



1290000351



TCC/UNICAMP P166L

IE – Instituto de Economia da UNICAMP

CE 851 – Monografia II



Aluna: Flávia Carolina Esteves de Paiva RA 992859.

Professor Orientador: Maurício Coutinho.

Campinas, junho de 2003.

FLÁVIA CAROLINA ESTEVES DE PAIVA

LEI DE ARBITRAGEM E ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

2003

FLÁVIA CAROLINA ESTEVES DE PAIVA

LEI DE ARBITRAGEM E ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

**Monografia apresentada à banca examinadora
como exigência parcial para obtenção do grau de
bacharel em Ciências Econômicas pela Faculdade de
Economia da Universidade Estadual de Campinas, sob
a orientação do Prof. Dr. Maurício Coutinho.**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

2003

RESUMO

A insatisfação com o funcionamento da justiça é um fato amplamente demonstrado por inúmeras pesquisas. Todos os vícios do Judiciário criam uma certa “cultura jurídica” por parte das empresas de que a Justiça realmente não é um meio eficaz para resolução de seus conflitos. Em razão disto foi elaborada uma lei, a Lei de Arbitragem, que funciona como um meio alternativo de solução de litígios. As empresas, então, deixariam de solucionar seus litígios no Judiciário, e passariam a levá-los até um Tribunal Arbitral, para que o árbitro conheça e julgue tal desavença. Da análise dos conceitos de custos de transação, verifica-se que a estipulação da arbitragem nos contratos entre empresas deveria ocorrer de maneira certa e recorrente. Todavia, não é isto que se observa na realidade. Conclui-se que, embora a arbitragem pareça atraente à primeira vista, as firmas ainda são apegadas ao Poder Judiciário e também a certos expedientes como recurso de decisões judiciais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – A LEI DE ARBITRAGEM	11
I) ASPECTOS GERAIS.....	11
II) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE	12
1. Da Abrangência da Lei de Arbitragem.....	12
2. Das pessoas que podem convencionar a arbitragem.....	13
3. Da Convenção Arbitral.....	14
4. Dos Árbitros.....	18
5. Procedimento Arbitral:	19
6. Sentença Arbitral.....	21
CAPÍTULO II – ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	25
I) HISTÓRICO	25
II) TEORIA DE WILLIAMSON	27
1. CONCEITO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	27
2. DETERMINAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	28
CAPÍTULO III – CONTRATOS NA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	
.....	31
1. SOLUÇÕES CONTRATUAIS.....	31
2. CUSTOS CONTRATUAIS.....	33
3. AS PROPOSIÇÕES DE WILLIAMSON FACE ÀS DIFICULDADES DE	
IMPOSIÇÃO DOS CONTRATOS NO BRASIL.....	34
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

Em épocas em que o Estado organizado se encontrava ausente, a solução de conflitos de interesses ocorria através da denominada auto-tutela ou auto-composição, que nada mais é do que a realização de justiça pelas próprias mãos. A partir do momento em que o Estado se organiza, ele chama para si o dever de compor os conflitos que surgem na sociedade, nascendo assim uma das funções estatais – a função jurisdicional. Através desta função, o Estado tem o poder e o dever de dizer o direito.

Hoje, dadas às inúmeras demandas perante o Estado-Juiz, há um descompasso entre o que pretendia ser a função jurisdicional do Estado e o que ela realmente é na prática forense.

A insatisfação com o funcionamento da justiça é um fato amplamente demonstrado por inúmeras pesquisas. No Brasil, as deficiências do judiciário, decorrentes de seu perfil institucional e de sua estrutura administrativa, se vêem acentuadas pela instabilidade do quadro legal do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo, pela má formação de juízes e funcionários, entre outros fatores. Todos estes fatores criam uma certa “cultura jurídica” por parte dos jurisdicionados de que a Justiça realmente não é um meio eficaz para resolução de conflitos.

De acordo com uma pesquisa nacional junto a médios e grandes empresários realizada pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) e extraída de Pinheiro (2000), constata-se que no Brasil a **morosidade** é o principal problema do Judiciário. Longas demoras aumentam custos de transação na resolução de disputas e podem bloquear o acesso ao Judiciário. Ainda segundo esta pesquisa, constata-se que dois outros mecanismos são freqüentemente utilizados pelos empresários brasileiros para se protegerem do mau funcionamento da Justiça. O primeiro é a resolução do conflito por

negociação direta, ou seja, as próprias partes resolvem chegar a um acordo. E, o segundo, é a cuidadosa seleção de parceiros de negócios. Assim, segundo essa pesquisa, 88% dos empresários entrevistados afirmam: “é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça.”

No Brasil, a relação magistrado/jurisdicionado está acima de 1 para 12 mil, em contraste com países mais avançados, onde a razão se situa no intervalo de 1 para algo entre 2,5 mil e 5 mil. Em razão disto, não deveria ser muito diferente o fato de que a solução de um conflito no Judiciário demora, em média, 1500 dias para ser concluído, contra apenas 100 dias da França, por exemplo, conforme Relatório sobre Desenvolvimento Mundial de 1997 do Banco Mundial, extraído do livro Pinheiro (2000). E, sendo assim, a decisão não haverá de ser justa, por mais correta que seja, pois há muito a necessidade de uma das partes ficou prejudicada e, muitas vezes, definitivamente sem solução.

Conforme Pinheiro (2000), podemos avaliar o impacto da qualidade dos serviços fornecidos pelo Judiciário através da propensão a litigar das partes, quando diante de um conflito. A utilidade esperada de se recorrer à justiça depende, *positivamente*, do valor líquido que se espera receber e, *negativamente*, da variância desse ganho, dado às incertezas que norteiam o processo judicial. Assim, a utilidade advinda da utilização do Judiciário, ou de qualquer outro mecanismo de solução de conflitos, é função direta de diversos fatores, que estão todos interligados, tais como, o valor da causa colocada em juízo, os custos envolvidos, a rapidez com que uma decisão é alcançada, a imparcialidade do árbitro, a taxa de juros e o nível da taxa de inflação.

O custo de se recorrer ao Judiciário, não depende apenas das taxas pagas à Justiça, mas também das despesas incorridas durante o transcorrer do processo e de como os custos do litígio são distribuídos entre a parte vencedora e a parte perdedora. Assim, custas judiciais elevadas e advogados caros diminuem a propensão das partes recorrerem ao Judiciário.

Da mesma forma ocorrerá com um sistema judicial dotado de problemas de corrupção e com juízes mal informados a respeito da matéria em litígio. Os tribunais podem ser tendenciosos devido à corrupção, ou pelo fato de serem politizados (favorecendo a certas classes de litigante como membros da elite, trabalhadores, proprietários de bens), ou ainda pelo fato de não gozarem de independência frente ao Estado (Poder Executivo), curvando-se à sua vontade quando o Governo é parte na disputa.

E, ainda, os juízes são, na maioria das vezes, não conhecedores da matéria fática posta em discussão, e isto, dificulta a correta aplicação do direito ao caso concreto. Isto porque, muitas vezes os juízes são colocados diante de questões técnicas que desconhecem, já que elas não estão ligadas ao conhecimento que é exigido do juiz, quais sejam, conhecer, interpretar e aplicar a lei. Apenas estes são exigidos dos juízes togados, quando do concurso público de provas e títulos que prestam. Diante de questões técnicas, cabe aos juízes apenas analisar a perícia técnica, realizada por um técnico de sua confiança, e daí tirar suas próprias conclusões.

Em relação ao nível de taxa de juros e inflação, haverá significativa influência no valor esperado de ganho ou de perda quando o Judiciário é muito lento. Isso porque, a morosidade da Justiça reduz o valor presente do ganho quando a economia está vivendo um momento de altas taxas de juros e altos níveis inflacionários. E, sendo assim, pode-se concluir que o custo de oportunidade do litígio é baixo.

As dificuldades que o Estado encontra para bem produzir todos os serviços que lhe são atribuídos, entre os quais o de dizer o Direito, demonstram a ineficiência da profunda centralização de poderes em um único ente que não é capaz de administrá-los. A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juízes.

