

Economic Analysis of Law Review

Arbitragem Vs. Judiciário: Uma Análise Econômica e Econômica-Comportamental

Arbitration Vs. Judiciary: An Economic and Behavioral Economic Analysis

Ana Paula Ribeiro Nani¹
Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Luciano Benetti Timm²
Fundação Getúlio Vargas (FGV)

RESUMO

Este artigo tem como objetivo refletir, a partir dos fundamentos da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental, acerca dos incentivos gerados às empresas (enquanto agentes econômicos) pela Arbitragem, comparando-os com os incentivos gerados pelo Sistema Judiciário brasileiro. Para os limites do artigo, o texto se divide em três partes: primeiro será introduzida a consideração das empresas enquanto agentes racionais maximizadores de utilidade (de forma a se pressupor que, racionalmente, elas escolherão pelo método de resolução de controvérsias que reduza os custos em que incorrerão); depois, são analisadas algumas características da Arbitragem (comparando-as com o Judiciário), evidenciando-se os custos de transação e de oportunidade envolvidos na escolha de um ou outro método de resolução de disputas; e, por último, são colocadas algumas considerações sobre o impacto da Arbitragem no cumprimento das obrigações contratuais. Ao final, tem-se como conclusão que a Arbitragem vem se revelando como uma alternativa atrativa para as empresas brasileiras no que concerne ao desafio de um sistema resolutivo de controvérsias mais rápido, qualificado, imparcial e eficiente.

Palavras-chave: Arbitragem; Judiciário; Empresas; Custos de Transação; Custos de Oportunidade; Esfera de Incentivos; Análise Econômica do Direito.

JEL: F14; K33; L65.

ABSTRACT

This article aims to reflect, from perspective of Economic Analysis of Law and Behavioral Law and Economics, about the incentives generated to companies (as economic agents) by Arbitration, comparing them with the incentives generated by the Brazilian Judiciary System. For the limits of the article, the text is divided into three parts: first, the consideration of companies as rational utility-maximizing agents will be introduced (in order to assume that, rationally, they will choose the method of dispute resolution that reduces costs in which will incur); then, some characteristics of Arbitration are analyzed (comparing them with the Judiciary), highlighting the transaction and opportunity costs involved in choosing one or another method of dispute resolution; and, finally, some considerations are put on the impact of Arbitration on the fulfillment of contractual obligations. In the end, the conclusion is that Arbitration has proved to be an attractive alternative for Brazilian companies with regard to the challenge of a faster, more qualified, impartial and efficient dispute resolution system.

Keywords: Arbitration; Judiciary; Companies; Transaction Costs; Opportunity Costs; Sphere of Incentives; Economic Analysis of Law.

R: 16/10/21 **A:** 07/06/22 **P:** 31/12/22

¹ E-mail: anapaula.nani@hotmail.com

² E-mail: ltimm@cmtlaw.com.br

1. Introdução

Ao associar a noção de custos tão somente ao aspecto financeiro, poder-se-ia considerar, *prima facie*, que a Arbitragem é “cara” quando comparada ao método estatal de solução de controvérsias (Sistema Judiciário)³. Contudo, ao se aplicar alguns conceitos econômicos e econômico-comportamentais e mensurar os custos relacionados a uma disputa, muitas vezes chega-se à conclusão oposta.

Com base em sobredita ideia, objetiva-se, com este artigo, refletir, com base nos ferramentais da Análise Econômica do Direito ⁴ (*Law and Economics*) e da Economia Comportamental (*Behavioral Law and Economics*)⁵, sobre a possibilidade de a Arbitragem – quando comparada ao Sistema Judiciário – se revelar como uma alternativa mais atrativa para as empresas brasileiras que visam obter decisões mais rápidas, qualificadas, imparciais e eficientes para os seus conflitos.

Nesse sentido, buscar-se-á esclarecer que as empresas, enquanto agentes econômicos racionais, não devem, quando da sua tomada de decisão quanto ao método de resolução de potenciais controvérsias (Sistema Judiciário vs. Arbitragem) a se adotar, restringir-se em considerar apenas os possíveis elevados custos financeiros diretos da Arbitragem, mas, do contrário, devem empenhar-se em uma avaliação mais ampla capaz de mensurar todos os custos atrelados à sua escolha – tais como os custos de transação e os custos de oportunidade.

2. A Escolha Quanto ao Método de Resolução de Controvérsias

As empresas são frequentemente obrigadas a fazer escolhas das mais variadas naturezas. Todas essas escolhas impõem-se, precipuamente, em razão de os recursos disponíveis serem limitados. Assim, escolher uma opção significa, automaticamente, renunciar a muitas outras⁶.

³ Mesmo sob o aspecto financeiro, há casos em que a Arbitragem se mostra, atualmente no Brasil, como um método mais “barato” de solução de litígios se comparada à via estatal – conforme aponta pesquisa empírica recente: SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral versus Custo do Processo Judicial: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira**. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 17, 2020. Há estudos que sublinham, também, a existência ferramentas de redução dos custos da Arbitragem – tal como a utilização de Arbitragem expedita ou de árbitro único – fazendo com que, muitas vezes, os custos financeiros sejam até menores do que aqueles incorridos na via judicial. Vide: AREND, Andreia Propp; TIMM, Luciano Benetti. **A Análise econômico-jurídica da arbitragem expedita**. Revista Brasileira de Arbitragem, CBAr, v. 65, 2020.

⁴ Para melhor compreensão, sugere-se a leitura: (I) POSNER. **Economic Analysis of Law**. 7th. ed. New York: Aspen, 2007; (II) CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972; (III) COASE, Ronald. **The nature of the firm**: Oliver E. Williamson, 1937; (IV) COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª Ed., Addison-Wesley, Porto Alegre, Bookman, 2016; (V) MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond**, Princeton: Princeton University Press, 2006; (VI) MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito** – tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2015; (VII) TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil: estudos sob a análise econômica do direito**. 3ªed. Indaiatuba, SP. Ed. Foco, 2019; e (VIII) SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. 1ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

⁵ Para melhor compreensão, sugere-se a leitura: (I) KAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. São Paulo, Editora Objetiva, 2016; (II) SUSTEIN, CASS & THALER, R. **Nudge**. São Paulo, Editora Objetiva, 2019.; (III) SUSTEIN, CASS & THALER, R. **A behavioral approach to law and economics**. Stanford Law Review, Vol. 50; (IV) THALER, R. **Misbehaving: A Construção Da Economia Comportamental**. São Paulo, Editora Intrínseca, 2019.

⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito** – tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2015. p. 25-26.

Em relação ao método de resolução das eventuais controvérsias que surgem no decorrer das relações interempresariais, o mecanismo não é diferente. Quando do surgimento do conflito, ou até quando da celebração dos contratos, as empresas deparam-se com a necessidade de decidir se levarão suas vindouras disputas ao Judiciário ou à Arbitragem (quando tratarem-se de *direitos patrimoniais disponíveis*⁷).

Em sua obra *The Nature of the Firm*, Ronald Coase explica que a “firma”, enquanto agente econômico maximizador, tende a aumentar sua utilidade (satisfação econômica), grosso modo, pela diferença entre receitas e custos⁸. Elucida o autor que, nesse caso, as consideradas “melhores escolhas” seriam aquelas em que as receitas são maiores e os custos menores. Ensina Coase, ainda, que para se fazer a aludida ponderação e efetivamente avaliar a utilidade econômica, importa ter em mente que os custos da empresa não incluem tão somente os custos de produção, mas, também, aqueles de transação e oportunidade⁹.

Nessa perspectiva, há de se considerar que cada empresa individualmente deverá ponderar quanto ao método mais adequado para lidar com os seus potenciais conflitos. Essa ponderação, contudo, necessita de um olhar atento no sentido de preservar a estabilidade da organização, de eliminar custos desnecessários e, por vezes, de investir na manutenção do relacionamento com a contraparte. Nesse viés, sublinha Marco Antônio Lorencini que “por vezes, mas importante que controlar a solução final é controlar o próprio procedimento”¹⁰.

Dessa forma, o que faria, então, as empresas optarem pela Arbitragem ou pelo Judiciário? Por que em certos casos as empresas voluntariamente decidem submeter-se ao procedimento arbitral em detrimento do estatal?

Como adiante se verá, referida decisão está relacionada à estrutura de incentivos gerada pela Arbitragem – principalmente pela possibilidade de redução de custos (especialmente aqueles “de transação” e “de oportunidade”) e pela possibilidade de melhoria no ambiente jurídico em que se dará a futura relação contratual interpartes¹¹.

3. Estrutura de Incentivos: Arbitragem vs. Judiciário

Como dito, a sujeição – ou não – ao procedimento arbitral é uma escolha. São as partes que compõem a relação jurídica que optam por resolver seus conflitos por meio da Arbitragem por verem nela certas vantagens quando comparada aos seus sucedâneos – mormente o processo judicial¹².

Assim, tentar-se-á aqui superar a dificuldade de acesso aos dados da Arbitragem (que, como se sabe, não raramente possuem caráter sigiloso) a fim de melhor ilustrar a comparação entre o aludido instituto e o Sistema Judicial.

⁷ “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (art. 1º, Lei n. 9.307/1996 – Lei de Arbitragem Brasileira).

⁸ COASE, Ronald. *The nature of the firm*: Oliver E. Williamson, 1937.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. Carlos Alberto de Salles (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 619-621.

¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia da Arbitragem*, 2011, p. 1-2.

¹² *Ibidem*, p. 9.

Tendo-se em vista o panorama do Judiciário brasileiro, no qual a morosidade e a ineficiência são frequentemente tidas como suas características mais evidentes¹³, duas são as principais “razões maiores” apontadas pela literatura sobre o tema como justificantes da escolha pela Arbitragem.

A primeira “razão maior” é que o processo arbitral tem o condão de reduzir (i) os *custos de transação* e (ii) os *custos de oportunidade* relacionados à resolução de disputas – quando comparado ao Sistema Judiciário; a segunda, é que a Arbitragem pode favorecer a formação de um *sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento* das obrigações entre as partes, de forma a maximizar os ganhos na relação entre elas¹⁴.

Assim, passa-se, então, a explicitar, de maneira mais esmiuçada, cada um desses pontos.

3.1. Redução dos Custos de Transação

Coase, em sua obra *The Problem of Social Cost*, identificou os custos de transação como sendo aqueles que dificultam que uma transação aconteça (vez que seu teorema supõe que os indivíduos fariam trocas necessariamente até se atingir o equilíbrio, caso os custos de transação fossem zero)¹⁵.

Dessa forma, os denominados *custos de transação* abrangem, em linhas gerais, os três passos de uma transação comercial, isto é: (i) o custo da procura para a realização do negócio; (ii) o custo da negociação em si; e, (iii) o custo do cumprimento do que foi negociado¹⁶. Seria neste último que estaria contido, por exemplo, os custos de resolução do litígio – nos quais estão englobados os custos administrativos do procedimento, os custos oriundos da demora na alocação da propriedade, os custos de eventuais erros no julgamento, os custos de ineficácia do procedimento e os custos de publicidade da transação¹⁷.

Sabe-se que o agente econômico racional busca reduzir seus custos, tendendo a preferir um método de resolução de conflitos que atinja tal objetivo de forma eficiente. É justamente almejando tal propósito que as partes, muitas vezes, optam por submeterem-se à Arbitragem.

Em recente (2021) pesquisa de campo¹⁸ realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), com apoio metodológico do Instituto de Pesquisa Ipsos, foram coletadas respostas sobre quais seriam as principais vantagens da Arbitragem. Depreende-se da aludida pesquisa que a maioria dos entrevistados indicou, respectivamente: a celeridade, a qualidade das decisões, a possibilidade de indicar ou participar da escolha do árbitro, a independência e imparcialidade dos árbitros, entre outros.

Assim, tendo como base as vantagens apontadas na pesquisa empírica realizada pelo CBAr, bem como na literatura sobre o tema, analisar-se-á especificamente os seguintes aspectos da Arbitragem – comparando-os com o processo judicial: (A) celeridade do procedimento; (B)

¹³ CASTELAR, Armando (org). **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré. 2000, p.12.

¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 1-2.

¹⁵ COASE, Ronald H. (1960). **The problem of social cost**. 3º Journal of Law and Economics, p. 1-44.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1-44.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p. 5.

¹⁸ **Arbitragem no espelho – Pesquisa CBAr - Ipsos, 2021**; Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: <https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf> Acesso em 15.09.2021

qualificação das decisões; (C) imparcialidade dos árbitros; (D) confidencialidade no julgamento; e (E) custo monetário-financeiro do processo

(A) Celeridade do Procedimento

Segundo a Suprema Corte do Texas (EUA), a atenção com a morosidade dos sistemas resolutivos de controvérsias deve ser intensa, vez que as “possibilidades de erro multiplicam-se rapidamente com o aumento do tempo decorrido entre o fato original e a decisão judicial”¹⁹.

Na mesma direção, o professor José Rogério Cruz e Tucci afirma que “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória”²⁰.

Os empresários brasileiros, do mesmo modo, parecem concordar com a seriedade do problema. Segundo apontam os dados coletados por Armando Castelar²¹, na opinião desses empresários, a morosidade é o maior problema do Judiciário nacional.

As estatísticas mostram que a celeridade das cortes judiciais brasileiras está abaixo da média mundial²². Muitos atribuem este fato ao volume de processos encontrados nos tribunais: um juiz brasileiro é, em média, responsável por dez mil casos em qualquer dado momento de tempo²³.

Segundo pesquisa feita pelo Instituto Nacional de Qualidade Judiciária (INQJ), a despeito de um processo típico levar aproximadamente três anos para ser concluído em primeira instância, durante esse período, o tempo em que ele é efetivamente apreciado pelo magistrado é tão somente de seis horas²⁴.

No mesmo sentido, uma pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça (2007) mostra que o processo judicial fica parado um longo tempo no cartório mesmo depois de o magistrado ter proferido sua decisão – sendo que este tempo de espera pode chegar a 50% do tempo total do processo²⁵.

Por outro lado, a celeridade é identificada como relevante característica com que, via de regra, os processos arbitrais são conduzidos. Vale ressaltar que o procedimento arbitral não está sujeito à rigidez do processo judicial: a Arbitragem não se submete ao regime de infundáveis

¹⁹ In OSTROM, HANSON & NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS, 1999, p.1 *apud* YEUNG, Luciana. **Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anedóticas: Uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 48.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

²¹ CASTELAR PINHEIRO, Armando. (org). **Judiciário e Economia no Brasil**. Editora Sumaré, 2000, p. 76-77.

²² YEUNG, Luciana. **Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anedóticas: Uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 83.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sherwood, R. M. The Unseen elephant: What Blocks Judicial System Improvement? Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007 *apud* YEUNG, Luciana. **Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anedóticas: Uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 91.

²⁵ YEUNG, Luciana. **Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anedóticas: Uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 94.

recursos para instâncias superiores e os árbitros julgadores contam, comumente, com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam proferidas com rapidez²⁶.

Importa mencionar que o próprio legislador, ao positivar a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996) fez constar a intenção de criar um procedimento célere. Veja-se que o art. 23 da mencionada lei estipula que “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

Para que se possa melhor ilustrar o panorama delineado, convém aqui trazer uma comparação numérica: segundo apontado pelo CNJ, o tempo médio de um processo no acervo do Poder Judiciário na data-base de 2018 foi de *quatro anos e dez meses*²⁷. Por outro lado, nesse mesmo período, segundo apontam os dados colhidos pela Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o tempo médio dos procedimentos arbitrais foi de tão somente *um ano e um mês*²⁸.

Dessa forma, o longo tempo despendido na esfera judicial por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos em litígio durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado.

(B) Qualificação das Decisões

Além da celeridade, a Arbitragem pode proporcionar, em relação à jurisdição estatal, uma melhora na qualidade das decisões. Mencionado potencial é fruto da possibilidade de escolha, pelas partes, do(s) árbitro(s) que julgarão o conflito, vez que há margem para a escolha de julgadores especializados – o que também pode representar economia para as partes.

Ao contrário do magistrado estatal, o árbitro escolhido pode ter formação específica em área técnica diretamente relacionada ao objeto da Arbitragem. Segundo leciona o professor Bruno Salama, “é razoável que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera, por exemplo, possa aferir com maior precisão os termos técnicos de contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera”²⁹.

A lógica econômica por detrás dessa ideia é a de que o árbitro, por comumente conhecer as práticas de mercado (seja por ser um advogado habitual no setor econômico em jogo ou por ser um próprio *player* deste mercado), detém maior conhecimento sobre as regras relevantes para as empresas em disputa naquele setor, obtendo, portanto, uma menor assimetria informacional³⁰ e um menor custo de aprendizagem, quando comparado a um juiz estatal³¹.

²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 5.

²⁷ Relatório anual denominado “Justiça em Números” publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019 (cuja data-base é 2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em 20.01.2021

²⁸ Estatística disponibilizada pela Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Disponível em: <https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/49659/1594157004Relatorio_anual_de_Arbitragem_CAM-CCBC_2019_Portugus.pdf> Acesso em 20.01.2021.

²⁹

³⁰ CRISTOFANI, Cláudia Cristina. **Aspectos econômicos da precisão da decisão judicial**. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa. 2015.

³¹ TIMM, Luciano Benetti. **Análise Econômica da Arbitragem**. 2017. p. 17-18.

Conforme afirmam os professores Anne van Aaken e Tomer Broude, um conhecedor especialista (árbitro) pode tomar uma decisão mais rapidamente e com menos transferência de informações, e, portanto, com menos custos incorridos pelos litigantes³².

O mercado consumidor da Arbitragem parece confirmar essa ideia. O 2013 *Corporate Choices in International Arbitration: Industry Perspective*³³ aponta como uma importante vantagem desse método de resolução de controvérsias a especialidade do árbitro. Ainda que seja necessário pagar pelos honorários dos árbitros, o mercado entende que a especialidade do julgador é um dos principais fatores determinantes para a escolha pela Arbitragem.

