MARIA DA GRAÇA FERRAZ DE ALMEIDA PRADO

A Economia da Arbitragem
Abordagem Contratual e Institucional

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Fábio Nusdeo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2016

MARIA DA GRAÇA FERRAZ DE ALMEIDA PRADO

A Economia da Arbitragem
Abordagem Contratual e Institucional

Doutorado:
Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Nusdeo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2016

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ferraz de Almeida Prado, Maria da Graça
A Economia da Arbitragem: Abordagem Contratual e Institucional / Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado ; orientador Fábio Nusdeo -- São Paulo, 2016.
521

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Arbitragem. 2. Economia Institucional. 3. Refuncionalização dos institutos. 4. Desenvolvimento. I. Nusdeo, Fábio , orient. II. Título.

Aos meus professores,
pela inspiração que me trazem.

PREFÁCIO DA AUTORA E AGRADECIMENTOS

Esta tese é fruto de muitos encontros e confrontos: Direito e Economia; teoria e empiria; ambiente contratual e institucional; salas de aula e salas de audiência. Largo São Francisco e Escola Politécnica também se cruzaram e parcerias firmadas com o Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IBDiC, o escritório TozziniFreire e o Projeto Cairu-2030 permitiram que Direito e Sociedade igualmente dialogassem.

Do ponto de vista do objeto estudado, encontraram-se – e confrontaram-se – oportunismo e confiança, na tentativa de identificar na previsão de arbitragem uma estratégia dúplice a aplacar esse embate: defende-se que a arbitragem pode funcionar como ferramenta contratual de promoção de confiança, a estimular melhores desempenhos contratuais, induzir externalidades positivas e trazer impactos sobre temas como coordenação social, realização de investimentos, segurança jurídica e desenvolvimento.

O que se buscou destacar é a importância da arbitragem para além de sua ótica processual ou de sua dimensão como simples meio de solução de disputas privadas. Diante de uma compreensão mais exata a respeito das potencialidades do instituto, pode a previsão de arbitragem incentivar novas funcionalidades – contratuais e institucionais – a serem aproveitadas por partes contratuais e agentes reguladores.

A ambição desta tese é, portanto, *oferecer mais à arbitragem*, vendo o instituto em lente contra-intuitiva, multidisciplinar e funcional, capaz de contrapor teoria e prática, bem como economias e deseconomias de instituto tão festejado no país e no exterior.

Agradecimentos são necessários e esta tese vem dedicada a *todos os meus professores*, que em salas de aula, salas de reunião e salas de audiência alimentaram as reflexões postas neste trabalho. Também meus irmãos *José Inacio e Maria da Glória*, companheiros de vida e de Arcadas, muito contribuíram pelo exemplo, inspiração e por tantas conversas animadas e esclarecedoras sobre os mais variados temas. *Meus pais* são aqui lembrados pelo apoio fundamental, de perto, de longe e de sempre.

Por fim, um agradecimento especial ao meu orientador Professor *Fábio Nusdeo*. Certa vez, vendo minha inquietação a respeito dos resultados da pesquisa, disse-me que ele era meu *spalla*, isto é, meu primeiro violinista. Explicou-me, então, ser função do primeiro violinista nunca deixar o maestro se perder. Assumindo a responsabilidade pelas ideias apresentadas, registro meu sincero agradecimento e profunda admiração ao *melhor primeiro violista* que eu poderia ter tido nessa jornada. Questiono, apenas, ser ele, em verdade, o grande maestro deste trabalho.

* * *

Arcadas, Janeiro de 2016.

RESUMO

FERRAZ DE ALMEIDA PRADO, Maria da Graça. A Economia da Arbitragem - Abordagem contratual e institucional. 2016. 521p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 20 Janeiro 2016.

A proposta deste trabalho é atribuir à arbitragem funcionalidades contratuais e institucionais que ultrapassam a simples solução de disputas privadas. Com base na literatura econômica e jurídica, constrói-se a previsão de arbitragem como uma cláusula contratual capaz de estimular a confiança, reduzir oportunismos e criar uma comunidade de interesses a favorecer o cumprimento das obrigações, especialmente em se tratando de contratos de natureza relacional. No âmbito institucional, a cláusula compromissória é tomada como instrumento apto a gerar maior coordenação social entre os indivíduos, com impactos positivos sobre o grau de investimentos realizados, a confiança entre os agentes envolvidos e a segurança jurídica. Para confirmação do argumento realiza-se estudo empírico na indústria de construção e infraestrutura, bem como estudo de caso a respeito de projeto de desenvolvimento estratégico denominado Cairu-2030. O objetivo é o confronto entre a prática da arbitragem e as hipóteses teóricas lançadas, para chegar-se a uma visão mais realista acerca do instituto da arbitragem. Com base nesse confronto defende-se a necessidade de refuncionalização do instituto, com resgate de sua ética de confiança e de uma ótica de aprendizado institucional. A refuncionalização permite que teoria e prática se alinhem, com prevalência de economias sobre as deseconomias da arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem, economia, ineficiências, refuncionalização, desenvolvimento.

ABSTRACT

FERRAZ DE ALMEIDA PRADO, Maria da Graça. The Economics of Arbitration - Contractual and institutional perspectives. 2016. 521p. Doctor in Laws – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 20 January 2016.

The purpose of this work is to attribute to arbitration certain contractual and institutional functionalities that would allow the institute to go beyond a method of private dispute resolution. With grounds in the economic and legal literatures, the arbitration clause is construed as a contractual provision capable of stimulating trust, reducing opportunism and creating a community of interest favouring the compliance of obligations, particularly in the context of relational contracts. In the institutional perspective, the arbitration clause is seen as a provision that can cope with collective action dilemmas, with a positive impact in terms of investment, trust and legal certainty. To test the argument, the work develops an empirical test in the construction and infrastructure industry, as well as a case study in the strategic development plan named Cairu-2030. The intention is to confront the practice of arbitration vis-à-vis the theoretical hypothesis studied, in order to achieve a realistic perspective on arbitration. It is argued that arbitration needs to undergo a process of re-functionalization to recover its original ethics of trust and its perspective of institutional learning. The argument of re-functionalization is the way to align theory and practice of arbitration, so that the economies can prevail over the diseconomies of arbitration.

Key-words: Arbitration, economy, inefficiency, re-functionalization, development.

.

RÉSUMÉ

FERRAZ DE ALMEIDA PRADO, Maria da Graça. L'économie de l'arbitrage - Analyse contractuel et institutionnel. 2016. 521p. Doctorat – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 20 Janvier 2016.

L'objectif de ce travail est d'attribuer à l'arbitrage des fonctionnalités contractuelles et institutionnelles qui dépassent la simple solution de litiges privés. Fondée sur la littérature économique et juridique, la prévision d'arbitrage est construite comme une clause contractuelle capable de stimuler la confiance, réduire l'opportunisme et de créer une communauté d'intérêts favorisant le respect des obligations, particulièrement dans le contexte des contacts relationnels. Au niveau institutionnel, la clause d'arbitrage est vue comme une mesure capable de générer une plus grande coordination sociale, avec des effets positifs au niveau des investissements, de la confiance entre les parties et de la sécurité juridique. Pour valider l'argument, une étude empirique est conduite dans le secteur de la construction et des infrastructures, ainsi qu'une étude de cas sur le projet stratégique de développement appelé Cairu-2030. Le but est de confronter la pratique de l'arbitrage avec les hypothèses théoriques de la recherche, pour arriver à une vision plus réaliste de l'arbitrage. Le travail défend la nécessité d'une refonctionnalisation de l'arbitrage pour retrouver son éthique de confiance et une perspective de l'apprentissage institutionnel. La refunctionalisation permet que la théorie et la pratique se rejoignent et que les économies prévalent sur les déséconomies d'arbitrage.

Mot clés: Arbitrage, économies, inefficacité, refunctionalisation, développement.

SUMÁRIO

LISTA DE APÊNDICES, TABELAS, FIGURAS e IMAGENS 14

INTRODUÇÃO 16
1. O ponto de partida contratual 16
2. A expansão do argumento para a perspectiva institucional 21
3. As duas oportunidades de economia associadas à arbitragem 25
4. O objetivo da pesquisa e os elementos de originalidade na abordagem proposta 27
5. A proposta de pesquisa empírica: a percepção do setor de construção e infraestrutura e o Projeto "Cairu-2030" 32
6. O referencial teórico 40
7. A metodologia empregada 43
8. A estrutura teórica deste trabalho 45

PRIMEIRA PARTE: 47

A ABORDAGEM CONTRATUAL 47

CAPÍTULO 1 48

Desenho contratual e o cumprimento das obrigações 48
1.1 Estruturas contratuais e a ótica do Direito: os modelos clássico, neoclássico e relacional 48
1.2 Estruturas contratuais e a ótica da Economia: os modelos de contratos completos, incompletos e relacionais 65
1.3 O diálogo entre os contratos relacionais e a ECT 74
1.4 Contratos relacionais e o cumprimento das obrigações: preocupação comum ao Direito e à Economia 80

CAPÍTULO 2 85

Arbitragem como resposta de governança contratual dentro do modelo relacional .. 85
2.1. As correlações entre arbitragem e o modelo relacional 85
2.2. A visão da arbitragem segundo Williamson: mecanismo complexo de governança contratual para emprego eficiente em transações frequentes e com ativos específicos envolvidos 92
2.2.1. O mapa contratual de Williamson 92
2.2.2. As situações intermediárias do "mundo dos contratos" 95
2.2.3. A inclusão de incerteza no mapa contratual e o aumento da abrangência do campo dos contratos relacionais 98
2.2.4. A inserção da arbitragem no contexto de Williamson e a expansão do argumento em cenários de incerteza majorada 99
2.3. A visão da arbitragem segundo Klein-Crawford-Alchian: mecanismo eficiente para criar flexibilidade em transações de longo prazo e com quase-renda envolvida ... 103
2.3.1. Quase-renda como critério para identificação da governança apropriada 103

2.3.2. Os mecanismos de mercado e o capital reputacional a agirem na escolha da governança mais eficiente: a expansão do argumento de Klein-Crawford-Alchian para construção da arbitragem como reforço do capital reputacional 106
2.4. A visão da arbitragem segundo Macneil: mecanismo de origem neoclássica e que pode se alinhar ao modelo contratual relacional 114
2.4.1. A questão do conflito dentro de cada moldura contratual 114
2.4.2. O mecanismo de disputas apropriado ao modelo relacional 119
2.4.3. A expansão do argumento de Macneil: a arbitragem como exemplo de micro-sociedade a incentivar a continuidade do vínculo contratual dentro do modelo relacional 121
2.5. Síntese das ideias apresentadas 123

CAPÍTULO 3 127

A centralidade da confiança para a arbitragem 127
3.1. Confiança contratual em linhas gerais 127
3.2. A construção da arbitragem como pacto ético de confiança 133
3.3. Arbitragem e legitimação pela confiança 139
3.4. Arbitragem, confiança e equação econômico-financeira do contrato 145

CAPÍTULO 4 149

A arbitragem como sinalização de comportamento cooperativo 149
4.1. As premissas da teoria de *signaling* 149
4.2. *Signaling* na teoria de normas sociais de Eric Posner 152
4.3. Arbitragem e *signaling*: uma aplicação concreta 158
4.3.1. A dimensão dos custos 158
4.3.2. O elemento de confiança na contratação da arbitragem 163
4.3.3. O caráter técnico da arbitragem 167
4.4. Os riscos de perda do papel de sinalização contratual pela arbitragem 170
4.4.1. Os riscos de imitação do comportamento 170
4.4.2. Os riscos de interpretação incorreta do sinal enviado 176
4.5. Hipótese para confirmação empírica a respeito da sinalização contratual pela arbitragem 178

CAPÍTULO 5 182

Arbitragem e economia contratual 182
5.1. A economia da arbitragem: funcionalidades contratuais 182
5.2. Redução dos custos de cumprimento contratual 183
5.2.1 O "*enforcement*" diferente proporcionado pela arbitragem 183
5.2.2 A ênfase na simplificação processual por meio da arbitragem 189
5.2.3 O efeito de saída e o efeito simbólico trazidos pela arbitragem 190
5.3. Desenvolvimento de micro-cosmo contratual a preservar os laços entre os contratantes 194
5.3.1. A função de conservação dos negócios e a natureza coexistencial da arbitragem 194
5.3.2. Arbitragem como Justiça Participativa 201

5.3.3. A importância do aspecto coexistencial, participativo e cooperativo e as hipóteses adicionais para confirmação empírica 203
5.4. Aumento da segurança, previsibilidade e calculabilidade contratual 208
5.4.1. A estabilidade contratual trazida pela previsão de arbitragem 208
5.4.2. A redução dos riscos e incertezas de litigar 212
5.5. Criação de excedente contratual 219
5.6. Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica 224

CAPÍTULO 6 226

O teste empírico: a percepção da indústria de construção e infraestrutura 226
6.1. Delimitação da pesquisa empírica 226
6.1.1. Aspectos metodológicos 227
6.1.2. As hipóteses testadas 228
6.1.3. O questionário de pesquisa 229
6.1.4. O grupo amostral 232
6.2. Análise dos resultados 233
6.2.1 Análise dos elementos da teoria de sinalização 233
6.2.2 As deseconomias verificadas na prática da arbitragem 237
6.2.3 Avaliação da arbitragem face aos *dispute boards* e à mediação 240
6.3. Conclusões parciais e desdobramentos da pesquisa 242

SEGUNDA PARTE: 248

A ABORDAGEM INSTITUCIONAL 248

CAPÍTULO 7 249

Arbitragem e funções institucionais 249
7.1. Breve retrospecto a respeito da evolução da arbitragem 249
7.2. Arbitragem e a função de administração de conflitos 255
7.3. Arbitragem e a função de suporte ao mercado 258
7.4. Arbitragem e a função de aprimoramento institucional: a teoria do *by- pass* institucional 263
7.5. Síntese das ideias apresentadas 270

CAPÍTULO 8 273

Arbitragem e economia institucional 273
8.1. A economia da arbitragem: funcionalidades institucionais 273
8.2. O benefício trazido por instituições fundadas na confiança: a superação de dilemas de coordenação social e a criação de uma motivação normativa 274
8.3. Segurança jurídica e investimento 280
8.4 Complementaridade entre arbitragem e Poder Judiciário 284
8.5 Autorregulação de conflitos, voz e empoderamento social 288
8.6 Experimentalismo, aprendizado e adaptação institucional 291
8.7 Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica 294

CAPÍTULO 9 296

Estudo de caso: o Projeto Cairu-2030 296
9.1. Apresentação do Projeto Cairu-2030 296
9.2. Metodologia de pesquisa 298
9.3. Análise dos resultados 300
9.3.1. O embate entre teoria e realidade: rejeição da Hipótese 1 300
9.3.2. A não utilização da arbitragem: preferência pela negociação, "mediação informal" e pelo Poder Judiciário 310
9.3.3. A ausência de "pertencimento local" de todo o projeto Cairu-2030 e os efeitos sobre o PSJ e a previsão de arbitragem 313
9.3.4. A tendência de universalização do uso da arbitragem e a falta de adequação do PSJ aos conflitos existentes 316
9.3.5. O experimentalismo institucional para o PSJ 319
9.3.6. PSJ, confiança e desenvolvimento 326
9.4. Conclusões parciais e desdobramentos da pesquisa 329

TERCEIRA PARTE: 332

As deseconomias contratuais e institucionais da arbitragem 332

CAPÍTULO 10 333

Economias, deseconomias e a refuncionalização da arbitragem 333
10.1. Economias e desenconomias da arbitragem 333
10.2. Quebra da confiança e a perda da sinalização contratual: consequências práticas 334
10.3. O *by-pass* que se aproxima da instituição de origem e as tendências de processualização, burocratização e o ativismo arbitral: consequências práticas 339
10.4. A perda do elemento local e da preferência dos usuários: consequências práticas. 343
10.5. Apelo a uma nova lógica funcionalista à arbitragem: retomada do *ethos* de confiança e do aprendizado institutional 346

Conclusões, implicações e a órbita das estrelas 352
Conclusões parciais e gerais 352
Implicações jurídicas e políticas 355
Implicação jurídica 355
Implicação política 356
Olhando a órbita das estrelas? 358

Referências Bibliográficas 361

Apêndices 385

LISTA DE APÊNDICES, TABELAS, FIGURAS E IMAGENS

Apêndices

Apêndice 1: Questionário de pesquisa - Setor de construção e infraestrutura
Apêndice 2: Detalhamento das respostas obtidas - Setor de construção e infraestrutura
Apêndice 3: Lei n°. 241/ 2008 - Prefeitura Municipal de Cairu
Apêndice 4: Decreto n°. 398/2008 - Prefeitura Municipal de Cairu
Apêndice 5: Roteiro-base de perguntas - Projeto Cairu-2030
Apêndice 6: Memorial fotográfico - Cairu

Tabelas

Tabela 1: Síntese do Questionário de Pesquisa Empírica - Setor de Construção e Infraestrutura
Tabela 2: Síntese do mapa contratual de Williamson

Figuras

Figura 1: Representação do "*mundo dos contratos*"
Figura 2: Representação do campo probabilístico de auto-cumprimento
Figura 3: Alargamento do campo probabilístico de auto-cumprimento e redução do campo de oportunismo dos contratantes mediante emprego de cláusulas contratuais

Imagens

Imagem 1: Mapa da região de Cairu - Fonte: googlemaps
Imagem 2: Outdoor "*Cairu - 3° melhor município da Bahia*" e contraste com a pobreza local
Imagem 3: Vista de uma das principais ruas da sede municipal de Cairu
Imagem 4: Porto localizado no vilarejo de Graciosa (17 kms de Valença) e principal forma de acesso à sede municipal de Cairu e à ilha de Boipeba
Imagem 5: Vista próxima ao Porto - região da Graciosa

Imagem 6: "*Graciosa - Comunidade Quilombola - Essa terra tem história*"

Imagem 7: Reunião realizada em 27.10.2015 no Convento de Santo Antônio, em Cairu, para discussão dos conflitos envolvendo comunidades remanescentes quilombolas - Visão da mesa

Imagem 8: Reunião realizada em 27.10.2015 no Convento de Santo Antônio, em Cairu, para discussão dos conflitos envolvendo comunidades remanescentes quilombolas - Visão do público

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. O ponto de partida contratual. 2. A expansão do argumento para a perspectiva institucional. 3. As duas oportunidades de economia associadas à arbitragem. 4. O objetivo da pesquisa e os elementos de originalidade na abordagem proposta. 5. A proposta de pesquisa empírica. 6. O referencial teórico. 7. A metodologia empregada. 8. A estrutura teórica deste trabalho.

1. O ponto de partida contratual

Oportunismo e confiança são temas centrais no mundo dos negócios. Tamanha a importância desses elementos que OLIVER WILLIAMSON, laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 2009, considera essencial a criação de estruturas de governança capazes de controlar tais vetores contratuais.[1] É em torno desses dois eixos de análise que WILLIAMSON inclusive constrói sua teoria a respeito da moderna firma capitalista, partindo de duas premissas de estudo.[2]

A primeira delas refere-se *(i)* ao pressuposto de racionalidade limitada dos agentes econômicos. Essa noção se contrapõe à ideia de racionalidade plena, principal fundamento dos modelos neoclássicos e que pressupõem um super-agente de capacidades cognitivas amplas. Também o modelo de WILLIAMSON se distingue daquele de racionalidade orgânica, empregado pelas escolas de inspiração evolucionista, que veem nas relações econômicas antes o resultado de uma ordem espontânea e naturalmente desenvolvida (*kosmos*) do que obra de agentes racionais dentro de uma ordem intencionalmente criada (*praxis*).[3]

[1] "Governance structures that attenuate opportunism and otherwise infuse confidence are evidently needed" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers,
[2] A distinção desses dois vetores de análise também é explicitada em outros escritos de Williamson. Para referência: WILLIAMSON, Oliver. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981, p. 553; WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 600-601; WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. *The American Economic Review,* v. 92, n. 2, 2002, p. 440.
[3] Veja-se HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty* – Rules and Order. Chicago: Chicago University Press, v. 1, 1973, p. 45-46.

Segundo o modelo de WILLIAMSON, pretende-se que o agente seja racional e senhor do seu destino, a ponto de influenciar conscientemente o futuro das transações – se pensado o plano microeconômico –, e das instituições – se tomado o plano macroeconômico. Mas WILLIAMSON não escapa de reconhecer que essa capacidade do agente racional apenas se realiza de maneira desgraçadamente humana e limitada, sujeita a inevitáveis falhas de previsão. A inspiração em HERBERT SIMON[4] é clara e expressa no trabalho de WILLIAMSON.[5]

Também WILLIAMSON admite como parte integrante de seu homem contratual uma certa fraqueza moral de comportamento, caracterizada pela *(ii)* noção de oportunismo. Conforme definição do próprio autor, oportunismo é concebido como uma forma superlativa de auto-interesse, motivada pela astúcia e busca constante de apropriação sobre recursos residuais.[6]

Como grande parte dos autores da Nova Economia Institucional ("NEI")[7], WILLIAMSON pretende ver o mundo segundo uma lente de análise própria. Admite que o agente econômico não detenha capacidade cognitiva plena. Tampouco reconhece nesse agente um modelo de virtudes kantianas intocadas, capaz de sacrificar seu interesse ao interesse do outro. O ponto de partida comportamental de sua análise é, portanto, o homem em sua *natureza mais real*, conforme definição de RONALD COASE.[8] Ou, parafraseando-se

---

[4] "only because individual human beings are limited in knowledge, foresight, skill and time that organizations are useful instruments for the achievement of human purpose" (SIMON, Herbert A. *Models of man*. New York: Wiley, 1957, p. 199).

