

Bruno Meyerhof Salama e Alberto L. Barbosa Jr.

A ECONOMIA DA ARBITRAGEM REVISITADA

In Arbitragem e Análise Econômica do Direito (Bruno Meyerhof Salama e Flávio Luiz Yarshell, eds.). Londrina, PR, ed. Thoth, 2025

1. Introdução

A Arbitragem¹ tem se consolidado como um mecanismo relevante para a solução de disputas no Brasil, operando paralelamente ao Judiciário. Em um artigo publicado em 2008,² um dos autores deste trabalho analisou a Arbitragem sob a ótica da economia institucional, argumentando que sua disseminação poderia funcionar como um mecanismo de concorrência em relação ao Judiciário. A ideia era que, ao oferecer uma alternativa mais eficiente para a resolução de litígios, a Arbitragem criaria uma pressão competitiva, incentivando a modernização da prestação jurisdicional estatal.

Essa hipótese tinha forte apelo intuitivo: se os custos da Arbitragem e do Judiciário podem ser entendidos como custos de transação, então a concorrência entre ambos tenderia a reduzi-los. Seguindo essa lógica, a disseminação da Arbitragem funcionaria como um incentivo para que o Judiciário modernizasse seus procedimentos, eliminando ineficiências e tornando sua prestação jurisdicional mais ágil e acessível. Esse raciocínio encontrava respaldo na literatura econômica internacional sobre concorrência institucional.

No entanto, passados quase 20 anos desde a formulação original, torna-se necessário revisitar essa análise. O conceito de concorrência presume que os agentes ajustam suas estratégias para captar usuários e maximizar ganhos, mas essa lógica não se aplica ao Judiciário, que não opera como um agente de mercado. Juízes não são remunerados conforme o número de casos que julgam, e o Estado não busca atrair litigantes para aumentar sua arrecadação. Além disso, a Arbitragem e o Judiciário não oferecem serviços perfeitamente substituíveis, inclusive porque há limites institucionais que impedem a Arbitragem de absorver certas disputas.

Este artigo propõe uma mudança de perspectiva: em vez de concorrência, sugerimos que a relação entre Arbitragem e Judiciário deve ser compreendida sob a ótica do aprendizado institucional. Em vez de um jogo competitivo, observamos um processo dinâmico de assimilação

¹ Fala-se aqui em “Arbitragem” num sentido mais amplo, que compreende não somente o procedimento arbitral, mas também os árbitros e entidades que promovem, administram, conduzem e participam desse sistema privado de solução de disputas.

² PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista Direito GV*, v. 7, p. 15-28. São Paulo: FGV Direito, 2008. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem. In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

de boas práticas, no qual ambos os sistemas se influenciam mutuamente, ajustando suas estruturas e procedimentos ao longo do tempo. Essa abordagem encontra suporte na teoria dos jogos evolucionários, que descreve situações em que agentes adotam estratégias bem-sucedidas não por competição direta, mas por observação e imitação.

Essa nova perspectiva permite uma compreensão mais precisa da evolução institucional da Arbitragem e do Judiciário no Brasil. Se, de um lado, o Judiciário incorporou práticas arbitrais, como maior celeridade processual, flexibilização procedimental e especialização jurisdicional, de outro, a Arbitragem também assimilou elementos do Judiciário, como reforço da segurança jurídica e mecanismos de controle processual. O fenômeno observado não é de substituição entre os sistemas, mas de adaptação e parcial convergência, em um processo contínuo de aprendizado recíproco.

O artigo está estruturado da seguinte forma: a Seção 2 revisita a formulação original da economia da Arbitragem e os argumentos que sustentavam a hipótese da concorrência com o Judiciário. A Seção 3 apresenta uma crítica a essa hipótese, demonstrando suas limitações teóricas e empíricas. As Seções 4 e 5 propõem um novo enquadramento baseado no aprendizado institucional, examinando como o Judiciário assimilou práticas arbitrais e como a Arbitragem incorporou elementos do Judiciário. Por fim, a Seção 6 discute as implicações desse aprendizado recíproco e apresenta as conclusões do estudo.

2. A Economia da Arbitragem: Formulação Original

Na formulação de 2008, a análise econômica da Arbitragem enfocou dois elementos principais: a motivação das partes para a adoção de cláusulas compromissórias e os impactos da difusão de procedimentos arbitrais sobre o desenvolvimento institucional do país.

A adoção de cláusulas arbitrais era motivada por dois fatores: um benefício direto, relacionado à redução de custos de transação, e um efeito indireto, ligado à melhoria do ambiente institucional. No aspecto direto, as partes recorriam à Arbitragem para garantir maior especialidade dos árbitros, celeridade e flexibilidade procedimental e, especialmente no caso de disputas transnacionais, maior imparcialidade. Esses fatores eram decisivos, mesmo quando os custos diretos do procedimento arbitral – como honorários, custas e despesas – superavam os do acesso ao Judiciário.

Indiretamente, a Arbitragem também era adotada pela expectativa de que poderia melhorar o ambiente institucional das relações contratuais. Se a prestação jurisdicional arbitral reduzia os custos de transação, então criava incentivos para diminuir o espaço para comportamentos oportunistas nos contratos. Isso fortalecia a segurança jurídica e promovia relações contratuais mais estáveis.

