, neste sentido, podemos dizer é um agente subscritor de uma vasta gama de arranjos contratuais com todos os participantes da sua vida empresarial, a começar pelos contratos com os demais sócios, passando pelos contratos com seus fornecedores, clientes indo até os contratos com operários e estabelecendo contratos de crédito para financiamento dos fundos da empresa.

A Firma e o mercado, de acordo com o nosso conceito, concorrem na medida em que possuem a função comum de coordenar a atividade econômica, e, ao mesmo tempo coexistem. No campo da Análise Econômica do Direito, Ronald Coase inovou em mais um aspecto. Sua inovação veio ventilada pelo

clássico artigo datado de 1960, denominado *The Problema of Social Cost*.⁸

Mediante este, o ganhador do Prêmio Nobel do ano de 1991, comprovou que os custos de se utilizar um ou outro mecanismo de coordenação diferem, de tal forma que, a depender da magnitude desses custos, uma ou outra forma de organização é mais desejável. Neste sentido, a lei, como qualquer outra instituição social, pode ser vista pelos economistas como um instrumento para a organização da vida em sociedade. Coase, assim, lembrou aos economistas e ensinou aos operadores do direito que, em um mundo de trocas pelo consentimento, ao invés daquele pela coerção da lei, os custos e benefícios determinam o melhor arranjo entre agentes econômicos.⁹

Neste sentido, muito diferente dos pressupostos da Economia Neoclássica,¹⁰ considerada esta última como sendo um mundo hipotético sem custos de transação, Coase asseverou que *"In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost"*.¹¹

George Stigler,¹² asseverou que *"Coase reminded economists and taught lawyers that, in a world of Exchange by agreement rather*

⁸ COASE, Ronald H. The problem of social cost. 3º *Journal of Law and Economics*, p. 1-44, out. 1960.

⁹ Cf. Neste sentido, exemplificativamente, STIGLER, George. J. *Law or Economics. Journal of Law & Economics*, v. XXXV, out. 1992.

¹⁰ Richard Posner não poupa críticas a respeito do modo investigativo da economia neoclássica: "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: *Journal of Institutional and Theoretical Economics - JITE*, p. 74.

¹¹ COASE, R. H., op. cit., p. 7.

¹² STIGLER, G. J. *Law or Economics. Journal of Law & Economics*, v. XXXV, out. 1992.

than by coercion, that costs and benefits of agreement determine its scope". Verificamos, então, que esses custos, possuindo natureza distinta dos custos envolvidos na produção, foram denominados "custos de transação", vez que se relacionam à forma pela qual se processa uma transação. Reduzindo em termos, podemos dizer que Coase inovou no sentido de, além de visualizar o problemas das "externalidades",¹³ desenvolveu o conceito de custos de transação, que nada mais são que o custo envolvido em uma transação econômica para adquirir e transferir direitos de propriedade.

As ideias de Ronald Coase foram mais tarde aprimoradas por outros estudiosos criando diferentes Escolas de *Law and Economics*¹⁴ como a Positivista (vinculada a Universidade de Chicago), a Normativista (Universidade de Yale) e a Funcional (que é espécie de mistura das Escolas Positivista com a Normativista, fortemente vinculada à Universidade de Virgínia). Entendemos, todavia, que foi Oliver Williamson¹⁵ quem tenha de melhor modo definido e identificado o ponto central dos custos de transação. Este autor entendeu que estes últimos constituem elementos particularmente importantes nas situações onde os agentes econômicos fazem investimentos específicos em suas relações.

Entendemos que o custo de um rompimento contratual deve ser levado em conta pelas partes,¹⁶ sendo a análise econômica

¹³ Verificamos que as externalidades podem ser divididas em (i) externalidades de produção (quando uma atividade produtiva afeta o custo de outra atividade produtiva; (ii) externalidades no consumo (quando meu consumo afeta a produção do outro bem), assim como (iii) externalidades positivas (quando uma atividade produtiva afeta positivamente a minha atividade de produção).