Vale mencionar que a Arbitragem, ainda, apresenta a importante vantagem de que o julgador (árbitro) tem incentivos econômicos diretos para proferir uma melhor decisão. Isso porque, por tratar-se de um mercado profissional competitivo, o árbitro necessita de reputação a fim de continuar sendo escolhido (nomeado por eventuais partes futuras) e sabe-se que a frequência da nomeação e até o valor da remuneração será maior quanto melhor for sua reputação³⁴.

Ao traçar o paralelo com um magistrado de carreira, vê-se que este não tem o mesmo sobredito incentivo, pois não é escolhido pelas partes; sua atuação, pelo contrário, é fruto da distribuição forense (que visa apenas resguardar a imparcialidade)³⁵.

(C) Imparcialidade dos Árbitros

Além da celeridade e da possibilidade de escolha de árbitros especializados, a diminuição dos custos de transação também pode refletir a expectativa de um maior grau de imparcialidade do(s) árbitro(s). Esse tema é particularmente sensível nas relações mercantis internacionais, vez que nestas há, frequentemente, um temor de que os juízos estatais favoreçam a parte nacional em detrimento daquela estrangeira³⁶.

Assim, a possibilidade de determinar-se que o procedimento arbitral tramite em jurisdição estranha às partes, permite que cada parte deduza sua parcela de custo correspondente ao risco de litigar em um ambiente não neutro³⁷.

Ainda sobre as disputas comerciais internacionais, há de se ressaltar que a Arbitragem detém o potencial de reduzir os chamados “custos de ineficácia”, eis que a sentença arbitral – em comparação com aquela estatal – é mais facilmente reconhecida pelos tribunais nacionais e possui importantes instrumentos que garantem o seu reconhecimento e a sua exequibilidade em diversas

³² AAKEN, Anne van; BROUDE, Tomer. **Arbitration from a Law & Economics Perspective**. Draft for The Oxford Handbook of International Arbitration, Thomas Schultz & Federico Ortino (eds.), Oxford University Press, p. 7.

³³ GERBAY, Rémy. 2013 *Corporate Choices in International Arbitration: Industry Perspectives*. Queen Mary University of London, 2013. Disponível em <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html>> Acesso em 20.01.2021

³⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p. 13-15.

³⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018; GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**. Revista de Direito Administrativo, v. 267, Rio de Janeiro, 2014.

³⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 4.

³⁷ *Ibidem*, p. 4.

jurisdições estrangeiras – a exemplo da Convenção de Nova Iorque de 1958³⁸. Nesse cenário, uma sentença arbitral proferida aqui no Brasil, por exemplo, tem uma probabilidade muito maior de ser executada em outro país do que uma decisão proveniente do nosso Judiciário³⁹.

Segundo apontam as pesquisas realizadas pelos professores Christopher Drahozal e Stephen J. Ware, em contratos transnacionais, a Arbitragem traz dois benefícios adicionais (quando comparada à jurisdição estatal): ela fornece um fórum neutro para a disputa e, ainda, potencializa a chance de exequibilidade da sentença em outra jurisdição⁴⁰.

Essa noção, inclusive, é comprovada, empiricamente, pelas pesquisas feitas com empresas que utilizam a Arbitragem. José Cretella Neto narra que na pesquisa de campo realizada por Christian Bühring-Uhle, com dezenas de participantes de arbitragens internacionais, o resultado mostrou que a neutralidade do foro é um dos atributos mais caracterizado como “altamente relevante” ou de importância “significativa” pelos entrevistados⁴¹.

Com efeito, pode-se pensar, ainda, que a possibilidade de um julgamento colegiado (como o é quando instituído um tribunal arbitral), em detrimento daquele monocrático (que ocorre nas primeiras instâncias dos tribunais estatais), tem o condão de diminuir a parcialidade e os vieses dos julgadores, que poderiam proferir suas decisões baseados em ideologias ou valores pessoais subjetivos.

Conforme apontam os estudos de Economia Comportamental realizados pelos professores Anne van Aaken e Tomer Broude⁴², os indivíduos tendem a melhor reconhecer o impacto dos vieses no julgamento dos outros. Assim, a possibilidade de na Arbitragem decidir-se em painéis facilita que os julgamentos sejam conduzidos com maior imparcialidade.

(D) Confidencialidade no Julgamento

Além do que até aqui fora analisado, há de se considerar, ainda, que a diminuição dos custos de transação pode ser reflexo da possibilidade de haver confidencialidade nos procedimentos arbitrais.

O sigilo se revela como uma circunstância importante em diversas disputas – especialmente naquelas envolvendo temas que criam algum tipo de suscetibilidade para a reputação das partes e segredos comerciais⁴³.

Os processos judiciais, via de regra, são públicos (por força do princípio constitucional da “publicidade”⁴⁴). Todavia, isso pode ser prejudicial para as empresas, pois, eventualmente, são

³⁸ Convenção de Nova Iorque de 1958. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

³⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**. p. 16.

⁴⁰ “In that context, however, commentators emphasize two additional benefits: arbitration may provide a neutral forum and may be more likely to result in an award enforceable in another jurisdiction” (in DRAHOZAL, Christopher R.; WARE, Stephen J. **Why do Business Use (or Not Use) Arbitration Clauses**. University of Kansas, 2010. p. 15.)

⁴¹ CRETELLA NETO, José Rogério. **Quão sigilosa é a arbitragem?** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, a. 7, n. 25, abr/ jun, 2010, p. 55 *apud* FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 94.

⁴² AAKEN, Anne van; BROUDE, Tomer. **Arbitration from a Law & Economics Perspective**. Draft for The Oxford Handbook of International Arbitration, Thomas Schultz & Federico Ortino (eds.), Oxford University Press, p. 21.

⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 4.

⁴⁴ Princípio postulado no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

discutidas informações confidenciais, as quais, se divulgadas, podem atrapalhar significativamente o seu bom funcionamento, diminuir seu valor no mercado e até mesmo ameaçar sua existência⁴⁵.

Por outro lado, na Arbitragem é comum que se adote um procedimento confidencial – senão expressamente na cláusula compromissória, indiretamente pela adoção de um regulamento arbitral que assim o preveja⁴⁶.