A evolução da Arbitragem nos últimos anos confirma essa análise. Empresas, indivíduos e até agentes públicos passaram a recorrer frequentemente a esse mecanismo em busca de decisões mais rápidas, técnicas e previsíveis. A ampliação do uso de procedimentos arbitrais em contratos públicos reforça essa tendência, consolidando a relevância da Arbitragem no ambiente jurídico

brasileiro. Assim, a Arbitragem se consolidou como um mecanismo de incentivo ao cumprimento da lei e à observância da boa-fé contratual.

No que tocava aos impactos da difusão da Arbitragem sobre o desenvolvimento institucional do país, o texto de 2008 trazia uma consideração mais especulativa: a hipótese de que a disseminação da Arbitragem poderia beneficiar o Judiciário.

Argumentava-se que, ao atuar sobre direitos patrimoniais disponíveis, a Arbitragem exerceria uma pressão concorrencial sobre o Judiciário. Nesse cenário competitivo, os tribunais estatais teriam incentivos para aprimorar sua eficiência, reduzindo seus próprios custos de transação.

Daquela ótica, a Arbitragem poderia ser vista como um mecanismo concorrencial em relação ao Judiciário, exercendo uma pressão semelhante à que ocorre nos mercados competitivos. Assim como a concorrência entre empresas pode induzir a oferta de serviços melhores e mais baratos, a coexistência da jurisdição arbitral e da jurisdição estatal poderia incentivar os tribunais a aprimorarem seus serviços de prestação jurisdicional.

Diversas reformas institucionais adotadas nas últimas duas décadas parecem sugerir que essa conjectura não estava errada. Afinal, diversos aspectos do processo judicial passaram a incorporar princípios e valores antes associados principalmente ao direito da arbitragem.

Assim, a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas inovações que aproximaram o processo judicial dos procedimentos arbitrais. A restrição à recorribilidade ampla de decisões interlocutórias na fase de conhecimento,³ por exemplo, reflete um esforço para aumentar a celeridade do trâmite judicial, característica frequentemente associada à Arbitragem.⁴

Outro avanço foi a maior flexibilização processual, também um traço tipicamente associado à Arbitragem. Um bom exemplo está na positivação do negócio jurídico processual.⁵ A partir dessa inovação, as partes passaram a ter maior autonomia para ajustar prazos, fases do procedimento⁶ e até definir consensualmente os meios de prova a serem utilizados no processo.⁷

Além disso, observa-se um movimento de especialização do Judiciário – e a especialização do julgador é, tradicionalmente, uma vantagem associada à Arbitragem. Assim, os tribunais justiça

³ Cf. Art. 1.015, *caput*, do CPC: “Cabe agravo de instrumento [somente] contra as decisões interlocutórias que versarem sobre...”

⁴ Cf. Art. 1.019, I, do CPC: “Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente [...] o relator, no prazo de 5 (cinco) dias [...] poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão...”

⁵ Cf. Art. 190, *caput*, do CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

⁶ Cf. Art. 191, *caput*, do CPC: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.”

⁷ Cf. Art. 471, *caput*, CPC: “As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento...”

de diversos Estados passaram a criar varas especializadas para temas empresariais, refletindo um esforço para aprimorar a qualidade das decisões.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, estabeleceu varas especializadas em disputas societárias, propriedade industrial, concorrência desleal, franquias e até conflitos relacionados a procedimentos arbitrais.⁸ Embora essa iniciativa tenha surgido em 2005,⁹ com a criação de varas especializadas em falências e recuperação judicial,¹⁰ nos últimos anos essa prática se expandiu tanto em São Paulo quanto, nacionalmente, sendo inclusive incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça.¹¹

A recomendação do CNJ para a criação de varas e câmaras empresariais reflete uma política de modernização do Judiciário, guiada pela busca por maior eficiência e especialização. Essas mudanças parecem validar a hipótese de que a Arbitragem influenciou o aprimoramento institucional do sistema estatal de resolução de disputas.

À primeira vista, essas mudanças parecem validar a hipótese de que a Arbitragem tenha influenciado o aprimoramento institucional do sistema estatal de resolução de disputas. No entanto, será que essa influência se deu, de fato, por meio de uma dinâmica de concorrência? Ou seja, será correto conceitualizar a relação entre juízos privados e estatais como uma competição? Não nos parece o caso, como explicado a seguir.

3. Crítica à ideia de concorrência entre Judiciário e Arbitragem

A formulação inicial sugere que haveria uma concorrência entre Judiciário e Arbitragem, incentivando o aprimoramento do sistema estatal de solução de disputas. A construção encontrava amparo, inclusive, na literatura internacional.¹² Apesar disso, essa ideia de concorrência não se sustenta.¹³

⁸ Resolução do Órgão Especial do TJSP nº 763/2016, 824/2019868/2022, 877/2022.

⁹ Cf. TJSP é modelo de especialização em Direito Empresarial, Falências e Recuperação Judicial. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=61822>. Acesso em: 26.01.2025.