¹⁴ Sobre a diferença entre escolas conferir PARISI. Francesco. Positive, normative and functional schools in law and economics. *European Journal of Law and Economics*, v. 18, n. 3, dez. 2004.

¹⁵ WILLIAMSON. Oliver. *The economic institutions of capitalism*. Free Press: New York. Cf. igualmente, do mesmo autor Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics. *Journal of Institutional Theoretical Economics*, n. 149-I, p. 98-118, 1993.

¹⁶ O mesmo deve ser levado em conta pelas partes, muito embora, tenhamos plena consciência que todos os arranjos contratuais são inevitavelmente incompletos. Esta afirmação pode soar como estranha para alguns juristas ligados ao Direito Privado, porém, temas como o da racionalidade limitada dos indivíduos, bem como questões chamadas "atitudes oportunísticas" jamais poderão ser previstas por completo em arranjos contratuais. Cf. neste sentido GROSSMANN. B. e HART, Oliver. The theory of Contracts. In: *Advanced in Economics Theory*. Cambridge

do direito, uma ferramenta hábil para comparar qual dos métodos de resolução de conflitos é o menos custoso e mais eficiente para as partes.

Assim, devemos identificar qual alternativa poderá ser menos gravosa para agentes econômicos, se será o ingresso de ação perante o Poder Judiciário ou seria menos custoso utilizar-se da arbitragem?¹⁷

Este é o tema que aqui pretendemos trabalhar que somente pode ser ponderado, entendemos nós, utilizando-se da *análise econômica positiva* sobre o Poder Judiciário.¹⁸

3 ANÁLISE EMPÍRICA DE DADOS SOBRE MATÉRIA SOCIETÁRIA ENVOLVENDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Um recente estudo elaborado e publicado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas¹⁹ relata estatisticamente, mediante investigação empírica, uma realidade pouco conhecida pelos operadores do direito.

University Press: Harvard. 1986. Com o mesmo entendimento conferir Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn, para quem o conceito básico da Economia dos Custos de transação é que problemas futuros potenciais nos contratos podem ser antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. ZYLBERTSZTAJN, Décio e SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹⁷ Cf. MATTLL, Walter. Private Justice in a global economy: from litigation to arbitration. *International Organization*, Cambridge, v. 55, n. 4, p. 919-947, 2001.

¹⁸ Neste sentido verificamos a opinião de Selma Lemes, para quem "... deve-se efetuar análise da relação custo-benefício do contrato a ser firmado quanto à inclusão da cláusula compromissória. Deve efetuar análise dos custos da arbitragem, sopesar a celeridade processual, a complexidade da matéria abordada e a possibilidade de sigilo, em comparação com a demanda judicial, considerando a morosidade do judiciário. A análise deve ser tanto qualitativa (complexidade da controvérsia) como quantitativa (o judiciário é mais lento em razão da plethora de demandas e de recursos disponíveis)". LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro*. Disponível em: <www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=82-29k>.

¹⁹ Todos os dados aqui referido, foram publicados na *Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, v. 2, n. 1 jan. 2006. Dados coletados por Viviane Muller Prado e Vinícius Correia Buranelli.

A referida pesquisa, tinha por objetivos “(i) apontar uma metodologia para sistematizar jurisprudência sobre determinada matéria, cujos resultados sejam lidos de forma estatística; e (ii) sistematizar informações sobre as decisões em matéria de direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo e recursos relacionados no Superior Tribunal de Justiça”.²⁰

Passemos agora a alguns dados coletados do Poder Judiciário, especialmente no que toca ao campo do Direito Societário. Sabemos que neste campo de estudo, os litígios versados são extremamente complexos e abrangem uma temática bastante ampla.

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

Da análise dos dados obtidos no TJSP, chamou atenção o estudo para os seguintes resultados:

Quanto ao tempo da decisão – No que toca ao tempo da decisão, constatou-se uma grande variação de caso a caso a depender do tipo de recurso. Em matéria societária, o tempo total (primeira e segunda instância) mínimo encontrado foi de 233 dias e o

²⁰ Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, v. 2, n. 1 jan. 2006.

máximo foi de 3.993 dias. Sobre o mercado de capitais, o tempo total mínimo foi de 888 dias e o máximo de 5.049 dias, compondo uma média de 2.618 dias.