[5] "Although the term bounded rationality was not coined until 1957, Simon's approach to the study of organization has consistently been of a bounded rationality kind. Albeit sometimes confused with irrationality, nonrationality, and the like, bounded rationality refers to behavior that is 'intendedly rational, but only limitedly so' (Simon 1957a, p. xxiv)" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 36).

[6] "By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included" (WILLIAMSON, Oliver Williamson. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 47).

[7] Nova Economia Institucional foi o nome dado por Williamson ao movimento iniciado por Ronald Coase, que ganhou corpo e adeptos a partir de trabalho seminal publicado em 1937, *The nature of the firm*. O vocábulo "nova" foi acrescido para diferenciar de movimento anterior que tinha em John Commons seu grande expoente. Conforme o próprio Coase reconhece, o objetivo da Nova Economia Institucional era ganhar maior pragmatismo e concretude deixados de lado pelo excesso de abstração do período neoclássico: "The phrase 'the new institutional economics' was coined by Oliver Williamson. It was intended to differentiate the subject from the 'old institutional economics' (…) Mainstream economics, as one sees it in the journals and the textbooks and in the courses taught in economics departments has become more and more abstract over time, and although it purports otherwise, it is in fact little concerned with what happens in the real world" (COASE, Ronald. The New Institutional Economics. *The American Review*, v. 88, n. 2, 1998, p. 72)

[8] "Modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions" (COASE, Ronald. The New Institutional Economics. *Journal of Institutional and Theoretical*

IAN MACNEIL, o homem "*meio-hobessiano*", eternamente comprimido entre auto-interesse e solidariedade.[9]

Esse é o *mundo da governança contratual* a que se dedica WILLIAMSON. Um mundo em que as transações econômicas são estruturadas levando-se em conta a incerteza do ambiente econômico e o grau de oportunismo e confiança que cerca os agentes.

Não que o oportunismo seja necessariamente um mal em si. Diria SCHUMPETER que o sucesso empresarial está justamente na inteligência, sagacidade e energia que ultrapassam a média, a justificar, "*em nove de cada dez casos, o sucesso industrial"*.[10] RACHEL SZTAJN também ressalta a importância desse espírito empresarial, inovador e desbravador, para o florescimento econômico.[11] Mas, se auto-interesse e engajamento empresarial têm uma finalidade a cumprir dentro das sociedades capitalistas, o oportunismo predatório e que ultrapassa as raias do mero empreendedorismo deve ser refreado.[12]

É nesse ambiente de visão limitada de quem contrata e de oportunismo inerente à vida empresarial que a definição de termos e cláusulas contratuais ganha nova perspectiva de análise. Isso porque, ainda que não seja possível aos contratantes antecipar todas as contingências a que a incerteza e o oportunismo podem dar causa, molduras contratuais bem desenhadas podem minimizar, quanto possível, os percalços inerentes a essa realidade.

Economics, v. 140, 1984, p. 231).

[9] "Humans are not Hobbesian, but an inconsistent mixture of selfish and sacrificing, not necessarily because they want to be, but because they have to be. They have to be not just because of the exigencies of a given relation, but because of both their biological and cultural nature. (…) Now, just as we to not live as Hobbesian, but only as half-Hobbesians, we are equally schizophrenic in our thinking patterns, sometimes thinking like Hobbesians, and sometimes not". (MACNEIL, Ian. Barriers to the idea of relational contracts. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 306).

[10] Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*. New York: Routledge, 2013, p. 16.

[11] "Pode-se afirmar que o direito comercial sempre floresceu quando as necessidades do tráfico econômico compeliram os operadores a buscar meios eficazes e eficientes de atingir seus objetivos. Dessa forma, a criatividade, a inventividade, sempre prepondera sobre as tentativas de encilhar a atividade mercantil em moldes predeterminados e imutáveis" (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18).

[12] Veja-se Paula Forgioni: "O agente econômico é caracterizado por uma 'esperteza própria' que lhe faz atilado, capaz de atuar no mercado. Essa astúcia, contudo, não há de ser confundida com uma permissão de comportamento predatório. Surge neste ponto, um dos principais problemas relacionados ao estudo dos contratos mercantis: como diferenciar o comportamento sagaz, próprio das empresas, daquele destrutivo, que há de ser repelido?" (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010, p. 120).

É nesse exato sentido que não apenas WILLIAMSON[13], mas também outros autores filiados à NEI[14] chamam a atenção à importância de serem criados mecanismos de governança contratual que, adequando-se às particularidades de cada transação econômica, sejam capazes de lidar, reduzir e compensar a vulnerabilidade própria ao mundo dos negócios. Segundo essa corrente de pensamento, cláusulas contratuais servem como verdadeiro contraponto ao oportunismo das partes, reduzindo conflitos do mundo real por meio da coordenação contratual[15] e de um aprendizado constante.[16]

Esses autores inclusive fazem menção ao papel das estruturas contratuais para garantir que ganhos decorrentes do comércio e das trocas econômicas sejam efetivamente realizados, com geração de bem-estar e utilidade social. Daí porque cláusulas contratuais bem desenhadas também importam segundo uma perspectiva de *ganhos sociais* e não unicamente pela ótica de ganhos individuais.[17]

Mas não é só pela ótica de *ganhos* que o desenho de estruturas contratuais é tema relevante. Na medida em que o mundo real pressupõe *custos de transação positivos*, o processo de escolha contratual deve também atentar para esse cálculo de custos. Aliás, o próprio COASE via nos custos associados ao mundo da governança o principal motivo para

[13] "governance is the means by which to infuse order, thereby to mitigate conflict and to realize 'the most fundamental of all understandings in economics', mutual gain from voluntarily exchange" (WILLIAMSON, Oliver. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, 2002, p. 180).

[14] Veja-se Benjamin Klein, dando especial importância aos contratos como forma para lidar com o oportunismo: "It is these dissipative, purely redistributive transitional costs associated with hold-up behavior that lead transactors to design contractual arrangements that minimize the likelihood of a hold up occurring" (KLEIN, Benjamin. General Motors and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, 2000, p. 131). Também nesse sentido, com igual ênfase ao oportunismo, veja-se HERMALIN, Benjamin: "Contract can help parties avoid the hold up problem" (HERMALIN, Benjamin. Holdup: implications for investment and organization. *California Management Review*, v. 52, n. 2, 2010, p. 136). Também Victor Goldberg e John R. Erickson: "Much of the structure of contracts reflects the attempts of parties to constrain their noncooperative behavior in order to increase the total pie" (GOLDBERG, Victor; ERICKSON, John R. Quantity and price adjustment in long-term contracts: a case study of petroleum coke. In: WILLIAMSON, Oliver; MASTEN, Scott (Coord.). *The economics of transaction costs.* Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 1999, p. 327).

[15] "In the NIE [New Institutional Economics] framework contracts are therefore imperfect and incomplete. They implement governance regimes that allow coordination because, on one hand, they protect the parties, and, on the other, they allow them to adapt and learn. Contracts organize the frame of future coordination" (BROUSSEAU, Éric. Contracts: from bilateral sets of incentives to the multi-level governance of relations. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 46-47).

[16] Veja-se Langlois: "With time, however, agents engaged in similar transactions will learn the typical outcomes of those transactions and will include increasingly more specific provisions in their contracts" (LANGLOIS, Richard N. Transaction-cost Economics in real time. *Industrial and corporate change*, v. 1, n. 1, 1992, p. 104). Vide também MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 130.

[17] Vide MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 569.

agentes optarem por diferentes estruturas de governança contratual.[18] Essas "*fricções*"[19] presentes nas transações econômicas detém papel crucial na definição de estruturas de governança, a criar muitas vezes impasse na escolha a ser feita pelos contratantes.

Veja-se que a ideia de impasse aparece na literatura econômica sob a denominação de *trade-off*. No caso dos contratos, há custos associados às negociações e à etapa de redigir minutas contratuais. Logo, o principal *trade-off* a que se submetem os contratantes é escolher a justa medida de detalhamento contratual, capaz de assegurar proteção contra oportunismos, mas que, ao mesmo tempo, como bem lembram SCOTT MASTEN, KEITH CROKER e KENNETH REYNOLDS, não represente custos excessivos de contratação, que além de reduzirem os ganhos advindos da transação, poderiam também gerar engessamento contratual desnecessário.[20]

Ciente desse *trade-off*, o engenho humano faz surgir mecanismos contratuais para, de alguma maneira, economizar custos e maximizar os ganhos em um cenário de incerteza. É o caso do emprego de garantias contratuais mencionado por AKERLOF no clássico *Market for Lemons*.[21] A literatura também menciona outros exemplos, como cláusulas do tipo *take-or-pay*[22] ou previsões de ajuste de preço.[23]

---

[18] COASE, Ronald. The nature of the firm. In: WILLIAMSON, Oliver; WINTER, Sydney (Coord.). *The nature of the firm – origins, evolution, and development*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 21. Depois de seu estudo seminal em "*The nature of the firm*", esse argumento é repetido em outros escritos de Coase, vide por exemplo COASE, Ronald. The nature of the firm: Influences. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, nº. 1 1988.

[19] A expressão é de Williasom: "Transaction costs are the economic equivalent of friction in physical systems" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 19).

[20] "Our basic premise is that the optimal contract length reflects a tradeoff between the costs of negotiating the terms of trade on a period-by-period basis and the hazards of being bound to an inflexible agreement for an additional length of time" (CROCKER, Keith J.; MASTEN, Scott E. Mitigating contractual hazards: unilateral options and contract length. *The RAND Journal of Economics*, v. 19, n. 3, 1988, p. 328). "When designing a contract, the parties may mitigate ex post opportunism and investment distortions by the use of more complete agreements, but at the cost of increased resources dedicated to crafting the document a priori" (CROKER, Keith J.; REYNOLDS, Kenneth. The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of air force engine procurement. *The RAND Journal of Economics*, v. 24, n. 1, 1993, p. 127).

[21] AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970, p. 499.

[22] MASTEN, Scott; CROCKER, Keith. Efficient adaptation in long-term contracts: take-or-pay provisions for natural gas. In: WILLIAMSON, Oliver; MASTEN, Scott (Coord.). *The economics of transaction costs.* Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 1999, p. 351-361.

[23] GOLDBERG, Victor; ERICKSON, John R. Quantity and price adjustment in long-term contracts: a case study of petroleum coke. In: WILLIAMSON, Oliver; MASTEN, Scott (Coord.). *The economics of transaction costs.* Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 1999, p. 321-350.

BENJAMIN HERMALIN se refere a esses mecanismos como "*saídas inteligentes*" para lidar com a realidade incerta do mundo dos contratos.[24]

É dentro desse espírito de *saídas contratuais inteligentes* que se pode enxergar também a previsão de arbitragem. Sem representar custos de negociação excessivos, a previsão de arbitragem é capaz de atenuar as incertezas presentes no mundo dos contratos. De que maneira? Na linha defendida por WILLIAMSON e compartilhada por outros autores da NEI é a proposição deste estudo que a arbitragem pode funcionar como importante estrutura de governança contratual empregada pelos contratantes para *reduzir o oportunismo* e *gerar confiança* nas transações econômicas.

A primeira parte desta tese é dedicada a explorar essa premissa contratual, que une a arbitragem à ideia de confiança e de controle do oportunismo próprio ao mundo da governança contratual.

2. A expansão do argumento para a perspectiva institucional

A perspectiva contratual é apenas *uma* das abordagens pretendidas neste trabalho. Como o próprio WILLIAMSON esclarece, há outro nível de análise da NEI que se volta especialmente ao *arranjo institucional*.[25]

São, em realidade, quatro os níveis de análise social identificados por WILLIAMSON, apesar de apenas dois deles serem objeto da NEI.[26] Cada um desses níveis têm características próprias e estão sujeitos a padrões de alteração e mudança também próprios.

O *primeiro nível* referido por WILLIAMSON é aquele das fundações sociais, onde se situam as tradições, culturas e instituições informais arraigadas no seio de cada

[24] "In some cases, however, clever contracting, while not yielding complete contracts, can yield the same outcomes that complete contracts would were they feasible" (HERMALIN, Benjamin. Holdup: implications for investment and organization. *California Management Review*, v. 52, n. 2, 2010, p. 136).
[25] "Institutional economics works at two levels of analysis. The macro variant, which is especially associated with the work of Douglass North, deals with the institutional environment. The micro variant deals the institutions of governance" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 254).
[26] Esses quatro níveis estão descritos em WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 596-600.

sociedade. Aí se encontram, por exemplo, as religiões. Também integram esse nível as normas sociais, cuja origem são dificilmente rastreáveis no tempo e que tendem a ganhar representatividade justamente pela reiteração social no tempo. PAUL JOSKOW inclui nesse nível os próprios elementos da linguagem e da cognição humana.[27]

Conforme WILLIAMSON, esse nível social sofre alteração de maneira lenta e espontânea, em períodos de adaptação não inferiores a cem anos. Encarregam-se de estudar esse nível as ciências sociais e antropológicas, além também de historiadores econômicos interessados em resgatar origens mais remotas de instituições. Dada a frequência de mudança, trata-se de nível tomado como ponto de partida de análise.

Segundo nível identificado por WILLIAMSON é representado pelas *instituições.* É o que DOUGLASS NORTH[28] e o próprio WILLIAMSON[29] denominam como as "*regras do jogo*". É preciso reconhecer que a conceituação exata do que sejam instituições é caminho tortuoso. Em NORTH, o conceito exclui as organizações, que, para ele, são os sujeitos diretamente engajados no jogo, mas que não chegam a se confundir com as próprias regras pressupostas para este.[30] Em GEOFFREY HODGSON, por outro lado, o conceito de instituições abrange também a noção de organização, como "*categorias especiais de instituições*".[31]

---

[27] JOSKOW, Paul L. New institutional economics: a report card. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 7.

[28] "Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change" (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 3).

[29] WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 328 e 342.

[30] NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 5. Veja-se que North cria critério funcional para subdividir as organizações, classificando-as em organizações políticas (Senado, assembleias de representação pública, agências reguladoras), econômicas (firmas, sindicatos, cooperativas), sociais (igrejas, clubes, associações atléticas) e educacionais (escolas, universidades, centros de especialização). No mesmo sentido, entendendo que organizações não se confundem com instituições, vide EGGERTSSON, Tháinn. Comments on "Institutions, markets, and development outcomes", by Nugent. In: PICCIOTTO, Robert; WIESNER, Eduardo. *Evaluation & Development* - The institutional dimension. New Jersey: Transaction Publishers, 1998, p. 24.

[31] "Organizations are special institutions that involve (a) criteria to establish their boundaries and to distinguish their members from nonmembers, (b) principles of sovereignty concerning who is in charge, and (c) chains of command delineating responsibilities within the organization" (HODGSON, Geoffrey M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. XL, n. 1, 2006, p. 18).

Unindo instituições e teoria dos jogos, MASAHIKO AOKI qualifica as instituições como sendo o resultado obtido pela reiteração de crenças e comportamentos comuns.[32] E o desafio conceitual ainda se acentua quando se acrescentam também definições da antiga agenda dos "velhos institucionalistas", que traziam preocupações visivelmente mais sociológicas. Tome-se THORSTEIN VEBLEN, para quem instituições são hábitos assentados de pensamento, comuns a uma generalidade de homens.[33]

Interessante que o próprio JOHN COMMONS, já nos anos 1930, reconhecia a dificuldade de definição do campo da Economia Institucional, justamente em decorrência da pasteurização do conceito de instituição. Em um de seus escritos, COMMONS identifica pelo menos nove possíveis chaves para compreensão das instituições e de seu objeto de pesquisa.[34]

A dificuldade de reconhecer um denominador comum ao conceito de instituições foi ressaltada tanto na tentativa de aproximar diferentes ramos da NEI, quanto para mostrar a fragilidade teórica desse programa de pesquisa. ELINOR OSTROM, por exemplo, se preocupou em construir pontes conceituais para evitar que vícios de linguagem ficassem no caminho de uma teorização mais robusta em seu campo específico de pesquisa.[35] LAWRENCE TSHUMA, em pólo oposto, levantou justamente a falta de rigor

[32] "Because it is hard to provide a brief definition and its full implications at the outset, we will tentatively characterize the institution as a self-sustaining system of shared beliefs about a salient way in which the game is repeatedly played" (AOKI, Masahiko. *Toward a comparative institutional analysis*. Cambridge: MIT Press, 2001, p. 10).

[33] "That is what is meant by calling them institutions; they are settled habits of thought common to the generality of men" (VEBLEN, Thorstein B. The Limitations of Marginal Utility. *Journal of Political Economy,* v. 17, n. 9, 1909, p. 626).

[34] "The difficulty in defining the field for the so-called institutional economics is the uncertainty of meaning of an institution. Sometimes an institution seems to mean a framework of laws or natural rights within which individuals act like inmates. Sometimes it seems to mean the behavior of the inmates themselves. Sometimes anything additional to or critical of the classical of hedonic economics is deemed to be institutional. Sometimes anything that is 'economic behavior' is institutional. Sometimes anything that is 'dynamic' instead of 'static', or a 'process' instead of 'commodities', or activity instead of feelings, or mass action instead of individual action, or management instead of equilibrium, or control instead of laissez faire, seem to be institutional economics" (COMMONS, John R. Institutional economics. *The American Review*, v. 21, n. 4, 1931, p. 648).

[35] O campo específico é a Public Choice, que parte de pressupostos institucionais similares. Conforme ressalta a autora: "Little agreement exists, however, on what the term 'institution' means, whether the study of institutions is an appropriate endeavor, and how to undertake a cumulative study of institutions. (…) The multiple referents for the term 'institutions' indicate that multiple concepts need to be separately identified and treated as separate terms. We cannot communicate effectively if signs used by one scholar in the filed have different referents than the same sign used by another scholar in the same field. As scholars, we are in our own game situation – a language generating game" (OSTROM, Elinor. An agenda for the study of institutions. *Public Choice*, v. 48, n. 1, 1986, p. 3 e 4).

metodológico para defender visão crítica no tocante à implementação de políticas de desenvolvimento.[36]

Mesmo que o conceito de instituições seja, em si, ainda um tanto mítico, não se pode reduzir a importância desse campo de pesquisa apenas em razão de tal indefinição conceitual. Uma análise funcionalista, preocupada com o que as instituições *podem fazer* e qual o tipo de *empoderamento podem criar* aos agentes econômicos[37] tende a suplantar o debate meramente semântico.

Feitos esses esclarecimentos e contextualizações, cabe ressaltar que, segundo WILLIAMSON, as instituições também estão sujeitas a alterações, mas em ritmo superior àquele atribuído ao nível das fundações sociais. A previsão do autor é de alterações ocorridas em uma escala entre dez e cem anos. Os exemplos comumente citados de instituições são as constituições, os sistemas político, os direitos humanos, o Poder Judiciário e demais poderes, os direitos de propriedade, o direito contratual, as instituições financeiras, os Bancos Centrais, entre tantas outras instituições formais e informais desenvolvidas para atender às mais diferentes funções da vida política, social e econômica.

Questão chave para a abordagem institucional que se pretende neste trabalho é o reconhecimento da arbitragem como uma *instituição*. De fato, como nota JOSKOW[38], qualquer forma de solução de disputas, que, tal como o Poder Judiciário, garanta o cumprimento de leis e contratos pode ser tomada também em sua perspectiva institucional.

É justamente esse o caso da arbitragem. Suas diferentes funções institucionais serão analisadas em capítulo específico, mas vale desde logo o reconhecimento de que a análise da arbitragem não se esgota apenas em sua dimensão

---

[36] "There are, however, a number of methodological and theoretical issues which call for caution. The 'rules of the game' definition so beloved by new institutional economists is very vague" (TSHUMA, Lawrence. The political economy of the World Bank's legal framework for economic development. *Social and Legal Studies, v.* 8, n. 1, 1999, p. 89).

[37] A questão das instituições como empoderamento tem inspiração em SEARLE, John R. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics, v.* 1, n 1, 2005, p. 1–22.

[38] "This second level of the institutional hierarchy encompasses the basic institutional environment or what Williamson calls 'the formal rules of the game'. At this level are defined constitutions, political systems and basic human rights; property rights and their allocation; laws, courts and related institutions to enforce political, human rights and property rights, money, basic financial institutions, and the governement's power to tax; laws and institutions governing migration, trade and foreign investment rules; and the political, legal and economic mechanisms that facilitate changes in the basic institutional environment" (JOSKOW, Paul L. New institutional economics: a report card. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 7 e 8).

interna e processual, que é mais imediatamente percebida pelo operador do Direito. Há todo um contexto institucional que pede um exame mais detalhado a respeito da arbitragem. É esse enfoque institucional, preocupado com as funcionalidades desempenhadas pela arbitragem dentro da engrenagem política e econômica dos países, inclusive em termos de programas de desenvolvimento, que se ocupará a segunda parte desta tese.

Como o cenário institucional compõe o pano de fundo em que inseridos os mecanimos contratuais, não é surpresa que o *terceiro nível* social identificado por WILLIAMSON seja justamente aquele de atuação das organizações. É nesse nível em que se situam as decisões contratuais e *trade-offs* mencionados em tópico precedente e que, como bem lembra JOSKOW[39], realizam-se dentro dos limites institucionais existentes. As alterações nesse nível são marcadas pelo maior dinamismo característico do mundo dos contratos, ocorrendo em padrões de um a dez anos. Esse é, por excelência, o campo dos teóricos dos custos de transação.

Apenas para fins didáticos, o *quarto,* e último, nível de análise identificado por WILLIAMSON é representado pelo mundo intra-firma, marcado por decisões de alocação de recursos. Esse é o âmbito de aplicação das teorias de preço, em que as mudanças nos fatores de produção são constantes e de curto-prazo. Assim como o primeiro nível das fundações sociais, o quarto nível dedicado à vida intra-corporativa não é objeto de análise pela NEI. Também não será objeto deste trabalho.