Desta forma, métodos alternativos de solução de litígios passam a ter preferência quando as pessoas estão diante de um conflito, não só porque são mais rápidos e menos custosos, mas também porque os árbitros podem estar mais preparados para interpretar a questão em disputa.

Uma das formas apresentadas aos cidadãos para fugir dos problemas da justiça atual é recorrer aos meios extrajudiciais de solução de litígios, compostos pela Conciliação, Mediação e Arbitragem em órgãos criados especialmente para esse fim. Através desses meios, a lide pode encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional estatal, ou seja, que não a solução imposta pelo Estado no exercício de sua função jurisdicional.

Com a criação da Lei de Arbitragem – Lei 9307/96, vislumbra-se um novo cenário no mundo jurídico, no qual as cortes estatais não são mais os únicos foros para composição de conflitos. Colocada como meio alternativo, a arbitragem não tem o objetivo de concorrer com a jurisdição estatal, mas apenas servir de mecanismo opcional, hábil para resolver disputas de maneira a satisfazer às necessidades da população, resolvendo-lhes as pendências, e desobstruir o judiciário.

Constitui, pois, a nova lei, um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante na formação de acordos e na previsão de seus efeitos.

A teoria da autonomia da vontade foi criada para explicar e justificar a força obrigatória dos contratos. Segundo tal teoria, sendo o homem livre por natureza, ele apenas se obriga por sua própria vontade e disso resulta que é a vontade que cria os efeitos do contrato e determina seu conteúdo. São princípios característicos da autonomia da vontade a **liberdade de contratar**, ou de autodecisão, que consiste no poder dado à pessoa de decidir se contrata ou não, bem como de escolher a outra parte do contrato pretendido e a **liberdade de autorregulação**, que seria a determinação livre das cláusulas de um contrato, feita de comum acordo com a outra parte contratante.

É nesse contexto de valorização da vontade das partes que a Lei de Arbitragem – Lei 9307/96 traz consigo a institucionalização da *Justiça Privada*, mostrando que o processo e a efetiva prestação de tutela a pretensões podem ser feitas à margem de qualquer atividade estatal, pela opção livre das partes. Pela justiça privada, as partes resolvem submeter suas lides, resultantes de relações jurídicas de direito privado, a um tribunal arbitral.

O objetivo deste trabalho é traçar um paralelo entre a Lei de Arbitragem – Lei 9307/96 – e a Economia dos Custos de Transação. Para tanto, o Capítulo I abordará os aspectos gerais da Lei de Arbitragem, tratando, de forma bem ampla, dos pressupostos de admissibilidade deste instituto, e de questões como abrangência, cláusula compromissória, procedimento arbitral e sentença arbitral. No Capítulo II será analisada a economia dos custos de transação. E, por fim, o Capítulo III irá abordar de maneira mais precisa os contratos na economia dos custos de transação.

CAPÍTULO I – A LEI DE ARBITRAGEM

I) ASPECTOS GERAIS

O instituto da arbitragem é conhecido no Brasil já há muito tempo, pois já era contemplado no Código Civil de 1916. Todavia, nunca foi empregado como poderia.

A razão desta situação era explicada pelo caráter exclusivamente público dado à jurisdição, a partir do momento em que o Estado, visando à igualdade na distribuição da justiça e à uniformidade das decisões, chamou para si o poder-dever de dizer o direito. Isto porque, a legislação brasileira vigente até a promulgação da Lei de Arbitragem não favorecia a utilização deste meio alternativo, pois tinha como principais óbices, em primeiro plano, o fato de que a cláusula compromissória (promessa de resolver através de árbitros uma controvérsia futura e eventual) não produzia praticamente efeito algum e, em segundo plano, a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral, o que torna o trabalho do árbitro passível de alteração judiciária, bem como descaracteriza o efeito da agilidade com que se deseja a solução do litígio tendo em vista que, para a homologação da sentença, devem-se aguardar os trâmites judiciais, ainda lentos.

De fato, diante destes percalços, os possíveis usuários da arbitragem acabavam recorrendo à tutela estatal, já que mesmo diante da existência de uma cláusula compromissória, era comum a atitude de um dos contratantes de simplesmente ignorar a promessa de fazer arbitrar a controvérsia, sem que o adversário pudesse fazer valer qualquer exceção no Poder Judiciário.

A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruía as vantagens clássicas da arbitragem (custo compatível com a complexidade da controvérsia, celeridade e sigilo). O custo do processo acabava acrescido das

despesas carreadas com a demanda perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que, apesar da simplicidade aparente do procedimento homologatório então vigente, a sentença proferida pelo juiz togado desafiava recursos, e o sigilo, que estimula a solução arbitral de conflitos, ficava prejudicado, já que a publicidade do processo estatal não preservava o segredo que as partes desejam manter acerca de sua desavença e relativamente à decisão dada pelo árbitro à questão por ela dirimida.

Por força destes desajustes, que não animavam os potenciais interessados na utilização da arbitragem, entre eles, de modo especial, os empresários e os comerciantes, a Lei 9.307/96 instituiu uma nova estrutura para o juízo arbitral: fortaleceu a cláusula compromissória, que agora é capaz de, por si só, afastar a competência do juiz togado, e estabeleceu que a sentença arbitral passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal, tudo com o intuito claro de estimular a solução de litígios fora do Poder Judiciário.

II) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Para que o juízo arbitral seja instaurado de maneira válida, e, portanto hábil para gerar efeitos no mundo jurídico e no mundo factual, necessário se faz que a provocação da jurisdição privada atenda a certos requisitos de admissibilidade. Assim como na jurisdição estatal, o processo arbitral, para ser válido, deve atender a pressupostos processuais, ou seja, a pressupostos que validam a sua atuação em juízo. A seguir serão explicitados alguns dos requisitos para que as partes possam ingressar no juízo arbitral.

1. Da Abrangência da Lei de Arbitragem

Segundo a atual lei, somente podem se submeter ao juízo arbitral conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. A delimitação de seu objeto litigioso situa-se no artigo 1º.

Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que, por serem suscetíveis de valoração econômica, integram o patrimônio das pessoas e podem ser livremente negociados por seus titulares como, por exemplo, questões comerciais e industriais de modo geral, questões condominiais e imobiliárias, questões pecuárias e agrárias, questões de trânsito de veículos automotores, questões do consumidor, questões de transporte, algumas questões trabalhistas, dentre outras.

A natureza jurídica do litígio a ser objeto de conhecimento da justiça privada, em hipótese alguma poderá versar sobre direitos indisponíveis, ou seja, aqueles direitos que não podem ser dispostos pela livre vontade das partes. Portanto, estão excluídas as questões que versem sobre a família, o estado e a capacidade das pessoas, bem como as de ordem fiscal, tributária e de todas aquelas de interesse da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal. Qualquer estipulação em contrário será nula de pleno direito. Trata-se de nulidade absoluta, ou seja, o ato praticado sob esta condição não gera efeitos e não é passível de ratificação pelas partes.

Importante ressaltar que, sobrevindo litígio de direito indisponível durante o procedimento arbitral, deverá este ser primeiramente resolvido perante o Poder Judiciário e, somente depois de solucionada esta pendência, continuará o regular andamento da causa no juízo arbitral. Em razão do instituto da coisa julgada (litígio que já foi julgado e não pode ser novamente conhecido e nem modificado), as questões que já foram analisadas pela Justiça Estatal não podem ser objeto de nova apreciação em sede do juízo arbitral.

2. Das pessoas que podem convencionar a arbitragem

Para utilizarem a Lei, as pessoas interessadas devem ser capazes. As partes devem ter capacidade plena para a prática dos atos da vida civil, podendo assim adquirir direitos e contrair obrigações. Assim é necessário que tenham capacidade de fato e a idade exigida por lei, qual seja, 18 anos completos.

3. Da Convenção Arbitral

O juízo arbitral é obtido mediante a convenção de arbitragem, cujo conceito legal compreende dois outros, a *cláusula compromissória* e o *compromisso arbitral*, conforme o artigo 3º, da Lei de Arbitragem, abaixo transcrito:

Art. 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem tem por finalidade gerar entre as partes contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos que porventura venham a surgir como decorrência do contrato principal entre elas firmado. Estabelecida a convenção, a busca de tutela perante o Poder Judiciário está terminantemente excluída.

