

A Economia da arbitragem

Bruno Meyerhof Salama

Professor, Direito GV

Este artigo examina dois temas relacionados à arbitragem.¹ O primeiro diz respeito aos motivos pelos quais indivíduos e empresas decidem, em alguns casos, voluntariamente submeterem-se ao procedimento arbitral. Em síntese, aqui argumento que essa decisão está relacionada, a duas considerações. Em primeiro lugar, à busca pela redução dos custos de transação especificamente associados à resolução das disputas. Em segundo lugar, à busca pela melhoria do ambiente jurídico em que prospectivamente se dará a relação contratual. Disso trato na seção 1.

O segundo tema, mais exploratório, diz respeito à relação entre fortalecimento da arbitragem no Brasil e desenvolvimento jurídico-institucional do país. Aqui apresento o argumento de que, no Brasil, uma certa competição que se estabeleceu em certos casos entre as cortes estatais de um lado, e os árbitros e câmaras arbitrais de outro, faz parte de um processo histórico de redução dos custos de transação relacionados à prestação jurisdicional estatal. Esta visão otimista é o objeto da seção 2.

1. Por que arbitrar?

A literatura jurídico-econômica comparada ressalta duas principais razões pelas quais, em alguns casos, partes em conflito, ou potencialmente em conflito, podem optar por recorrer a um procedimento arbitral.² Em primeiro lugar, a arbitragem poderá reduzir

¹ O presente artigo é uma adaptação e ampliação de outro que publiquei recentemente com um colega. Vide PUGLIESE, Antonio Celso e SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista de Direito GV* 7 (2008).

² As principais referências estrangeiras sobre o tema são as seguintes: SHAVELL, Steven. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*, v. 24, 1995; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*, v. 8, 1979; SHAVELL, Steven. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*, v. 11, 1982; BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, 1992, p. 115-157; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton

os custos de transação diretamente relacionados à resolução de disputas. Em segundo lugar, a arbitragem pode favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes. Vejamos separadamente cada um desses aspectos.

1.1. Redução de Custos de Transação

Custos de transação são os custos para a realização de intercâmbios econômicos.³ Todos os custos que o indivíduo incorre em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo podem ser chamados de custos de transação. Os custos de transação compreendem, assim, os custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade).

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (*e.g.*, confirmação de pagamento das parcelas, ou aferição da qualidade do produto prometido) e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio.

Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n. 7, p. 1724-1790, 2001; ASHENFELTER, Orley; BLOOM, David E. Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence. *The American Economic Review*, v. 74, n. 1, 1984; BLOOM, David E. Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration. *The Review of Economics and Statistics*, v. 68, n. 4, 1986. Sobre a análise econômica da arbitragem no Brasil, vide TIMM, Luciano B. *Arbitragem nos Contratos: Empresariais, Internacionais e Governamentais*. Livraria do Advogado, 2009, cap. 1.

³ O conceito de custos de transação foi introduzido por Ronald Coase em 1937 com o famoso artigo, *The Nature of the Firm* (Economica 4 (16), pp. 386-405, 1937). Coase se referiu aos custos de transação como os “custos para a utilização dos mecanismos de preço”. Essa conceituação reflete o fato de que qualquer interação econômica requer o uso (em maior ou menor grau) de recursos pelas partes. Kenneth Arrow definiu os custos de transação como “os custos para conduzir o sistema econômico” (ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System*, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969).

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

Na prestação jurisdicional estatal, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos litigiosos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Neste caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo. O custo de oportunidade indica o valor do benefício abandonado ao se escolher uma alternativa em vez de outra. É, portanto, o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada ou impedida. Quanto mais longo o processo, maior o custo de oportunidade.

Em segundo lugar, a possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. É razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos.

A especialização permite, assim, a redução dos *erros* nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida,

é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado.

Em terceiro lugar, a diminuição de custos de transação também pode refletir a expectativa de um maior grau de imparcialidade do árbitro. Este tema é particularmente sensível em relações comerciais internacionais, já que nestas freqüentemente existe um temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira. A possibilidade de se determinar contratualmente que a arbitragem ocorra em jurisdição estranha às partes faz com que cada uma delas “retire” de seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar em ambiente jurídico desfavorável.⁴

Finalmente, em quarto lugar, a diminuição de custos de transação pode ser reflexo do sigilo com que os procedimentos arbitrais são conduzidos. O sigilo é uma circunstância importante em diversas disputas, especialmente naquelas envolvendo operações comerciais confidenciais, temas que criam suscetibilidades para a reputação das partes, e segredos comerciais.