3. As duas oportunidades de economia associadas à arbitragem

As lentes de análise identificadas por WILLIAMSON trazem importante contribuição ao estudo da arbitragem. Não apenas porque elas permitem organizar os argumentos de maneira sistemática, dentro de uma lógica de níveis sociais que facilita a compreensão e a correlação de ideias; mas também já que, para WILLIAMSON, tanto o

[39] "The choice of government arrangements is heavily influenced by the basic institutional environment as well as by a country's basic economic conditions (e.g. natural resource endowments) at any point in time" (JOSKOW, Paul L. New institutional economics: a report card. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 8).

plano institucional, quanto o plano de governança contratual, abrem aos agentes importantes perspectivas de ajuste e economia.

O plano institucional abre uma primeira oportunidade de ajuste. É o que WILLIAMSON denomina de "*acertar no arranjo institucional*" [40]. Essa primeira possibilidade de alinhamento permite que os agentes, dentro de sua racionalidade limitada, desenhem arranjos buscando atingir finalidades específicas.

É o caso, por exemplo, da moeda, cuja intenção primordial foi facilitar o comércio e as trocas. Racional similar se aplica ao casamento, instituição criada para formalização de laços familiares e econômicos. Tanto quanto a moeda e o casamento, outras instituições foram desenhadas e implementadas ao longo do tempo. Algumas tiveram finalidade mais restrita ao plano doméstico e familiar, ao passo que outras revelaram, com o passar do tempo, deter papel essencial para o desenvolvimento das economias capitalistas.[41]

É dentro dessa *primeira janela de economia* que se pode explorar o papel institucional desempenhado pela arbitragem. E esse papel vai muito além de sua função como mecanismo de solução de conflitos privados. A contribuição econômica da arbitragem como instituição de suporte ao comércio é historicamente percebida desde a Idade Média e tem servido, até os dias atuais, como facilitador das transações econômicas.

Dentro dessa perspectiva, a análise está voltada para arranjos que sejam capazes de contribuir ao desenvolvimento e ao crescimento econômico. Elementos como confiança, segurança jurídica e previsibilidade das instituições tornam-se centrais e descobrir arranjos – sejam eles jurídicos, políticos ou econômicos – que melhor se ajustem a esses objetivos torna-se primordial.

Tanto quanto o âmbito institucional, o nível da governança contratual também permite ajustes e alinhamentos buscando-se maior eficiência. Dessa vez, porém, não estão em jogo objetivos institucionais em sentido macro. O que se busca é a redução de custos de transação e do oportunismo dos agentes econômicos.

---

[40] A expressão de Williamson é "get the institutional environment right. 1st order economizing" (WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 597).

[41] Importante estudo histórico de instituições essenciais às economias capitalistas foi desenvolvido por GREIF, Avner. Contract enforceability and economic institutions in early trade: the Maghribi Traders' Coalition. *The American Economic Review*, v. 83, n. 3, 1993, p. 525-548.

Segundo WILLIAMSON, nesse nível social também há preocupação em "*acertar no arranjo de governança*", permitindo-se, portanto, uma *segunda janela de economia,* adequação e alinhamento.[42] Conforme nota JOSÉ INACIO PRADO FILHO, o objetivo é "*selecionar a melhor estrutura de governança factível para disciplinar uma relação econômica*".[43]

É a busca da melhor estrutura de governança contratual, a partir de uma "*conexão não-aleatória*" entre os atributos específicos de uma dada transação econômica – com suas características próprias de duração, partes, valores e ativos envolvidos –, e as correspondentes estruturas contratuais que melhor se ajustem a tais características, que sumariza a proposta central dos ajustes realizados no âmbito da governança contratual.

É em torno dessas duas janelas de ajuste e de economia – contratual e institucional – que se desenvolverá o estudo da arbitragem aqui proposto. Para tanto, o modelo desenvolvido por WILLIAMSON, com suas diferentes lentes de análise, tem fundamental importância, servindo como inspiração metodológica e importante guia para este estudo.

4. O objetivo da pesquisa e os elementos de originalidade na abordagem proposta

O objetivo central desta tese é, portanto, construir a arbitragem a partir das duas lentes identificadas por WILLIAMSON – lente de governança contratual ("*micro-*

[42] "What I refer to as second-order economizing – get the governance structures right – is realized at Level 3" (WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 599).

[43] "Ganha relevo a atuação privada na busca por contratos e outras soluções particulares que permita aos particulares resolver, diretamente, os problemas econômicos por eles enfrentados. Trata-se do que Williamson determinou ajuste de segunda ordem, cujo objetivo é selecionar a melhor estrutura de governança factível para disciplinar uma relação econômica, assunto que se destacou a teoria dos custos de transação com sua hipótese de alinhamento discriminante (i.e., a conexão não-aleatória entre operações econômicas, que diferem em seus atributos, e estruturas de governança, que se diferenciam em termos discretos entre si pelas suas competências e fraquezas em matéria de adaptação)". (PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *Concorrência, ordem jurídica e a Nova Economia Institucional:* uma análise custo-transacional na formação da política econômica antitruste. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2011, p. 49).

variant") e lente institucional ("*macro-variant"*)[44] – para, com isso, atribuir à arbitragem *outras funcionalidades* que não simplesmente processuais.

Mais especificamente, pretende-se identificar na previsão de arbitragem duas claras oportunidades de economia disponibilizadas aos agentes econômicos: *uma*, no plano de governança contratual, em que a decisão recai sobre os contratantes e cuja finalidade é preponderantemente a economia de custos de transação; e *outra* no plano institucional, momento em que preocupações e decisões de caráter macroeconômico passam também a importar e a ideia de desenvolvimento e de segurança jurídica ganham papel de destaque.

A proposta teórica é, então, conferir à arbitragem um papel de maior relevância, construindo-a como *(i)* uma *saída contratual inteligente*, capaz de incentivar o cumprimento voluntário das obrigações e de trazer ganhos às partes diretamente envolvidas no negócio, e também *(ii)* um *modelo institucional* indutor da própria decisão de investir, com ganhos que extrapolam o âmbito apenas contratual.

Tanto na abordagem contratual, quanto institucional o que se visa é ver a arbitragem em sua "*costura externa*". Com isso se quer dizer estudar a arbitragem enquanto fenômeno unitário, apreendido a partir de eixo exógeno de análise. Mais precisamente, o que se pretende é uma *hetero-observação de segunda ordem*, para, assim, ser possível "*observar aquilo que o observador de primeira ordem não pode ver"*.[45]

Mas que fique claro: perspectiva externa não significa perspectiva alienígena ou alheia à prática da arbitragem. São funcionalidades e potencialidades transversais que se busca aprofundar, para, a partir de ponto de observação não convencional, enriquecer o debate em torno de instituto tão festejado no país.

---

[44] WILLIAMSON, Oliver. Calculativiess, trust and economic organization. *Journal of Law and Economics*, v. 36, no. 1, 1993, p. 457.

[45] Trata-se de observação de *segunda ordem*, visto que o observador não está inserido no plano da prática da arbitragem (onde se dá a atuação concreta dos profissionais da arbitragem), mas ocupa plano de observação privilegiado em que pode analisar tais práticas. É a situação em que se observam observadores. Segundo Campilongo: "A observação de segunda ordem deve fixar o ponto exato a partir do qual se observa como o outro observa o mundo. *A observação de segunda ordem deve tentar observar aquilo que o observador de primeira ordem não pode ver*" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 49). Trata-se de *hetero-observação*, pois o observador se situa fora do sub-sistema da arbitragem, lançando seu olhar seja a partir do sistema da Economia, seja da Sociologia ou algum outro sub-sistema jurídico que não aquele da própria arbitragem.

Não é, portanto, o funcionamento interno do instituto da arbitragem ou suas particularidades processuais que interessam a este estudo. Reconhecendo-se a importância de tais abordagens, a proposta aqui é outra: olhar a arbitragem em perspectiva contra-intuitiva ao profissional do Direito, colocando-se o observador em certo sentido *fora* do subsistema da arbitragem. É, de certa forma, o *avesso* da arbitragem que se busca examinar. E o motivo é dar vazão e suporte teórico à *ideia fixa*[46] da autora de que a arbitragem *pode ser mais* do que apenas método de solução de controvérsias privadas.

Indo além da solução de litígios particulares, entende-se que a arbitragem pode sinalizar a intenção de cumprimento voluntário e espontâneo de obrigações. Pode reduzir o oportunismo dos contratantes e contribuir ao aumento da segurança jurídica e da confiança nas transações econômicas. Pode estimular ganhos sociais, incentivando a cooperação, a coordenação social e ainda facilitar as trocas de mercado, o comércio e os níveis de investimento. Pode servir de complemento ao Poder Judiciário, estimulando o aprimoramento institucional deste. Pode lidar com incertezas, cada vez maiores e mais frequentes em uma sociedade complexa e de risco, criando um ambiente contratual e institucional de maior estabilidade. Pode, por fim, contribuir positivamente no caminho ainda tortuoso e enigmático do desenvolvimento.

Quixotesca ou não, é essa, muito resumidamente, a inspiração desta tese. E, para encontrar os fundamentos a tal inspiração e oferecer *mais* à arbitragem, a lente de análise deve necessariamente sair do ambiente interno e apenas processual das disputas e ser ampliado ao ambiente de governança contratual e institucional. Só assim é possível responder, de forma completa, à indagação: quais outras funções a arbitragem pode desempenhar para além da resolução de controvérsias privadas?

O estudo também busca confrontar fatores que têm prejudicado as funcionalidades e potencialidades que a arbitragem poderia desenvolver. A análise dessas "*deseconomias*", tomadas aqui como sinônimos de ineficiências, são extraídas da própria prática da arbitragem e buscam colocar em evidência a *perda social*[47] que o abandono de valores como confiança, cooperação, segurança e estabilidade podem trazer à arbitragem, em evidente desfuncionalização do instituto.

---

[46] Ideia fixa como aquela narrada por Brás Cubas.
[47] Perdas sociais na linha de COASE, Ronald. The problem of social costs. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

Para confirmação das hipóteses em questão, combina-se à visão teórica uma pesquisa de natureza empírica no setor de construção e infraestrutura, bem como um estudo de caso em projeto de desenvolvimento denominado "Projeto Cairu-2030", também envolvendo investimentos em infraestrutura. Busca-se, com isso, complementar a análise acadêmica com o tempero da realidade.

Assim, com inspiração em COASE[48], o propósito da pesquisa de campo é coletar dados capazes de esclarecer quais funcionalidades da arbitragem estão esquecidas, mas que podem, diante de uma compreensão mais exata – e auto-consciente acerca da realidade – ser resgatadas seja pelas partes contratantes, seja pelos próprios agentes públicos.

A escolha do setor de construção e infraestrutura se justifica por se tratar de "*ingrediente chave*" em políticas de desenvolvimento, com efeito multiplicador sobre a produtividade, a qualidade de vida e os serviços essenciais[49], o que permite mensurar o impacto da arbitragem dentro das duas perspectivas pretendidas nesta tese. De fato, enquanto no campo contratual o foco são as expectativas de cumprimento contratual e a redução de oportunismo gerados pela arbitragem, o debate institucional estimula ponderações a respeito da arbitragem na formatação de políticas de desenvolvimento. Diante dos elevados déficits de infraestrutura do país, o impacto que a arbitragem pode representar é assunto que interessa a essas duas agendas de pesquisa.

Em qualquer das abordagens e perspectivas expostas, a proposta do estudo é, em si, *multidisciplinar*, para captar a arbitragem entre o mundo do Direito e da Economia. Por se tratar de fenômeno multifacetário, com funcionalidades para o Direito e para a Economia, apenas a ótica conjunta é capaz de atingir todas as dimensões da arbitragem. Optar por um, ou por outro campo, seria negligenciar o quanto a arbitragem tem a oferecer.

---

[48] A inspiração vem do relato da primeira experiência empírica de Coase nos Estados Unidos e que gerou seu estudo consagrado "*The nature of the firm*": "During my time in the United Sates I attended very few classes and although I visited a number of universities, most of my time was spent in visiting businesses and industrial plants. (...) What I was in fact doing in America was looking for clues which would enable me to solve the puzzles that I took there with me" (COASE, Ronald. the nature of the firm: origins. *Journal of Law, Economics, & Organization,* v. 4, nº. 1, 1988, p. 8-9).

[49] Veja-se conclusão do relatório 2012 da OCDE: "Infrastructure is a key ingredient for economic growth and development. Along with its related services, it impacts significantly economic activity and quality of life. Most infrastructure from different sectors plays a major role in the achievement of the Millennium Development Goals (MDGs) given that improvements in connectivity and mobility enable access to economic and basic services, such as education and health care" (OCDE/ECLAC. Latin American Economic Outlook 2012, p. 122).

Assim, com inspiração em JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, o propósito é sair do plano dogmático e adotar "*maneiras não dogmáticas de observação*".[50] Ao se eleger lente multifacetária, tem-se aí a primeira contribuição de originalidade desta tese que é reconhecer a arbitragem, ela mesma, como fenômeno multifacetário que não pode ser compreendido apenas em sua descrição normativa ou processual.[51]

Além de multifacetária e não dogmática, a lente de análise pretendida é ainda *funcional*. E, com inspiração em BOBBIO[52], COMPARATO[53], JUDITH MARTINS-COSTA[54], entre outros, terá lugar de destaque neste estudo o exame das *funcionalidades* atribuídas à arbitragem. Ao encerrar análise funcionalista da arbitragem, discussão que parece estar adormecida entre os profissionais do Direito, tem-se, assim, segunda contribuição de originalidade desta tese.

Por fim, para evitar que aspiração se converta em devaneio, dose de realidade é introduzida por meio de pesquisas de natureza empírica. O enfoque adotado pelas pesquisas de campo busca confrontar teoria e prática da arbitragem, economias e deseconomias, buscando identificar percepções mais realistas a respeito das funcionalidades que se pretende imputar ao instituto. Entende-se que nesse *elemento de empiria* reside a terceira contribuição de originalidade desta tese.

---

[50] "Incrementando novas maneiras não dogmáticas de observação, a ciência do direito viria, inclusive, a cooperar com a elaboração legislativa, esteio da política jurídica dogmática; se os que têm competência para elaborar normas jurídicas (legais, jurisprudenciais, governamentais, em suma) questionassem o alcance de seus dogmas e fossem tecnicamente mais bem preparados, poderiam sondar melhor os ditames do direito espontaneamente cumprido e os anseios da comunidade a que as normas se dirigem" (ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165).

[51] Conforme Gabriel Anitua: "Lo que esta claro es que el sistema legal 'es indudablement un objeto de conocimiente plurifacético, al qual se puede acceder mediante su única descripción normativa'" (ANITUA, Gabriel Ignacio. Notas sobre a metodología de investigationes empíricas en derecho. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley* – Ensayos sobre metodología de la investigación juridica. Madrid: Trotta, 2006, p. 304 e 305).

[52] BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

[53] COMPARATO, Fábio K. O indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio K. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.

[54] "Considerada a realidade hoje vigente, as notas mínimas de um conceito capaz de dar sentido unitário à expressão contrato resultam, como se procurou demonstrar, da co-implicação entre estrutura e função: nem apenas acordo, nem só função, o contrato é *funcionalmente*, o que a experiência indica ser, na atual estrutura socioeconômica o esquema formal da circulação de riquezas por ato voluntário e lícito entre patrimônios, segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade de conformação, pelos sujeitos privados" (MARTINS COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 59-61).

5. A proposta de pesquisa empírica: a percepção do setor de construção e infraestrutura e o Projeto "Cairu-2030"

O complemento empírico à referida plataforma teórica é obtido de duas maneiras: *(i)* mediante pesquisa de natureza qualitativa realizada no setor de construção e infraestrutura (Capítulo 06) e *(ii)* estudo de caso relativo ao projeto "Cairu-2030" (Capítulo 09).

O objetivo da primeira pesquisa é investigar os impactos da arbitragem sobre o desempenho contratual. Com esse propósito, a pesquisa foca na dimensão da arbitragem como sinalização de comportamento cooperativo, buscando descobrir se a previsão desse método de solução de disputas serve ou não como incentivo ao cumprimento voluntário dos contratos e à redução do oportunismo das partes.

Dentro desse objetivo é explorado o papel dos custos da arbitragem no cenário de cumprimento contratual, indagando seu impacto sobre a performance das partes, em especial por ser esse um elemento relevante para aplicação da teoria de sinalização. Ainda dentro do desempenho contratual investiga-se também o racional econômico para a escolha da arbitragem nos contratos da indústria de construção e infraestrutura, identificando-se quais fatores são determinantes para essa escolha e qual o papel desempenhado pela reputação nesse processo. A finalidade é descobrir se a arbitragem ainda detém conteúdo econômico de sinalização de comportamento cooperativo ou se já teria perdido esse potencial de sinalização em razão de ser empregada indistintamente nos contratos.

Em paralelo a essa finalidade principal, estruturam-se três vetores complementares. O primeiro diz respeito aos fatores de deseconomia da arbitragem, tendo como propósito mensurar o impacto causado pela excessiva processualização e ativismo na prática da arbitragem. Esses temas são apresentados como fatores de deseconomia da arbitragem por serem contrapostos aos valores de flexibilidade, confiança, segurança e previsibilidade associados à jurisdição arbitral. Também esses são indícios que BRUNO

OPPETIT, já no final dos anos 1970, havia apresentado como preocupantes ao futuro da arbitragem.[55]

Assim, com inspiração em STEWART MACAULAY[56], busca-se investigar a existência de incentivo à realização de acordo em razão de referidas deseconomias, bem como identificar, conforme literatura de MARC GALANTER[57], a criação de eventuais litigantes habituais ("*repeat players*", na nomenclatura estrangeira), a deter vantagem estratégica nos procedimentos de arbitragem.

O segundo vetor complementar vincula-se à percepção da eficiência da arbitragem para a solução de disputas no setor de construção e infraestrutura, o que é feito em vistas aos valores de confiança, segurança e previsibilidade. Por fim, o terceiro vetor pretende identificar se os *dispute boards* e a mediação – métodos que têm ganhado adesão cada vez maior nesse setor de indústria –, teriam se tornado formas preferenciais de solução de disputas para compensar a falta de sinalização cooperativa e de previsibilidade da arbitragem, justamente como resultado das mencionadas deseconomias.

O estudo empírico desta tese toma como ponto de partida três pesquisas já realizadas no campo da arbitragem. A primeira delas foi desenvolvida em 2007 por SELMA MARIA FERREIRA LEMES.[58] Nela, a autora examinou vinte e sete empresas de diversos ramos e indústrias que mantinham contratos com a Administração Pública. A pesquisa se propunha a analisar o papel representado pela arbitragem dentro das contratações com entes públicos. Por meio de questionários, os entrevistados revelaram que a arbitragem traz ganhos de eficiência ao contrato, por reduzir sensivelmente o tempo empregado em disputa

[55] OPPETIT, Bruno. Eléments pour une sociologie de l'arbitrage. *L'année sociologique* (1940-1948). Troisième série, v. 27, 1976, p. 179-195, especialmente p. 191-193. Essas ideia são posteriormente retomadas em OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 11, 25, 31-32, 117-119. Veja-se que o autor fala em jurisdicionalização, judicialização e institucionalização da arbitragem, para se referir à influência processual e judiciária excessivas sobre a via arbitral, além também do fenômeno da institucionalização do procedimentos dentro dos centros de arbitragem, a tornar a arbitragem demasiadamente engessada. O tema será retomado nos capítulos subsequentes.

[56] MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 465-482. No artigo, o autor entende que o sistema judiciário teria se transformado em um grande mecanismo de negociação de acordos.

[57] GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95-160.

[58] LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

e, em consequência disso, atenuar os custos de transação envolvidos nas respectivas contratações.[59]

Segunda pesquisa é de autoria de RONALDO BENVENUTI,[60] examinando a arbitragem dentro do universo da construção civil. Conforme reportado pelo autor, o objetivo da pesquisa era "*analisar a frequência e condições de utilização da arbitragem nos contratos de execução de empreendimentos de construção civil, a identificação das vantagens e desvantagens que uma empresa construtora terá ao utilizá-la de modo a sugerir ações com vistas a incrementar a sua utilização pelas empresas construtoras*".[61] Três construtoras foram entrevistadas e revelaram que os principais motivos para a eleição de arbitragem são a rapidez, o caráter técnico e a segurança trazidos por esse método.[62] Apontaram, por outro lado, como desvantagem os custos elevados da arbitragem.

A terceira pesquisa é de autoria de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER, realizada em 2013. Em sua pesquisa, a autora entrevistou dez empresas de grande porte do Estado do Rio Grande do Sul, de setores variados de indústria, tendo como propósito identificar as vantagens da arbitragem dentro do ambiente empresarial. Tomando como referencial teórico a Teoria de Agência e a Análise Econômica do Direito, a autora reforçou o entendimento de que a cláusula de arbitragem está associada à intenção de reduzir custos de transação, agregando ainda a ideia de contenção do oportunismo contratual por meio dessa escolha. A pesquisa também colocou em evidência os custos da arbitragem como principal elemento de questionamento pelos contratantes, além de ter

[59] "Note-se que 21 empresas restantes vislumbraram a redução no custo da transação com o setor público indicado. Digno de nota, e na linha da hipótese defendida neste trabalho, que advoga a tese da redução dos custos da transação ao se utilizar a arbitragem com o setor público, houve empresa que afirmou: 'haveria sensível redução de custos advocatícios, juros sobre o capital para ambas as partes, diminuição do risco com consequente redução dos valores propostos" (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 195).

[60] BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. Dissertação de Mestrado. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010.

[61] BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. Dissertação de Mestrado. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010, p. (i).