Sobre o tema em comento, a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, em suas *notes on organizing arbitral proceedings*, reconhece, em seu item 31, que “*its is widely viewed that confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration*”⁴⁷.

Ainda, a *International Law Association*, em relatório elaborado sobre o tema, também deixa claro que “*confidentiality is an important feature of international commercial arbitration*”⁴⁸.

Na doutrina brasileira, Arnaldo Wald consigna que “a confidencialidade é outro argumento importante a favor da arbitragem, para evitar o conhecimento público dos litígios existentes, num mundo em que a imprensa econômica se desenvolveu e acompanha todas as operações das empresas”⁴⁹.

Assim, pode-se dizer que a possibilidade de preservar as informações das empresas detém o potencial de *reduzir os custos de transação*, vez que se reduz a possibilidade de vazamento de informações empresariais sensíveis (como *know how*, segredos industriais, pesquisas realizadas, etc) ou do simples fato de se ver o nome da empresa publicamente envolvido em um litígio.

(E) Custo Monetário-Financeiro do Processo

Por fim, vale debruçarmo-nos sobre o sabido e consabido argumento de ser a Arbitragem um procedimento “caro” do ponto de vista financeiro. Em geral, os indivíduos têm a crença de que o custo (financeiro-contábil) do processo arbitral é alto, principalmente quando se trata de processos a serem realizados em instituições renomadas⁵⁰. Isso se deve ao fato de que além do eventual custo a ser despendido com a instituição que administra o procedimento, há também de

⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p. 15.

⁴⁶ A maioria dos regulamentos de Arbitragem das principais Câmaras no mundo prevê confidencialidade.

⁴⁷ UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>>. Acesso em 20.01.2021.

⁴⁸ Resolution 1/2010 – The 74th Conference of International Law Association held in The Hague, The Netherlands, 15-20, August 2010. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0HjTZTg87PoJ:https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx%3FD1126%26StorageFileGuid%3D00c7e857-9d3a-4c63-bc5e-0c47a1d8079e+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 20.01.2021

⁴⁹ WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, a.6, n. 20, jan/mar. 2009, p. 12-13 *apud* FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 94.

⁵⁰ Há um estudo realizado periodicamente pelo escritório White & Case e pela Queen Mary University of London, denominado International Arbitration Survey, que constatou em sua edição de 2015 que “*costs*” (custos) são uma das piores características da arbitragem para 68% dos entrevistados. Por outro lado, quando os entrevistados foram questionados acerca de suas preferências de instituições de arbitragem, o critério *overall cost of service* (custo total do procedimento) aparece em 9º lugar como critério de escolha das instituições arbitrais. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>> (in TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p.9).

se depender os honorários arbitrais (e dos advogados ou representantes das partes, os custos com deslocamento, etc)⁵¹.

A Arbitragem, contudo, tem o condão de reduzir os custos administrativos relacionados a resolução dos conflitos. Primeiro, porque as partes podem realizar o procedimento sem necessariamente depender de alguma instituição (neste caso, seria uma Arbitragem “*ad hoc*” e não “institucional”), ou podem, ainda, optar por realizar uma Arbitragem “*expedita*”⁵². Segundo, porque as instituições arbitrais tendem a gerar concorrência neste mercado, propiciando a queda no preço desse serviço.

Já especificamente acerca do temor pelos honorários dos árbitros e pelas taxas administrativas cobradas pelas instituições, o que se constatou é que esses custos não ultrapassam 17% dos custos totais do litígio⁵³.

Em realidade, o que se vê é que a possibilidade de escolha do julgador especialista faz com que haja uma compensação dos seus honorários com os custos de contratação de peritos e tradutores, além de, como já dito, ter o potencial de implicar maior agilidade e diminuição na probabilidade de erro da decisão – refletindo, no cômputo final, em menores custos para as partes.

Em termos de custos monetários, os gastos com taxas administrativas das Câmaras de Arbitragem e honorários de árbitros, é verdade, são, geralmente, bastante elevados (quando não se consideram as compensações acima mencionadas) e as vezes até se mostram como barreiras para o acesso a este tipo de método resolutivo de controvérsias. As custas processuais da jurisdição estatal, por outro lado, são frequentemente mais modestas⁵⁴. No Brasil, esse quadro é particularmente saliente, haja vista que o acesso às cortes estatais é intensamente subsidiado pelo Estado⁵⁵.

A propósito da subvenção estatal, o atual Código de Processo Civil (“CPC”), em seu artigo 98, estipula que: “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

⁵¹ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p. 09.

⁵² AREND, Andreia Propp; TIMM, Luciano Benetti. **A Análise econômico-jurídica da arbitragem expedita**. Revista Brasileira de Arbitragem, CBAr, v. 65, 2020.

⁵³ De acordo com o ICC Commission Report: decisions on costs in international arbitration (ICC Dispute Resolution Bulletin 2015), os denominados party costs (que envolvem honorários dos advogados, despesas com produção de provas, dentre outras), correspondem a 83% do total de custas envolvidas em um procedimento arbitral. As despesas administrativas e honorários dos árbitros correspondem, respectivamente, a 2% e 15%. Disponível no seguinte sítio eletrônico: < <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2015/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration---ICC-Arbitration-and-ADR-Commission-Report/> > Acesso em 20.01.2021.

⁵⁴ Há estudo que demonstra que, em alguns casos, a Arbitragem se mostra, atualmente no Brasil, como um método mais “barato” de solução de litígios em relação ao processo judicial. Vide: SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral versus Custo do Processo Judicial: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira**. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 17, 2020.

⁵⁵ Vide “**Judiciário e Economia**”, estudo elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2004), p. 10 (notado 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) in SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 5.

Já os litigantes que não tiverem direito à assistência judiciária gratuita, terão que arcar com as despesas processuais, em consonância com o que dispõe o artigo 82 do CPC⁵⁶. Algumas destas despesas, entretanto, tem o seu valor limitado a uma quantia máxima.