No que toca a natureza da controvérsia – Em matéria societária, foi observado na pesquisa que os acionistas recorrem ao Poder Judiciário para pleitear a satisfação de seus direitos individuais, envolvendo o “valor” mobiliário, dividendo, direito de recesso, direito à informação, exibição de documentos, prestação de contas e direito a voto. Outras ações para a responsabilidade do controlador e dos administradores não foram tão frequentes. Sobre mercado de capitais, foram correntes os casos nos quais se discutiam matérias correlatas à falência de corretoras (pedido de restituição, habilitação de crédito e responsabilidade). Constatou-se também a discussão de irregularidades e fraudes na atuação dos agentes do mercado, suas responsabilidades, civis e penais.²¹

No que tocou ao Superior Tribunal de Justiça, o estudo da Fundação Getúlio Vargas mostrou que uma prevalência de recursos de agravo de instrumento contra decisões que indeferiram a subida de Recurso Especial. Chamou atenção deles, também, que muitos desses foram não providos, da mesma forma como à grande parte dos Recursos Especiais tiveram seus seguimentos negados, todos pela mesma razão: pretender a revisão da decisão à partir da rediscussão de fatos e provas.

O tempo de duração dos recursos no STJ consumiu o tempo médio para os Recursos Especiais de 801 dias (acima de dois anos de espera).

Contabilizando o somatório temporal de duração de primeira e segunda instância e do STJ, obteve-se uma média que representou o tempo médio de duração de processos sobre mercado de capitais e direito societário na média insatisfatória de 2.730 dias (mais de sete anos).

Digno de notar que, no referido estudo deixou-se de verificar empiricamente o tempo médio dos processos no Supremo Tribunal Federal. Todavia, a simples verificação das primeiras e

²¹ Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, v. 2, n. 1, jan. 2006.

segundas instâncias, somando o tempo médio do Superior Tribunal de Justiça, nos leva a concluir que: O Poder Judiciário não consegue proferir decisões em tempo social e economicamente tolerável.

Neste ínterim, entendemos que, com as vantagens abaixo apontadas, existe motivo para a utilização da Arbitragem como meio eficiente para solução de litígios, mostrando-se este mecanismo como um verdadeiro redutor de custos de transação.

Passemos agora às vantagens da arbitragem.

4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERSUBJETIVOS PELO PROCEDIMENTO ARBITRAL: UMA ANÁLISE DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Entendemos que a arbitragem é um mecanismo alternativo de solução de disputas, por isto mesmo, pressupõe a ela a existência de interesses opostos. Quando se recorre à arbitragem se busca a solução do mesmo (ao menos potencial), e, como consequência, que sejam as discrepâncias entre as partes resolvidas.

Observamos na atualidade que a notória crise processual, somada a crise do próprio Poder Judiciário, principalmente no que atine a morosidade da prestação jurisdicional,²² deu um impulso considerável para que a arbitragem vicejasse. Como acima verificado, estamos longe de obter um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver litígios. Por ora, o processo judicial continua a ser uma antevisão

²² A problemática da morosidade, igualmente mereceu comentário nos Estados Unidos, sendo feita relação entre o volume de trabalho e a qualidade dos julgados “Congestion provides an important reason why arbitration agreements may involve cheaper enforcement costs than the court regime. Congestion in ordinary courts makes it less likely that any court will have the time or resources to match the level of accuracy in adjudication that repeat-dealers are likely to desire. Congestion also introduces delay, which increases the cost of enforcement. Given these costs, it is quite plausible that sophisticated parties who are repeat dealers will prefer to set up their own arbitration regime rather than submit all of their disputes to the courts. Of course, this preference may not be put into effect because it is costly to set up an arbitration regime. And to do so involves foregoing some of the governance benefits already provided by courts”. HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. In: *The Boston University School of Law Working Paper Series Index*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594301>>.

da eternidade, e é preciso encontrar, nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias que dependam cada vez menos da intervenção estatal.