[62] Vide p. 84-89. Veja-se que foram também ouvidos três escritório de advocacia e três câmaras de arbitragem, mas os resultados dessas entrevistas não interessam aos fins desta tese.

destacado a insegurança e o descrédito do Poder Judiciário como fatores a justificar a escolha pela arbitragem.[63]

A partir dessas pesquisas, o que se pretende é expandir a análise para além da dimensão dos custos de transação. Isso porque, se tais pesquisas tiveram o mérito de capturar as economias de custos trazidas pela arbitragem, pretende-se focar, neste momento, em outros elementos da NEI, especialmente o *oportunismo contratual* e a *confiança*. Busca-se, assim, aprimorar a percepção a respeito dos laços entre arbitragem e o comportamento contratual, escolhendo-se setor de indústria específico para maior profundidade da pesquisa. Com isso, pretende-se destacar o aspecto de sinalização de cooperação que a arbitragem pode gerar entre os contratantes, bem como seus reflexos sobre o cumprimento e o desempenho dos contratos.

Nesse contexto, os custos cobrados para condução da arbitragem têm papel diferente daquele identificado nas pesquisas anteriores, passando a deter função chave para se entender se a sinalização é crível ou não na realidade negocial. Todos esses indicadores confluem no sentido de capturar as correlações entre arbitragem e o cumprimento contratual.

Também o elemento de segurança é abordado neste trabalho para melhor se compreender os resultados trazidos por RONALDO BENVENUTI e MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER. Ademais disso, em complemento às pesquisas anteriores, esta tese busca trazer para dentro do debate as deseconomias e disfuncionalidades que a arbitragem pode ter internalizado ao longo de seu processo de formalização e rotinização no Brasil e que podem ter alterado a percepção a respeito das tão festejadas vantagens da arbitragem. Afastar uma visão exageradamente otimista ou mesmo já datada do instituto é o primeiro passo em direção a uma análise verdadeiramente realista e crítica da arbitragem.

A preocupação em retratar a arbitragem a partir de sua conformação atual, identificando óbices reais e eventuais vestígios de *path dependence* que podem ter se consolidado ao longo do tempo reflete a opção pela lente da NEI, que considera uma realidade dinâmica e indivíduos em constante tensão entre oportunismo e cooperação. Esse enfoque é notado na contraposição feita entre economias e deseconomias da arbitragem.

[63] PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013. Vide especialmente apêndices A a J, p. 85-127, com os questionários respondidos da pesquisa.

Entende-se que essa abordagem representa adição relevante em relação às perspectivas anteriormente adotadas. Também a ênfase no conceito de *confiança*, tanto em seu aspecto contratual, quanto institucional, é elemento novo que se agrega. Resgatar a importância da confiança é, segundo LARENZ, retomar a própria *comunicação humana*[64], tão essencial ao mundo dos negócios.

O questionário de pesquisa é composto por cinco seções, conforme retratado a seguir (Apêndice 1):

Seção do Questionário	***Descrição dos objetivos e finalidades***
(i) O perfil do entrevistado Perguntas: 1 a 6	Mapear a formação profissional, grau de conhecimento e experiência com arbitragem. Identificação da posição ocupada pelo entrevistado seja como parte contratante, seja como parte contratada nas arbitragens de que participa.
(ii) Arbitragem e Performance Contratual Perguntas: 7 a 23	Identificar se a inserção de arbitragem nos contratos tem algum impacto sobre o cumprimento contratual, estimulando a cooperação e reduzindo o oportunismo das partes. A finalidade é verificar se a arbitragem gera algum tipo de sinalização nos contratantes quanto à expectativa de adimplemento do contrato. Identificar se os custos da arbitragem têm algum impacto sobre o cumprimento contratual, estimulando a cooperação e reduzindo o oportunismo das partes. A finalidade é verificar o efeito provocado pelos custos da arbitragem, que é elemento central para aplicação da teoria econômica de sinalização. Identificar se há algum racional econômico a justificar a escolha da arbitragem pelos contratantes. Quais fatores importam? A reputação dos contratantes é considerada para essa escolha? A finalidade é identificar se a arbitragem perdeu seu papel de sinalização do cumprimento contratual em razão de ser empregada indistintamente nos contratos.

[64] "Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada" (LARENZ, Karl. *Derecho civil* - Parte general. IZQUIERDO, Miguel; PICAVEA, Macías. (Trad.). Caracas: Editora Edersa, 1978, p. 59).

(iii) O impacto causado pelos fatores de deseconomia Perguntas: 24 a 31 Perguntas de confirmação: 9, 11, 13 a 16	Testar se a excessiva processualização da arbitragem, a proximidade entre os atores da arbitragem e o ativismo dos árbitros têm impactado a credibilidade e a neutralidade da arbitragem aos olhos de seus usuários. Identificar se na prática atual da arbitragem há algum incentivo à realização de acordo em razão dos fatores de deseconomia verificados (conforme literatura de STEWART MACAULAY). Identificar se a prática corrente da arbitragem gerou "*repeat players*" (conforme literatura de MARC GALANTER) que têm extraído vantagem estratégica nos procedimentos arbitrais.
(iv) Percepção da eficiência da arbitragem no setor de construção e infraestrutura Perguntas: 32 a 34 Perguntas de confirmação: 14 a 17, 20, 23 a 31	Identificar a percepção a respeito da eficiência da arbitragem no setor de infraestrutura e construção, explorando os vetores de confiança, segurança e previsibilidade.
(v) *Dispute Boards* e Mediação como novo equilíbrio no setor de construção e infraestrutura Perguntas: 35 a 40 Perguntas de confirmação: 14 a 17, 20, 23 a 34.	Testar se o equilíbrio de separação (*separating equilibrium)* conforme prevê a teoria de sinalização foi transferido aos *dispute boards* e à mediação, em razão de a arbitragem ter se tornado menos eficiente, ter perdido sua função de sinalização e/ou ser "*imitada*" por contratantes oportunistas.

Tabela 1: Síntese do Questionário de Pesquisa Empírica - Setor de Construção e Infraestrutura

A pesquisa seguirá *método qualitativo*, para conseguir captar a percepção dos usuários. Veja-se que o método qualitativo não se legitima pela amostragem selecionada. Conforme ressalta FERNANDO LUIS GONZÁLEZ REY, é a "*qualidade de sua expressão*" que dá a legitimidade ao método.[65] Tanto que a generalização do conhecimento que se obtém a partir do método qualitativo decorre não da repetição ou da padronização do resultado, mas do valor agregado e do significado que se consegue extrair de casos singulares e que permitem maior abrangência ao conhecimento produzido.[66] O grau de

[65] REY, Fernando Luis González. *Pesquisa qualitativa em psicologia* – caminhos e desafios. SILVA, Marcel Aristides Ferrada (Trad.). 1. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 35.

[66] "Ao considerar a generalização resultado da qualidade da construção teórica, os critérios de sua definição deixam de ser correlacionais, de repetição ou de padronização e se definem pelo alcance das construções produzidas pelo pesquisador. Por isso, a individualidade é fonte legítima para a produção de generalizações, como é o estudo de grandes grupos. A informação procedente de um estudo de casos pode representar o

profundidade e de imersão que o método qualitativo proporciona justificam, portanto, sua aplicação a esta tese.

Também a pesquisa limitará o grupo amostral apenas à indústria de infraestrutura e construção. A escolha dessa indústria busca dar verticalidade à pesquisa e se fundamenta em quatro principais motivos.

Primeiro, grande parte das arbitragens em curso no país dizem respeito a esse nicho do mercado, seguindo-se a própria tendência mundial.[67] No Brasil, estima-se que entre 30% e 40% das arbitragens girem em torno de disputas de infraestrutura e construção, o que permitirá uma visão acurada da realidade brasileira.[68]

Segundo, contratos celebrados dentro dessa indústria têm traços relacionais mais facilmente detectáveis. Como os contratos relacionais são premissa empregada na parte teórica da tese, entendeu-se que a escolha de ramo de indústria que concentrasse contratações dessa natureza traria condições favoráveis para testar as hipóteses teóricas.

Terceiro, por se tratar de pesquisa qualitativa, quanto mais integrado o pesquisador estiver em seu objeto de pesquisa, melhor será a sua chance de captar as informações ao seu redor. Nesse sentido, considerou-se que experiência prévia da autora com esse setor de indústria poderia facilitar a criação de laços e de diálogo franco durante o trabalho de campo.

Quarto, como já mencionado, trata-se de setor de importância chave ao desenvolvimento, de forma que sua utilização permite análise cruzada e complementar entre entre a parte contratual e institutional deste trabalho.

---

elemento necessário para que um pesquisador gere uma idéia de alto potencial generalizador, que já está em processo, mas que ainda não pôde construir" (REY, Fernando Luis González. *Pesquisa qualitativa em psicologia* – caminhos e desafios. SILVA, Marcel Aristides Ferrada (Trad.). 1. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 167).

[67] "Essa é uma tendência mundial, como demonstram as estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), segundo as quais cerca de 20% das arbitragens por ela administradas tinham relação com a área de construção" (PECORARO, Eduardo. Arbitragem nos contratos de construção. In: SILVA, Leonardo Toledo (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233).

[68] "Dentre as controvérsias submetidas ao juízo arbitral, a maior parte é de contratos de obras de construção civil, com cerca de 30% a 40% dos casos". Disponível em "Conflitos jurídicos em obras de infraestrutura crescem até 30%", <http://colunistas.ig.com.br/poder-economico/2012/05/26/conflitos-juridicos-em-obras-de-infraestrutura-crescem-ate-30/>. Acesso em 20.01.2016.

O método qualitativo foi desenvolvido mediante envio de questionários e realização de entrevistas semi-estruturadas. Para a escolha do grupo amostral, a autora contou com parceria do Núcleo de *Real Estate*, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, na figura dos professores Drs. João da Rocha Lima Júnior e Abla Akkari, além também do apoio do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDiC e do Grupo de Direito da Construção do escritório TozziniFreire Advogados. A parceria com essas instituições foi de fundamental importância para realização da pesquisa de campo.

Referida pesquisa no setor de construção e infraestrutura foi complementada com o estudo de caso do "Projeto Cairu-2030" (Capítulo 09), financiado pelo Banco Inter-Americano de Desenvolvimento - BID.[69] Trata-se de iniciativa que concorreu ao prêmio *Innovare* em 2009, por alçar a arbitragem à condição de ferramenta de desenvolvimento estratégico de Cairu.[70] Também em Cairu-2030 a arbitragem é adotada como parte do "*Programa de Segurança Jurídica*" do município, além de alavanca de atração de investimento e de geração de confiança e de coordenação entre os agentes envolvidos no programa.[71] A autora agradece à equipe de Cairu-2030 pela recepção e apresentação do projeto.

A análise conjugada dessas duas pesquisas dão o panorama comum a respeito dos impactos, economias e deseconomias que a arbitragem pode representar, indo além da ótica processual de solução de disputas privadas.

Com inspiração em STEWART MACAULAY, o propósito dessas investigações é agregar uma visão a partir da *base* do ordenamento jurídico – ou "*bottom up*" conforme nomenclatura em inglês. Ainda que não se busque uma verdade universal como finalidade da pesquisa, os resultados empíricos ajudam na construção do objeto analisado, seja

[69] Trata-se do Projeto BR-T1003 : Cairu Strategic Development Plan / BR-T1003 : Plan de Desarrollo Estratégico de Cairu, que obteve o financiamento do BID no ano de maio de 2007 (Vide a referência: <http://www.iadb.org/es/proyectos/project-information-page,1303.html?id=BR-T1003>. Acesso em 20.01.2016).

[70] "Arbitragem no Desenvolvimento Estratégico de Cairu (Único Município-arquipélago do Brasil)". Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/arbitragem-no-desenvolvimento-estrategico-de-cairu-unico-municipio-arquipelago-do-brasil/>. Acesso em 20.01.2016.

[71] Veja-se artigo 6º, Lei Municipal 241/2008 e artigo 43, Decreto Municipal 398/2008, Prefeitura Municipal de Cairu (Apêndices 3 e 4).

confirmando as proposições teóricas, seja afastando lugares-comuns ou meias-verdades que se possa ter a respeito do tema.[72]

Em qualquer dos cenários, a pesquisa empírica cumpre sua função de melhor apreender a realidade social em que mergulhada a arbitragem. Através dela, dá-se concretude às conclusões teóricas, transformando-se "*ideia fixa*" em estudo crítico a respeito das funcionalidades adicionais que a arbitragem pode acumular, em contribuição a discussões jurídicas, políticas e econômicas em torno do instituto.

6. O referencial teórico

A literatura econômica identifica três principais motivações que levam à decisão de contratar.[73] A primeira delas explica a existência de contratos com base no propósito de transferência de risco. Esse entendimento, defendido, entre outros, por STEVEN CHEUNG, vê os contratos como uma estrutura eficiente de *alocação de riscos* entre os contratantes.[74]

Contratos também podem ser vistos como estruturas de alinhamento de incentivos criados para alcançar resultado de maior eficiência. Como adeptos dessa linha

[72] Essa é a idea defendida por Macaulay: "Accepting all the cautions, the goal must be to find the best evidence of what is going on in view of what is being studied. We cannot demand one 'Truth' with capital 'T'. Sometimes we can test hypothesis with hard data analyzed by state of the art statistics. When we can, we should. Often, however, given the nature of things legal, we are lucky to hear a story told by someone who should know. We know that those in power may keep secrets, lies, or spin the truth to mislead. Our work will be scientific insofar as we know and disclose the limits of our data and fashion our claims accordingly. Often, the best we can offer is provisional and qualified Picture of the world as our best guess of what others would find if the looked at what we examined. Yet, this is an advance over supporting one's normative position by anecdotes, urban legends, or statements based on no more than what we want to believe, because too many law professor are expert in finding an example or two of something, and asserting that it is a typical or important enough phenomenon to worry about. Social Science teaches that we can and should do better" (MACAULAY, Stewart. The new versus the old legal realism: 'Things ain't what they used to be'. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2005, p. 396).

[73] Vide classificação de Scott Masten: "[…] contract theorists generally associate three broad motives with contracting: risk transfer, incentive alignment, and transaction cost economizing. (…) While the essence of contracting is commitment, the design and interpretation of contractual agreements will depend on which of these three motives dominates" (MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 25 e 26. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016).

[74] CHEUNG, Steven N. S. Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements. *Journal of Law and Economics*, 1961, p. 23-46.

estão especialmente autores de Análise Econômica do Direito, como STEVEN SHAVELL[75], ROBERT COOTER e THOMAS ULEN.[76] Essa dimensão de *alinhamento de interesses* pode ser percebida também em autores como OLIVER HART, que justifica a existência de contratos na intenção dos contratantes de incentivar investimentos em ativos específicos.[77]

Um terceira motivação para contratar encontra fonte de inspiração na NEI, em especial nos trabalhos de WILLIAMSON e BENJAMIN KLEIN, ROBERT CRAWFORD e ARMEN ALCHIAN[78] ("KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN"), tomando os contratos como forma de governança criada intencionalmente para *mitigação de custos de transação*. Ao dar voz e vazão a esse argumento, essa corrente de pensamento pretende aplicar a moldura da Economia dos Custos de Transação ("ECT") aos contratos.

Sem ignorar a importância das demais motivações, a plataforma teórica adotada para os fins da primeira parte deste trabalho é essencialmente a NEI e a ECT. E a justificativa para esse alinhamento teórico está no fato de tal corrente ter se revelado um caso de sucesso empírico.[79] É, portanto, em razão de seu apelo empírico que se buscará na ECT o principal suporte teórico da primeira parte desta tese.

Mas, os argumentos da NEI e da ECT são tomados antes como *pontos de partida* do que efetivamente pontos de chegada. Tal se deve à existência de elementos tácitos que podem modificar previsões a respeito do melhor arranjo a ser adotado. Comportamentos contratuais aparentemente irracionais para a NEI e para a ECT podem se justificar diante de heurísticas e vieses, razão pela qual, apesar de guia fundamental a esse trabalho, a NEI não deve ser tomada sem algum temperamento de natureza

[75] "Thus, remedies for breach can serve as implicit substitutes for explicit contractual provisions by creating appropriate incentives to perform, and sometimes by allocating risk as well" (SHAVELL, Steven. The design of contracts and remedies for breach. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 99, n. 1, 1984, p. 122).
[76] "The first purpose of contract law is to enable people to convert games with inefficient solutions into games with efficient solutions" (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. Ed. Pearson: Boston, 2012, p. 186).
[77] "A principal function of a long-contract is to facilitate trade between two parties who must make relationship-specific investments" (HART, Oliver; MOURE, John. Incomplete contracts and renegotiation. *Econometrica*, v. 56, n. 4, 1988, p. 755). Esse tema será retomado no capítulo 01.
[78] KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 297-326.
[79] A expressão é do próprio Williamson: "NIE [New Institutional Economics] is an empiral sucess story" (WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 607).

comportamental.[80] Mesmo porque, sabe-se bem, a conduta humana é muito mais complexa do que racionalidade econômica poderia possivelmente capturar.[81]

Da mesma forma, para a segunda parte deste trabalho, um visão também temperada da NEI tem lugar. Isso significa que, partindo-se do pressuposto teórico de que o arranjo institucional impacta o desempenho das economias e sociedades, como se vê em NORTH por exemplo, também elementos culturais, históricos e sociais, além da dimensão do aprendizado institucional, são abordados na segunda parte da tese, de forma a que as funcionalidades da arbitragem não se percam em meio a modelos, fórmulas prontas e "*blueprints"*.

O referencial teórico da segunda parte é, portanto, marcado por uma visão atenuada da NEI, segundo a qual não há fórmula única a ser seguida incondicionalmente. Muitos caminhos e muitas visões podem levar a resultados satisfatórios, cabendo a cada sociedade encontrar a combinação ótima de instituições que melhor se ajustem a seus fatores e elementos tácitos.[82]

Também nesse caso a adoção de temperamento com base em elementos sociais, históricos e culturais tem fundo empírico. O reconhecimento de que muitas experiências não-ortodoxas foram bem sucedidas, ao passo que experiências de transplante institucional fracassaram[83], deixam entrever a importância de outros fatores para além da moldura institucional abstrata e de arranjos pré-formatados.

Em grande medida, o apelo empírico dos referenciais teóricos adotados está em linha com o grau de realismo que se busca alcançar neste trabalho, como também se verifica na própria metodologia empregada.

---

[80] A respeito da existência de vieses na adoção de termos contratuais: "Although transaction cost explanations are often powerful in understanding why parties select the apparent path of least resistence, something more appears to underlie the observed bias in favor of the terms identified as the default" (KOROBKIN, Russell. Behavioral economics, contract formation and contract law. In SUSTEIN, Cass (Coord.). *Behavioral Law & Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116-143, em especial p. 126).

[81] "Human behavior is simply not fully explicable in terms that correspond to the assumptions of economic rationality" (WENDEL, Bradley. Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation. Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper n°. 01-8 September 2001, p. 54).

[82] RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

[83] Veja-se Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes e Andrei Shleifer a respeito da transposição de modelo institucional de Poder Judiciário implicando resultados ineficientes: Courts: The Lex Mundi Project. *Quarterly Journal of Economics*, v. 118, issue 2, 2003, p. 453-517.

7. A metodologia empregada

Ainda que a literatura econômica tenha lugar de destaque nesta tese, trata-se de pesquisa que tem o campo jurídico como seu foco primordial de aplicação. Isso significa que, mesmo que o referencial teórico seja extraído de estudos e obras de Economia, busca-se a devida coesão entre essas duas áreas de conhecimento para que os objetivos pretendidos por esta tese, em especial a demonstração de que a arbitragem pode ser mais do que apenas método de solução de disputas, seja compreendido por profissionais e operadores do Direito.

Para esse trabalho, as seguintes ferramentas de metodologia foram aplicadas:

(i) *Revisão de literatura e doutrina*: seja em Direito, seja em Economia, a fundamentação teórica é traçada tendo como suporte principal o método bibliográfico de pesquisa. Isso é feito em especial na primeira e na segunda partes deste trabalho. Ainda que se trate de método doutrinário de pesquisa, não se faz revisão automática de textos e autores. Análise de fundo qualitativo, considerando interpretação e contexto social, é aplicada sobre o material de pesquisa colhido;[84]

(ii) *Recomposição histórica e social*: ainda que não se trate de tese histórica, a recomposição das origens e funções institucionais da arbitragem conta com ferramentas desse tipo de pesquisa, para resgate e construção da arbitragem como verdadeira *categoria histórica*. Esse método é empregado em capítulo específico da segunda parte da tese. O objetivo é compreender a evolução institucional da arbitragem, evitando vícios e "*fetiches metodológicos*", além de "*aplicação mecânica*" e descontextualizada do conhecimento;[85]

[84] Nesse sentido, entendendo que a pesquisa bibliográfica e doutrinária envolve caráter qualitativo: "Doctrinal research is not simply a case of finding the correct legislation and the relevant cases and making a statement of the law which is objectively verifiable. It is a process of selecting and weighing materials taking into account hierarchy and authority as well as understanding social context and interpretation. For this reason it can be argued that doctrinal research is qualitative" (MCCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong. *Research methods for law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p. 21).

[85] Tratando da importância do método histórico de pesquisa: "La deshistorización de las metodologías de análisis permite convertir a los instrumentos de conocimiento en fetiches multiuso que nunca suscitan más que problemas técnicos de aplicación mecánica" (ALVAREZ-URÍA. Fernando; VARELA, Julia. *Genealogía*

(iii) *Pesquisa empírica de natureza qualitativa*: para agregar concretude à tese, foi selecionado método empírico de natureza qualitativa, composto por questionário e entrevistas semi-estruturadas realizadas no setor de construção e infraestrutura. Também é apresentado o estudo de caso do Projeto Cairu-2030 como exemplo de política de desenvolvimento alavancada pelo uso da arbitragem. Trata-se de tentativa de agregar percepção e subjetividade de atores sociais/institucionais diretamente envolvidos no fenômeno em análise.