Como exemplo, podemos citar o caso das custas iniciais no Estado de São Paulo. Veja-se: para aqueles que pretendem ajuizar uma demanda no Judiciário Paulista, as custas iniciais a serem despendidas alcançam a monta de 1% sobre o valor da causa. Ocorre que este valor percentual a ser pago pela parte é limitado com o teto de 3.000 (três mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESP)⁵⁷ – que, em 2021, equivale ao total de R\$ 87.270,00⁵⁸.

Acerca desse ponto, vale mencionar que o próprio Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça têm reconhecido o alto subsídio estatal no acesso às Cortes brasileiras, adotando, inclusive, iniciativas para inibir um possível uso predatório do nosso Sistema de Justiça⁵⁹.

Fato é que, como explicam Christopher Drahozal e Stephen J. Ware, esse subsídio financeiro direto, por si só, confere ao litígio judicial uma vantagem competitiva sobre a Arbitragem que nada tem a ver com a eficiência do processo de resolução de disputas⁶⁰.

Os professores acima mencionados ilustram:

“No one would assert that public education is more efficient than private education solely because most students attend public schools. The sizable government subsidy to public schools alters the choice students and their parents face. The same is true for litigation. To put it another way, as long as litigation’s subsidized advantage in adjudicator costs is part of parties’ overall comparison between litigation and arbitration, arbitration will appear “surprisingly” inefficient”⁶¹.

Assim, segundo ensinam os professores Christopher Drahozal e Stephen J. Ware, a despeito de todos os benefícios da Arbitragem – quando comparada ao Judiciário –, devido aos

⁵⁶ Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. (Código de Processo Civil Brasileiro – Lei n. 13.105/2015).

⁵⁷ “Artigo 4.º - O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: I - 1% (um por cento) sobre o valor da causa no momento da distribuição ou, na falta desta, antes do despacho inicial; essa mesma regra se aplica às hipóteses de reconvenção e de oposição;

[...]

§ 1.º - Os valores mínimo e máximo a recolher-se, em cada uma das hipóteses previstas nos incisos anteriores, equivalerão a 5 (cinco) e a 3.000 (três mil) UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, respectivamente, segundo o valor de cada UFESP vigente no primeiro dia do mês em que deva ser feito o recolhimento.”

(Lei Estadual n. 11.608/2003).

⁵⁸ Conforme o TJSP, cada UFESP, em 2021, vale R\$ 29,09. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria> > Acesso em 20.01.2021.

⁵⁹ O Superior Tribunal de Justiça realizou, recentemente, um Seminário, em parceria com a FGV Projetos (reunindo professores, pesquisadores, magistrados, advogados, promotores e defensores públicos), para debater acerca do ‘*Uso Predatório do Sistema de Justiça*’ (vide: < <https://migalhas.uol.com.br/amp/quentes/280554/seminario-no-stj-tratou-do-uso-predatorio-do-sistema-de-justica> > Acesso em 06.02.2021); O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, criou um grupo de trabalho (também reunindo magistrados, advogados, defensores públicos e acadêmicos) que elaborou um recente projeto de lei para *disciplinar as custas judiciais brasileiras* (vide: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-entrega-ao-congresso-proposta-de-lei-para-disciplinar-custas-judiciais/> > Acesso em 06.02.2021).

⁶⁰ DRAHOZAL, Christopher R.; WARE, Stephen J. **Why do Business Use (or Not Use) Arbitration Clauses**. University of Kansas, 2010. p. 14.

⁶¹ *Ibidem*, p. 14.

subsídios estatais significativos, as partes só irão concordar em arbitrar quando essas vantagens se apresentarem grandes o suficiente para superar o financiamento governamental⁶².

3.2 Redução dos Custos de Oportunidade

O *custo de oportunidade* é, em linhas gerais, o “preço” que designa o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado/que fora preterida, ou seja, o custo da alocação alternativa daquele recurso que é escasso⁶³.

Assim, para se compreender o custo de oportunidade pela não escolha da Arbitragem (neste caso, pela escolha pelo Judiciário) deve-se calcular a diferença entre os *custos de transação* nas duas situações.

Para a análise aqui pretendida, tratar-se-á, especificamente, de dois principais pontos: (A) a demora, no processo judicial, para a alocação da propriedade; e (B) o problema da estrutura de incentivos do Sistema Judiciário brasileiro.

(A) A demora, no processo judicial, para a alocação da propriedade

Quando se fala da “demora na alocação da propriedade” há de se ter em mente que está a se tratar do lapso temporal que o julgador leva para atribuir os direitos de propriedade entre as partes sobre os bens específicos que são objetos do litígio⁶⁴.

A ideia é que tão logo seja alocado o direito de propriedade sobre o bem objeto de litígio, aquele que foi nomeado como seu titular poderá dele usar, gozar e dispor.

A demora na alocação da propriedade, por estar diretamente correlacionada ao tempo de solução do conflito, é uma das características que apresenta maior custo de transação, vez que o Judiciário brasileiro é considerado lento na entrega da prestação jurisdicional⁶⁵.

Assim, tem-se que optar pelo Judiciário – em detrimento da Arbitragem – apresenta um alto custo de oportunidade⁶⁶, eis que ficam as partes privadas, durante um maior lapso temporal, de usufruir de seus direitos.

Noutras palavras, há um alto custo que se traduz na utilidade que o definitivo reconhecimento do direito (que estava em disputa) poderia ter proporcionado ao seu titular no

⁶² *Ibidem*, p. 3; e, SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral versus Custo do Processo Judicial: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira**. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 17, 2020.

⁶³ “Robert Cooter e Ullen demonstram o custo de oportunidade com o seguinte exemplo: “quando você decidiu frequentar a universidade, um curso de pós-graduação ou a faculdade de direito, você abriu mão de outras alternativas valiosas, como, por exemplo, obter um emprego, ou treinar para os jogos olímpicos.” (COOTER, Robert; ULLEN. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53). Trazendo o exemplo para o âmbito do Direito, a indisponibilidade dos bens econômicos por um longo tempo durante um processo judicial, aumenta o custo da renúncia a estes bens, bem como diminui os benefícios que poderiam ser obtidos a partir destes bens renunciados” (in TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p. 6)

⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p.18-21.