Entendemos que a arbitragem não substitui com êxito a totalidade da atividade jurisdicional do Estado, mas que agrega, diferentemente da utilização do Poder Judiciário, o sigilo e a rapidez na solução dos litígios. Entendemos sob uma análise econômica do direito que a arbitragem possui o condão de substituir a atividade jurisdicional de modo a reduzir os custos de transação. Não podemos ignorar, demais qualidades à arbitragem tais como a de que os litígios são resolvidos por julgadores hábeis, ou seja, *experts* na matéria sobre a qual versar a controvérsia.

Demais vantagens devem ser levadas em consideração, não afastando às supramencionadas. São elas: a ausência de formas solenes, a possibilidade de julgar por equidade, ou escolher livremente a lei a ser aplicada,²³ fatores estes que igualmente tendem a diminuir os custos de transação envolvidos. As vantagens do instituto da arbitragem podem ser definidas como (i) o segredo, que costuma cercar a arbitragem, (ii) a economia,²⁴ que as partes querem ver reduzido e a (iii) celeridade,²⁵ que deve

²³ “A possibilidade de dar-se ao árbitro o poder de decidir por equidade, ou segundo os princípios da *lex mercatoria* nos contratos comerciais, ou ainda a escolha livre da lei a ser aplicada pelos árbitros, é outro elemento que estimula a difusão da arbitragem”. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1990, p. 72.

²⁴ O referido aspecto econômico é trabalhado de modo exemplar por Armando Castelar Pinheiro para quem “O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, mas também das despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode ela própria depender do quanto é gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa. Custas judiciais elevadas, advogados caros e um sistema judicial com problemas de corrupção tendem a encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de disputas ou simplesmente a não iniciarem um litígio”. “Regulação Pública da Economia no Brasil”, coordenado por Rogério de Andrade: Campinas, 2003.

²⁵ “Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tem condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a seguir, fica claro que muitos atos poderão ser simplificados a cada caso para evitar a demora inútil”. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1990, p. 72.

caracterizar a arbitragem. Tais características claramente se contrastam com a solução de litígios pelos órgãos judiciários do Estado, que são caracterizados pela eternização das demandas.²⁶

Passemos a uma análise empírica de alguns dados. Verificamos que, o custo de uma arbitragem depende da entidade que se escolhe para solucioná-la. Se escolhida uma arbitragem *ad hoc*, certamente o custo dependerá das regras escolhidas para a sua tramitação. No caso das arbitragens internacionais (objeto que não nos é comparável aqui), vemos que cada instituição possui suas próprias regras e é importante conhecê-las antes de indicar uma destas instituições. No âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, se incluem basicamente três verbas/despesas à serem conhecidas: honorários dos árbitros, despesas dos árbitros e despesas administrativas da Corte.

Os honorários dos árbitros e as despesas administrativas da Corte estão regulados por “tabelas” baseadas na totalidade do valor envolvido no litígio. Somamos como custos do árbitro despesas com viagens e deslocamento. Custos como verba honorária de advogados ou peritos não são fixados pela Corte, de mesmo modo que operamos no Judiciário. No que atine às tabelas referente aos honorários dos árbitros, verificamos, no âmbito da CCI que as mesmas são decrescentes, isto é, num litígio que envolva 20 milhões de dólares, com 3 (três) árbitros, o custo da arbitragem será aproximadamente de 1,76% desse valor. De outra banda, para um litígio de 5 (cinco) milhões de dólares, com árbitro único, o custo da arbitragem será aproximadamente 2% desse valor. Verificamos que para um litígio de 800.000 dólares, com árbitro único, o custo da arbitragem será aproximadamente 5,5% desse valor. Se verificarmos o Tribunal arbitral de São Paulo, verificaremos que estas custas igualmente ficarão na faixa de 2 a 6% do valor da causa, conforme o Regulamento Interno do Tribunal Arbitral de São Paulo.

²⁶ A segurança, a celeridade, a profundidade técnica, o sigilo da decisão, além do inquestionável apelo ético, são os principais fatores apontados como determinantes desse sucesso (Seigbert Rippe, *El arbitraje como médio alternativo de solución de controversias comerciales*, in Adriana Noemi Pucci (Coord). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 387.