3.1 Da Cláusula Compromissória

A Cláusula Compromissória é o dispositivo escrito através do qual as partes, de comum acordo, elegem a justiça arbitral para dirimir eventuais lides de seu interesse, que possam acontecer, relativas somente aos direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, através dela, as partes envolvidas em um contrato, ao invés de elegerem como foro para a solução de um conflito a justiça comum, elegem um ou mais árbitros para o fim da solução de um eventual conflito por meio da conciliação, mediação ou arbitragem.

A cláusula compromissória é o pacto adjeto em contratos internacionais, civis e mercantis, principalmente os de sociedade, em que se estabelece que, na eventualidade de uma possível e futura divergência entre os interessados na execução do negócio, estes deverão lançar mão do juízo arbitral.

Portanto, pela cláusula compromissória, submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, que podem nascer do descumprimento das obrigações

estipuladas ou da divergência de interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato.

Para utilizar os benefícios trazidos pela Lei, é preciso que no contrato firmado entre as partes conste uma cláusula específica e expressa, ou que as partes, em comum acordo, decidam pela arbitragem. A cláusula compromissória não se presume jamais; deverá ser escrita.

Os efeitos desta cláusula surgem quando as partes estão diante de um conflito, o que transforma as *Cláusulas Compromissórias*, quando cumprido as exigências estipuladas pela Lei de Arbitragem - artigo 10, em "*Compromisso Arbitral*", que irá inaugurar o processo de arbitragem. Então é a cláusula compromissória *um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral*. Mas esta promessa gera a obrigação de celebrar o compromisso arbitral, em razão da vinculabilidade.

A vinculabilidade da Cláusula Compromissória, que pela legislação até então em vigor não tinha eficácia, nos termos do art. 4º da nova lei passou a ter importância fundamental. Com a promulgação da Lei 9307/96, a "Cláusula Arbitral" torna-se um instrumento **preventivo** que atribui eficácia direta à arbitragem.

Assim, a convenção arbitral decorrente de cláusula contratual expressa e escrita, tem por finalidade gerar entre os contratantes o compromisso inarredável de submeter à jurisdição arbitral a solução de conflitos que porventura venham a surgir como decorrência do contrato principal entre eles firmado, de maneira a excluir terminantemente a busca da tutela através da jurisdição estatal.

Assim, surgindo o conflito estão as partes obrigadas, por força da cláusula compromissória, a celebrarem o compromisso arbitral. Entretanto, a recusa de qualquer uma das partes em celebrar o compromisso gera para a outra parte o direito de recorrer à Justiça comum para ver garantido a instauração do procedimento arbitral. Ademais, sendo procedente o pedido de instauração do procedimento arbitral junto à jurisdição estatal, a sentença judicial valerá como o

compromisso arbitral. Esse é o entendimento do § 7º, do artigo 7º, da Lei de Arbitragem.

3.2 Do Compromisso Arbitral

A solução de uma lide num Tribunal ou Centro de Arbitragem se assemelha à solução de um processo judicial. Todavia, para utilizar os benefícios trazidos pela Lei de Arbitragem, é preciso que no contrato firmado entre as partes conste uma cláusula específica, ou que as partes, em comum acordo, decidam pela arbitragem. Esse é o caso da “Cláusula Arbitral”.

Entretanto, se já estiver ocorrendo um litígio sem que as partes tenham anteriormente estipulado uma “Cláusula Compromissória”, o Tribunal Arbitral escolhido poderá atuar, se houver a concordância das partes, que deverão firmar o chamado “Compromisso Arbitral”. O compromisso é o ato instituidor do juízo arbitral.

Assim, o compromisso arbitral é a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a submeter seus conflitos, já existentes e atuais, à decisão de árbitros por elas indicados.

Enquanto a cláusula arbitral é uma cláusula que foi inserida num contrato anteriormente ao aparecimento do litígio, o **Compromisso Arbitral** é a convenção através da qual as partes, diante de um conflito já instaurado, resolvem decidi-lo por meio da arbitragem.

A principal diferença entre os dois institutos é que a cláusula diz respeito ao litígio futuro e incerto, sendo assim uma medida preventiva, em que as partes simplesmente prometem efetuar um contrato de compromisso se surgir desentendimento a ser resolvido, já o compromisso diz respeito ao litígio atual e específico, e dessa forma tem força vinculativa e faz com que as partes se comprometam a submeter certa pendência à decisão de árbitros regularmente louvados.

O compromisso arbitral, conforme artigo 9º, da Lei de Arbitragem, pode ser judicial ou extrajudicial.

A – Do Compromisso Arbitral Judicial

De acordo com a Lei de Arbitragem, há duas hipóteses de compromisso arbitral judicial que podem ser celebrados.

A primeira hipótese vem estabelecida no artigo 7º, §§ 1º ao 7º, da lei de arbitragem, e ocorre quando a cláusula compromissória já existe. Ou seja, surgindo o conflito entre as partes esse deveria ser solucionado pela arbitragem, porém, uma das partes impõe resistência para se lavrar o compromisso arbitral, que é o ato instituidor do juízo arbitral. Isto faz com que a outra parte ingresse com um processo judicial, requerendo o cumprimento da declaração de vontade instituída no contrato (cláusula compromissória), que é de submeter o conflito à apreciação de um árbitro.

A segunda hipótese é tratada pelo §1º do artigo 9º, da lei de arbitragem. Ocorre quando as partes, em litígio na justiça comum, decidem optar pela arbitragem, mesmo sem terem combinado, anteriormente, a instituição da cláusula compromissória. As partes, de comum acordo, desistem do processo judicial e lavram o compromisso arbitral, manifestando a vontade de solucionar o conflito através da arbitragem.

B – Compromisso Arbitral Extrajudicial

O compromisso arbitral extrajudicial vem regulado no § 2º, do artigo 9º, da lei de arbitragem. Este compromisso é lavrado quando não foi instituída a cláusula compromissória e, também, não existe demanda judicial ajuizada, mas as partes, voluntariamente, decidem que o conflito existente será submetido à decisão de um árbitro, lavrando-se então o compromisso arbitral.

Esse compromisso, de acordo com a lei, pode ser lavrado por escritura pública ou por documento particular, obrigatoriamente, assinado por duas testemunhas.

4. Dos Árbitros

O árbitro é o profissional que, tecnicamente preparado e qualificado, foi eleito pelas partes para dirimir um determinado conflito, sendo condição básica a "confiança das partes". Esta confiança é baseada na idoneidade e especialização daquele

A Lei de Arbitragem menciona ser o árbitro "juiz de fato e juiz de direito". O árbitro assemelha-se ao juiz apenas pelo fato de conduzir um procedimento que visa a pacificação de um conflito e, estando regularmente eleito pelas partes litigantes, terá sua decisão força e validade jurídica.

O poder de proferir decisão - conferido pela Lei de arbitragem - faz do árbitro "juiz", porém nos estreitos limites do conflito que lhe foi confiado e somente entre aquelas pessoas envolvidas naquela relação jurídica. Encerrado o conflito, ou seja, quando proferida a sentença arbitral, aquele profissional deixa de ser árbitro.

Todavia, o árbitro não possui os meios de coerção. Para serem cumpridas as suas decisões e quando houver resistência das partes, haverá necessidade de ser chamado o Estado, por meio de ordem proferida pelo Juiz de Direito.

O árbitro, de acordo com a Lei 9.307/96, está investido da condição de funcionário público e sujeito às sanções criminais quanto aos atos que pratica, tais como os crimes cometidos por funcionários públicos, no exercício de sua função, previstos no Código Penal.

5. Procedimento Arbitral:

Antes de ser iniciado o processo arbitral será necessariamente lavrado um termo de “Compromisso Arbitral” no qual irá constar exatamente qual o objeto do litígio e qual será a legislação aplicável.

O procedimento arbitral é determinado pelas próprias partes, que o escolhem dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Arbitragem.