⁶⁵ Vide Nota de Rodapé nº11

⁶⁶ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p.18-21.

período que compreende a prolação da sentença arbitral (frequentemente anterior, como se viu) e o trânsito em julgado da decisão judicial (comumente posterior, como se viu)⁶⁷.

(B) O problema da estrutura de incentivos do Sistema Judiciário brasileiro

Para melhor compreender o custo de oportunidade decorrente da não escolha da Arbitragem, faz-se necessário ter em mente, ainda, a estrutura de incentivos gerada pelo Sistema Judiciário brasileiro.

O Sistema Judiciário, enquanto instituição destinada ao exercício da prestação jurisdicional, é um bem comum e, por isso, fica sujeito ao risco de ser sobreutilizado – gerando um cenário de “tragédia”⁶⁸.

Segundo explica Erik Navarro, quando em uso excessivo

“o custo social de utilização da justiça sobe demasiadamente, significando basicamente que: (i) o sistema constitucionalmente garantido torna-se lento e ineficiente, como uma avenida congestionada por veículos que não saem do lugar; (ii) como esse sistema é subsidiado por tributos, é a sociedade quem suporta esses custos”⁶⁹.

Em síntese, segundo Navarro, a ineficiência do Sistema Judiciário recairia simultaneamente sobre as partes e sobre toda a sociedade. Sobre as partes porque o sistema estatal deixaria de resolver o conflito por elas apresentado de forma eficiente e, sobre a sociedade porque é ela quem arca com os custos sociais da ineficiência⁷⁰.

Mas por que poderíamos considerar que o Sistema Judiciário estaria sendo “sobreutilizado”?

Partindo da premissa de que os agentes econômicos são racionais, a parte ajuizará uma demanda no Judiciário sempre que julgar que o resultado do processo superará, positivamente, os seus custos esperados⁷¹.

As variáveis expostas, portanto, são: (i) expectativa de resultado e (ii) os custos esperados do processo.

Com relação à primeira variável apontada – expectativa de resultado –, ao considerarmos os ensinamentos da escola de Economia Comportamental (*Behavioral Law and Economics*), temos

⁶⁷ *Ibidem*, p.21.

⁶⁸ Aqui faz-se uma alusão à chamada “tragédia dos comuns” – “uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria uma tragédia)” (HARDIN, Garret, **The tragedy of the commons**. In *Science*, 13, Dec 1968, Vol 162, Issue 3859, p. 1243-1248 *apud* WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 89)

⁶⁹ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 293.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 294.

⁷¹ *Ibidem*, p. 307.

que os agentes tendem a superestimar a probabilidade de eventos positivos e subestimar a probabilidade de eventos negativos que ocorrerão com eles no futuro⁷².

Assim o sendo, comumente, os indivíduos tenderão a superestimar suas chances de vitória e/ou de bons resultados com as demandas judiciais – o que, conseqüentemente, gera um incentivo direto à proposição de ações.

Quanto à segunda variável (custos esperados do processo), vemos mais um incentivo para “superlotar” o Judiciário. Isso porque, como já se viu, as custas e despesas processuais são intensamente subsidiadas pelo nosso Estado.

Além das mencionadas variáveis, importa analisar, também, a estrutura de incentivos proporcionados ao magistrado estatal – significativo ator na condução dos processos.

Há de se ter em mente que o juiz estatal, assim como qualquer outro agente econômico minimamente racional, “terá seu comportamento médio regido por uma ponderação intuitiva dos custos e benefícios dos seus atos”⁷³.

Para Erik Navarro, as peculiaridades da função de magistrado em nosso país advêm da forma de recrutamento deste profissional (via de regra, através de concursos públicos, ressalvado o quinto constitucional⁷⁴) e das garantias que a carreira da magistratura oferece (como a vitaliciedade e a irredutibilidade de benefícios)⁷⁵.

Os juízes são remunerados com salários fixos – que sofrem reajustes de tempos em tempos em virtude de leis, sem qualquer possibilidade de aumento em decorrência do seu desempenho/mérito.

Assim, em ausentes penalidades ou prêmios financeiros, os juízes, enquanto agentes racionais, “tenderão a minimizar os custos do seu trabalho, literalmente trabalhando menos e aumentando o tempo livre para lazer ou para outras atividades”⁷⁶. Naturalmente, existem outros aspectos éticos e mesmo reputacionais que farão com que alguns juízes abnegados se dediquem sem qualquer limitação de tempo à sua carreira, mas esses pontos não serão abordados aqui, dado o recorte metodológico adotado e o limite de escopo do artigo.

Além de não terem incentivos para dedicar mais tempo à prestação jurisdicional, os magistrados de carreira, pelo próprio desenho institucional do Judiciário brasileiro, não têm os

⁷² “People tend to overestimate the probability of positive events and underestimate the probability of negative events happening to them in the future. For example, we may underestimate our risk of getting cancer and overestimate our future success on the job market. A number of factors can explain unrealistic optimism, including perceived control and being in a good mood” (Helweg-Larsen, M., & Shepperd, J. A. (2001). **Do moderators of the optimistic bias affect personal or target risk estimates? A review of the literature.** *Personality and Social Psychology Review*, 5(1), 74-95.)

⁷³ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro.** 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 467.

⁷⁴ “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.” (Constituição Federal Brasileira, 1988)

⁷⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro.** 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 467.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 468.

mesmos incentivos mercadológicos propiciados pela Arbitragem para buscarem maiores qualificações⁷⁷. Isso porque, ainda que o Estado consiga remunerar os juízes com os salários mais altos dos cargos públicos nacionais, a forma de remuneração realizada não fornece, em linhas gerais, incentivos para produção ou especialização – como o faz o mercado da Arbitragem⁷⁸.

É extremamente difícil que os juízes públicos se especializem em determinado assunto, pois, em primeiro lugar, há um problema de falta de estrutura para atender os milhões de processos judiciais que abarrotam o Sistema Judiciário (o que muitas vezes, na prática, faz com que os juízes não possam se dedicar com afinco aos seus casos e percam incentivos de proferir uma “melhor decisão”); em segundo lugar, em muitas comarcas do Brasil o juiz encontra-se na condição de “generalista” – sendo obrigado a julgar causas das mais variadas matérias.