¹⁰ Resolução do Órgão Especial do TJSP nº 200/2005.

¹¹ Cf. Recomendação CNJ nº 56/2019 (“Recomenda aos Tribunais de Justiça que promovam a especialização de varas e a criação de câmaras ou turmas especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial.”)

¹² Num dos primeiros trabalhos a analisar a ideia de “concorrência jurisdicional” entre sistemas público e provida de solução de disputas, cf., LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a private good. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, 1979, p. 236. Ver também DRAHOZAL, Christopher R. Business Courts and the Future of Arbitration. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 10, 2008, p. 492 (“Supporters of business courts commonly cite the need for courts to compete more effectively with arbitration as a justification for the creation of business courts.”); e DRAHOZAL, Christopher R.; WARE, Stephen J. Why do businesses use (or not use) arbitration clauses. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 25, 2010, p. 433 (“Providers of arbitration services-individual arbitrators and administering institutions like the American Arbitration Association-compete with providers of litigation services-courts established by state governments and the federal government-as if they are selling competing products on a store shelf.”).

¹³ Não se ignora que, historicamente, os juízes de algumas jurisdições foram inicialmente foram resistentes ao desenvolvimento de sistemas privados de solução de disputas. Mesmo na *common law* inglesa, a legislação sobre direito arbitral, em reação à hostilidade do Judiciário, desenvolveu-se durante o século XIX de modo a equilibrar a vinculatividade e irrevogabilidade da convenção de arbitragem com a preservação de autoridade judicial, tanto no

Em primeiro lugar, o Judiciário não opera sob uma lógica de mercado.¹⁴ Diferentemente das entidades arbitrais, que competem pela captação de casos e podem ajustar preços e serviços, o Judiciário não busca maximizar receita nem atrair “clientes”. A remuneração dos juízes é fixa e não varia conforme o número de processos julgados, e o Estado não conduz a atividade jurisdicional com fins lucrativos. Em síntese, o Judiciário não existe para dar lucro, o que torna questionável a ideia de que ele reagiria competitivamente à Arbitragem da mesma forma que empresas em um mercado concorrencial.

Além disso, o Judiciário é financiado pelo Estado e não tem autonomia para definir sua estrutura de custos e receitas como um agente econômico tradicional. Reformas e melhorias no sistema judicial dependem de decisões políticas e orçamentárias, e não da dinâmica de oferta e demanda. Diferentemente dos árbitros, que podem escolher quais casos aceitar, juízes são obrigados a julgar todas as demandas que lhes são distribuídas. Isso significa que o Judiciário não pode “recusar clientes” nem atuar estrategicamente para se tornar mais atrativo em relação à Arbitragem.

Outro fator que impede uma concorrência real entre os dois sistemas é a competência exclusiva do Judiciário sobre determinadas matérias. Apenas os tribunais estatais podem julgar casos de direito penal, direito de família, direito eleitoral e, de modo geral, litígios envolvendo a Administração Pública. Como a Arbitragem só pode atuar em disputas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis,¹⁵ não há competição ampla entre os dois sistemas.

Segue daí que não há interação estratégica direta entre tribunais e câmaras arbitrais quanto às suas escolhas sobre preço e quantidade dos serviços oferecidos.¹⁶ Se houvesse concorrência, um aumento no custo do Judiciário deveria resultar em uma migração significativa de demandas para a Arbitragem. No entanto, as taxas judiciais são fixadas pelo Estado e não seguem uma dinâmica de mercado – ou seja, não variam em resposta aos preços dos serviços prestados pelas câmaras arbitrais.

Outro ponto importante é a relação de interdependência entre Judiciário e Arbitragem, que contradiz a tese de concorrência. O Judiciário supervisiona a Arbitragem de diversas formas: validando cláusulas arbitrais, concedendo medidas cautelares antes da formação do tribunal

controle quanto no apoio ao procedimento arbitral. Ver BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3ª ed. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer, 2009, p. 34-36.

¹⁴ Não se desconhece notícia histórica de que, no passado, as cortes inglesas tinham vantagem financeira em reter ou atrair disputas no Judiciário, já que sua remuneração estava vinculada às taxas recolhidas pelas partes processuais. Cf. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a private good. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, 1979, p. 256, nt. 55 (referindo-se ao caso Scott v. Avery (1855) e ao relato da concorrência da Judiciário com a Arbitragem na Inglaterra do séc. XIX). Ver também WOLAVER, Earl S. The historical background of commercial arbitration. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 83, n. 2, p. 132-146, 1934. Nesses casos, evidentemente, dado os interesses econômicos opostos dos juízes e árbitros, parece-nos inegável que surge daí uma relação de concorrência.

¹⁵ Cf. Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁶ Cf. BESANKO, David et. al. *Economics of Strategy*. 6ª ed. Hoboken: Wiley, 2013, p.166 (“Competitors are the firms whose strategic choices directly affect one another.”).

arbitral e executando sentenças arbitrais. Essa relação mostra que os dois sistemas não operam de forma independente ou concorrente, mas sim complementar.