Dentro da flexibilidade permitida pela Lei, podem os compromitentes estabelecer quais serão as regras que solucionarão seus conflitos. Assim, podem optar que o litígio seja resolvido pela aplicação das regras de direito positivadas, ou ainda pela observância apenas dos princípios de direito, baseando-se apenas nos bons costumes e na moral, como também pela equidade.

As regras de direito positivadas são todas as regras que compõem o sistema jurídico nacional, e também as regras do direito estrangeiro, quando se tratar de arbitragem que regem relações internacionais.

Já em relação à equidade, três regras fundamentais sustentam sua aplicação: as coisas iguais devem ter igual tratamento e as coisas desiguais devem ter tratamento desigual; todos os elementos que concorrem para constituir a relação posta sob *judice* devem ser considerados e por último, diante de várias soluções possíveis, deve-se adotar a mais suave e humana, que atende ao sentido de piedade e benevolência. Em outras palavras, julgamento por equidade é aquele em que o árbitro, por vontade das partes e cumprindo certa norma genérica, busca formular e aplicar uma outra particular para determinado caso. Ao formular esta norma particular, deverá o árbitro atentar aos princípios sociais e morais, agindo de maneira análoga ao legislador, quando elabora normas de direito.

Princípio gerais de direito são proposições gerais que norteiam a elaboração e aplicação das normas de direito. Eles não são positivados, apenas demonstram qual é o caminho a ser seguido, quando da criação e interpretação

das leis. Existem diversos princípios de direito, aceitos pelos doutrinadores, tais como, princípio da proibição do enriquecimento sem causa; princípio da igualdade (tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais);

Todas estas formas de obtenção de solução arbitral devem atentar aos bons costumes e à moral, que podem ser explicados como sendo um conjunto de valores elencados pela sociedade em diversos momentos históricos, compreendendo, por exemplo, a moralidade sexual; a dignidade; o decoro social.

Todavia, é proibido a não aplicação de normas de ordem pública (normas cogentes, que são aplicadas independentemente da vontade das partes).

A escolha pelo procedimento a ser adotado poderá ser feito entre as partes que poderão estar assistidas por advogados.

Antes do início do procedimento arbitral, ainda na fase preliminar do processo, a Lei 9.307/96 prevê a imperiosa necessidade de que ocorra a tentativa de solução por meio de mediação e conciliação.

A mediação é um método alternativo de solução de controvérsias em que uma terceira pessoa imparcial, escolhida de comum acordo pelas partes, filtra as informações recebidas por cada uma delas, mediando as negociações até que consigam chegar a um acordo. Ou seja, a mediação é um processo de resolução de um conflito existente ou emergente mediante a composição dos interesses das partes, conseguida pelas próprias partes com **o auxílio de um terceiro neutro e imparcial**. É por essa razão que a mediação constitui uma "negociação canalizada", por ser, na realidade, um processo negocial orientado por um terceiro. Mas os mediadores não detêm poder para decidir questões, ou seja, eles não podem propor soluções às partes.

Já na conciliação, o terceiro tem uma atitude mais ativa e dinâmica. O conciliador pode e deve propor sugestões de solução ao conflito às partes, diferentemente do mediador, que não o faz.

Estas tentativas, levadas por mãos técnicas especializadas quanto aos interesses em conflito, promovem excelentes resultados evitando-se, assim, o exercício da arbitragem propriamente dita, que é o verdadeiro exercício jurisdicional.

Não obtido sucesso na mediação e na conciliação, será o conflito julgado pela arbitragem. A arbitragem é um procedimento de solução de disputas através da intervenção de um ou mais árbitros (sempre em número ímpar), escolhidos pelas partes, que irão julgar o conflito com base na aplicação das regras pré-determinadas pelas partes, sem intervenção do Estado, possuindo tal decisão eficácia de sentença judicial.

O árbitro, já devidamente escolhido pelas partes, conduzirá o processo a fim de firmar seu convencimento acerca do conflito em pauta, assim como o fazem os juízes togados. Para tanto, poderão determinar livremente provas que repute necessárias ao esclarecimento da verdade.

O processo arbitral deve seguir os mesmos princípios que norteiam o processo judicial, como o contraditório, a livre valoração das provas, ampla defesa, igualdade entre as partes, imparcialidade do árbitro, livre convencimento do julgador. E, além destes, o processo arbitral é regido por outros princípios que decorrem da Lei de Arbitragem, como o sigilo, a celeridade, a informalidade (posto que trata-se de processo absolutamente desburocratizado), desoneração (não há a incidência de diversas custas processuais como no processo estatal), a flexibilidade e a especialização dos árbitros.

Ao final da instrução (oitiva de testemunhas, depoimento pessoal das partes, laudos periciais), deverão os árbitros julgar a controvérsia, baseando-se nas regras pré-determinadas pelas partes.

6. Sentença Arbitral

A sentença arbitral é o julgamento prolatado pelo árbitro, depois de concluída a instrução, acerca da disputa que foi submetida a sua apreciação. A

decisão arbitral deverá ser proferida no prazo máximo de seis meses, se outro prazo menor não for estipulado pelas partes.

Os requisitos da sentença estão definidos no artigo 26, da Lei de Arbitragem, que são o **relatório** – um resumo dos fatos; a **fundamentação da decisão** – o árbitro menciona as regras utilizadas para emissão de sua decisão, fundamentando, e a **parte dispositiva** – é decisão propriamente dita.

A Sentença prolatada pelo Juiz Arbitral produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial proferida por Juiz togado. Sendo uma sentença condenatória, irá constituir um título executivo – aquele que já pode ser executado no caso de inadimplemento -, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário. Isso significa dizer que a parte que não cumprir o estipulado pela sentença arbitral sofrerá um processo de execução.

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 18, determina expressamente que a sentença arbitral é **irrecorrível**, isto é, não existe um tipo de recurso apto a reformar o mérito da decisão prolatada pelo árbitro. Recurso é o meio de que dispõem as partes insatisfeitas para impugnar uma decisão judicial, pedindo o reexame da matéria e a prolação de uma nova decisão. A decisão arbitral não pode ser analisada novamente quanto ao mérito, ou seja, a matéria que o árbitro já examinou e decidiu não poderá sofrer novo julgamento. Não existe, portanto, um mecanismo legal que possa remeter a matéria decidida a novo julgamento, e reformar a decisão do árbitro, como ocorre nas decisões judiciais.

No entanto, a Lei prevê, em seu artigo 30, uma espécie de reexame dessa decisão pela parte interessada, num prazo de cinco dias, contados do recebimento da sentença, podendo solicitar ao árbitro que "*esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia ter manifestar-se a decisão*". Ou seja, a Lei permite que a parte interessada solicite ao árbitro o esclarecimento sobre determinado ponto que

não ficou totalmente claro, ou certa matéria que deveria ser decidida e, por qualquer razão, não o foi.

A Lei, ainda no artigo 30, também permite a parte solicitar ao árbitro que este corrija "*qualquer erro material da sentença arbitral*", por exemplo, a grafia incorreta de um nome, ou a condenação num valor diverso daquele exposto na sentença.

Em qualquer dos casos, deverá o árbitro decidir, no prazo de dez dias, aditando a sentença e notificando as partes. E, em ambos os casos, permite-se apenas o esclarecimento de pontos obscuros, controvertidos, duvidosos, contraditórios, ou a correção de erros materiais, não reformando jamais o mérito da decisão. Isso porque a decisão arbitral é irrecorrível.

Porém, poderá ser desconstituída a decisão arbitral quando ela contiver irregularidades formais. O artigo 33 da Lei nº 9.307/96 prevê a possibilidade do ajuizamento de uma ação anulatória específica para obter-se a anulação da sentença arbitral, caso esta esteja viciada por alguma das formas previstas nos oito incisos do artigo 32, da mesma Lei.