No que atine ao tempo, verificamos que a arbitragem no Tribunal Arbitral de São Paulo pode ser dar no tempo médio de 28 dias, contados a partir da entrada do processo.

Outras questões são igualmente apelativas ao uso da arbitragem.

5.1 O sigilo como diminuidor dos custos de transação

Sabemos que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) se fazem costumeiramente presentes durante o processo arbitral, bem como depois da prolação da sentença. Embora tal dever não seja explícito, além daquele genérico (do árbitro) mencionado no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem, entendemos que, via de regra o sigilo é “declarado” pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados. Entendemos que esta garantia é diminuidora potencial dos custos de transação.

Claramente esta afirmativa se mostra verdadeira pois é garantido de informações sensíveis à concorrência, ao *know how*, e ao segredo industrial.²⁷

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

²⁷ Cf. GEBAUER, Collyn J. Protecting trade secrets during litigation: asserting the privilege. *Law and Technology*, Washington, v. 27, n. 3, p. 1-18, 1994.

provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam, ficarão protegidas mediante a recusa do acesso à informação, por configurarem segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas.²⁸

Imaginemos que quando as partes vão recorrer ao Poder Judiciário,²⁹ vários fatos surgem no decorrer do processo. Claramente, alguns fatos trazidos aos autos (informações) podem mostrar-se imensamente custosos se tornados públicos.

A relação do sigilo e trato da privacidade não passou despercebida por Steven Shavell, autor fortemente relacionado ao Estudo da *Law and Economics* na Universidade de Harvard.³⁰ Imaginemos que uma empresa demandada tenha feito um produto contendo defeito. Possivelmente a mesma não queira que esta informação venha ao conhecimento do público, pois será potencialmente prejudicial às suas atividades, deman-

²⁸ Neste exato sentido verificar. GONÇALVES, Renato. *Acesso à informação das entidades*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 137 e segs. Verificar igualmente BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration. *American University International Law Review*, Washington D.C., v. 16, n. 4, p. 969-1025, 2000; DINIZ, Davi Monteiro. *Propriedade industrial e segredo em comércio*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, 185p. SAULINO, Jennifer L. Locating inevitable disclosure's place in trade secret analysis. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 100, n. 5, p. 1184-214, jun. 2002.

²⁹ Não deixamos de ponderar sobre a possibilidade do segredo de justiça sanar o problema do sigilo. Entendemos, todavia, que o mesmo é utilizado somente em alguns casos dependendo ainda da autorização do Magistrado.

³⁰ Sintetiza Steven Shavell que "One issue not so far mentioned is settlement as a means of securing privacy. When parties settle, various facts that would have emerged at trial do not come to the notice of the public. The privacy and secrecy that is achieved by settlement in these cases often constitutes an advantage to the settling parties and helps to explain why they settle. For example, a defendant firm whose product was defective may not want this information to come to light and may be willing to pay an extra amount for that reason in order to achieve settlement (the victim may not much care whether the information is revealed). A victim might be embarrassed by the facts of a dispute (suppose the suit is for sexual harassment) or not want to acquire a reputation as troublemaker, and so wish to settle for that reason. In some cases, the parties' desire for privacy may be socially beneficial, but many times it seems that society would benefit from the information that would be revealed through trial. This would be the situation with regard to the firm that wants to keep its product defect secret; if the public learns about the defect, perhaps people can take precautions to reduce harm, and further, the firm will suffer adverse consequences, leading to improved deterrence. In circumstances like this, then, the private motive to settle may be excessive". SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process*. Harvard Law School: Cambridge, MA 02138. Artigo disponibilizado pela Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. Cito em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>.

dando potenciais gastos em marketing e/ou desgaste da marca. Imaginemos outro caso, onde uma vítima fique constrangida em mover demanda por fato que envolva um caso de assédio sexual. Neste caso, ambas as partes obtêm ganho, ou redução no custo de transação se levado o caso a um juízo arbitral.