Entende-se que, com os métodos de pesquisa acima descritos, bem como as lentes de análise pretendidas, é possível a construção de pontes teóricas entre o Direito e a Economia, tanto na abordagem contratual, quanto institucional da arbitragem. Repita-se que, para os fins do tema em análise, apenas um, ou apenas outro campo de estudo; ou apenas uma, ou apenas outra lente de WILLIAMSON, não levariam à plena representação do quadro geral que se busca analisar. Também se objetiva que as verificações empíricas obtidas sejam capazes de dar o conforto e a validação necessária às hipóteses que servem de inspiração a este trabalho.

Esta proposta de trabalho reflete em grande medida movimentos contemporâneos de maior realismo e pragmatismo na apreensão dos fenômenos jurídicos e na própria aplicação de métodos e lentes metodológicas de análise. Esses movimentos, iniciados nos anos 1930 e atualmente ganhando nova roupagem, pretendem ver o Direito através de uma ótica complementar entre teoria e empiria; entre ajustes privados e visão institucional.[86] Entende-se que tal percepção é de grande valia ao estudo da arbitragem,

---

y sociología, materiales para repensar la modernidad. Buenos Aires: Ediciones El cielo por asalto, 1997, p. 72). No mesmo sentido: "La investigación de una historia del presente permite salir de esse círculo auto-referencial, y además abre unas posibilidades infinitas a la tarea metodológica" (ANITUA, Gabriel Ignacio. Notas sobre a metodología de investigationes empíricas en derecho. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley* – Ensayos sobre metodología de la investigación juridica. Madrid: Trotta, 2006, p. 309).

[86] A respeito do movimento de realismo, desenvolvido durante os anos 1920 e 1930 em especial nas Universidades de Yale e Columbia, e durante os anos de 1950 e 1960 na Universidade de Madison-Wisconsin, bem como uma projeção a respeito de um "novo realismo", vide MACAULAY, Stewart. The new versus the old legal realism: 'Things ain't what they used to be'. *Wisconsin Law Review,* n. 2, 2005, p. 365-403. Também a respeito da nova onda de realismo que vem sendo defendida atualmente, veja-se resenha de Nourse e Shaffer traçando as principais características desse movimento: "There is no more urgent time than now to reach for a new legal theory and scholarly agenda. Neither simple legal doctrine nor simple economics will solve the grave problems facing us. Nor is it enough to dismiss law as just another form of politics (however fashionable that might be). Neither law and economics in its neoclassical form nor critical legal studies is capable of responding to the current crisis. If there is to be a new move in legal theory, we believe that it will neither be simply law "and" some other discipline nor a revival of the New Deal administrative state. *We need a framework of law strong enough to restrain human weakness and irrationality but supple enough to allow people to govern themselves, a framework supported by a scholarly agenda that provides new analytic and theoretical tools to understand a world in which we have come to see*

agregando nova perspectiva de observação para o jurista e operador desse ramo de aplicação do direito.

8. A estrutura teórica deste trabalho

Esta tese conta com três partes, além desta introdução e uma conclusão. A *primeira parte* é dedicada à abordagem contratual da arbitragem, que corresponde ao nível de governança contratual identificado por WILLIAMSON. Nessa parte do trabalho são exploradas as relações entre o desenho contratual e o cumprimento de obrigações pelos contratantes, partindo-se de revisão de literatura econômica e jurídica a esse a respeito (Primeiro Capítulo). Também é abordada a conotação da arbitragem como resposta de governança dentro do modelo de contratos relacionais, explorando-se e extrapolando-se as molduras teóricas de WILLIAMSON, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN e MACNEIL (Segundo Capítulo).

O capítulo subsequente analisa o elemento de confiança para a arbitragem, com impactos não apenas sobre a conduta das partes envolvidas, mas, notadamente, sobre a legitimação do instituto e a própria equação econômico-financeira dos contratos (Terceiro Capítulo). O Quarto Capítulo é dedicado a explorar o papel da arbitragem como sinalização de cooperação contratual, com efeitos também para redução de oportunismo durante a etapa de execução das obrigações.

O Quinto Capítulo busca evidenciar, *in concreto*, quais as economias e funcionalidades que a previsão de arbitragem pode representar na realidade dos contratantes, empregando-se o conceito de "*ajustes de governança contratual*" extraído de WILLIAMSON. Último capítulo da primeira parte deste trabalho (Sexto Capítulo) é dedicado à pesquisa empírica no setor de construção e infraestrutura, verificando-se se as hipóteses teóricas lançadas nos capítulos anteriores confirmam-se na realidade.

---

ourselves as both highly vulnerable to institutional collapse and yet capable of effecting change (…) Variants diverge substantially, but, broadly speaking, we see three central repetitive themes of a new legal realism, all of which amplify old-realist concerns: (i) an emphasis on the need for empirical study; (ii) a focus on institutions, of which markets are only one form; and (iii) a grounding in philosophical pragmatism". (NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of new legal realism: can a new world order prompt a new legal theory? *Cornell Law Review*, v. 95, 2009 p. 64 e 112. Disponível em <http://ssrn.com/absctract=1405437>. Acesso em 20.01.2016 – sem ênfase no original).

A *segunda parte* foca sobre a abordagem institucional da arbitragem. Essa abordagem se dá ao longo de dois eixos primordiais: *(i)* análise das diferentes funções institucionais que se atribui à arbitragem, contando-se para tanto com breve recomposição histórica (Sétimo Capítulo) e *(ii)* exame *in concreto* das economias institucionais que o uso da arbitragem pode representar, explorando-se tema da coordenação social, a atração de investimentos, a segurança jurídica, o empoderamento social e a complementaridade com o Poder Judiciário (Oitavo Capítulo). Nesse sentido, o Projeto Cairu-2030 é usado para testar a hipótese de impacto positivo da arbitragem em políticas de desenvolvimento (Nono Capítulo). Essa análise é feita tendo como pano de fundo a moldura de "*ajuste institucional*" trazido por WILLIAMSON e com suporte também em literatura específica ao tema dos impactos e correlações entre instituições e desenvolvimento.

Finalmente, a *terceira parte* traz um confronto entre economias e deseconomias da arbitragem, propondo-se o argumento de refuncionalização como principal chave para se repensar o instituto da arbitragem (Décimo Capítulo).

A intenção desta tese é, portanto, tomar a transação econômica individualizada como ponto de partida teórico, por ser essa, desde JOHN COMMONS, a unidade econômica básica de análise.[87] A partir daí, o propósito é extrapolar a análise da arbitragem do plano contratual para o enfoque institucional, incorporando-se elementos macroeconômicos a ela relacionadas. Traçadas as bases teóricas, bem como examinados os resultados empíricos, é possível o endereçamento de problematizações a respeito da prática da arbitragem. A pesquisa conclui no sentido da necessária refuncionalização do instituto, mediante resgate de sua ética de confiança e da ótica de aprendizado institucional.

[87] "The proposition that the transaction is the basic unit of economic analysis was advanced by John R. Commons in 1934" (WILLIAMSON, Oliver. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981, p. 550).

PRIMEIRA PARTE:

A ABORDAGEM CONTRATUAL

CAPÍTULO 1

DESENHO CONTRATUAL E O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

SUMÁRIO: 1.1 Estruturas contratuais e a ótica do Direito: os modelos clássico, neoclássico e relacional. 1.2. Estruturas contratuais e a ótica da Economia: os modelos de contratos completos, incompletos e relacionais. 1.3. O diálogo entre os contratos relacionais e a ECT. 1.4. Contratos relacionais e o cumprimento das obrigações: preocupação comum ao Direito e à Economia.

Este capítulo traz um panorama contratual segundo a ótica do Direito e da Economia. O propósito é demonstrar a evolução de conceitos e de modelos contratuais até se chegar às atuais formatações de feições relacionais, que *(i)* refletem grande parte dos contratos hoje celebrados e *(ii)* servem de fundamentação teórica às hipóteses testadas neste trabalho. A ênfase dada pelos contratos relacionais a *arranjos privados* e à capacidade de *perenização contratual* é ponto de aproximação que se quer fazer entre tais formatações e o instituto da arbitragem.

1.1 Estruturas contratuais e a ótica do Direito: os modelos clássico, neoclássico e relacional

O atual mundo dos contratos distancia-se dos padrões contratuais clássicos. RONALDO PORTO MACEDO JR. traça panorama histórico a esse respeito, relacionando estruturas contratuais e formas de organização industrial.[88] Sem pressupor vínculos deterministas, mas também sem rejeitar a dialética entre estruturas jurídicas e modelos econômicos, RONALDO PORTO MACEDO JR. correlaciona, em primeiro lugar, a forma de

[88] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, em especial capítulo 3, p. 82-115. A classificação de Ronaldo Porto Macedo foi tomada como referência por sua facilidade didática e também por se tratar, ainda hoje, de uma das principais obras brasileiras no tema dos contratos relacionais. Também se optou por seguir a classificação de Porto Macedo por sua inspiração em Macneil, também empregado nesta tese.

produção manufatureira vigente até o final do século XIX com o *modelo contratual clássico*.

Como relata o autor, a produção manufatureira caracterizava-se por baixos índices de produção e produtividade, além de baixa qualidade nos produtos disponibilizados e baixo custo de investimento. O mercado de trocas existente acompanhava a caracterização da produção industrial, sendo, assim, de pequeno porte, com oferta e demanda de curto prazo e voltando-se, essencialmente, ao atendimento de necessidades imediatas dos consumidores.

Esses traços também se refletiam sobre o direito contratual. Tanto que os contratos nesse período tinham caráter predominantemente descontínuo, sem planejamentos de longo prazo e refletindo apenas transações isoladas, imediatas e individuais. Eram, em síntese, contratos "*presentificadores*"[89], para empregar neologismo de RONALDO PORTO MACEDO JR. criado para identificar o predicado de instantaneidade dessas contratações. Tal neologismo é adaptado da obra de IAN MACNEIL, clara fonte de inspiração em PORTO MACEDO JR.

Segundo MACNEIL, o traço essencial dos contratos clássicos era o corte feito entre o momento de celebração da avença e outros momentos, tanto anteriores, quanto posteriores à contratação. Ainda para MACNEIL esse tipo de transação apenas ocorria entre sujeitos desconhecidos, sem possibilidade de novo encontro e novos ajustes.[90] E o motivo para isso é que, ao se criarem laços sociais e de confiança entre os agentes, os elementos de descontinuidade e de presentificação acabavam por se perder.[91]

---

[89] "Ele é presentificador à medida em que busca planejar no presente imediato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Todos os elementos essenciais e termos constitutivos do contrato são estabelecidos no presente, nenhuma importância ou relevância substantiva se conferindo à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual. Além disso, pouca ou nenhuma importância é atribuída às comunicações pré-contratuais, como diálogos preparatórios. Predomina, segundo tal concepção, a idéia de que o contrato deve ser mantido, consagrada no princípio do *pacta sunt servanda*, independentemente dos efeitos dele decorrentes" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 89).

[90] "A truly discrete exchange transaction would be entirely separate not only from all other present relations but from all past and future relations as well. In short, it could occur, if at all, only between total strangers, brought together by chance (not by any common social structure, since that link constitutes at least the rudiments of a relation outside the transaction). Moreover, each party would have to be completely sure of never again seeing or having anything else to do with the other" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 856).

[91] A respeito do conceito de presentificação em Macneil: "The dominant characteristics of a typical contract legal system aimed at creating complete presentiation at the time of mutual assent may be summarized as

Interessante que RONALDO PORTO MACEDO JR. identifica esse modelo contratual clássico também com movimentos de formalismo jurídico, em que a preocupação com aspectos formais dos contratos era tomada como pressuposto necessário à segurança e previsibilidade das relações contratuais. Dentro desse paradigma, os ajustes induzidos por qualquer contratante, seja sob a forma de contrapropostas ou prestações adicionais eram tomados como novas contratações, não sendo admitidas repactuações do contrato original.[92]

Entre os civilistas clássicos, cita-se POTHIER como um dos grandes expoentes. Para ele, a aceitação formal do contrato era pressuposto necessário para que a policitação fosse alçada à condição de contrato.[93] POTHIER também defendia a cartilha da rigidez contratual, que se refletia tanto no tocante aos efeitos contratuais, limitados exclusivamente às partes contratantes; como ainda em relação ao objeto das obrigações, que necessariamente deveria ser composto por elementos determinados e *a priori* especificados pelos contratantes.[94]

---

follows: As much as possible of the content of the relation, both structure and detail, is forced into a pattern of mutual assent expressed at some instantaneous point of time; content necessary to achieve presentiation, but cannot sensibly be rationalized into pattern of instantaneous mutual assent, will be supplied *eo instante* by the legal system in a form as precisely predictable as possible" (MACNEIL, Ian. Restatement (Second) of Contracts and Presentiation. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 185). Ainda Macneil, trazendo diferenciação entre os conceitos de "discreteness" (descontinuidade) e "presentiation" (presentificação): "Discreteness and presentiation are themselves not the same phenomenon, in spite of their merger in discrete contracts. Discreteness is the separating of a transaction from all else between the participants at the same time and before and after. Its ideal, never achieved in life, occurs when there is nothing else between the parties, never has been, and never will be. Presentiation, on the other hand, is the bringing to the future into the present. Underlying both the ideal of 100 percent of planning of the future" (MACNEIL, Ian. *The new social contract*: a social inquiry into modern contractual relations. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 60).

[92] Como Ronaldo Porto Macedo Jr. trabalha com a chave contratual norte-americana, ele faz referência aos princípios de "*void for indefiniteness*", que conduzia à nulidade de estruturas contratuais indeterminadas. Também menciona o princípio de "*battle of forms*", segundo o qual a aceitação de uma oferta mediante inclusão de novos termos era considerada uma nova oferta, exigindo nova anuência do ofertante. Na mesma linha, são mencionados os princípios de "*firm offer*", que criava prazo de validade de 30 dias para as ofertas de contrato, enfatizando o caráter instantâneo da estrutura clássica e "*parole evidence rule*", que impedia que a contratação fosse completada por declarações orais e escritas dos contratantes. Vide MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 88-94.

[93] "O contrato encerra concurso das vontades de duas pessoas, huma das quaes promette huma cousa, e a outra aceita o promettido. A pollicitação porem he promessa não aceitada por aquele, a quem foi feita = *Pollicitatio est solius offerentis promissio*. A pollicitação, segundo o direito natural não produz obrigação propriamente tal; e aquele que fez tal promessa, póde arrepender-se, em quanto ella não for aceita pelo outro, a quem foi feita. Porque não póde haver obrigação, sem haver direito adquirido por aquelle, a quem interessa fazê-la cumprir. Grocio, de Jur. Bel. Lib. 2, Cap. 11, §. 3" (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas* - nos pactos, contractos, convenções, &c. CORREA TELLES, José Homem (Trad.). Lisboa: Typografia de Antonio José da Rocha, 1849, t. I, p. 5-6).

[94] "Notaremos agora sómente hum principio, que he particular ao effeito dos contractos, e de todas as convenções. Este principio, he que huma convenção tem effeito, senão a respeito das cousas, que fizerão objeto da convenção, e sómente entre as partes contrahentes: *animadvertendum est ne convention in aliâ re*

Mesmo individualizando o presente, os contratos clássicos não se descuidavam do planejamento de longo prazo. A maneira encontrada por esse modelo para conseguir ajustar a transação econômica a um cenário de longo prazo era adotar instrumentos contratuais de curta duração e que permitiriam, assim, o remanejamento das condições contratuais conforme a necessidade surgisse. Como aponta MACNEIL, essa flexibilidade era alcançada de maneira indireta e externa à própria transação econômica. Alcançava-se, portanto, o planejamento de longo prazo por meio da calibração gradativa das condições contratuais, o que se fazia por meio de sequenciamento de diferentes instrumentos individuais.[95]

O segundo modelo apresentado por RONALDO PORTO MACEDO JR. refere-se aos *contratos neoclássicos*. Trata-se de moldura contratual desenvolvida no contexto da produção industrial massificada, em que o ritmo da produção acelerou as trocas e induziu mudanças significativas nos antigos padrões de qualidade, desempenho e investimento. E não foram apenas transformações tecnológicas e/ou fabris induzidas por esse novo modelo industrial. Segundo KARL POLANYI, as transformações iniciadas na virada do século XIX para XX modificaram visceralmente as concepções a respeito do trabalho, da terra e do capital, disso resultando "*um novo tipo de vida*" difundido em larga escala.[96]

Como o ritmo da produção e da vida social se transformavam significativamente, a moldura contratual passou a também abraçar esse novo padrão de vida, dando vazão a negociações e a uma execução também massificadas das obrigações.

---

facta, aut cum aliâ personâ, in aliâ re, aliâve persona noceat. L. 27, §. 4, ff. de *Pactis*. (Cod. Civ. Fr. Art. 1165). A razão da primeira parte deste principio he evidente. A convenção sendo formada pela vontade das partes contrahentes, não póde ter effeito senão sobre o que os contrahentes quizerão e tiverão em vista (…) A razão da segunda parte daquelle principio não he menos evidente. A obrigação nasce das convenções, e o direito que dellas resulta, sendo formadas pelo consenso, e concurso das vontades das partes, não póde obrigar hum terceiro, nem dar direito a terceiro, cuja vontade não concorreo para formar a convenção" (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas* - nos pactos, contractos, convenções, &c. CORREA TELLES, José Homem (Trad.). Lisboa: Typografia de Antonio José da Rocha, 1849, t. I, p. 67-68).

[95] "Within itself, a discrete transaction is rigid, there being no intention to achieve internal flexibility. Planning for flexibility must, therefore, be achieved outside the confines of the transaction. Consider, for example, a nineteenth century manufacturer of stoves who needs iron to be cast into stove parts but does not know how many stoves he can sell. The required flexibility has to be achieved, in a pattern of discrete transactions, by keeping each iron purchase contract small in amount, thereby permitting adjustments of quantity up or down each time a contract is entered. Thus, the needed flexibility comes from the opportunity to enter or to refrain from entering the market for iron" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 859).

[96] POLANYI, Karl. *A grande transformação* – As origens da nossa época. 8. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p. 94.

SAVATIER retrata esse momento de transição contratual, em que o contrato, antes tomado como "*la loi des parties*" e sinal máximo da liberdade privada, passava por modificações profundas em suas bases conceituais.[97] Pelo relato de SAVATIER, vê-se que as novas ideias contratuais estavam em ebulição no meio acadêmico desde o início do século XX, com grandes nomes como JOSSERAND, RIPERT, PAUL DURANT e outros posicionando-se a respeito da onda de dirigismo contratual e mitigação de princípios clássicos. Note-se que o próprio SAVATIER relaciona o novo modelo contratual ao modo de produção capitalista massificado, que exigia esforços coletivos e não mais somente individuais. Segundo ele, se a ótica do código civil francês era individualista, a nova ótica que se impunha passava a ser de uma "*produção coletiva e massificada*".[98]

SAVATIER ainda apresenta um postulado moral para justificar o novo modelo contratual neoclássico, que se refletia na necessidade de proteção de classes especiais de indivíduos, como os incapazes e os consumidores. Somadas tais mudanças de ordem econômica e social criava-se, assim, uma nova dinâmica, que passava a exigir um novo arranjo contratual em resposta.[99]

A solução foi, então, desenhar contratos abertos, em que se permitia indeterminação suficiente para dar conta do ritmo acelerado das mudanças econômicas e sociais. Em alguma medida, resgatava-se a própria visão de antigos glosadores e pós-glosadores, como Graciano e Bártolo de Saxoferrato, que pressupunham a todos os

---

[97] "Malgré l'exagération d'une certain mystique, c'était certainement une grande chose que cet épanouissement de la liberté de toute homme, dans le Code civil. Et pourtant, de cette conception, is rest aujourd'hui si peu! La liberté civile, celle du particulier, a vécu alors son apogée; elle est aujourd'hui en déclin, presque en débâcle, en France et même, dans une mesure moindre, dans leurs pays voisin. Les débris en jonchet le sol" (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1948, p. 6). Roppo também apresenta interessante evolução histórica do contrato ao longo de diferentes formas de organização econômico-sociais, vide ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 24-63.

[98] "Au point de vue économique, cette conquête impose tout une construction nouvelle de la production des richesses. Car l'homme, pour dominer les forces de la nature, est actuellement oblige a se mettre à leur échelle. L'individu n'y suffit plus; un effort collectif peut seul y réussir. (…) Car un artisan suffisait seul pour mener son métier, pour conduire son étable, pour marteler son fer, tandis que, pour capter les forces d'une chute d'eau, pour utiliser la machine à vapeur, un home ne suffit plus. (…) L'individu contractant avec un autre individu, telle était l'optique du Code civil; l'optique actuelle, c'est la production collective, et, par voie de conséquence, la distribution collective. It faut, nécessairement, pour l'usine, pour l'industrie, pour l'économie dirigée, qu'à la place des individus, ce soit l'humanité en des corps de plus en plus massifs et puissants, qui prenne possession des forces naturelles" (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1948, p. 12-13).

[99] "Ce dynamisme a changé la vision du monde, et, du même coup, la vision du contrat. Le contrat du Code civil était l'échelle de l'homme, de l'individu. Le contrat nouveau se met à l'échelle de la collectivité à l'échelle de la nation, bientôt, peut-être, à l'échelle de l'humanité entière. Une technique nouvelle a dû naître au service de cette nouvelle conception du contrat" (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1948, p. 14).

contratos uma cláusula de calibração temporal *rebus sic stantibus*. A diferença era que, no início do século XX, a necessidade de uma nova abordagem temporal aos contratos, que reconhecesse o efeito do tempo sobre a estrutura contratual, decorria do ritmo acelerado do processo de industrialização.