O Artigo 32 da Lei Arbitral traz todas as condições pelas quais a decisão proferida com qualquer vício formal possa ser declarada nula e, portanto, sem validade. São elas: I - quando for nulo o compromisso; II – quando emanar de quem não podia ser árbitro; III – quando não contiver os requisitos do artigo 26 (requisitos da sentença); IV – quando for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – quando não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – quando for comprovado que o árbitro proferiu a sentença por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - quando for proferida fora do prazo estipulado, desde que o árbitro tenha sido notificado pela parte interessada; VIII – quando forem desrespeitados os princípios contidos no artigo 21, parágrafo 2º da Lei, isto é, o princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento deste.

Portanto, a decisão arbitral será impugnável através de ação de anulação (que poderá ser promovida pela parte interessada no prazo de até noventa dias após a notificação da sentença arbitral), sendo certo, porém, que a impugnação somente poderá versar sobre aspectos formais da arbitragem (vícios da convenção de arbitragem, do processo arbitral ou da sentença arbitral). Sobre o mérito, o árbitro é soberano, não cabendo recurso contra a decisão que vier a ser prolatada por ele.

Então, a sentença arbitral tem o mesmo efeito da sentença judicial, todavia com algumas peculiaridades, tais como: o fato de ser prolatada por um árbitro escolhido livremente pelas partes e não contemplar a possibilidade de recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO II – ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

I) HISTÓRICO

A construção do pensamento econômico centrado nas transações entre as organizações teve origem em um artigo de Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, publicado em 1937.

Coase (1937) reconheceu que o mecanismo de preço não funciona como coordenador universal e perfeito da produção, e com isso deu partida a toda uma discussão acerca das diferentes formas de se coordenar a atividade produtiva ou de alocação dos recursos.

Segundo este autor, a forma de alocação de recursos que privilegia o *mercado*, tem sua origem na obra de Adam Smith (1776), com a proposição básica de que o mercado, como uma “mão invisível”, direciona os recursos no sistema econômico de forma eficiente e descentralizada, com o sistema de preços funcionando de modo tal que o ajustamento entre oferta e demanda seja automático. Esta é a forma privilegiada na análise microeconômica tradicional. De acordo com este modelo não há função para o planejamento econômico que não seja exercida pelo mecanismo de preços.

Contrapondo à esta forma de coordenação ou alocação de recursos, Coase (1937) apresenta outra que se dá sem a interferência direta do mecanismo de preços. Esta outra forma que opera no sistema econômico é a *empresa*. Para Coase (1937), a distinção se dá entre a alocação de recursos no mercado, através do mecanismo automático dos preços, e a alocação de recursos dentro da empresa, através da produção (alocação de recursos produtivos). As decisões na empresa (planejamento e decisões) não recebem influência direta dos mecanismos de preços no mercado, mas sim da coordenação da “organização”.

Assim o autor sustenta que a coordenação pelo *mercado* e a coordenação pela *empresa* são métodos alternativos de coordenação da produção.

Portanto, a partir das idéias deste autor, notou-se que a firma não é apenas um espaço para a transformação da matéria-prima em produto, mas é também um espaço de coordenação das transações entre os diferentes agentes econômicos. Assim, a firma deixa de ser vista como uma simples função de produção, sendo a ela incorporada a ótica institucional.

Vista também a partir de uma ótica institucional, e não somente da ótica produtiva, a firma passa a incorrer em custos outros, que não apenas os custos de produção. Ou seja, a partir das idéias de Coase percebe-se que os custos incorridos pelas firmas não são apenas custos de produção mas também custos de transação. E são os custos de transação que explicam a existência e o tamanho das firmas.

Na análise *coaseana*, os custos de transação foram divididos em duas instâncias. Primeiro, são os custos de coletas de informações e, segundo, são os custos de negociação e estabelecimento de um contrato. De maneira geral, tais custos seriam aqueles referentes à aquisição, manutenção e acesso a informações.

Coase, então, enriqueceu a visão da firma, que passa de um mero depositário da atividade tecnológica de transformação do produto para um complexo de contratos regendo transações internas. A teoria tradicional, até então vigente, não levava em consideração os custos de transação.

Um aspecto importante do sistema de Coase é ter chamado atenção para o fato de que existiam alocações de recursos que eram feitas extra-mercado. Todavia, este autor não apresentou critérios que permitissem a mensuração

destes custos e assim não foi possível, através de seus argumentos, descobrir qual é a melhor forma de minimizar o custo de coordenação das informações.

II) TEORIA DE WILLIAMSON

A evolução da vertente institucional das firmas ganhou maior espaço dentro da teoria econômica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson, nas décadas de 70, 80 e 90, dando seqüência ao trabalho de Ronald Coase. Os trabalhos de Williamson dedicaram especial atenção à tentativa de superação dos problemas metodológicos presentes nas proposições *coaseanas*, referentes à definição e imensurabilidade dos custos de transação. Sendo assim, este autor desenvolveu mais densamente o conceito de custos de transação.

Williamson (1989) definiu aquelas que seriam as características de uma transação estabelecida entre agentes econômicos. Dessa forma, este autor introduziu argumentos à teoria econômica que permitiram detectar a organização mais eficiente, na qual os custos de transação seriam minimizados.

A economia dos custos de transação, introduzida por Williamson (1989), tem como pressuposto fundamental que o funcionamento dos mercados têm custos, em contraposição à visão dada pela economia tradicional, em que o funcionamento da economia não incorre em custos.

1. Conceito de Custos de Transação

Segundo Williamson (1989), custos de transação são os custos *ex-ante* de preparar, negociar e salvaguardar um acordo, bem como os custos *ex-post* dos ajustamentos e adaptações que resultam, quando a execução de um contrato é afetada, como resultado de falhas, erros, omissões e alterações inesperadas.

A definição *coaseana* de custos de transação englobava apenas uma parcela do que se entende na atualidade por custos de transação. Isso porque os

custos informacionais não esgotam as possibilidades de ocorrência de custos de transação. Tal fato é explicado pela existência de custos de transação *ex-ante* e custos de transação *ex-post*, que decorre do comportamento dos indivíduos (racionalidade limitada e oportunismo), que será explicado abaixo.

Uma transação entre dois agentes econômicos não ocorre sem custos. Antes do início da transação, existem custos da procura, obtenção da informação, do conhecimento do parceiro, entre outros. Estes são os custos *ex-ante*.

Os custos *ex-post* são aqueles em que as empresas incorrem após a realização da transação. Isso porque, dada a racionalidade limitada (impossibilidade dos agentes em antever completamente os acontecimentos do futuro e a conduta dos demais agentes), e o oportunismo (busca de auto-interesse com dolo), os contratos são inexoravelmente incompletos. E, graças a esta condição, surgem custos de transação *ex-post*, que emergem ao longo de sua execução. São por exemplo os custos de monitoramento do desempenho, renegociações, etc.

Em virtude da pluralidade de fatores que influenciam os custos de transação, passam eles a ser entendidos hoje como sendo custo de elaboração e negociação de contratos; mensuração e fiscalização de direitos de propriedade; monitoramento do desempenho; organização de atividades e custos decorrentes da incapacidade da firma de responder rapidamente às mudanças no ambiente econômico.

2. Determinação dos Custos de Transação

De acordo com a abordagem de Williamson (1989), os custos de transação devem ser vistos como consequência de dois elementos: dos *pressupostos comportamentais dos indivíduos e dos atributos das transações*.

São *pressupostos comportamentais dos indivíduos* a racionalidade limitada e o oportunismo. Segundo o pressuposto da racionalidade limitada, os agentes agem racionalmente, mas de forma limitada. Isso porque a obtenção de

informações necessárias às tomadas de decisões são limitadas. Ou seja, embora os indivíduos pautem suas ações em moldes estritamente racionais, suas decisões não necessariamente correspondem às que seriam obtidas com o uso da racionalidade plena, quando então teriam amplo acesso a informações.

Já o oportunismo resulta do comportamento do indivíduo na busca do seu auto-interesse. O autor parte de um princípio de jogo não cooperativo, no qual a informação que um agente tem sobre a realidade não é acessível ao outro, e isto permite que o primeiro tenha um benefício em relação ao segundo.