Pertinente referir que as decisões proferidas pelo juízo arbitral são geralmente reproduzidas em ementários de instituições arbitrais internacionais³¹ – resguardada a identidade da parte – e no caso brasileiro por disposição do art. 16 da Convenção de Arbitragem do MAE, que estabelece, que “a Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta Convenção, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo”.

5.2 A questão do (não) precedente ou “*leading case*” como diminuidor dos custos de transação

Entre os fenômenos que geram grande interesse da mídia podemos citar as decisões judiciais em ações indenizatórias movidas por indivíduos contra grandes corporações e, dentre estas, aquelas entre fumantes e ex-fumantes e empresas que produzem cigarros.

Sabemos que a imprensa freqüentemente divulga resultados de processos judiciais travados entre fumantes e fabricantes tabaco mundo afora, dedicando atenção, na maioria dos casos, a decisões paradigmáticas produzidas nos Estados Unidos. Tal fato não é surpreendente. Surpreendente sim são as quantias pagas pela justiça americana as demandantes. Tais reportagens jornalísticas, assim como quase todas atingem o grande público, como consequência, boa parte dos profissionais do direito acaba por formar uma pré-compreensão sobre este tipo de ação judicial.

No Brasil, ainda não temos a cultura de pedir indenização às indústrias de tabaco.

³¹ Citemos, exemplificativamente, a *Recueil des sentences arbitrales de la CCI* e a *Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage CCI*. Diversas revistas especializadas, igualmente, trazem em seu corpo ementários de decisões arbitrais. Citemos, a *Revista de La Corte Espanola de Arbitraje*, o *Journal of International Arbitration*.

Claramente trata-se de questão cultural que envolve um silogismo do tipo, se o Estado permite a venda de cigarros, não pode a produtora ser responsável pela venda de produto lícito. Trata-se de desconhecimento do nosso ordenamento jurídico.

Tanto o Brasil não possui cultura de pedir indenização para estas empresas que até os dias de hoje apenas 450 ações desse tipo foram ajuizadas em todo o território nacional.

Desse total, cerca de 203 já foram julgadas improcedentes ou extintas, com ou sem julgamento de mérito; 49 (quarenta e nove) sentenças já foram confirmadas pela segunda instância, havendo apenas 8 (oito) decisões desfavoráveis, sendo que nenhuma dessas é definitiva.³²

Sem ingressar nas razões que permeiam este tipo de demanda, até por não ser o foco do presente trabalho, pretendemos aqui demonstrar que em havendo decisão *paradigmática* por parte do Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal, vivenciaremos verdadeira corrida por parte dos fumantes ao Judiciário pleiteando indenização contra as indústrias de cigarros (sendo que muitos destes litigantes, cumpre recordar, estarão abrigados pelo benefício da Assistência Judiciária Gratuita - Lei 1.060/50).

Da conseqüência, ou seja, do eventual risco de “enxurrada de demandas” por parte dos supostos lesados, extraímos conclusão típica do pensamento norte-americano: seria prudente não existir um caso paradigmático sobre este assunto.

Este claramente é um grande redutor dos custos de transação gerados pela adoção da arbitragem, tendo em vista a possibilidade de existir sigilo no trato do caso.

Gostaríamos de deixar claro que, em alguns casos (o do tabaco pode se incluir neste rol), parece-nos socialmente benéfico à formação dos precedentes. Tal questão foi bem tratada por Edgardo Buscaglia e William Ratliff, que entendem que matérias relacionadas com liberdades civis e políticas, questões atinentes

³² Todos os dados estatísticos foram retirados de MIGLIORA, Luiz Guilherme; BASTOS, Felipe; FRANÇA, Thomas Belitz. As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no Direito Comparado e Brasileiro. *RT*, n. 846, p. 65, abr. 2006.

aos direitos humanos, ou típicas do direito administrativo devem ser solucionadas pelo Poder Judiciário.³³

Claramente a sociedade, em alguns casos, beneficia-se de informações que são reveladas pela atividade jurisdicional dos Tribunais.³⁴ Este é o caso de empresas que desejam manter produtos defeituosos no mercado. Notadamente, se os consumidores do referido produto deterem conhecimento do eventual vício, talvez potencialmente poderão se proteger ou evitar o produto. Outro efeito socialmente favorável do precedente (e mesmo do litígio) é que as firmas podem aperfeiçoar seus produtos,³⁵ no espírito de evitar futuras demandas.