Segundo ROPPO, o contrato neoclássico ganhou também "*objetivação*" em relação à moldura anterior, deixando de ser guiado exclusivamente pelo elemento voluntarista, para reger-se por elementos objetivos e voltados especialmente à estabilidade das transações. Essa nova moldura pretendia, assim, se adequar à objetividade e à impessoalidade típicas das relações econômicas massificadas.[100]

De um extremo ao outro, deixa-se, assim, a moldura dos contratos clássicos, marcada pela descontinuidade, determinação plena e estrutura "*isolada*", para empregar expressão de RICARDO LORENZETTI[101]; e chega-se a estrutura contratual de grande indeterminação e que lida com o transcurso do tempo de forma absolutamente diversa.

Sim, porque no modelo neoclássico, o que se vê é a delegação da completude do contrato ao momento futuro, o que é o inverso do que fazia a formatação anterior, que antecipava o futuro no próprio momento contratual presente.[102] Mas, mesmo com o relaxamento de muitas das características clássicas, ainda se trata de uma série de obrigações descontínuas conectadas por um guarda-chuva contratual único.[103] A noção de rede relacional só viria em momento posterior de evolução contratual.[104]

---

[100] "Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza – se resultava adequada a um sistema económico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo carácter 'pessoal' – não podia satisfazer as exigências da moderna economia de massa, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços) e pela sua crescente standardização e 'impessoalidade'. Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo, é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade do seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 298).

[101] "La teoria clássica contempla al contrato como algo aislado y discontínuo, con un objeto definido que hace 'presente' lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa)" (LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceiros. *Revista do Direito do Consumidor,* n. 28, out./dez.1998, p. 27).

[102] "Presentiation is a way of looking at things in which a person perceives the effect of the future on the present" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 863).

[103] "O contrato aberto envolvia uma série de transações descontínuas que se estendiam por um ano ou mais (…) De modo geral, o contrato aberto mitiga e relaxa muitas das características do contrato descontínuo,

No Brasil, esse novo paradigma neoclássico ganhou voz na doutrina civilista a partir dos anos 1970. ORLANDO GOMES chama atenção à boa-fé e à ideia de colaboração entre os contratantes durante a execução do contrato, pressupondo, assim, um liame social entre os contratantes que o modelo clássico, por si só, rejeitava.[105] Também admite aplicabilidade à teoria da imprevisão e à cláusula *rebus sic stantibus*[106], ao permitir, em hipóteses determinadas, a modificação quantitativa *a posteriori* da prestação contratual, jogando por terra, portanto, o elemento de "*presentificação*". Aliás, em trecho paradigmático, ORLANDO GOMES coloca o *futuro* como elemento inerente a alguns contratos modernos, trazendo para dentro da moldura contratual aspecto que antes se procurava excluir a todo custo da teoria dos contratos: "*ocorrendo anormalidade da alea que todo o contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações*".[107]

Boa-fé, confiança recíproca e lealdade aparecem ainda em outros autores. Em ARNALDO RIZZARDO esses princípios mitigadores são tomados como necessários para um "*mínimo de credibilidade*" ao ambiente contratual, reconhecendo-se também um liame social que a vertente clássica ignorava.[108] MARIA HELENA DINIZ caminha na mesma linha, atribuindo à boa-fé uma dupla função: tanto mitigação da linguagem e literalidade

---

tornando a relação contratual dominante menos impessoal, menos presentificadora, menos negociada e menos consentida" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 96 e 97).

[104] "Nevertheless, the modern contractual relation does not become simply a bunch of discrete transactions. Quite the contrary, the very complexity of modern technology calls for processes and structures tying even the most specific and measured exchanges into ongoing relational patterns" (MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 143).

[105] "O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. (...) O Direito moderno não admite os contratos que os romanos chamavam de direito estrito, cuja interpretação deveria ser feita literalmente. Tais contratos somente poderiam existir num sistema dominado pelo princípio do formalismo. Uma vez que hodiernamente vigora o princípio do consensualismo, são inadmissíveis. Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato" (GOMES, Orlando. *Contratos*. THEODORO JR., Humberto (Atual.). 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42).

[106] "Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia de imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista" (GOMES, Orlando. *Contratos*. THEODORO JR., Humberto (Atual.). 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38).

[107] GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39.

[108] "A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontram ambiente propício para se efetivarem. E esse pressuposto é gerado pela boa-fé ou sinceridade da vontades ao firmarem os direitos e obrigações" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 45-46. 1 v.).

contratual; quanto também importante fórmula contratual para atender ao "*interesse social de segurança nas relações jurídicas*",[109] chamando a atenção novamente ao elemento de sociabilidade do contrato.

Ainda dentro da aplicação da boa-fé, CLÓVIS DO COUTO E SILVA dá enfoque a sua função interpretativa. Reconhecendo haver distinção conceitual entre aplicação da boa-fé e interpretação integradora da vontade dos contratantes, CLÓVIS DO COUTO E SILVA termina por reconhecer que uma interpretação apenas literal da vontade, sem qualquer traço integrativo ou emprego da boa-fé "*deveria ser relegada ao museu do pensamento"*, sendo necessária tal aplicação em todos os momentos contratuais desde a formação do vínculo entre as partes.[110]

O confronto com a ótica clássica é evidente em CLÓVIS DO COUTO E SILVA e em sua noção de obrigação como processo. Segundo ele, a relação jurídica contratual comporia um sistema de processos, dinâmico em si e prevendo um natural *iter* temporal entre o ato de nascimento e o ato de adimplemento.[111] Ao pressupor um momento de nascimento diverso do momento de adimplemento é evidente o contraponto com a doutrina clássica de instantaneidade.[112]

---

[109] "da boa-fé (CC, arts. 113, 187 e 422), intimamente ligado não só à interpretação do contrato – pois o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denoto e confiança recíprocas" (DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro* – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42. 2 v.).

[110] "Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes e à boa-fé. Finalmente, em muitos casos, quando se pensa estar fazendo interpretação integradora, em realidade o que se realiza é a aplicação do princípio da boa-fé. A explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quando inexistente – é sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento. O rigor científico exige a separação entre as hipóteses da interpretação integradora e a de concreção do princípio da boa-fé, o que tem vigência como norma não escrita" (COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 36).

[111] "A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos. Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e o desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existentes, é que permite definir-se a obrigação como o fizemos" (COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 167).

[112] A contraposição entre obrigações estáticas e obrigações dinâmicas também aparece em Arnoldo Wald para caracterizar esse novo modelo contratual: "O que ocorre é que as alterações havidas na sociedade, nas últimas décadas, ligadas à crescente velocidade da evolução da tecnologia globalizada exigem também a revitalização do contrato. A velha obrigação estática não mais responde aos anseios sociais. Não há mais dúvidas de que as relações obrigacionais são dinâmicas, devendo, portanto, a moldura contratual ser adequada à nova realidade. A resposta do Direito a essa necessidade não foi o declínio ou a morte do

Como bem nota RONALDO PORTO MACEDO JR., a adesão ao modelo neoclássico também se dá por meio de argumentos favoráveis ao dirigismo contratual.[113] Isso está em SILVIO RODRIGUES, reconhecendo que, no decorrer do século XX, a autonomia da vontade e o princípio de obrigação contratual teriam "*perdido uma parte do seu prestígio*".[114] CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA reforça a mitigação do valor clássico da liberdade de contratar, em benefício de "*princípios da ordem pública*".[115] Argumento similar também é adotado por HUMBERTO THEODORO JR., para quem as mudanças trazidas pela passagem do século XIX ao século XX e pelo advento do Estado Social teriam atingido o "*âmago do Direito das Obrigações*".[116]

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em artigo que coroou a adesão definitiva ao paradigma neoclássico, trabalha a dicotomia velhos *versus* novos princípios contratuais para distinguir o velho (moldura clássica) do novo (moldura neoclássica) modelo contratual.[117] Esses e outros ensinamentos ajudaram na formação de toda uma geração de

---

contrato, mas sua atualização e modernização, ou seja, a releitura e a reconstrução parcial de seus princípios" (WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56).

[113] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 102. Especificamente acerca do dirigismo contratual, refletindo os debates na escola francesa, vide BRESSONE, Darcy. *Do contrato*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 49-58.

[114] "O quadro teórico acima exposto sofreu, entretanto, profunda modificação no correr deste século. E tal transformação atingiu principalmente dois dentre os princípios básicos acima analisados. De fato, tanto o princípio da autonomia da vontade, como o da obrigatoriedade das convenções perderam uma parte de seu prestígio, em face de anseios e preocupações novas, nem sempre atendidos no apogeu do regime capitalista" (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18. 3 v.).

[115] "Há, porém, um desvio de perspectiva. Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta é a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando terreno perdido. O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública". (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29. 3 v.).

[116] "Vive o Direito Contratual, sem dúvida, uma notável fase evolutiva, em que o princípio da autonomia de vontade tem sofrido questionamentos variados, com reflexos constantes sobre o Direito Positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regularem as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais. Na passagem do século XIX para o atual, com efeito, pôs-se em cheque (sic) o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato. (…) Ao Estado liberal sucedeu, em nossos tempos, o Estado social, com a tônica de não apenas declarar direitos individuais e garantias fundamentais, mas de torná-los realidade, mediante política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e o bem-estar sociais. O dirigismo contratual, por meio da multiplicação das regras de ordem pública, passou a dominar a preocupação dos legisladores, mudando a feição até mesmo o âmago do Direito das Obrigações" (GOMES, Orlando. *Contratos*. THEODORO JR., Humberto (Atual.). 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30-31).

[117] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, 1998, p. 113-120.

operadores do direito dentro desse marco contratual, marcado, conforme ARNOLDO WALD, pela "*era da incerteza, da descontinuidade e da constante mudança*".[118]

É a partir dessas ideias e princípios mitigadores do direito clássico que se começa a caminhar, pouco a pouco, para o desabrochar de um novo modelo contratual, que recebeu o nome de *contratos relacionais*. Segundo RONALDO PORTO MACEDO JR., esse terceiro modelo contratual está associado ao modo de produção denominado de especialização flexível, que ganhou corpo a partir dos anos 1970. Trata-se de modelo industrial desenvolvido para superação do fordismo, caracterizando-se pela possibilidade de ajustes na linha de produção, de forma a se permitir um tratamento individualizado e capaz de se adequar a contingências surgidas.

Essa organização industrial trabalha com planejamento de longo prazo, mas sujeito a revisões constantes, justamente para permitir essa adequação caso a caso. A necessidade de readaptação e rápido remanejamento da produção exige grau sofisticado de interação industrial, tornando a cooperação interna um dos elementos industriais mais essenciais nesse modelo.[119]

A literatura empresarial vincula essa forma de produção ao modelo industrial *toyotista*, em alusão ao formato adotado pela indústria automobilística japonesa. Nesse modelo, três principais características se destacam.[120] Em primeiro lugar, o modelo procura identificar, de partida, as potenciais fraquezas e defeitos da linha de produção, que poderiam, futuramente, atrapalhar o desenrolar das atividades produtivas. Ao esmiuçar cuidadosamente os possíveis focos de problema, o modelo *toyotista* permite não apenas a correção antecipada de problemas, mas também o acúmulo de conhecimento e *know-how*, o que se torna importante diferencial em mercados competitivos.

Segunda característica desse modelo é a criação de rotinas internas de trabalho que procuram constantemente contrapor problemas com suas possíveis causas. Essas digressões auxiliam na antecipação de falhas, atingindo-se maior eficiência e

---

[118] WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

[119] Considerando o modelo de especialização flexivel como uma das consequências da reestruturação do sistema capitalista, vide FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

[120] O suporte para a descrição do método toyotista foi buscado em SABEL, Charles F. *Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth*, 2005, p. 39-42. Disponível em <http://law.wisc.edu.gls.documents/lands canons/bootstrapping development sabel.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

facilitando, ao mesmo tempo, tanto a descoberta de problemas na linha de produção, quanto o mapeamento de possíveis soluções alternativas a tornar a produção menos sujeita a falhas.

Terceira nota distintiva do modelo *toyotista* é resultado direto das duas características anteriores. Na medida em que o modelo incentiva a interface e a troca de informação entre diferentes setores e/ou encarregados do processo produtivo, cria-se, com isso, maior proximidade dentro do ambiente de produção. O diálogo frequente termina por se incorporar ao próprio processo produtivo, unificando interesses gerenciais e corporativos.

No plano contratual, essa combinação de inovação, aprendizado e cooperação, características típicas do modelo de especialização flexível, se reflete na necessidade de maior plasticidade dos contratos. Tal como as linhas de produção, os contratos precisam conter planejamento de longo prazo, mas devem, ao mesmo tempo, estar sujeitos a revisões constantes para fins de adaptação a possíveis contingências. Também se exige, em maior escala, verdadeira governança *corporativa* e *cooperativa* durante a implementação contratual, amálgama sem o qual a formatação contratual tende a se tornar disfuncional.[121]

Para RONALDO PORTO MACEDO JR., o modelo relacional se diferencia dos demais modelos contratuais em muitos aspectos.[122] As relações criadas entre os agentes econômicos é diferencial que chama a atenção de imediato. Ao contrário dos contratos descontínuos, as molduras relacionais não são puramente monetizadas, não havendo, portanto, equivalência direta entre prestação e contraprestação.

As estruturas relacionais englobam outros modos de satisfação não-econômicos que se entrelaçam aos elementos econômicos, tornando o contrato relacional uma forma de comunicação mais abrangente do que os contratos descontínuos ou contratos

[121] Veja-se Macneil, para quem a rigidez excessiva compromete a funcionalidade dos contratos relacionais: "such contracts, being more complex and of greater duration than discrete transactions, become dysfunctional if too rigid" (MACNEIL, Ian. Contracts: Adjustment of long-term relations under classical, neoclassical and relational contract law. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 195).

[122] Ronaldo Porto Macedo acompanha em grande parte a caracterização proposta por Ian Macneil, vide: MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 127-152.

neoclássicos.[123] Nesse sentido, MACNEIL ressalta a importância de técnicas relacionais em que a *confiança*, a *solidariedade social* e os *laços de reciprocidade* desempenham papel chave, que pouca ou quase nenhuma importância detinham em modelos anteriores.[124]

Também interessa chamar a atenção para a importância que passam a ter nas molduras relacionais os vínculos de amizade, reputação, interdependência, moralidade e altruísmo.[125] Tanto quanto os deveres puramente jurídicos atribuídos às partes, são também esses vínculos internos que ajudam a explicar a manutenção de relacionamentos durante longo intervalo de tempo.

O número de participantes em uma estrutura relacional também costuma ser maior do que as tradicionais estruturas polarizadas dos demais modos contratuais, tornando-se frequente a formação de redes ou estruturas plurilaterais. Isso não significa que inexistem contratos relacionais entre apenas dois agentes. O casamento costuma ser citado como exemplo paradigmático de relação bilateral relacional.[126] Apenas o formato em rede ou plurilateral parece ser mais comum dentro do modelo relacional.

Também há diferença em relação à duração e ao término das relações entre os agentes envolvidos. Dentro de uma estrutura relacional, não há uma determinação exata do ato de celebração, que normalmente vem precedido de longa etapa de negociações.

---

[123] "Um contrato descontínuo puro deve ser facilmente monetizado, isto é, a medida de reciprocidade entre os objetos transacionados deve ser redutível ao equivalente universal em dinheiro. Algo diferente, contudo, ocorre nos contratos relacionais, que podem envolver a troca de valores não monetizáeis, ou, ao mesmos, não tão facilmente conversíveis em dinheiro" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 130).

[124] "In discrete transactions, apart from the immediate gain each party sees in exchanging, no contractual solidarity exists except for the external good providing social stability, enforcement of promises and other basic requirements. (…) In discrete transactions almost no future cooperation will be required. Each party simply produces either the commodity or the money at the time and place promised" (MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 136-137, p. 138, p. 142).

[125] "The entangling strings of friendship, reputation, interdependence, morality, and altruistic desires are integral parts of the relation" (MACNEIL, Ian. Relational contract theory as sociology: a reply to professors Lindenberg and de Vos. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 313).

[126] "Um segundo exemplo é o de um casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico. A existência de cláusulas abertas e indeterminada relativas, por exemplo, à divisão de tarefas no lar, esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doenças, frequência de relações sexuais etc, no momento em que o contrato é celebrado, e constante a possibilidade de revisão e mudança" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 127). No mesmo sentido: SCOTT, Elizabeth S.; SCOTT, Robert E. Mariage as a relational contract. In: MACNEIL, Ian; GUDEL, Paul J (Coord.). *Contracts* - exchange transactions and relations. Cases and materials. 3. Ed. New York: New York Foundation Press, 2001, p. 219-240.

Também o término de contratos relacionais é alongado no tempo e não apresenta fim abrupto ou previamente definido como ocorre em relações descontínuas.[127]

A duração também se liga a outro elemento essencial dos contratos relacionais, que é o planejamento futuro. Note-se, nesse aspecto, que o planejamento que se pretende dentro das molduras relacionais não é um planejamento detalhado que objetive exaurir todas as possíveis contingências futuras. Reconhecendo-se que o fator tempo integra a própria moldura contratual e que a indeterminação é inerente a ela, o planejamento relacional é antes a criação de *quadros gerais* do que efetivamente a definição exata de seu conteúdo. Segundo MACNEIL, o planejamento relacional tem caráter mais processual do que material.[128]

Veja-se que a inspiração de MACNEIL na concepção dos contratos relacionais como "quadros gerais" pode ser rastreada até KARL LLEWELLYN que, em 1931, já defendia o papel dos contratos como molduras-quadro. Para LLEWELLYN, os contratos não deveriam conter precisamente o conteúdo das obrigações. Deveriam, antes de tudo, ser estruturas ajustáveis, a servir de guia aos contratantes e norma de última instância quando o relacionamento deixasse de funcionar.[129] Interessante notar que o caráter mais processual do que material é justamente aquilo que, hoje, a moderna teoria do direito tem identificado como traço característico das relações jurídicas em contextos de incerteza.[130]

O que se extrai, portanto, da moldura relacional é a preponderância de elementos como a duração estendida no tempo e o planejamento, que é, antes de tudo, processual. Além disso, solidariedade e confiança são predicados que representam com

---

[127] "The discrete transaction commences sharply by clear, instantaneous agreement and terminates by clear, instantaneous performance; sharp in, sharp out" (MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 137).

[128] "Instead it is recognized that future planning of such substantive issues will occur through the structures and processes being established at the beginning. Moreover, even those must be subject to future change. For example, in establishing a corporation it is necessary to recognize the possibility of mergers in which the whole governing structure will be altered" (MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 136-137, p. 138, p. 144).

[129] "To sum up, the major importance of legal contract is to provide a frame-work for well-nigh every type of group organization and for well-nigh every type of passing or permanent relation between individuals and groups, up to and including states - a frame-work highly adjustable, a frame-work which almost never accurately indicates real working relations, but which affords a rough indication around which such relations vary, an occasional guide in cases of doubt, and a norm of ultimate appeal when the relations cease in fact to work" (LLEWELLYN, Karl. What price contract? As essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 736-737).

[130] Vide FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

precisão a forma de reciprocidade social e orgânica que se desenvolve dentro das molduras relacionais.

No Brasil, o paradigma dos contratos relacionais foi usado como um dos principais suportes teóricos ao estudo das estruturas contratuais coligadas e em rede, marcadas não apenas por uma justaposição de elementos contratuais descontínuos, mas por uma verdadeira unidade finalística, ou uma *supracontratualidade*, para empregar expressão de JUDITH MARTINS-COSTA.[131]

De acordo com MARIA CELINA BODIN MORAES, esse novo momento da teoria contratual, que no país ganhou força com a Constituição de 1988 e o advento do Código Civil de 2002, teria um novo centro valorativo, baseado na ideia de solidariedade social como "*princípio jurídico inovador*" exigível "*por todos os membros da sociedade*". [132] Também GIOVANNI ETTORE NANNI compartilha desse mesmo entendimento. Para o autor, essa solidariedade contratual tem raiz constitucional, determinando um "*digno relacionamento social, inclusive o jurídico, voltado para o coletivo*". Seria, então, a partir dessa matriz de constitucionalidade que se irradiariam deveres e obrigações laterais de conduta, entre eles a cooperação e a solidariedade entre os contratantes.[133]

---

[131] "Ao novo 'estilo de negociar' ajuntou-se a existência de novos modos de estabelecer contratos, consequentes à expansão, à sofisticação técnica e às particularidades dos meios eletrônicos. E tudo se somou a criação de novos modelos contratuais. Basta pensar na existência de redes, cadeias e grupos contratuais, formas expressivas de operações econômicas múltiplas, complexas e não raramente conexas, porquanto marcadas por uma unidade finalista, por uma 'supracontratualidade, também o direito dos contratos vivenciando, tal qual o Direito societário, o momento de 'passagem do átimo à célula'" (MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexos sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 484).

[132] "A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade" (MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46).

[133] "Por isso, se o princípio da solidariedade determina um digno relacionamento social, inclusive o jurídico, voltado para o coletivo, é imperioso que as partes busquem, na proporção do esforços que lhes cabem, em cooperação, o adimplemento da obrigação assumida. É este o espírito que norteia a relação obrigacional no atual cenário constitucional-civilístico: a atuação das partes em cooperação para atingir a satisfação da obrigação" (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexos sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 308).

Note-se que noção de *solidariedade social* tem inspiração em MACNEIL, para quem a moldura relacional de trocas, por incorporar justamente o elemento de cooperação e de dependência recíproca no longo prazo, muda a perspectiva contratual, que passa de uma ótica individualista de utilidade imediata, para uma ótica de ganhos sociais.[134] Trata-se, à toda evidência, de um novo *centro valorativo* do Direito Contratual, como bem notado por muitos civilistas brasileiros.