Segundo Williamson (1989), o oportunismo é possível porque o mercado possui desenvolvimento incompleto ou distorcido de informações, e também pelo fato das ações dos indivíduos estarem premeditadas para enganar, deturpar, disfarçar, ofuscar ou ainda confundir a tomada de decisão do outro agente. Ou seja, o oportunismo envolve todo o comportamento estratégico que manipula ou oculta informações perante a outra parte na transação, buscando o auto-interesse.

Em relação aos *atributos das transações*, são eles a especificidade de ativos, a frequência e a incerteza.

A *especificidade de ativos* se refere a quanto um determinado ativo é específico para a atividade e quão custosa é a sua realocação. Ou seja, um ativo é específico quando ele deve ser utilizado apenas para a função que lhe foi determinada inicialmente, caso contrário, no caso de uma realocação, haverá considerável perda de valor. Deste maneira, quanto mais específico é o ativo, maiores são os custos de transação.

A *incerteza* está relacionada à imprevisibilidade do comportamento de variáveis econômicas e do comportamento dos rivais. O alto grau de incerteza traz altos custos de transação. Isso porque, num ambiente de incertezas, a firma deve se proteger criando estruturas de controle e monitoramento mais complexas a fim de interferir nas transações de modo mais eficiente. Atuando desta forma, incorrerá em maiores custos.

A *freqüência* refere-se à continuidade com que uma transação determinada é realizada pela firma. Transações mais recorrentes tendem a criar relações de confiança, desestimulando a emergência de práticas oportunistas e, ao mesmo tempo, o maior conhecimento adquirido acerca da conduta do outro agente, reduz a incerteza. Ou seja, uma transação mais freqüente trará menores custos à firma.

Da somatória dos pressupostos comportamentais dos indivíduos e dos atributos das transações, torna-se possível a mensuração dos custos de transação e conseqüentemente a seleção da estrutura de governança mais adequada a cada circunstância. *Estrutura de Governança* é definida por Farina (1997) como sendo o conjunto de regras, tais como contratos particulares ou normas internas às organizações, que governam uma dada transação.

Ou seja, a idéia central que permeia a Economia dos Custos de Transação é que, numa dada transação econômica, freqüentemente as partes envolvidas estão diante do risco de que o pactuado não se verifique. Frente a este dilema, os agentes criam estruturas de governança para reduzir este risco e, assim, incorrer em menores custos de transação. Essas estruturas de governança são as formas contratuais que se verificam nas transações, que podem ser, resumidamente, desde controle via mercado até a integração vertical. Tais estruturas de governança serão adotadas pelos agentes em decorrência da diversidade dos atributos das transações (especificidade de ativos, incertezas e freqüência) e dos pressupostos comportamentais dos indivíduos, **inerentes à cada transação**. Entre estes dois pólos de estruturas de governança encontram-se uma série de arranjos contratuais alternativos, que é o que interessa nesta monografia.

De maneira geral, a estrutura de governança mais eficiente é aquela na qual os custos de transação são menores. Assim, Williamson (1989) apresenta o problema da organização econômica como a tentativa de se criar estruturas de contratação e de governança que tenham o efeito e o propósito de minimizar custos de transação.

CAPÍTULO III – CONTRATOS NA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

I) SOLUÇÕES CONTRATUAIS

Com base nos estudos de Coase (1937), Williamson (1989) preocupou-se em atribuir dimensões às transações, conseguindo criar condições de testar a proposição de Coase. Possibilitou-nos deduzir qual a forma organizacional (estrutura de governança) mais eficiente para reger cada transação, segundo suas especificidades.

Na verdade, a grande contribuição de Williamson (1989) foi, partindo do fato de que existe o custo de transação, pensar em “estrutura de governança” para cada transação a fim de minimizar seus custos. É o que Williamson (1989) caracteriza como o mundo da “governança”, com os **contratos** assumindo papel determinante nas transações entre os diferentes agentes econômicos.

Não cabe aqui explicar quais são as estruturas de governança propostas por Williamson. Será abordado apenas o aspecto contratual de tais estruturas de governança.

Williamson (1989) observou que para o funcionamento do sistema econômico, o estabelecimento de contratos torna-se importante. Segundo este autor, as transações devem ser salvaguardadas por **contratos**. A firma, então, de acordo com Santos (2000), pode ser vista como um “nexus de contratos”, ou seja, pode ser vista como pacotes de diferentes tipos de contratos: entre investidores e administradores; entre administradores e empregados; entre firmas e fornecedores; entre firmas e governos, entre outros. Ocorre desta forma porque os contratos têm o objetivo de reduzir os riscos inerentes a cada transação e, ao reduzirem-se riscos, reduzem-se ao mesmo tempo os custos de transação.

Como já explicado acima, as transações possuem algumas características que são a elas inerentes, tais como os pressupostos comportamentais (racionalidade limitada e oportunismo). Aliados a estes, há ainda os atributos das transações, que são a incerteza, a especificidade de ativos e a frequência. Todos estes fatores influenciam nas transações, aumentando ou diminuindo os riscos. Assim, por exemplo, quanto maiores são os riscos de presença de oportunismo na realização da transação, maiores serão os custos apresentados por essa transação. Desta forma, a elaboração de um contrato que vise diminuir as brechas para uma atitude oportunista, trará menores riscos para a transação e, conseqüentemente, menores custos.

Há também outros exemplos tais como a especificidade de ativos, pois, se o ativo transacionado é muito específico, surgem problemas quanto a atitudes oportunistas, o que eleva os riscos da transação. Ou ainda, em transações não freqüentes, realizadas em um ambiente dotado de incertezas, as transações terão, mais uma vez, elevados riscos.

Nesses casos, a presença do elemento confiança entre as partes, introduzido pelas amarrações contratuais, pode minimizar riscos, e com ele custos.

Assim, as *soluções contratuais* são colocadas em razão da existência de riscos inerentes a cada transação, e objetivam minimizá-los, posto que reduzidos os riscos, reduzidos também serão os custos.

Na realidade, a idéia principal da economia dos custos de transação é minimizar os custos de gerenciamento do sistema econômico. Então, as soluções contratuais propostas por Williamson (1989) nada mais são do que meios para que, através da redução de riscos, minimizem-se tais custos.

II) CUSTOS CONTRATUAIS

Os contratos, em seu papel central na economia dos custos de transação, apresentam **custos** associados ao seu desenho, à sua implementação, monitoramento e, especialmente, custos associados à solução das disputas provenientes do descumprimento das relações contratuais estabelecidas. Isso porque os contratos não são capazes de prever e regular todas as possíveis contendas que venham a surgir.

Antes mesmo do início da transação, surgem os custos de transação *ex-ante*, que seriam os custos de preparar, negociar e salvaguardar um acordo. Como exemplo de custos *ex-ante*, têm-se os custos de relacionamento, tais como de procura e de obtenção de informações, de conhecimento das partes envolvidas na transação, da própria negociação, das garantias, das consultorias, entre outros.

À medida que essas transações se concretizam, aparecem os custos associados ao processo de transferência, ou seja, os custos de transação *ex-post*. Estes custos são provenientes dos ajustamentos e adaptações nos contratos. São eles: os custos de mensuração e monitoramento do desempenho, os custos advindos do acompanhamento jurídico ou administrativo, resultantes principalmente da má adaptação do contrato; os custos de renegociação; os custos de manutenção da estrutura de controle; os custos de compromisso de seguros, entre outros.

Então, possuindo o contrato custos inerentes à sua elaboração e monitoramento, estes devem ser menores do que aqueles que tais contratos buscam minimizar, caso contrário, não atenderá o objetivo que persegue, qual seja, a redução de custos através da minimização de riscos. Este aspecto será abordado mais detalhadamente no item seguinte.

III) AS PROPOSIÇÕES DE WILLIAMSON FACE ÀS DIFICULDADES DE IMPOSIÇÃO DOS CONTRATOS NO BRASIL

Na análise de Williamson, os contratos devem salvaguardar as transações porque são capazes de minimizar custos, através da redução dos riscos. Todavia, as idéias deste autor são baseadas de certa maneira no ambiente institucional americano.