Nada disso quer dizer, naturalmente, que na comparação com o litígio perante o Poder Judiciário os custos de transação dos procedimentos arbitrais sejam sempre e necessariamente menores. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que, no Brasil, a comparação somente faz sentido naqueles casos em que a controvérsia gire em torno de direitos patrimoniais disponíveis.⁵ Ficam afastados, portanto, temas ligados a cobrança de tributos, aplicação de penas, voto em eleições, dentre muitos outros. Além disso, há ramos em que a arbitragem é questionável ainda que o tema esteja cingido a direitos patrimoniais disponíveis. O exemplo clássico são as controvérsias entre consumidores e

⁴ Entrevistas com 68 árbitros e advogados de diversos países com “grande experiência em disputas comerciais internacionais” indicou que as duas maiores vantagens do procedimento arbitral são “a neutralidade do foro arbitral” e a “possibilidade de adjudicação dos laudos arbitrais internacionais” (BÜHRING-UHLE, Christian. A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes, parcialmente reproduzido in DRAHOZAL, Christopher; NAIMARK, Richard, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 25).

⁵ Conforme Lei 9.307/96, art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

fornecedores, abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor. O mesmo se aplica a diversos tipos de contratos administrativos.

Em segundo lugar, os custos diretos com taxas administrativas das câmaras de arbitragem e honorários de árbitros são em muitos casos bastante elevados, e às vezes proibitivos. Já as custas processuais para litígios no Poder Judiciário são, freqüentemente, mais modestas. No Brasil, este quadro é particularmente agudo, já que o acesso às cortes estatais é fortemente subsidiado pelo Estado.⁶

Em terceiro lugar, o procedimento arbitral é convencional, ou seja, depende de um acordo entre as partes no tocante à sua adoção. Nem sempre, contudo, as partes conseguirão chegar a um acordo a respeito da escolha da arbitragem. Isso ocorre principalmente por três motivos. Primeiro, porque a negociação deste acordo envolve um conjunto amplo de pontos, inclusive quanto à nomeação dos árbitros e a escolha da câmara arbitral. Segundo, porque este acordo, como qualquer outro, está sujeito aos problemas típicos associados à formação de contratos, inclusive no tocante à ocorrência de comportamentos negociais estratégicos e barreiras culturais. Terceiro, porque no Brasil a relativa insegurança jurídica quando a eficácia das convenções arbitrais pode gerar expectativas divergentes entre os contratantes e potenciais contratantes.

1.2. A Arbitragem como Moldura Institucional

Existem dois momentos em que os indivíduos podem convencionar a realização de procedimento arbitral: antes ou depois do surgimento da disputa. Ao acordo para realização de arbitragem celebrado *antes* do surgimento da disputa (notadamente, a negociação de cláusula arbitral) darei aqui o nome de arbitragem *ex ante facto*.⁷ Ao

⁶ Vide “Judiciário e Economia”, estudo elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2004), p. 10 (notando que o Brasil gasta 3,66% de seu orçamento com a manutenção do sistema judicial, custo mais alto em comparação a outros 35 países analisados pelo Banco Mundial).

⁷ Vide BOND, Stephen. How to Draft an Arbitration Clause (Revisited). ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 1, 1990 (demonstrando que a imensa maioria das arbitragens internacionais decorre de acordos *ex ante facto*).

acordo para realização de arbitragem celebrado após o surgimento de controvérsias darei aqui o nome de arbitragem *ex post facto*.

As arbitragens *ex ante facto* moldam o ambiente jurídico em que as partes se relacionam no curso de todas suas interações comerciais usuais, quanto no curso da resolução das disputas já surgidas. Já as arbitragens *ex post facto* moldam apenas o ambiente jurídico em que ocorrerá a resolução de sua disputa. Essa distinção importa porque as arbitragens *ex ante facto* possuem, então, um benefício qualitativo que não está disponível nas arbitragens *ex post facto*.

Para entender por que, note, em primeiro lugar, que a adoção *ex ante facto* de arbitragem pode alterar radicalmente os incentivos para inadimplemento ou a má-fé contratual. Quando as partes acordam *ex ante facto* sobre a realização de arbitragem, cada uma delas sabe, desde logo, que a quebra do contrato ou atuação de má-fé poderá ensejar uma disputa a ser resolvida por um árbitro. Há assim uma mudança nas expectativas de cada uma das partes sobre o tempo de disputa, incidência de erros, custos diretos, sigilo, etc.