Essa divisão do trabalho entre os dois sistemas é clara no direito brasileiro. O Judiciário desempenha um papel essencial na execução de decisões arbitrais¹⁷ e na concessão de tutelas provisórias antes da instauração do procedimento arbitral.¹⁸ Além disso, os juízes garantem a eficácia positiva da cláusula compromissória, permitindo que um contratante supere a resistência da outra parte na instituição de um procedimento arbitral.¹⁹ Essa dinâmica não configura concorrência, mas sim cooperação funcional entre os sistemas.

Ainda como exemplo dessa cooperação entre Judiciário e Arbitragem, destaca-se a experiência no direito comparado, no qual a instituição de alguns procedimentos arbitrais torna-se obrigatória por determinação direta do juiz competente (i.e. “*court-ordered arbitration*”).²⁰ Esse mecanismo processual, e sua lógica de divisão de trabalho entre Judiciário e Arbitragem, mostra-se novamente incompatível com uma suposta relação de concorrência entre tribunais e câmaras arbitrais.²¹

Um argumento adicional contra a ideia de concorrência entre Judiciário e Arbitragem vem da Economia da Organização Industrial. Se os dois sistemas fossem de fato concorrentes, esperaríamos que cada qual, numa espécie de duopólio/oligopólio, buscasse diferenciar-se do outro para preservar seu espaço de atuação e sua base de usuários.²² No entanto, o que ocorreu foi o oposto: o Judiciário incorporou práticas da Arbitragem, como maior celeridade processual, flexibilização procedimental e especialização jurisdicional. Essa convergência não é compatível com uma dinâmica de concorrência imperfeita, na qual agentes racionais tenderiam a reforçar e/ou

¹⁷ Cf. Art. 516, III, do CPC: “O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante [...] o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral...”

¹⁸ Cf. Art. 22-A, caput, da Lei nº 9.307/1996: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.”

¹⁹ Cf. Art. 7º, caput, da Lei nº 9.307/1996: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

²⁰ Cf., e.g., Seção 1141.11 (a) do Código de Processo Civil do Estado da Califórnia (EUA): “*In each superior court with 18 or more judges, all nonexempt unlimited civil cases shall be submitted to arbitration under this chapter if the amount in controversy, in the opinion of the court, will not exceed fifty thousand dollars (\$50,000) for each plaintiff.*” Contudo, vale esclarecer que, no direito norte-americano, há somente uma renúncia relativa do potencial “cliente” do Judiciário em favor da Arbitragem. Como os laudos arbitrais nesses procedimentos de *court-ordered arbitration* não são vinculantes, a parte insatisfeita com a decisão dos árbitros poderá obter um novo julgamento no Judiciário. Entretanto, há diversos incentivos processuais para que as partes cumpram voluntariamente o laudo sem qualquer forma de intervenção ou revisão judicial. Ver HENSLER, Deborah R. Court-ordered arbitration: An alternative view. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1, 1990, p. 401.

²¹ Não se poderia sustentar uma verdadeira competição entre os sistemas estatal e privado de resolução de controvérsias se a própria legislação impõe que os juízes remetam algumas controvérsias ao julgamento por árbitros. Nesse caso, há uma renúncia obrigatória dos juízes e tribunais – fundada num princípio de cooperação entre Judiciário e Arbitragem – a um potencial “consumidor” da prestação jurisdicional em favor de outro prestador de serviços.

²² Mais tecnicamente, como a diferenciação de produtos mitiga a competição de preços entre os oligopolistas, a concorrência se desenvolve na dimensão da “qualidade”. Isto, por sua vez, confere aos participantes do oligopólio poder de mercado para praticarem preços supracompetitivos e extraírem parte do excedente dos consumidores. Ver BESANKO, David; BREAUTIGAN, Ronald. *Microeconomics*. 6ª ed. Hoboken: Wiley, 2020, p. 585.

manter suas diferenças, evitando que seus serviços se tornassem substitutos um do outro.²³ O que se observa, portanto, não é uma disputa de mercado entre os dois sistemas, mas sim um processo de aprendizado e adaptação institucional, no qual boas práticas se disseminam sem que haja uma lógica de competição direta.

É importante reconhecer que essas críticas à noção de concorrência entre Judiciário e Arbitragem não são novas e sempre foram bem compreendidas. A hipótese de concorrência foi usada, em grande medida, como uma alegoria: havia dois atores – Judiciário e Arbitragem – desempenhando funções semelhantes, e a existência de ambos parecia contribuir para a modernização do sistema estatal. Talvez por falta de um conceito mais adequado, a análise econômica inicial chamou esse fenômeno de concorrência, sem muito rigor técnico.

No entanto, a literatura econômica oferece um arcabouço conceitual mais preciso para descrever essa relação de influência mútua: os modelos de aprendizado. Esses modelos permitem entender como a Arbitragem e o Judiciário evoluem juntos, não como concorrentes diretos, mas como agentes que se observam e assimilam práticas, promovendo um aprimoramento institucional recíproco. Em vez de uma pressão concorrencial nos moldes de um mercado mais ou mesmo competitivo, há um processo contínuo de imitação e adaptação, que será explorado na seção seguinte.