Para além disso, o que a noção de redes contratuais aproveita da ótica relacional é a existência de laços de colaboração dentro da rede, visando maior sinergia e eficiência entre os integrantes da rede. Segundo RICARDO LORENZETTI, a colaboração é o verdadeiro "*cimento*" a conectar todos os nós contratuais em rede.[135] Aliás, em RICARDO LORENZETTI a vinculação entre os temas dos contratos em rede e a moldura relacional é expressa, sendo reconhecido no elemento de cooperação uma origem teórica comum.[136]

RODRIGO XAVIER LEONARDO também retoma esse mesmo racional de cooperação, admitindo nos contratos em rede mais do que apenas uma ligação externa de contratos. Para ele, essa nova formatação pressupõe uma ligação sistemática entre os contratos[137], o que, vale acrescentar, considerando-se a especialização de cada contrato, tenderia a criar uma espécie de *solidariedade orgânica*[138] entre todos os elementos da rede.

---

[134] "Relational exchange also creates circumstances where the long-run individual economic (material) interests of each party conflict with any short run desires to maximize individual utility respecting the goods in any particular exchange; the more relational the exchange, the more artificial becomes the idea of maximization. (…) Each specialized exchange in such circumstances is a major contributor to a continuing web of interdependence. Thus even though the motivation for the specialized exchange may largely be enhancement of individual utility, its mere occurrence is a contributor to social solidarity" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 578-579).

[135] "nos contratos em colaboração em rede há uma pluralidade de vínculos típicos e atípicos, conexos entre si. O cimento é a colaboração que pode ser baixar os custos, ou aumentar a eficiência, ou as vendas. O essencial neles é que se consegue um efeito de conjunto superior à soma das individualidades. O que mantém unidos estes grupos é o interesse na colaboração. Igualmente, para se mantenham unidos, é necessário que existam obrigações de colaborar à manutenção e a noção de causa sistemática" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. FRADERA, Vera Maria Jacob (Trad.). São Paulo: RT, 1998, p. 197).

[136] "En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificar-se para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. (…) Esta teoría está basada en una aproximación sociológica al tema y es descriptiva, razón por la cual se le puede criticar que no aporta elementos para resolver el problema. No se advierte qué efectos produce esta cooperación, más allá de los ya conocidos" (LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceiros. *Revista do Direito do Consumidor,* n. 28, out./dez. 1998, p. 27-28).

[137] "Não se procura apenas superar a análise do contrato sob a perspectiva estrutural, individualizante, em favor de uma perspectiva capaz de perceber a vinculação econômica entre os negócios, com efeitos jurídicos. Na teoria das redes contratuais sobressai, especialmente, o caráter sistemático da ligação entre os contratos,

A principal consequência que se tira das redes contratuais é o surgimento de deveres de colaboração para todos os integrantes do sistema. Esses deveres são não apenas para atendimento do fim supracontratual comum, mas também para o bom funcionamento de toda a rede. Esse dever colaborativo de bom funcionamento agrega, em grande medida, feição relacional aos contratos em rede – ou "*algo transcendente à bilateralidade comum aos contratos singulares*".[139]

No Brasil, a moldura relacional foi usada para se compreender as grandes redes de distribuição. É o que faz PAULA A. FORGIONI, vendo justamente na confiança e na boa-fé típicas dos contratos relacionais o ponto de inflexão para a correta hermenêutica desses vínculos contratuais.[140]

Ainda que o tema dos contratos relacionais seja de grande relevância, refletindo o momento econômico e industrial de especialização flexível, não se tem notícia de muitas referências literárias brasileiras reconhecendo os contratos relacionais como categoria autônoma.

No campo dos contratos consumeristas, CLAUDIA LIMA MARQUES reconhece a existência de um novo paradigma contratual para justificar a necessidade de flexibilização do conceitos clássicos e neoclássicos. Também considera a confiança e a boa-fé como eixos centrais desse novo modelo, essenciais para se lidar com a hipercomplexidade social. Mas, apesar disso, a autora não chega a construir pontes explícitas com a moldura dos contratos relacionais.[141]

---

de maneira que os eventos ocorridos em um elemento do sistema (contrato isolado) vêm a se refletir, em maior ou menor proporção, em todo o sistema" (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 133).

[138] Segundo Macneil, com inspiração em Durkheim, trocas especializadas, baseadas em divisão de trabalho, resultam em solidariedade orgânica, em contraposição à solidariedade mecânica que se obtém a partir de trocas não especializadas. Vide MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 583. Para o original da ideia, vide DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society*. New York: Free Press, 1964.

[139] "Nas redes contratuais verifica-se algo transcendente à bilateralidade comum aos contratos singulares. As prestações de uma parte não são correspectivas apenas às prestações da contra-parte dos contratos singulares. A relação de correspectividade de que se deve estabelecer envolve os demais contratos coligados em rede" (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 152).

[140] "Ademais, encarar os contratos de distribuição como relacionais traz à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento da relação obrigacional enquanto um processo" (FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 75).

[141] "Se isto continua certo, no mundo virtual e visual dos nossos atuais contratos de consumo a própria aparência já é importante, o contrato e a prestação desmaterializam-se. Fluído e passageiro é o serviço, é a informação; complexo e plural é o contexto contratual, em especial de consumo, rápido e especializado. Daí

Como RONALDO PORTO MACEDO JR. reconhece, além do empecilho teórico na adoção formal de novo marco contratual, há também reflexos políticos e ideológicos ao pleno reconhecimento da moldura relacional como modelo contratual vigente.[142] Desde a década de 1980, STEWART MACAULAY já chamava a atenção ao descompasso entre a academia e centros de poder, de um lado, e a realidade contratual, de outro.[143] O próprio MACNEIL também refletiu essa preocupação em sua obra, apontando questões ideológicas como os principais motivos para a rejeição de sua teoria.[144]

Mesmo que muitos autores brasileiros reconheçam traços de solidariedade e de cooperação nas complexas formatações relacionais do mundo de hoje, tal construção tende a ser feita, na maioria das vezes, em vista à matriz constitucional de tais valores ou como reflexo de uma estrutura coligada ou em rede. Ao se buscar motivações externas, seja na Constituição Federal, seja no arranjo estrutural dos contratos, deixa-se de reconhecer que é o próprio modelo relacional, de *per se,* a justificar esse novo eixo valorativo do Direito Contratual, perpetuando-se a noção de deveres *laterais* ou *acessórios* de cooperação, quando, no modelo relacional, a cooperação é concebida com muito maior

---

a importância de acrescentar-se aos já conhecidos princípios contratuais um paradigma qualificado, valorizando a confiança como eixo central das condutas e como fonte jurídica e dela retirando responsabilidades específicas. (…) Boa-fé (bona fides) e confiança (fides) sempre estiveram juntas no direito privado e no estudo das bases e efeitos da vontade dos indivíduos no mercado (por exemplo, error communis facit jus), a ponto de discutirmos qual deles seria o principal ou o primeiro dos modelos sociais para controlar/limitar a autonomia da vontade/liberdade contratual. Parece-me que, no início do século XXI, estes dois princípios paradigmáticos do direito privado devem estar ainda mais unidos e serem usados em harmonia e diálogo" (MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato* – Estudo sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007, p. 45, 47-48).

[142] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 288.

[143] Vide MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 478 e p. 481.

[144] "These range from the narrow vested interest of lawyers in their intellectual capital in the form of knowledge about any existing law, to the highest – or lowest, depending on your viewpoint – of political and ideological goals. Most commonly we associate tenacious rejection of the ideia of relational contracts with the market-oriented political right, or I should say, the supposedly market-oriented right. This political sector finds the ideology of the discrete transaction useful in achieving its goals. But I think it fair to say that something not totally different comes from the left in a variety of guises. At the very least, the discrete general contract law is a nice whipping boy for left-liberals – especially nice because it seems to live on in perpetuity. This permit permanent avoidance of facing up to some key difficulties in the left-liberal position, particularly respecting bureaucracy" (MACNEIL, Ian. Barriers to the idea of relational contracts. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 302).

protagonismo. Nas palavras de MACNEIL, é como se quisesse, de alguma forma, espremer uma nova realidade dentro de um guarda-roupa antigo.[145]

Seja como for, a pouca aderência teórica não tira a importância desse modelo contratual para se pensar o Direito contratual da atualidade. Como bem lembra ÉRIK FREDERICO GRAMSTRUP, se uma categorização relacional autônoma talvez não seja possível dentro do atual estágio de desenvolvimento do direito contratual brasileiro, uma *doutrina relacional*, que pretenda problematizar aspectos desse novo modelo, é sempre bem-vinda.[146]

1.2 Estruturas contratuais e a ótica da Economia: os modelos de contratos completos, incompletos e relacionais

A discussão em torno de diferentes estruturas contratuais também tem abordagem na Economia. SCOTT MASTEN enumera três famílias de teorias que pretendem, cada uma delas, abordar o tema dos contratos sob premissas de racionalidade diferenciadas. São elas: *(i)* as teorias contratuais a respeito dos contratos completos, *(ii)* a visão dada pelos teóricos dos contratos incompletos e *(iii)* a teoria dos contratos relacionais. Em sua categorização, MASTEN também menciona a Análise Econômica do Direito, que estaria próxima à moldura dos contratos incompletos.[147]

---

[145] "Equally likely, the neoclassical system will continue to evolve in relational directions, while courts and scholars still strive to keep it within the overall classical structure. (This is especially likely in first- in first-year contracts courses in many American law schools and in the casebooks and texts aimed at first-year contracts students and their teachers.) The spin-offs will, however, render the system, as a total system, of less and less practical interest. At the same time, trying to squeeze increasing relational content into the neoclassical system will encounter the same kinds of strains some of my generation are finding in trying to put on the older parts of their wardrobes" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 886).

[146] "De uma parte, é preciso reconhecer que, se essas objeções põem em sério risco a instauração de uma categoria nova de contratos, elas não representam obstáculo para uma doutrina relacional dos contratos. É perfeitamente justificável o destaque de certas avenças acerca das quais se queira acentuar a flexibilidade do programa contratual e a imperiosidade da colaboração das partes. Seria preferível, então, falar de uma teoria relacional, mais do que de contratos relacionais. Ela certamente não deve ser rejeitada por um simples tradicionalismo" (GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 332).

[147] A divisão de Scott Masten foi escolhida em razão de sua facilidade didática e também por permitir comparações com a moldura de Macneil. Note-se que Éric Brousseau trabalha com chave de nomenclatura diferente, porém similar em seu conteúdo, empregado os conceitos de "incentive theory", "incomplete contract theory" e "transactional costs economics". Vide BROUSSEAU, Éric. Contracts: From Bilateral Sets of Incentives to the Multi-Level Governance of Structures. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord). *New Institutional Economics* – A guidebook, New York: Cambridge University Press, 2008,

Veja-se primeiro o caso dos *contratos completos*. O ponto de partida da teoria é o reconhecimento da racionalidade plena dos contratantes, somada à possibilidade de antecipação, no texto contratual, de todas as contingências futuras. Essa teoria se inspira, em grande medida, no modelo de microeconomia analítica neoclássica.

Dentro desse modelo, o equilíbrio encontrado entre curvas de oferta e de demanda pressupunha, antes de mais nada, super-agentes racionais, detentores de informações completas a respeito dos mercados, seus concorrentes e consumidores. Também o modelo atribuía habilidades extraordinárias a tais agentes, que se mostravam capazes de antecipar e prever quaisquer contingências.[148]

Além dessa premissa comportamental, segundo ponto de partida da teoria dos contratos completos está no modelo principal-agente. Esse modelo trabalha com diferentes formas de incentivos para fins de alinhamento de interesses entre o titular originário do interesse (principal) e aquele encarregado de sua execução (agente).

O modelo principal-agente admite a existência de informações assimétricas entre os atores envolvidos, o que avança em relação ao modelo neoclássico tradicional. Como notam OLIVER HART e BENG HOLMSTROM, referida assimetria informacional pode estar presente tanto na fase pré-contratual, revelando problemas de seleção adversa; ou estar endereçada no momento após a celebração do contrato, dando origem a questões de risco moral.[149]

---

p. 45 e 46. Vide também BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts* – theories and applications. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 6-16.

[148] "Incentive theory (IT) draws on several of the traditional hypotheses of Walrasian economic theory. Notably, it assumes that economic agents are endowed with substantial, or Savage, rationality (Savage, 1954) that they posses complete information concerning the structure of the issues they confront along with unlimited computational abilities, and that they have a complete and ordered preference set. The information available to these agents is 'complete' in the sense that, even though they cannot precisely anticipate a future that remains stochastic, they do know the structure of all the problems that may occur" (BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts* – theories and applications. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 8).

[149] "Thus, underlying each agency model is an incentive problem caused by some form of asymmetric information. It is common to distinguish models based on the particular information asymmetry involved. We will use the following taxonomy. All models in which the agent has precontractual information we place under the heading of adverse selection. Except for an occasional reference, we will not deal at all with this category. Our models will assume symmetric information before contracting. Within this category, which we will refer to as moral hazard models" (HART, Oliver; HOLMSTROM, Beng. The Theory of Contracts. Manuscrito original apresentado no Massachusetts Institute of Tecnology – MIT, working paper department, HB31.M415 n. 418, p. 9. Disponível em <http://www.archive.org/details/theoryofcontractOOhart >. Acesso em 20.01.2016). Para literatura a respeito de seleção adversa e risco moral vide SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a premier. 2. Ed. Cambridge: MIT Press, 2005, p. 11-97.

Na medida em todas as contingências já estariam pactuadas no contrato[150], a moldura teórica dos contratos completos atribui ao Poder Judiciário apenas a tarefa de aplicação automática de cláusulas já previstas no passado, não existindo qualquer necessidade de interpretação, revisão ou complementação posterior do contrato.

A crítica feita por MASTEN a essa teoria está justamente no caráter pouco realista de seus pressupostos, em particular no tocante à capacidade de detalhamento específico de todas as possíveis contingências contratuais. O autor também critica a ausência de outras possibilidades de organização, que não apenas a contratual, para lidar com as diferentes transações econômicas.[151]

Veja-se que a moldura de contratos completos – conforme visão econômica –, e a estrutura dos contratos clássicos – usada pelos juristas –, podem ser aproximadas a despeito das nomenclaturas distintas. De fato, tanto uma, quanto outra, partem da ideia de determinação absoluta das obrigações contratuais, não havendo qualquer espaço para renegociação ou inserção de novas prestações. Nos dois casos, o planejamento contratual atinge seu grau máximo desde o momento zero da contratação. Também nos dois casos é a mesma mentalidade de negociação em bases presentes e sem planejamento de longo prazo a influenciar a estrutura contratual adotada.

A teoria dos *contratos incompletos* flexibiliza a racionalidade esperada dos contratantes. Assim, considera ser impossível prever-se *ex ante* todos os futuros embates a surgirem dentro de uma dada estrutura contratual. Também reconhece a existência de lacunas contratuais intencionalmente deixadas pelos contratantes quando os custos de detalhamento forem significativos.

---

[150] "A contract is properly called complete if it takes into account all variable that are or may become relevant over the time period it is to be executed. A contract that can be renegotiated is not said to be complete. Only contracts that bind the parties until the end of their relationship qualify" (SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a premier. 2. Ed. Cambridge: MIT Press, 2005, p. 161).

[151] "Complete contract theory also fails to account for the observed simplicity of sharing rules in most real world contracts. Whereas the theory admits potentially detailed and complex payment rules specifying each party's performance obligations for every possible contingency (in the case of discrete contingencies) and elaborate nonlinear pricing rules (in the continuous case), actual contracts incorporate few if any explicit contingencies and generally use simple, typically linear, pricing schemes (Holmstrom and Hart, 1987; Bhattacharyya and Lafontaine, 1995). Complete contract theory has also been faulted for its inability to distinguish between, and therefore account for the choice between, contracting and other institutional and organizational forms such as property rights and the firm" (MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 29. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016).

Segundo OLIVER HART e JOHN MOORE, a impossibilidade de completude contratual pode ser interpretada em dois sentidos. Em primeiro lugar, é decorrente da própria deficiência cognitiva do ser humano, incapaz de prever todas as possíveis contingências. De outro lado, segunda impossibilidade mencionada por HART e MOORE é inerente não ao sujeito contratual, mas ao objeto das obrigações: a depender do tipo de prestação ajustada entre as partes, pode não ser possível antecipar seu "*estado natural*" até o momento do efetivo cumprimento do contrato.[152]

Nessa moldura teórica, a saída para garantir a realização de investimentos é através da alocação de direitos de propriedade entre as partes.[153] Segundo os autores, apenas a definição de direitos sobre valores residuais garantiria estrutura ótima de investimentos *ex ante*. Daí porque a aproximação feita em HART e HOLMSTROM e HART e MOORE entre contratos incompletos e a literatura de direitos de propriedade.[154]

Olhando especificamente sob a ótica dos custos contratuais, BENJAMIN KLEIN apresenta interessante tricotomia para justificar a existência de contratos incompletos. Segundo o autor, tanto os custos de elaboração de minutas contratuais, prevendo amplo leque de possíveis contingências ("*ink costs*"), quanto custos de identificação e descoberta de detalhes a respeito das obrigações atribuídas aos contratantes ("*search costs*") e custos para completa avaliação dos bens objeto de transação econômica ("*measurement costs*") somariam no sentido de serem adotadas estruturas contratuais

[152] Veja-se que "*estado natural*" foi adaptado a partir do original "*state of nature*", conforme Hart e Moore: "Some contracts are manifestly incomplete in the sense that they leave something out or are ambiguous. (…) It would seen necessary to assume that the parties are boundedly rational in the sense that they do not foresee even relatively obvious events. (…) However, there is another sense in which one can say that a contract is incomplete: it is incomplete if the parties would like to add contingent clauses, but are prevent from doing so by the fact that the state of nature cannot be verified (or because states are too expensive to describe ex ante)" (HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. NBER Working Paper Series, p. 36-37. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w6726>. Acesso em 20.01.2016).

[153] Veja-se que a expressão "direito de propriedade" é empregada aqui como sinônimo de *property rights*, vinculando-se não apenas a direitos reais *stricto senso*, mas a todas as hipóteses que impliquem a titularidade sobre bens e direitos.

[154] "The point is that under incompleteness the allocation of residual decision rights matters since the contract cannot specify precisely what each party's obligations are in every state of the world. To the extent that ownership of an asset guarantees residual rights of control over that asset, vertical and lateral integration can be seen as ways of ensuring particular — and presumably efficient — allocations of residual decision rights" (HART, Oliver; HOLMSTROM, Beng. The Theory of Contracts. Manuscrito original apresentado no Massachusetts Institute of Tecnology – MIT, working paper department, HB31.M415 n. 418, p. 100-101. Disponível em <http://www.archive.org/details/theoryofcontractOOhart >. Acesso em 20.01.2016). No mesmo sentido, vide HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. NBER Working Paper Series, p. 32. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w6726>. Acesso em 20.01.2016. Vide também: HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and ownership: some new thoughts. *The American Economic Review*, v. 97, n. 2, 2007, p. 182-186.

abertas.[155] Para ele, é justamente a economia desses custos a desencorajar a previsão meticulosa das obrigações assumidas.

O mesmo BENJAMIN KLEIN também chama a atenção a uma outra motivação em favor dos contratos incompletos. Na medida em que a falta de cognição plena dos agentes econômicos pode provocar imperfeições de linguagem, o excesso de detalhamento contratual se torna, por vezes, uma arma a ser usada para obter, em juízo, o cumprimento forçado de cláusulas contratuais, mesmo quando tais previsões *(i)* não mais representem a real intenção das partes, ou *(ii)* já perderam seu sentido com o transcurso do tempo.

Para ilustrar esse risco, o autor cita caso que se tornou paradigma de oportunismo contratual (ou "*hold-up*", conforme nomenclatura econômica) na literatura norte-americana. Trata-se do precedente envolvendo a General Motors e uma de suas parceiras na execução de carrocerias mecânicas, denominada Fisher Body.

Conforme relata KLEIN[156], em 1919 as partes celebraram contrato para organizar a forma de produção de carrocerias de automóveis. Como o ativo fabricado por Fisher Body era muito específico, exigindo grande investimento por parte desta, as partes assinaram um contrato de longa duração que buscava criar incentivos contratuais para garantir que tal investimento fosse feito por Fisher Body.

Além do incentivo ao investimento, o objetivo do contrato de longa duração era também proteger Fisher Body, evitando que General Motors, a contratante de maior poderio econômico, se aproveitasse da dependência criada e rompesse abruptamente o relacionamento. Uma conduta dessa natureza por parte de General Motors certamente

[155] "Transactors use incomplete contracts in these circumstances not only to avoid significant 'ink costs' of writing fully contingent contracts, but, more importantly, because incomplete contracts avoid the wasteful search and negotiation costs that otherwise would be borne by transactors. The attempt to specify desired performance completely for a very large number of unlikely possibilities primarily involves the costly search by transactors for an informational and negotiating advantage over their transacting partner. (…) In addition to avoiding the rent dissipating search and negotiation costs involved in complete contractual specification, contracts are often incomplete because of measurement costs" (KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 69). Esse artigo de Klein está também publicado em coletânea organizada por BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord). *The economics of contracts* – Theories and applications. United Kingdon: Cambridge University Press, 2002, p. 59-71.

[156] O precedente está detalhado em KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, 2000, p. 105-142.

colocaria a perder todo o investimento feito por Fisher Body, sem lhe garantir o retorno esperado.

Eis que passados seis anos desde a celebração do contrato, o cenário macroeconômico tinha se tornado mais favorável à indústria automobilística, o que provocou aumento vertiginoso na demanda de carrocerias produzidas por Fisher Body. O reflexo disso foi a majoração na remuneração contratual prevista em favor de Fisher Body, já que os valores pagos se calculavam com base em percentual sobre a produção. Assim, de maneira não prevista pelo contrato, Fisher Body passou a acumular uma margem de lucro muito superior àquela que havia sido prevista no momento da contratação.[157] Esse novo cenário contratual inverteu a relação de dependência contratual entre as partes: General Motors passou de contratante que poderia exercer sua posição de dominância, a parte que estava, ela própria, sujeita ao oportunismo de sua contratada.