Assim, parece razoável o raciocínio de que a falta de tempo/condições para especialização nos temas de sua competência jurisdicional gera, em alguns casos, a perda na qualidade das decisões – resultando em maior chance de erro e perda de eficiência.

Portanto, diante do cenário aqui delineado – ainda que de forma sintética –, percebe-se que ao declinar da escolha da Arbitragem, aumenta-se o *custo de oportunidade*, visto que se declina, conseqüentemente, da possibilidade de escolher um sistema de resolução de conflitos mais eficiente (e menos “superlotado” e “sobreutilizado”) e de se poder escolher um julgador, em tese, mais especializado e com mais tempo para se dedicar ao estudo do caso – sem as restrições apresentadas pela grande maioria dos juízos estatais⁷⁹.

3.3. Um Sistema de Incentivos mais Adequado para o Cumprimento das Obrigações entre as Partes

A escolha pela Arbitragem pode se dar, precipuamente, em dois momentos distintos: antes do surgimento da controvérsia (“*ex ante facto*”) ou após o seu surgimento (“*ex post facto*”). No primeiro caso, a escolha pela Arbitragem detém o potencial de moldar todo o curso da relação entre as partes.

Quando se pactua desde o início sobre a realização da Arbitragem (*ex ante facto*), cada uma das partes toma ciência, desde logo, que o inadimplemento das obrigações contraídas poderá ensejar uma disputa a ser resolvida via processo arbitral. Cria-se, por via de consequência, uma esfera de incentivos que incidirá sobre as partes relacionada às expectativas sobre o tempo da disputa, a qualificação da decisão, os custos do litígio, a possibilidade de sigilo, etc⁸⁰. Dessa forma, a parte que sabe que terá de arcar com os ônus da sua má-fé contratual, terá o incentivo de se comportar com boa-fé⁸¹.

Dinâmica congruente, todavia, não ocorre com a adoção da Arbitragem *ex post facto*, eis que, ao ser adotada após o surgimento da disputa (quando as partes já se encontram em desacordo), não é mais capaz de transformar o ambiente em que ocorrerá a relação comercial – tão somente influenciando no deslinde da disputa já existente⁸².

⁷⁷ POSNER, Richard. **How Judges Think**: Harvard University Press, 2010, p. 37.

⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**, p.22.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011, p. 6.

⁸¹ *Ibidem*, p. 6.

⁸² *Ibidem*, p. 6.

Assim, vê-se que um outro forte incentivo para a adoção da Arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias é que se eleita antes do surgimento do conflito (*ex ante facto*), este método possui o condão de reduzir ainda mais os custos da disputa e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato – modulando de um modo positivo, assim, a relação entre as partes.

4. Conclusão

Como se viu, ao associar a ideia de custos tão somente ao aspecto monetário-financeiro, pode-se pensar, *prima facie*, que a Arbitragem é uma alternativa “cara” quando comparada ao Sistema Judiciário brasileiro. Todavia, conforme se demonstrou, ao aplicar alguns conceitos econômicos e econômicos-comportamentais, pode-se chegar à conclusão oposta.

Nesse sentido, o presente artigo buscou refletir, por meio dos ferramentais da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental, acerca dos incentivos gerados aos agentes econômicos (empresas) pela Arbitragem – em comparação com aqueles gerados pelo Sistema Judiciário brasileiro.

Como resultado, viu-se, em síntese, que a Arbitragem vem se revelando como uma alternativa atrativa para as empresas brasileiras no que concerne ao desafio de um sistema resolutivo de controvérsias mais rápido, qualificado, imparcial e eficiente.

Bibliografia

AAKEN, Anne van; BROUDE, Tomer. **Arbitration from a Law & Economics Perspective**. Draft for The Oxford Handbook of International Arbitration, Thomas Schultz & Federico Ortino (eds.), Oxford University Press.

AREND, Andreia Propp; TIMM, Luciano Benetti. **A Análise econômico-jurídica da arbitragem expedita**. Revista Brasileira de Arbitragem, CBAr, v. 65, 2020.

AUTOR, 2019.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972.

CASTELAR, Armando (org). **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré. 2000.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Estatísticas Gerais**. Disponível em: <https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/49659/1594157004Relatrio_anual_de_Arbitragem_CAM-CCBC_2019_Portugus.pdf>.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. 3º Journal of Law and Economics, 1960.

COASE, Ronald. **The nature of the firm**: Oliver E. Williamson, 1937.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar - Ipsos, 2012**; Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: < http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. CNJ, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª Ed., Addison-Wesley, Porto Alegre, Bookman, 2016.

CRISTOFANI, Cláudia Cristina. **Aspectos econômicos da precisão da decisão judicial**. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa. 2015.

DRAHOZAL, Christopher R.; WARE, Stephen J. **Why do Business Use (or Not Use) Arbitration Clauses**. University of Kansas, 2010.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**. Revista de Direito Administrativo, v. 267, Rio de Janeiro, 2014.

KAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. São Paulo, Editora Objetiva, 2016.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. **A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias**. Carlos Alberto de Salles (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito – tradução Rachel Sztajn**. 2. ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2015.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond**, Princeton: Princeton University Press, 2006.

POSNER, Richard. **How Judges Think**: Harvard University Press, 2010.

POSNER. **Economic Analysis of Law**. 7th. ed. New York: Aspen, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem**, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. 1ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral versus Custo do Processo Judicial: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira**. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 17, 2020.

SUSTEIN, CASS & THALER, R. **A behavioral approach to law and economics**. Stanford Law Review, Vol. 50.

SUSTEIN, CASS & THALER, R. **Nudge**. São Paulo, Editora Objetiva, 2019.

THALER, R. **Misbehaving: A Construção Da Economia Comportamental**. São Paulo, Editora Intrínseca, 2019.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil: estudos sob a análise econômica do direito**. 3ªed. Indaiatuba, SP. Ed. Foco, 2019.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil**.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese de Doutorado em Direito Processual – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

YEUNG, Luciana. **Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anekdoticas: Uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010.