4. O Judiciário e o Aprendizado com a Arbitragem

Dado que Arbitragem e Judiciário não competem, do ponto de vista econômico, como explicar a influência mútua entre eles? Propomos que essa interação se dá por meio de um processo de aprendizado, no qual o Judiciário assimila práticas da Arbitragem ao longo do tempo, como forma de mudança institucional.²⁴ A teoria dos jogos evolucionários nos ajuda a entender como e por que esse aprendizado é possível.²⁵

²³ A ideia de que concorrentes em um mercado oligopolizado tendem a preservar diferenciações entre seus produtos para evitar uma concorrência destrutiva é amplamente discutida na literatura de Organização Industrial. Modelos clássicos de oligopólio, como o de Bertrand, sugerem que, quando há diferenciação de produtos, as firmas evitam a homogeneização para manter algum grau de poder de mercado e evitar competição direta por preço. Ver CHURCH, Jeffrey R.; WARE, Roger. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Homewood: Irwin McGraw Hill, 2000, p. 398. No caso do Judiciário e da Arbitragem, a redução da diferenciação observada na prática vai contra esse padrão esperado em um duopólio/oligopólio, reforçando a tese de que os dois sistemas não operam nem mesmo sob uma lógica de concorrência imperfeita. Além disso, a literatura sobre economia institucional sugere que a adaptação de práticas entre instituições ocorre por meio de aprendizado e evolução institucional, e não necessariamente por pressão concorrencial. Ver DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983, pp. 150-151. A convergência entre Judiciário e Arbitragem pode ser explicada por essa dinâmica de aprendizado, na qual boas práticas são imitadas e absorvidas ao longo do tempo, sem que haja um jogo estratégico entre os agentes para maximizar lucros ou participação de mercado.

²⁴ Fala-se em instituições como as “regras do jogo” social, isto é, constrangimentos formais e informais que estruturam, estabilizam e orientam a interação humana em sociedade. Para uma revisão desses conceitos, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. In: *Estudos em Direito & Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento*. Curitiba: EVG, 2017, p. 129. Ver também NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: CUP, 1990.

²⁵ Um modelo de jogo evolucionário compreende “any formal model of strategic interaction over time in which (a) higher payoff strategies tend over time to displace lower payoff strategies, but (b) there is some inertia, and (c)

Diferentemente dos modelos clássicos de concorrência, os jogos evolucionários descrevem situações em que os agentes econômicos ajustam suas estratégias, não por imposição de concorrência direta, mas por observação e imitação. Nesses jogos, há uma cooperação entre os jogadores para compartilhar e selecionar as estratégias bem-sucedidas. Essas estratégias, no caso do Judiciário e da Arbitragem, correspondem a mudanças nas instituições que estruturam o sistema estatal de solução de disputas.

Para ilustrar essa dinâmica de maneira intuitiva, pensemos em um grupo de ciclistas percorrendo uma trilha desconhecida. Os primeiros a avançar testam diferentes caminhos. Se um deles encontra um percurso mais rápido e seguro, os demais observam e passam a segui-lo, ajustando sua trajetória. No longo prazo, esse aprendizado coletivo resulta em um caminho mais fácil para todos, sem que haja uma competição direta entre os ciclistas.²⁶ Da mesma forma, o Judiciário, ao observar o funcionamento eficiente da Arbitragem, assimilou práticas que demonstraram sucesso, aprimorando sua prestação jurisdicional.

Esse aprendizado institucional pode ocorrer de diferentes formas. No modelo de “aprendizado conformista”, práticas amplamente adotadas passam a ser seguidas por novos agentes simplesmente por sua prevalência. Já no “aprendizado por reforço”, os agentes ajustam suas práticas com base em experiências individuais anteriores e nos resultados observados.²⁷ Em ambos os casos, haveria uma transferência horizontal de cultura, isto é, um aprendizado baseado na reprodução (i.e. imitação) de normas sociais e comportamentos surgidos no contexto de uma mudança institucional descentralizada e evolucionária.²⁸

Dessa forma, instituições formais e informais tendem a se disseminar entre diferentes jogadores a partir das estratégias escolhidas, independentemente de haver ou não competição entre os agentes econômicos.²⁹ Essa difusão cultural, que funciona como um “canal de transmissão”, explica o aprendizado sob uma lógica de mimetismo entre diferentes grupos: o Judiciário, de um lado (grupo influenciado), e a Arbitragem, de outro (grupo influenciador).³⁰

players do not systematically attempt to influence other players' future actions”. Cf. FRIEDMAN, Daniel. On economic applications of evolutionary game theory. *Journal of Evolutionary Economics*, v. 8, 1998, p. 16.

²⁶ Dado o aspecto dinâmico desses modelos, as instituições selecionadas no processo de aprendizado são aquelas consideradas bem-sucedidas e que, ao serem imitadas, poderiam contribuir para o sucesso do agente imitador. Essa abordagem surge com os modelos de “dinâmica do replicador” (i.e. *replicator dynamic*). Entretanto, dada sua origem na biologia, esse modelo exige adaptações para sua aplicação em economia e outras ciências sociais. Cf. FUDENBERG, Drew; LEVINE, David K. *The Theory of Learning in Games*. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 67 (“although the archetypal evolutionary model, that of the replicator dynamics, was originally motivated by a [...] biological evolution, the process can also describe the result of some types of ‘emulation’ by economic agents”).