Para melhor compreensão deste item é necessário que se tenha em mente que todas as transações ocorrem em um ambiente institucional estruturado a priori. Constituições, leis, direitos de propriedade, códigos de conduta, costumes e moral, Poder Judiciário, dentre outros já estão colocados no sistema, e devem ser aceitos pelos indivíduos que os compõem.

Williamson estrutura suas proposições segundo o ambiente institucional americano. Ou seja, suas idéias são adaptadas a um sistema de certa forma diferente do sistema brasileiro. Isto porque a Justiça Americana, de maneira geral, tem demonstrado que funciona de maneira rápida e eficaz. Neste sistema pode-se dizer que grandes partes das leis são obedecidas e as sanções cumpridas. A Constituição Federal e os principais códigos de conduta possuem poucos e bem elaborados artigos, para que todos possam conhecer como se estrutura o sistema onde vivem e obedecer ao que é imposto a eles. Os costumes e a moral demonstram que as pessoas atuam no sentido de cumprir as leis que são postas pelo Estado. Caso isto não ocorra, sabe-se que haverá o poder estatal para atuar e fazê-las cumprir.

Assim, nota-se que as proposições de Williamson têm razão de ser se levarmos em consideração que o funcionamento do ambiente institucional americano é, de certa forma, dotado de credibilidade. Isso porque diante de uma Justiça eficiente, eventual divergência contratual, não passível de solução amigável, seria resolvida de plano no Judiciário, sem maiores problemas.

Entretanto, há que se notar também que existem estruturas de governança que são tão complexas que nem mesmo o Judiciário competente é capaz de solucionar divergências provenientes de suas transações.

Todavia, diante da Justiça brasileira a análise deve ser outra. Perante esta, que é lenta e ineficiente, os custos *ex-ante*, assim como os custos *ex-post* tornam-se excessivos, de modo que a resolução de divergências provenientes dos contratos perante o Poder Judiciário torna-se um problema maior para a empresa do que o próprio objetivo que tais contratos buscam alcançar.

Os custos *ex-ante* acabam por se tornarem excessivos posto que, diante de um Poder Judiciário ineficiente e lento, as transações devem estar salvaguardadas por contratos muito bem elaborados e estruturados. E, para a realização de tais contratos as empresas incorrem em altos custos, já que devem buscar profissionais notadamente experientes. Os custos *ex-post* também serão excessivos posto que as empresas deverão despender recursos para o monitoramento contínuo dos contratos, acompanhamento de demandas judiciais, entre outros.

A insatisfação com o funcionamento da justiça é um fato amplamente demonstrado por inúmeras pesquisas. No Brasil, as deficiências do judiciário, decorrentes de seu perfil institucional e de sua estrutura administrativa, se vêem acentuadas pela instabilidade do quadro legal do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo, pela má formação de juízes e funcionários, entre outros fatores. Todos estes fatores criam uma certa “cultura jurídica” por parte dos jurisdicionados de que a Justiça realmente não é um meio eficaz para resolução de conflitos.

Uma análise do funcionamento da Justiça demonstra que esta “cultura jurídica” realmente é procedente. O excessivo volume de demandas que são propostas todos os dias provocam o congestionamento do sistema que, aliados

aos vícios incorridos pelo Judiciário, conforme citado acima, causam conseqüentemente a demora nas decisões judiciais. Esta demora excessiva provoca inúmeros prejuízos para as empresas, devido ao aumento de custos, tanto de custos *ex-ante*, quanto de custos *ex-post*.

A solução seria prever mecanismos de resolução de conflitos outros que não o judiciário para que a empresa não incorra então em tantos custos *ex-post*.

Assim, se considerarmos a situação da Justiça brasileira, os argumentos de Williamson seriam aplicáveis se as partes encontrassem um meio para reduzir os custos excessivos causados pela demora, inexatidão e imprevisibilidade das decisões judiciais. Ou seja, conforme já explicado acima, estes fatores levam as empresas a incorrerem em elevados custos *ex-ante* e *ex-post*. Então, seria conveniente que elas buscassem outra forma de composição de litígios, que as privassem destes prejuízos.

Desta forma estamos diante do seguinte silogismo. Os contratos possuem custos relacionados à sua elaboração e monitoramento. Ou seja, conforme já visto acima, os contratos possuem custos *ex-ante* e *ex-post*.

Quando as empresas recorrem ao Poder Judiciário, estes custos são elevados. Os custos *ex-ante* aumentam porque as empresas deverão buscar profissionais altamente experientes, para que estes as previnam de futuros prejuízos, elaborando assim contratos cada vez mais complexos e que atendam às especificidades de cada transação. Busca-se salvaguardar a transação da melhor forma possível para que os riscos diminuam, e com ele, os custos. Já os custos *ex-post* também são elevados porque as empresas deverão despender recursos para o monitoramento contínuo dos contratos, para o acompanhamento das demandas judiciais decorrentes das divergências contratuais, entre outros.

Ocorre que se tais custos forem superiores aos custos que tais contratos foram capazes de reduzir (ao reduzir riscos), eles não serão bem vindos para as empresas. Ou seja, as proposições de Williamson quanto às soluções contratuais, conforme explicado acima, não serão aplicáveis ao caso brasileiro, posto que o objetivo final de redução de custos não foi alcançado, dado aos altos custos incorridos pela empresa quando ela está envolvida em causas judiciais. Somente serão aplicáveis os argumentos do autor aos contratos brasileiros se os custos minimizados pelos contratos forem maiores do que os custos relacionados à solução de divergências na Justiça.

Assim, diante deste silogismo, as empresas poderão pensar em saídas para que os altos custos não se operem. Uma possível saída é a elaboração de contratos cada vez mais complexos, levando em consideração a experiência e as especificidades de cada transação. Há também outra opção, que seria a não realização e também a seleção mais rigorosa de contratantes (vendedores e compradores), devido as grandes incertezas e riscos que rodeiam a realização da transação.

Outra solução razoável é recorrer ao instituto da arbitragem. Se as organizações estipularem em seus contratos, através de cláusulas compromissórias, ser o Tribunal Arbitral o órgão competente para processar e julgar eventuais divergências, estarão reduzindo seus custos *ex-ante* e *ex-post* ao retirar do Poder Judiciário a competência para julgá-las. Adotando a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, as empresas estarão incorrendo em menores custos, quando comparado aos custos incorridos quando se socorre ao Poder Judiciário.

Desta forma, a redução de custos propiciada pela arbitragem pode tornar aplicável a “solução contratual” proposta por Williamson no caso brasileiro, já que assim os contratos atingirão seus objetivos de minimização de riscos, e conseqüentemente, de custos.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no decorrer deste trabalho, era de se esperar que fosse ampla a utilização do instituto da arbitragem pelas empresas, como meio alternativo de solução de conflitos. Ou seja, conforme já argumentado, estando a empresa diante de um Judiciário ineficiente e lento, e de riscos excessivos decorrentes de seu uso, a conclusão lógica seria a ampla utilização da arbitragem.

Todavia, o uso amplo e difundido do instituto de arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, conforme era esperado, não ocorreu. De acordo com uma pesquisa extraída do livro organizado por Armando Castelar Pinheiro (2000), constata-se que o instituto da arbitragem não está sendo utilizado pelas empresas da maneira como foi imaginado. Esta pesquisa teve como principal objetivo conhecer a opinião dos empresários sobre o desempenho do Judiciário brasileiro. Para tanto, aplicou-se a uma amostra nacional de firmas, por correio, um questionário que continha diversos tipos de perguntas, dentre elas a forma de resolução de disputas.

Conforme podemos analisar no quadro abaixo, muitos empresários sabem da existência da arbitragem, mas apenas poucos deles efetivamente recorrem a ela, ou ainda, a estipulam em cláusulas contratuais.

Discute-se hoje em dia a mediação e a arbitragem como formas alternativas de resolução de conflitos na área comercial, sem passar pelo Judiciário. Nos contratos firmados por sua empresa, nos últimos cinco anos, tem sido inserida cláusula específica prevendo a solução de possíveis litígios através da mediação e/ou arbitragem?