5.3 Notas sobre a especialização dos árbitros e da autonomia das partes que elegem os árbitros

Entendemos que existe um último motivo que deve atrair a atenção das firmas para diminuir o custo de transação que envolve alguns conflitos intersubjetivos junto ao Poder Judiciário.

Trata-se da inequívoca experiência dos árbitros eleitos pelas partes.

Sabidamente os mesmos detêm maior experiência podendo melhor resolver as complexas questões impostas. Os árbitros,

³³ “In these cases, the public court system is needed as the only mechanism able to supply a public good in the form of doctrine to be enforced by the coercive power of the state. Thus ADR mechanisms should be used only when the substance of a dispute does not involve matters where the coercive power of the state must be exercised. This would exclude from ADR consideration cases involving civil rights, political liberties, administrative law, national security, and organized crime, among others.” BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. *Law and economics in developing countries*. Greenwich: Jal Press, p. 86.

³⁴ Cf. Neste sentido a obra de KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. 1989. Legal advice about information to present in litigation: its effects and social desirability”. *Harvard Law Review*, n. 102, p. 565-615.

³⁵ Neste exato sentido verificar Steven Shavell. “In some cases, the parties’ desire for privacy may be socially beneficial, but many times it seems that society would benefit from the information that would be revealed through trial. This would be the situation with regard to the firm that wants to keep its product defect secret; if the public learns about the defect, perhaps people can take precautions to reduce harm, and further, the firm will suffer adverse consequences, leading to improved deterrence. In circumstances like this, then, the private motive to settle may be excessive. SHAVELL, Steven. Op. cit., p. 21.

na eleição pelos litigantes, são procurados por alguns motivos, sendo certo que o motivo que mais é levado em consideração será a expertise em determinadas áreas.³⁶

A questão como ficou acima posta poderá não ser bem interpretada, senão considerada a falta de tempo que detém os membros do Poder Judiciário.

Disputas altamente técnicas tomam tempo.

Por vezes, a falta de conhecimento ou de expertise do magistrado não é o problema central, porém tempo para “educação” dos mesmos deve ser despendido para o devido enfrentamento de questões complexas. Investir num processo educacional dos magistrados, claramente deve ser afastado, pois não faz parte (diretamente) da atividade do magistrado. Sua tarefa é a de julgar casos. Educação nunca é tempo perdido, deve inclusive ser fortemente incentivada a classe dos Magistrados. Ocorre que o tempo de instrução dos magistrados em horário funcional claramente diminui o tempo para a atividade-fim.

6 CONCLUSÃO

Entendemos que os dados da FGV e do Poder Judiciário aqui mostrados, agregados a literatura de *law and economic*, bem como às vantagens na adoção da arbitragem, não deixam margem de dúvidas de que esta forma de jurisdição privada, como método de solução de conflitos empresariais mais complexos e específicos, mostra-se mais eficaz se comparada ao Poder Judiciário, sendo verdadeiro diminuidor dos custos de transação entre agentes econômicos.

³⁶ Os motivos retro-citados tanto se prestam para o caso brasileiro, mas igualmente foi prestigiado pelo Magistrado Justice Brennan nos Estados Unidos, que entendeu em 363 U.S. at. 570 que “by the acknowledgement, Mr. Justice Brennan has identified one reason arbitrations is so useful and disarable. A dispute that requires a high degree of expertise would be better resolved bu one who understands the complicated principles involved. An arbitrator is chosen because of his farness and his expertise in a particular field, thus eliminating the problem of having to educate the tries of the dispute in the intricacies of the disputed matter”. GUTTELL. Steven. M. An analysis of a technique of dispute settlement: the expanding role of arbitration. *U. L. Rev.*, n. 618, 1972-1973.