²⁷ BOWLES, Samuel. *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*. Princeton: PUP, 2004, pp. 62 e 37.

²⁸ *Idem*, p. 373.

²⁹ Pode-se dizer que o aprendizado entre Judiciário e Arbitragem representa uma forma de “isomorfismo organizacional”, resultado da homogeneização de estrutura, práticas e cultura entre organizações distintas. Essa lógica de mimetismo pode ocorrer em resposta à incerteza sobre a melhor tecnologia organizacional, levando uma organização a copiar estruturas e práticas de outra. Esse mimetismo ocorreria mesmo inconscientemente, dada a circulação pessoas ou a existência de uma base única de “clientes” com os quais as organizações se relacionam. Ver DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983, pp. 150-151.

³⁰ Além do mimetismo, o isomorfismo organizacional pode resultar também de pressões associadas à profissionalização de colaboradores relevantes. Essas pressões, internas à organização, resultam de normas de

Por exemplo, sabe-se que a cultura da Arbitragem, com a promulgação da Lei nº 9.307/1996 e, especialmente, após a confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal,³¹ levou ao surgimento de disciplinas acadêmicas que se tornaram a base da formação de advogados e juízes. Há aqui a difusão cultural como parte da educação jurídica no Brasil.

A cultura arbitral também conduziu ao surgindo de associações e órgãos de classe voltados à promoção da Arbitragem no Brasil, bem como à divulgação das vantagens e do aparente sucesso do sistema privado de solução de disputas. Também aqui há uma difusão cultural característica do processo de aprendizado, que se iniciou com uma rápida internalização de valores jurídico-processuais antes da alteração das instituições formais na legislação processual.³²

Por isso se diz que a busca por maior celeridade processual na reforma do processo civil, mencionada como exemplo anteriormente, não decorre de competição pelo mercado, mas sim de um aprendizado. Ao longo dos anos, o Judiciário observou que a Arbitragem oferecia soluções mais ágeis para litígios, especialmente pela ausência de um sistema recursal amplo. A reforma do CPC incorporou essa característica ao limitar a recorribilidade de decisões interlocutórias, aproximando o processo judicial do procedimento arbitral.

Da mesma forma, a flexibilização procedimental, com a introdução dos negócios jurídicos processuais, também reflete um processo de aprendizado. Na Arbitragem, as partes possuem ampla liberdade para estruturar o procedimento conforme suas necessidades. A experiência arbitral demonstrou que essa flexibilidade melhora a previsibilidade e eficiência na solução de disputas. O Judiciário assimilou essa prática ao permitir que as partes convencionassem prazos, fases processuais e até meios de prova dentro do novo CPC.

A especialização do Judiciário seguiu uma lógica semelhante. Nos tribunais arbitrais, disputas complexas são resolvidas por especialistas na matéria, garantindo maior qualidade técnica nas decisões. Observando esse modelo, o Judiciário passou a criar varas empresariais especializadas, reconhecendo que a especialização contribui para decisões mais acertadas e para uma tramitação processual mais eficiente.

Esses exemplos demonstram que o Judiciário tem assimilado práticas arbitrais como forma de aprimorar sua eficiência, usando de um aprendizado “conformista” ou “por reforço” na escolha

profissão compartilhadas pelos integrantes de diversas dessas organizações. Isto é, grupos de profissionais que se tornam homogêneos por força da sua educação formal (i.e. universidades) e participação em comunidades restritas (i.e. associações, sindicatos etc.). Ver, novamente, DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983, pp. 151-152.

³¹ STF, SE nº 5206-AgR, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 12.12.2001.

³² Sobre a possibilidade de as instituições informais transformarem-se espontânea e rapidamente, criando uma demanda para inovações institucionais formais, ver RUTTAN, Vernon W. Social science knowledge and induced institutional innovation: An institutional design perspective. *Journal of Institutional Economics*, v. 2, n. 3, 2006, pp. 253-254.

das instituições reproduzidas³³ Esse processo reflete um jogo no qual as melhores estratégias são incorporadas de maneira descentralizada e evolucionária, mas não necessariamente por uma competição entre jogadores.³⁴

Evidentemente, esse modelo de aprendizado tem limites quando aplicado à relação entre Arbitragem e Judiciário. Há muitos motivos pelos quais as conhecidas vantagens da Arbitragem não podem ser “aprendidas” (e replicadas) no Judiciário. Mas a utilização do modelo de aprendizado para analisar a relação entre Arbitragem e Judiciário traz uma segunda vantagem: ela permite enxergar que o aprendizado pode ser recíproco. O aprendizado da Arbitragem com o Judiciário

5. A Arbitragem e o Aprendizado com o Judiciário

Se, por um lado, o Judiciário aprendeu com a Arbitragem, por outro, a Arbitragem também assimilou elementos do Judiciário. A ideia original de que apenas o Judiciário se beneficiaria do modelo arbitral desconsiderava que os procedimentos arbitrais também passam por um processo contínuo de aprimoramento. A Arbitragem não é um sistema estático e acabado, mas sim uma instituição em evolução, que também observa e incorpora práticas do Judiciário para reforçar sua previsibilidade, eficiência e legitimidade.