Respostas	Freqüência	%
Sim, na maioria dos contratos	43	7,1
Em alguns casos/raramente	138	22,9
Não/nunca ocorreu	399	66,3
Não sabe	22	3,7
<i>Total</i>	602	100,0

Fonte: Pinheiro (2000)

Os estudiosos da Lei de Arbitragem esperavam que, após a publicação desta lei, as empresas efetivamente adotassem este instituto como meio de resolução de contendas. Mas, como mostram as evidências, o uso amplo e difundido da arbitragem entre as empresas não aconteceu. Fala-se em evidências e indícios porque, na realidade, não existem pesquisas sobre a disseminação do instituto de arbitragem no mundo empresarial.

Então, conforme demonstram as evidências e os indícios extraídos do mundo jurídico, constata-se que é pequeno o uso deste meio alternativo de composição de conflitos entre as empresas. E ainda pode-se até arriscar um palpite mais severo de que tal uso ainda caminha a passos curtos, ou seja, sua propagação ainda é lenta no meio empresarial. Assim, a esperança de que o judiciário seria desafogado pela utilização do instituto de arbitragem ainda não procede.

Conforme dados extraídos do Tribunal Arbitral de São Paulo, a maioria dos conflitos julgados referem-se a questões trabalhistas. A preponderância destes

conflitos não era esperada, já que a Lei de Arbitragem é direcionada, em grande medida, para conhecer e julgar conflitos envolvendo empresas.

A questão que se coloca neste momento é saber quais são as razões que levam à pequena utilização do instituto de arbitragem. De uma forma geral, três razões podem ser explicitadas.

A primeira razão refere-se ao fato de que a arbitragem é opcional. Ou seja, ninguém é obrigado a recorrer à arbitragem, sua utilização como meio alternativo de solução de litígios é facultativa. Na realidade, o uso da arbitragem está condicionado à vontade das partes, não podendo ser imposto coativamente por uma das partes à outra. Assim, cabe a elas decidirem sobre a conveniência ou não de recorrer a este meio. E, sendo optativa, as partes apenas irão recorrer à arbitragem se ambas estiverem de boa-fé, ou seja, se ambas estiverem realmente interessadas em procurar uma solução rápida e justa para o conflito.

Desta forma, a facultatividade da arbitragem, aliada às ineficiências do Poder Judiciário abrem espaço para atitudes oportunistas. A demora em se alcançar uma decisão funciona como um incentivo para que a parte faltosa opte por iniciar um processo judicial, evitando sistemas mais rápidos de resolução de conflitos, contribuindo assim para um acúmulo ainda maior de casos no judiciário. Na realidade a parte age com má-fé, recorrendo ao Judiciário justamente porque sabe que este levará anos para solucionar o caso posto em discussão. E, agindo desta forma, ganham tempo e dinheiro com a demora do Judiciário, ainda mais se o cenário econômico for de inflações e juros altos.

Então sob este primeiro aspecto pode-se concluir que um Judiciário lento e congestionado acaba por prejudicar a difusão do uso da arbitragem, já que abre espaço para atitudes oportunistas daqueles que estão tendentes a agir com má-fé.

A segunda razão para explicar a pequena disseminação do instituto da arbitragem no meio empresarial refere-se ao fato de que a Lei de Arbitragem determina expressamente a irrecorribilidade da sentença arbitral.

Conforme já explicado no capítulo referente à Lei de Arbitragem, recurso é um meio de que dispõem as partes insatisfeitas para impugnar uma decisão judicial, pedindo o reexame da matéria e a prolação de uma nova decisão. De modo geral, o recurso de uma decisão judicial é dirigido a um órgão superior, colegiado e composto de pessoas mais experientes, que irão reanalisar o mérito.

A decisão arbitral não pode ser analisada novamente, assim como pode ser a decisão judicial. Ou seja, a matéria que o árbitro já examinou e decidiu não poderá sofrer novo julgamento. Não existe, assim, um mecanismo legal que possa remeter a matéria decidida a novo julgamento, e reformar a decisão do árbitro.

Esta característica das sentenças arbitrais assusta os empresários que, por isso, não fazem uso do instituto de arbitragem.

Obviamente, as empresas não pretendem abrir mão da possibilidade de reanálise da matéria colocada em discussão por um órgão superior, composto de pessoas mais experientes. Muitas delas acreditam que o juiz de primeira instância não é suficientemente experiente a ponto de julgar corretamente uma determinada causa, que exija certo tempo de vivência. Assim, o recurso torna-se uma ferramenta de extrema importância para que o direito seja realmente atendido.

Ademais, pelo fato de o julgador de primeira instância saber que sua decisão poderá ser reexaminada por um órgão superior, ele se torna vinculado a proceder, na maioria das vezes, da forma mais recomendada possível. E, agindo de tal forma, pode-se arriscar que haverá diminuição de riscos e incertezas quanto à decisão que irá prolatar.

Na realidade, a previsão de irrecorribilidade das decisões arbitrais levou a uma atitude contrária àquela que se buscava. Ao prever a impossibilidade de se recorrer de decisões arbitrais, os legisladores queriam na realidade que a utilização da arbitragem atendesse ao princípio da celeridade, já que este era um de seus principais objetivos, ser um mecanismo rápido de solução de litígios. Assim, buscou-se eliminar todo e qualquer mecanismo protelatório que pudesse prolongar a composição do conflito. E, sendo o recurso utilizado, na maioria das vezes, como um expediente protelatório, seu uso foi impedido nesta lei.

Por fim, a terceira razão refere-se ao fato de que a maioria das pessoas ainda possui certo apego ao Poder Judiciário.

Sabe-se que os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário são conhecidos há muito tempo. São muitos os vícios. Fala-se em leis processuais antiquadas, excessivo formalismo, diminuto número de magistrados por habitantes, descontrole administrativo-financeiro de diferentes tribunais, deficiência de gerenciamento profissional da Justiça e dificuldade de acesso da população à função jurisdicional estatal, etc. Todos estes fatores, aliados a quantidade excessiva de causas propostas e também a grande quantidade de recursos admitidos, contribuem para o congestionamento e a demora nas decisões judiciais.

Muito embora o Judiciário seja dotado de todos estes vícios, que contaminam a eficácia de sua atuação, as empresas em geral ainda possuem enraizada a idéia de que quem detém o monopólio da administração da justiça é o Poder Judiciário. Ou seja, ainda acreditam na idéia de que é apenas o juiz togado o competente para conhecer e julgar conflito de interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O Artigo 18 da Lei de Arbitragem e a Constituição Federal. In Revista Literária de Direito, n. novembro/dezembro, 1996.

- BARROS, Marco Antonio de. Jurisdição e juizado arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais n.738, 1997, p. 56-69.

- CRETELLA JÚNIOR, José. 1988. Da arbitragem e seu conceito categorial. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, n.98, p. 127-137.s Tribunais n.738, 1997.

- COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica* n. 4, november, 1937.

- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "A arbitragem como meio de solução de controvérsias", in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 2, Nov.-Dez/1999.

- LENZA, Vítor Barboza. Cortes Arbitrais – Doutrina, Prática, Jurisprudência, Legislação. Goiânia, AB Editora, 1997.

- NORTH, D.C. Custos de transação, instituições e desenho econômico. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992.

- PARIZATO, João Roberto. Arbitragem – comentários à Lei 9307, de 23.09.96. São Paulo, Editora de Direito, 1997.

- PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário e Economia no Brasil. São Paulo, Editora Sumaré,2000.

- PONDÉ, J.L.S.P. de S. Coordenação, custos de transação e inovações institucionais. Campinas: UNICAMP/IE, 1994. 54p. (Texto para Discussão. IE/UNICAMP, n. 38).

- SANT'ANNA, VALÉRIA MARIA. Arbitragem. Comentários à LEI n.º 9.307/96. 1ª Edição, São Paulo, Edipro, 1997.

- TRIBUNAL ARBITRAL, site www.tribunalarbitral.com.br

- WILLIAMSON, O.E. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. The Free Press, New York, 1985.

- WILLIAMSON, E. La Instituciones Económicas del Capitalismo. Trad. Eduardo L. Suarez. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.