Concretamente, isso quer dizer o seguinte. Caso os custos de transação associados à resolução de disputas pela via arbitral sejam menores do que os custos de transação associados à resolução de disputas pela via das cortes estatais, a convenção sobre arbitragem *ex ante facto* estará, também, incentivando o bom comportamento contratual. Dito de forma simples: se a parte sabe que arcará com os ônus da sua má-fé contratual, a tendência é que se comporte de boa-fé. É por isso que a adoção da arbitragem *ex ante facto* pode, potencialmente, melhorar a moldura jurídico-institucional em que transcorre a relação comercial.

Esta dinâmica, contudo, não se aplica nas arbitragens *ex post facto*. Se o acordo sobre a adoção de procedimento arbitral surge depois de já ter surgido a disputa, as partes já estão em desacordo. Nesses casos, já não é mais possível melhorar o ambiente jurídico em que transcorrerá a relação comercial. Afinal, o surgimento da disputa pressupõe que

pelo menos uma parte não esteja satisfeita com a prestação da outra parte. A relação comercial, em regra, já se esgotou, e só resta a resolução da disputa.

Daí por que, como dissemos, a arbitragem *ex ante facto* traz potencialmente um benefício qualitativo adicional àqueles que se apresentam para a arbitragem *ex post facto*. A possibilidade de inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de determinarem, em parte, o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. As partes podem optar pela arbitragem para reduzir os custos de disputas e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato. Após o surgimento da disputa, contudo, já não é possível alterar os incentivos postos pelo ambiente normativo.

II. Tolerância à Arbitragem e Evolução Jurídico-Institucional

A possibilidade de arbitrar conflitos acerca de direito patrimoniais disponíveis abre aos indivíduos a possibilidade de escolherem, em alguns casos, entre duas opções para a resolução de controvérsias: o processo judicial e o procedimento arbitral. Diante disso, a arbitragem pode ser entendida, do ponto de vista econômico, como um modelo de solução de controvérsias que, ofertado a seus potenciais usuários, *compete* com o modelo estatal.

É claro que esta competição não é absoluta: afinal, o respaldo pelo Poder Judiciário – particularmente a possibilidade de executar em juízo laudos arbitrais e de obter medidas cautelares – amparam e dão sentido prático aos procedimentos arbitrais. Contudo, pelo menos do que toca a discussão do mérito e o conhecimento das causas em disputa, de fato se abre ao indivíduo uma opção quanto ao regime de solução de disputas. Daí falar-se em um regime de competição pela atividade de resolução de controvérsias.

Essa competição se estabelece em dois níveis. Num primeiro nível, a competição se dá *intra-modelo*. Em particular, no âmbito do modelo privado de solução de disputas, árbitros e câmaras competem entre si pelos serviços de resolução de controvérsias. Num

segundo nível, a competição se dá *inter-modelos*. Isto é, a competição opõe, de um lado, o modelo público (cortes estatais) e, de outro, o modelo privado (árbitros e câmaras arbitrais). É desta competição entre os dois modelos que tratarei adiante.

A hipótese básica que trago aqui é a de que a dinâmica da relação de oferta e procura pelos serviços de resolução de disputas tenha contornos semelhantes àqueles da oferta e procura por produtos e serviços nos mercados.⁸ A teoria microeconômica sugere que, nos mercados, a competição geralmente induz a redução dos preços. Da mesma forma, argumentarei que a competição entre o modelo estatal e o modelo privado pode reduzir os custos de transação da prestação do serviço de resolução de disputas.

Concretamente, sugiro que a competição das cortes estatais com os árbitros e câmaras arbitrais seja parte de um contexto histórico de progressiva redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado brasileiro. Embora otimista, a hipótese é contra-intuitiva. Por isso é preciso expor o argumento com cautela.

O Estado brasileiro tem a ambição de afirmar-se na sociedade como instância máxima para resolução de disputas. Isso se dá tanto por causa do seu desenho e vocação constitucionais, quanto por causa das ambições dos integrantes dos diversos órgãos da máquina pública, inclusive do Poder Judiciário. É bem verdade o fortalecimento da arbitragem esteve recentemente associado à idéia de “desafogar” o Poder Judiciário (o que, por sinal, não ocorreu). Mas este quadro em nada alterou o interesse do Estado em constituir-se como a principal instância jurisdicional no Brasil.

De fato, no curso das discussões sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem, muito se falou de suposta usurpação do poder jurisdicional do Estado. De modo geral, os defensores dessa tese acreditavam que, na impossibilidade de arbitragem

⁸ Para uma discussão abrangente do tema, vide SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia?, Caderno Direito GV No. 22 (2008); Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). Desenvolvimento e estado de direito. São Paulo: Saraiva (2010); e A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva (2010). Todos disponíveis em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama.

seus conflitos, os indivíduos seriam compelidos a recorrer aos tribunais estatais para solução de seus litígios. A idéia, portanto, seria enfraquecer o instituto da arbitragem para preservar a demanda pela jurisdição do Estado.