A necessidade de padronização de procedimentos e fortalecimento da segurança jurídica são exemplos claros desse aprendizado. No início, a Arbitragem era caracterizada por ampla flexibilidade, o que, embora positivo, gerava incertezas para as partes, especialmente em disputas de alto valor. Com o tempo, câmaras arbitrais passaram a adotar regulamentos mais detalhados, estabelecendo critérios uniformes para a condução dos procedimentos e para a fundamentação das decisões. Esse movimento reflete a influência do Judiciário, que opera sob um arcabouço normativo consolidado, garantindo previsibilidade e controle procedimental.

Outro aspecto relevante é a preocupação crescente com a acessibilidade e a eficiência econômica da Arbitragem. Inspiradas no funcionamento do Judiciário, diversas instituições arbitrais implementaram mecanismos para reduzir custos e tornar seus procedimentos mais acessíveis. Entre essas medidas, destacam-se: a adoção de árbitros únicos para disputas de menor valor, evitando a necessidade de tribunais arbitrais completos; a criação de procedimento de arbitragem expedito, que busca acelerar a resolução de conflitos sem comprometer a qualidade das

³³ Embora o “*reinforcement learning*” não envolva necessariamente uma estratégia de imitação, como ocorre no “*conformist learning*”, o resultado dessas duas formas de aprendizado pode ser muito semelhante. Ver FUDENBERG, Drew; LEVINE, David K. Learning and equilibrium. *Annual Review of Economics*, v. 1, n. 1, 2009, p. 414.

³⁴ Segundo a literatura, nem toda “estratégia” escolhida pelo imitador é aquela que seria a mais adaptada a sobreviver numa competição entre os diversos participantes do jogo evolucionário. Cf. BOWLES, Samuel. *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*. Princeton: PUP, 2004, p. 240 (“Those who are successful may obtain positions [...] in which they have privileged access to the population as cultural models and thus may be copied disproportionately for reasons associated with their location in the social structure rather than because of their success per se.”).

decisões;³⁵ e a incorporação da mediação como etapa preliminar para evitar litígios desnecessários, em linha com o incentivo estatal à conciliação no Judiciário.³⁶

Além disso, algumas câmaras arbitrais passaram a incorporar mecanismos de controle processual inspirados no Judiciário para lidar com desafios como litigância de má-fé e abuso do direito de ação. A flexibilidade da Arbitragem permitia que partes e advogados explorassem lacunas regulatórias para criar estratégias processuais que prolongassem artificialmente as disputas. Observando como o Judiciário lida com esses problemas – por meio de sanções, condenações por má-fé e restrições procedimentais –, diversas câmaras arbitrais discutem atualmente a adoção de regras mais rígidas para disciplinar a conduta das partes.

Outro desenvolvimento importante foi a criação de árbitros de emergência, que exercem jurisdição provisória antes da formação do tribunal arbitral. Esse mecanismo reflete uma adaptação do modelo de tutelas provisórias do Judiciário, garantindo que medidas urgentes possam ser apreciadas antes da nomeação dos árbitros definitivos.³⁷

O aprendizado da Arbitragem com o Judiciário também pode ser visto na forma como as câmaras arbitrais passaram a lidar com questões de publicidade e transparência. Se, no passado, a confidencialidade absoluta era vista como uma vantagem da Arbitragem, hoje há uma tendência global de maior transparência em arbitragens envolvendo entes públicos ou matérias de interesse coletivo. Esse movimento se aproxima dos princípios de publicidade que regem o Judiciário e reflete a necessidade de maior *accountability* no sistema arbitral.

A relação entre Judiciário e Arbitragem deve, portanto, ser vista como um processo de aprendizado mútuo, no qual ambos os sistemas evoluem ao longo do tempo, absorvendo práticas e ajustando-se às demandas da sociedade. Esse fenômeno pode ser analisado à luz da teoria econômica dos jogos evolucionários, que explica como instituições se transformam ao incorporar estruturas e práticas de outras, mesmo sem estarem inseridas em uma dinâmica de concorrência.

Esse aprendizado institucional não se limita ao Brasil, mas faz parte de um fenômeno global. Em diversas jurisdições, observa-se um movimento contínuo de interação entre Judiciário e Arbitragem, no qual boas práticas são testadas, ajustadas e disseminadas entre os dois sistemas. Assim como o Judiciário assimilou características da Arbitragem para aumentar sua eficiência, a Arbitragem também se moldou para se tornar mais previsível, acessível e institucionalmente robusta.

6. Conclusão

³⁵ Cf., e.g., Art. 21 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) e a Resolução nº 4/2018 do Presidente da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp (“CMA-Ciesp/Fiesp”).

³⁶ Cf., e.g., Art. 12. 4 do Regulamento de Mediação do CAM-CCBC e Art. 6.1 do Regulamento de Mediação da CMA-Ciesp/Fiesp.

³⁷ Cf., e.g., Arts. 13 e 37 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC e Resolução nº 12/2022 do Presidente da CMA-Ciesp/Fiesp.

Este artigo revisitou a análise econômica da Arbitragem no Brasil, originalmente formulada sob a hipótese de que a Arbitragem e o Judiciário estariam em uma relação concorrencial. Demonstramos que essa visão não se sustenta nem do ponto de vista jurídico, nem econômico. Em vez de um modelo baseado em competição, propusemos um enquadramento alternativo, fundamentado na noção de aprendizado institucional.

A Arbitragem e o Judiciário operam de forma interdependente, influenciando-se mutuamente ao longo do tempo. O Judiciário assimilou práticas da Arbitragem, como a celeridade processual, a flexibilização procedimental e a especialização jurisdicional. Esse processo não foi resultado de uma disputa por “mercado”, mas de um jogo evolucionário, no qual agentes ajustam suas práticas ao observarem estratégias bem-sucedidas em outros contextos institucionais.

Por outro lado, a Arbitragem também aprendeu com o Judiciário. A necessidade de maior previsibilidade e segurança jurídica levou à adoção de regulamentos mais detalhados, à introdução de mecanismos de controle processual e ao fortalecimento da disciplina nos procedimentos arbitrais. O aprimoramento da Arbitragem não ocorreu em um vácuo normativo, mas sim em um ambiente de interação contínua com o Judiciário, que influenciou sua evolução ao longo do tempo.

A literatura sobre a economia da Arbitragem tem tradicionalmente enfatizado o que o Judiciário pode aprender com a Arbitragem, frequentemente enquadrando o mecanismo arbitral como uma resposta eficiente aos custos de transação da jurisdição estatal. Essa abordagem fazia sentido dentro de um modelo concorrencial, no qual a Arbitragem surgia como uma alternativa mais eficiente para certos litígios. No entanto, ao reformular essa relação em termos de aprendizado institucional recíproco, deslocamos o foco para a dinâmica de influência mútua, na qual cada sistema incorpora práticas do outro para aprimorar sua eficiência e previsibilidade. Essa mudança de perspectiva aproxima a análise econômica da Arbitragem de debates mais amplos sobre evolução institucional e aprendizado organizacional.

O reconhecimento do aprendizado institucional recíproco também abre espaço para novas investigações sobre os desafios e oportunidades que emergem dessa relação dinâmica. A Arbitragem, apesar de continuar sendo um mecanismo eficiente, enfrenta desafios como a elevação de custos, a falta de previsibilidade em determinadas decisões e a litigância de má-fé. O Judiciário, por sua vez, continua a buscar maior eficiência sem comprometer garantias processuais. Nesse contexto, a interação entre os dois sistemas continuará a gerar ajustes institucionais, permitindo novas formas de aprimoramento na resolução de disputas.

Ao invés de uma relação estática de concorrência, Arbitragem e Judiciário evoluem juntos, observando-se mutuamente e incorporando práticas bem-sucedidas ao longo do tempo. A teoria dos jogos evolucionários nos permite compreender essa interação como um processo contínuo de adaptação e seleção institucional, no qual estratégias eficientes são identificadas e replicadas. Esse aprendizado fortalece ambos os sistemas e contribui para um ambiente jurídico mais eficiente e previsível.

7. Bibliografia

BESANKO, David et. al. *Economics of Strategy*. 6ª ed. Hoboken: Wiley, 2013.

BESANKO, David; BREAUTIGAN, Ronald. *Microeconomics*. 6ª ed. Hoboken: Wiley, 2020.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3ª ed. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer, 2009.

BOWLES, Samuel. *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*. Princeton: PUP, 2004.

CHURCH, Jeffrey R.; WARE, Roger. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Homewood: Irwin McGraw Hill, 2000.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983.

DRAHOZAL, Christopher R. Business Courts and the Future of Arbitration. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 10, 2008.

DRAHOZAL, Christopher R.; WARE, Stephen J. Why do businesses use (or not use) arbitration clauses. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 25, 2010.

FRIEDMAN, Daniel. On economic applications of evolutionary game theory. *Journal of Evolutionary Economics*, v. 8, 1998.

FUDENBERG, Drew; LEVINE, David K. Learning and equilibrium. *Annual Review of Economics*, v. 1, n. 1, 2009.

FUDENBERG, Drew; LEVINE, David K. *The Theory of Learning in Games*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HENSLER, Deborah R. Court-ordered arbitration: An alternative view. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1, 1990.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a private good. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, 1979.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: CUP, 1990.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista Direito GV*, v. 7, 2008.

RUTTAN, Vernon W. Social science knowledge and induced institutional innovation: An institutional design perspective. *Journal of Institutional Economics*, v. 2, n. 3, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem. In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. In: *Estudos em Direito & Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento*. Curitiba: EVG, 2017

WOLAVER, Earl S. The historical background of commercial arbitration. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 83, n. 2, 1934.