A respeito dessa tese, dois pontos devem ser ressaltados. Em primeiro lugar, aqueles que se opuseram, exemplificativamente, à constitucionalidade da Lei de Arbitragem imaginavam que a eliminação do instituto potencialmente mais eficiente (arbitragem) garantiria a demanda pelo instituto menos eficiente (processo judicial). Esta visão, contudo, é estática: ela enxerga apenas o momento da escolha do foro para proposição de uma ação.

Dessa ótica, contudo, desconsidera-se o aspecto dinâmico – vale dizer, os incentivos – postos pela ausência da opção de arbitrar. É que nos casos em que o indivíduo não possui incentivos para utilizar a arbitragem na solução de controvérsias, sua escolha pela jurisdição estatal dependerá da eficiência das instituições judiciais. A ineficiência das cortes estatais será um incentivo para que o indivíduo resolva suas disputas alterando seus padrões negociais, de forma a evitar ou tornar desnecessária a disputa judicial. Potencialmente, esse processo envolve, inclusive, a redução da atividade econômica como um todo.

Em segundo lugar, é preciso notar que a competição das cortes estatais com os prestadores privados do serviço de resolução de controvérsias foi parte de um movimento amplo que vem mobilizando o Estado brasileiro a modernizar e dinamizar seu aparato de prestação jurisdicional. Tanto é assim, que diversas iniciativas importantes, inclusive por parte do Conselho Nacional de Justiça, vêm sendo implementadas para aumentar a agilidade e a informalidade dos procedimentos judiciais (características típicas da arbitragem).

Concretamente, isso quer dizer que no Brasil o movimento de fortalecimento da arbitragem foi acompanhado por seguidos esforços de recuperação da jurisdição estatal. Apesar de os dois movimentos serem, em certa medida, uma reação conjunta às falhas do

sistema judicial, a evolução de um tem levado em alguns casos à emulação pelo outro.⁹ Ao final, o aumento da eficiência de um é (em parte pelo menos) copiado pelo outro, tal qual ocorre entre competidores nos mercados.

A possibilidade histórica dessa hipótese que aqui apresento é demonstrada pela absorção da *Lex Mercatoria* pelas diversas legislações comerciais dos Estados modernos. A *Lex Mercatoria* pode ser definida como um corpo de normas criado por comerciantes na Idade Média a fim de atender às necessidades do renascimento comercial europeu.¹⁰ Esse sistema de normas surgiu como alternativa aos sistemas jurídicos que criavam entraves (ou elevados custos de transação) às relações comerciais da época, oferecendo aos agentes econômicos um sistema de solução de conflitos independente do Estado.¹¹ Durante o movimento de codificação ocorrido na Europa continental no curso do século XIX os principais conceitos da *Lex Mercatoria* foram incorporados às leis estatais e se tornaram importantes fatores para o sucesso dos movimentos de afirmação do Estado como eixo central de poder.¹²

Em síntese, a competição entre a prestação jurisdicional pública e privada vem contribuindo para a melhora do ambiente jurídico e institucional no Brasil. Dentro de certos limites, a competição tem incentivado os sistemas de prestação jurisdicional mais eficientes a inovarem e os sistemas menos eficientes a emularem. Assim, pouco a pouco, o aumento da competição entre a prestação jurisdicional pública e privada tem ensejado um relativo alinhamento entre as políticas judiciais e as necessidades dos cidadãos.

⁹ COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. Princeton: University Press, 2000. p. 137 (notando que “a competição enseja a evolução legal, (...) a inovação diferencia e a emulação harmoniza”).

¹⁰ Algumas características marcantes da *lex mercatoria* incluíam (a) caráter transnacional, (b) fundada nos usos e costumes do comércio, (c) aplicada por árbitros comerciantes, (d) informalidade e presteza, e (e) realçada importância do princípio da boa-fé no desempenho da atividade mercantil.

¹¹ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 9, 1964. Sobre o surgimento a partir da segunda metade do século XX do que supostamente seria uma “nova lex mercatoria”, vide CARBONNEAU, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration*. Nova Iorque: Transnational Juris Publications, Dobbs Ferry.

¹² Exemplos clássicos incluem o *Code Commerce* francês de 1807 (mas não o *Code Civil* de 1804) e o *Handelgesetzbuch* alemão de 1897 (mas não o Código de Frederico da Prússia de 1761).