A questão que se quer destacar é justamente que Fisher Body tinha em seu favor cláusula contratual escrita, que lhe garantia remuneração em percentual que se tornou irreal, mas que seria executada em juízo se necessário. Isso aumentou seu poder de barganha em face de General Motors, a ponto de o relacionamento ter sido extinto pela decisão da diretoria da General Motors de adquirir o capital da Fisher Body. A integração vertical foi considerada a solução mais barata do que a manutenção da forma original de governança.

Como relatado por KLEIN, nesse caso concreto a previsão contratual acabou por ser usada em reforço ao comportamento oportunista de Fisher Body, gerando custos de cumprimento contratual que uma moldura incompleta teria evitado.[158] Aliás, também em

[157] Conforme relato de testemunha [Alfred Sloan] que participou da transação: "First of all, Sloan suggests that the rapid unexpected increase in demand for Fisher bodies ('increased turnover') led to greater than competitive costs and prices because this permitted Fisher to earn a greater than competitive return on capital. The demand increase appears to have led to an increase in the ratio of Fisher Body's sales (and, hence, non- capital costs) to its required capital investment. Therefore, according to Sloan, the contractually fixed percentage upcharge on noncapital costs (17.6 percent) resulted in prices that were too high because it implied a margin that was more than sufficient to provide a normal rate of return on capital" (KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, 2000, p. 1115).

[158] "As the Fisher-GM case illustrates, the court can be used to enforce imperfect contract terms in a way that may be contrary to the contractual understanding of the parties and may result in a holdup" (KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, 2000, p. 1115).

JEAN TIROLE[159] e BERNARD SALINIÉ[160], os custos de execução contratual são incluídos como um dos motivos a se evitarem molduras completas.

Mesmo tendo a moldura dos contratos incompletos representado grande avanço em relação ao modelo anterior, ao pressupor um agente consciente de suas limitações, fato é que o tema da racionalidade dentro da moldura de contratos incompletos é ainda tomado como uma das principais fraquezas enfrentadas por essa teoria. Conforme aponta ÉRIC BROUSSEAU, tanto autores da linha dos contratos completos, quanto autores da ECT apresentam suas críticas ao modelo de racionalidade proposto pelos contratos incompletos, que continuaria a supor um agente econômico de amplas capacidades preditivas.[161]

Tal como feito em relação ao modelo de contratos completos, também aqui cabe uma correlação entre as nomenclaturas econômicas e jurídicas. Vê-se que tanto os contratos incompletos, quanto os contratos neoclássicos pressupõem estruturas que se caracterizam pelo lapso temporal entre o ato de nascimento e o ato de adimplemento. Ambas se preocupam em fixar termos gerais da contratação, reconhecendo que os agentes econômicos não detêm capacidade cognitiva para previsão de todas as contingências

[159] "Costs of enforcing contracts. Courts must understand the terms of the contract and verify the contracted upon contingencies and actions in order to enforce the contract" (TIROLE Jean. Incomplete contracts: where do we stand? *Econometrica*, v. 67, n. 4, 1999, p. 744). Veja-se que Tirole também considera como justificativas aos contratos incompletos tanto *(i)* a impossibilidade de antecipação, pelas partes, de todas as contigências contratuais ("*unforeseen contingencies*"), bem como *(ii)* os custos de redação de contratos ("*cost of writing*").

[160] "In the real world, negotiating a contract is costly business that mobilizes managers and lawyers. It must therefore be that at some point the cost of writing a specific clause to cover an unlikely contingency outweighs the benefit. The inability, or unwillingness, of courts and third parties to verify ex post the value of certain variables observed by contractants is another reason why contracts are often incomplete" (SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a premier. 2. Ed. Cambridge: MIT Press, 2005, p. 193).

[161] "Tirole (1999) points out a logical inconsistency between the assumption of agents' perfect rationality and their inability to implement a revelation mechanism, *ex ante*, that will force them to reveal to the judge the true level of their investment, *ex post*, (thus *de facto* eliminating non-verificability). Hart, and other advocates of ICT [Incomplete Contract Theory], reject this criticism. For such a revelation mechanism to work, it should not be renegotiable *ex post*. They maintain further that if it were, this would be tantamount to imputing verification abilities to the judge that he generally lacks. As to transactions-costs economists, they acknowledge the usefulness of the analytical framework suggested by IT [Incentive Theory], but emphasize that it does not draw all the conclusions implied by the rationality constraints imputed to the judge. If the judge's rationality is irremediable bounded, as ICT *de facto* assumes in postulating that he is unable to verify certain variables, why assume that the contracting parties' rationality escapes similar limitations? It would be more consistent to resort to a hypothesis of bounded rationality for all the actors – the parties and the judge – as is the case in the TCE [Transaction Cost Economics] (Brousseau and Fares 2000)" (BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts* – theories and applications. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 12). Para maior detalhamento vide TIROLE, Jean. Cognition and incomplete contracts. *The American Review*, v. 99, n. 1, 2009, p. 265-294.

contratuais. Também incorporam o futuro como parte integrante da equação contratual, deixando aos contratantes margem de manobra para eventuais renegociações.

Analisados os contratos completos e também as molduras incompletas, vale, por fim, endereçar a teoria dos *contratos relacionais*. Entendem os adeptos dessa teoria que o contrato funcionaria como uma estrutura dinâmica, a ser preenchida e adaptada pelas partes ao longo de sua execução.[162]

Conforme VICTOR GOLDBERG, à medida que a dependência contratual em relação ao futuro aumenta, os contratos passam a cada vez menos trazer o detalhamento contratual e a cada vez mais se parecerem com verdadeiros atos de "*constituição*", a traçarem apenas a forma de governança e as premissas gerais a regerem o relacionamento entre as partes.[163]

Note-se que o conceito de contratos relacionais na ótica econômica se identifica com a descrição dada pela literatura jurídica. A ênfase da vertente econômica, porém, recai sobre *(i)* a informalidade dos acordos relacionais, *(ii)* a aptidão de suas previsões serem executáveis sem necessidade de reforço externo e *(iii)* o emprego de cláusulas não-escritas para lidar com os riscos e dificuldades que acompanham o detalhamento contratual excessivo.[164]

Segundo modelo desenvolvido por GEORGE BAKER, ROBERT GIBBONS e KEVIN J. MURPHY, a despeito da informalidade contratual, os contratos relacionais podem

---

[162] "Another possibility is relational contracting, which does not attempt the impossible task of complete contracting but instead settles for an agreement that frames the relationship. The parties do not agree on detailed plans of action but on goals and objectives, on general provisions that are broadly applicable, on the criteria to be used in deciding what to do when unforeseen contingencies arise, on who has what power to act and the bounds limiting the range of actions that can be taken, and on dispute resolution mechanisms to be used if disagreements do occur" (MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 131).

[163] "As the relational aspects of the contract become more significant, emphasis will shift from a detailed specification of the terms of the agreement to a more general statement of the process of adjusting the terms of the agreement overtime – the establishment, in effect, of a 'constitution' governing the ongoing relationship" (GOLDBERG, Victor P. Regulation and Administered Contracts. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n. 2, 1976, p. 428). Veja-se que Goldberg não está tratando diretamente do direito contratual. Ele apenas usa a moldura relacional para defender uma nova abordagem ao problema da regulação econômica. A ideia de cláusulas contratuais como constituição é retomada por Benjamin Klein, em sua concepção de *self-enforcing range,* conforme se verá no próximo capítulo, vide KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 454.

[164] "Within the literature, self-enforcing contracts are often known as relational contracts" (HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W; CRASWELL, Richard. The Contract Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steve (Coord.) *The handbook of Law & Economics. v. 1*, The Netherlands: Elsevier, 2007, p. 123).

garantir margem de cumprimento espontâneo sempre que os ganhos futuros decorrentes da manutenção do vínculo relacional sejam capazes de superar os ganhos de curto prazo advindos de seu descumprimento.[165]

É bem verdade que a estrutura dos contratos relacionais compartilha elementos comuns à teorização dos contratos incompletos. Segundo apontado pela literatura econômica, também os contratos relacionais pressupõem *(i)* a incapacidade cognitiva dos agentes econômicos para prever todas as potencias contingências, além também *(ii)* da impossibilidade de verificação do "estado natural" das obrigações no momento de celebração dos contratos.[166] Entretanto, é de se reconhecer a existência de diferença conceitual entre essas duas molduras contratuais no que se refere notadamente à importância dos elementos de cooperação e de redução do oportunismo contratual das partes.

De fato, dentro da moldura dos contratos relacionais, a reciprocidade e a solidariedade entre os agentes econômicos envolvidos na transação detêm centralidade a garantir a própria estabilidade da transação. Relembre-se que MACNEIL tomava o binômio reciprocidade-solidariedade como presente em todas as transações econômicas. A diferença seria apenas de grau: presença mais intensa de tais elementos conforme o grau de especialização da troca aumentasse.[167]

---

[165] "Firms are riddled with relational contracts: informal agreements and unwritten codes of conduct that powerfully affect the behaviors of individuals within firms. (…) A relational contract thus allows the parties to utilize their detailed knowledge of their specific situation and to adapt to new information as it becomes available. For the same reasons, however, relational contracts cannot be enforced by a third party and so must be self-enforcing: the value of the future relationship must be sufficiently large that neither party wishes to renege" (BAKER, George; GIBBONS, Robert; MURPHY, Kevin J. Relational contracts and the theory of the firm. *Quarterly Journal of Economics*, v. 117, issue 1, 2002, p. 39-40).

[166] Para referência, veja-se entendimento de Goetz e Scott: "A contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of the inability to identify uncertain future conditions or because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance" (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, 1981, p. 1091).

[167] A importância da solidariedade e cooperação em Macneil aparecem em muitas obras do autor. Chama-se a atenção em especial para duas referências que sumarizam a opinião do autor: "Trading partnerships are, of course, but one of myriads of possibilities for creating conditions of individualized rather than generic interdependence outside of kinship structures. In modern societies virtually every contract -from the smallest short term deal to the largest contractual relation of indefinite length (such as General Motors) - is an effort to accomplish this result. But in all of them, primitive or modern, a spectrum of social solidarity may be seen in specialized reciprocity ranging from a low level in barter between strangers through a medium level in an arrangement such as a trading partnership on to a high level in husband-wife relations within the household. Within that spectrum various patterns of exchange and processes of solidarity are at work, all aimed at least in part to establish and maintain trust. Interdependence always tends toward solidarity" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p.

Para a literatura dos contratos incompletos, pouca importância é dada a esses dois elementos de relacionamento social. Em realidade, o racional dos contratos incompletos resume-se na premissa de incapacidade do agente em apreender a si próprio e a seu próprio objeto contratual em "estado natural".

Essa inovação foi devidamente notada pela literatura econômica dos contratos relacionais.[168] É justamente esse elemento a representar o diferencial das molduras relacionais em escapar do oportunismo e do comportamento anti-cooperativo típicos do homem contratual "meio-hobbesiano". É especialmente em torno desse elemento de cooperação e confiança que as linhas jurídica e econômica dos contratos relacionais voltam a se encontrar.

Tal como observado na teorização jurídica, também se nota na Economia a tendência de os contratos relacionais serem tratados conjuntamente – e de alguma forma até absorvidos – pela rubrica dos contratos incompletos. Mas essa sobreposição de conteúdos não chega a ser endereçada ou mesmo problematizada na literatura específica. No caso da Economia, entretanto, a ausência de categorização autônoma dos contratos relacionais parece antes decorrer de uma desnecessidade de taxonomia própria, dado o reconhecimento bastante amplo dos efeitos relacionais dos contratos, do que uma questão de pouca aderência teórica como parece acontecer entre os teóricos do Direito.

1.3 O diálogo entre os contratos relacionais e a ECT

O que visto até agora são as diferentes categorias contratuais que tanto o Direito, quanto a Economia procuraram desenvolver na tentativa de acompanhar a

588). "Of equal universality and importance as reciprocity is solidarity – the willingness to trust others to whatever extent is necessary for the relation to continue. It too is always present, else the relation fails. Solidarity, however may be, and often is, less obvious to the observer, or indeed to the participants, than reciprocity. (…) Solidarity and reciprocity are not by no means the only universal elements in material relations, but they are key ones – first among equals – and their mention will suffice for my purposes this morning" (MACNEIL, Ian. Barriers to the idea of relational contracts. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 299).

[168] "Whereas the literature on long-term contracts focuses on the problems which arise because of incompleteness and the potential for renegotiation, the theory of relational contracts focuses on the relationship between the contracting parties which ensures that opportunistic behaviour does not arise" (HVIID, Morten. Long-term contracts and relational contracts. *The Encyclopaedia of Law and Economics*, v. III. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Coord.). Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 54). Disponível em <http://www.encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

evolução dos padrões industriais e sociais. Nas duas vertentes examinadas, o transcurso do tempo e o tratamento da incerteza própria ao ambiente contratual passaram de fatores exógenos, nas formatações mais clássicas, a elementos *internalizados* e *aceitos* dentro das molduras contratuais contemporâneas.

Com isso, a novidade que acompanha as molduras relacionais é capacidade de alinhamento inicial de interesses das partes, que vem somada à uma aptidão diferenciada dessas estruturas contratuais para também assegurar, através da reciprocidade, solidariedade e cooperação entre os contratantes, o cumprimento das obrigações durante todo o período de relacionamento das partes.

É na caracterização do contrato relacional como um tipo de moldura capaz desse duplo efeito – tanto alinhamento *ex ante* de interesses, quanto incentivo *ex post* ao cumprimento contratual –, que se identifica ponto de aproximação entre os contratos relacionais, tanto em sua concepção jurídica, quanto econômica, e a lógica da ECT.

Isso se dá na medida em que a ECT tem como principal preocupação analisar diferentes formas e arranjos de governança que sejam capazes de, aos menores custos de transação, reduzir o *oportunismo* contratual e, com isso, garantir o *cumprimento* de relações econômicas assumidas.[169] Tanto no aspecto da cooperação gerada, quanto no objetivo de cumprimento contratual, há simetria em relação aos argumentos desenvolvimentos pela plataforma dos contratos relacionais.

Lembre-se, também, que para a ECT, os contratos representam *uma* entre as muitas formas de organização empresarial que podem ser adotadas pelos agentes econômicos e cuja escolha depende justamente dos custos envolvidos em sua celebração.[170] Nesse sentido, uma moldura contratual que pressuponha, de partida,

---

[169] "Taken together, the lessons of bounded rationality and opportunism lead to the following combined result: organize transactions so as to economize on bounded rationality while simultaneously safeguarding them against the hazards of opportunism" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 254). No mesmo sentido: "TCE examines a wide range of ex post devices for infusing credible commitments into contracts and applies this reasoning to a wide set of transactions" (WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 606), Relembre-se também a frase de Williamson mencionada nos primeiros parágrafos da introdução desta tese: *"*Governance structures that attenuate opportunism and otherwise infuse confidence are evidently needed*"* (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 63).

[170] "The study of contract is thus appropriately extended beyond legal rules to include a comparative assessment of transactions in relation to alternative governance structures" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 204).

mecanismos internos de cooperação, confiança e solidariedade, a auxiliar no cumprimento contratual de longo prazo, é certamente uma forma de governança que, em termos de custos envolvidos, interessa à ECT.

Essa vinculação entre contratos relacionais e a ECT é feita de forma direta em MASTEN.[171] Em WILLIAMSON, a lição de MACNEIL é ponto de partida para a teorização subsequente a respeito dos custos de transação. Entretanto, RONALDO PORTO MACEDO entende não existir qualquer aproximação teórica entre contratos relacionais e a ECT. Para ele, a interpretação distinta a respeito do elemento de confiança e o apego da ECT a premissas econômicas neoclássicas impediriam um alinhamento entre essas duas vertentes. Segundo defendido pelo autor, a questão não seria apenas de grau; haveria efetivamente uma fissura qualitativa a separar as duas abordagens.[172]

Há razões para se discordar do autor, identificando-se efetivamente aproximação teórica entre a moldura dos contratos relacionais e a ECT. Isso porque ambas veem os contratos como estruturas capazes de infundir confiança e cooperação nos agentes econômicos envolvidos. E isso não apenas no momento zero de contratação, mas ao longo de todo o período de execução contratual. Também nos dois casos, são as expectativas de ganhos dentro de um relacionamento de longo prazo a assegurar o comportamento cooperativo e solidário no curto prazo.

É claro que há particularidades entre as duas vertentes. MACNEIL apresenta uma visão mais sociológica. Parte do homem "*meio-hobbesiano*", para concluir que o formato relacional, ao incentivar a solidariedade e a reciprocidade, se apresenta como a estrutura contratual mais apropriada a lidar com essa característica humana e também com

[171] "(…) the third consists of what has come to be known as relational contracting theory, an approach often associated with transaction cost economics" (MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 26. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016).

[172] "Há basicamente duas abordagens da 'teoria relacional'. Ambas trazem em comum a preocupação em apresentar uma resposta à doutrina neoclássica. Uma delas é caracterizada pela análise dos custos da transação ou 'transaction cost analysis'. A outra é representada por Macaulay, Campbell e Macneil, que apesar de terem escrito sobre o assunto, jamais exploraram totalmente as diferenças entre suas abordagens e a da 'transaction cost'. Conforme aponta Campbell, Macneil em muitas oportunidades enfatiza as diferenças de sua teoria em relação à 'transaction cost analysis', mais como questão de grau, salientando que sua abordagem está mais claramente se posicionando de maneira crítica frente à teoria neoclássica. A distinção, contudo, é importante e não se refere a grau, mas sim a uma diferença qualitativa. Isto porque a 'transaction costs' procura basicamente desvelar e aliviar os custos da transação descontínua, visto ser este o seu modelo paradigmático de análise das relações de troca. Neste sentido, tal análise continua essencialmente enraizada em uma das premissas básicas do pensamento jurídico e microeconômico neoclássico de matriz liberal" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 188-189).

o transcurso do tempo. A ECT, por sua vez, adota uma visão de racionalidade mais forjada e econômica. Parte do "*homem contratual*", que, mesmo sujeito a falhas de cognição e tentado ao oportunismo, orienta-se em identificar estruturas mais apropriadas de governança segundo a ótica dos custos de transação envolvidos.

Também não se nega uma diferença no tratamento da confiança e da cooperação entre as duas vertentes. A confiança em MACNEIL é vista segundo uma visão de solidariedade orgânica inspirada em DURKHEIM; enquanto para a ECT, a confiança é "calculada" e direcionada exclusivamente para fins de viabilizar a estrutura de governança que represente menores custos, sem grandes preocupações com valores sociais e humanos de solidariedade.

Essa segunda noção de confiança trabalhada pela ECT é desenvolvida em especial por WILLIAMSON, para quem uma coisa é a "*confiança pessoal*", enquanto sentimento humano vinculado a laços de amor, família e amizade, e cujo correspondente lógico de oposição é a traição. Muito diferente disso é a "*confiança estratégica*", encontrada nas transações econômicas e que o próprio WILLIAMSON prefere denominar com o conceito de "*cálculo*".[173]

Mesmo com chaves conceituais próprias, os dois caminhos teóricos se cruzam no propósito comum de usar estruturas contratuais como mecanismos de alinhamento de interesses, capazes de, a um só tempo, *(i)* infundir confiança nos contratantes – seja ela de inspiração solidária ou estratégica –, *(ii)* reduzir o risco de oportunismo nas relações de longo prazo e, assim, *(iii)* garantir o cumprimento contratual voluntário.

Uma segunda aproximação capaz de identificar os contratos relacionais com a ECT está no elemento de inserção social e institucional. É reconhecido pela literatura da ECT que a definição de uma dada estrutura de governança contratual leva em conta também a moldura institucional em que inserida a transação econômica. Isso acontece na

[173] "Trust as a passion versus trust as a modality corresponds in my treatment to personal trust and calculative trust, respectfully. Moreover, Dunn's characterization of calculative trust as strategic, whereas personal trust is not, is exactly right. But whereas Dunn contends that the twin of trust is betrayal, I would reserve betrayal for personal trust and would use breach of contract to describe calculative relations. (…) Also, although I subscribe to the notion of economizing on trust, I would put the issue somewhat differently. Trust, I submit, should be concentrated on those personal relations in which it really matters, which will be facilitated by the use of 'political, social and economic institutions' to govern calculative relations" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 272).

medida em que o cálculo dos custos envolvidos em uma determinada estrutura de governança inclui também os custos institucionais de seu cumprimento.

É nesse sentido que se diz, dentro da ECT, que os contratos estão imersos – ou "*embedded*", conforme nomenclatura original – na moldura institucional que integra o seu entorno.[174] Aliás, o próprio WILLIAMSON considera que o nível de confiança institucional compõe o entorno social em que mergulhados os contratos.[175]

Os contratos relacionais também são vistos como parte integrante das relações sociais que compõem o seu entorno. Essa afirmação chega a ser até intuitiva em se tratando de moldura teórica que vê o homem e seu ambiente segundo uma lente eminentemente sociológica. Interessante que a mesma expressão – "*embedded*" – é empregada por MACNEIL para refletir a imersão das transações econômicas dentro do ambiente social.[176]

Última característica comum aos contratos relacionais e à ECT, e que detém importância especial a este trabalho, é representada pela ênfase dedicada aos *ajustes privados* ("*private ordering*") nas duas teorias. Perceber essa ótica de ajustes privados dentro da ECT não é difícil. Mesmo porque, a lente fundamental de análise adotada por essa teoria é justamente a identificação de *mecanismos privados* que sejam empregados pelas partes no intuito de redução dos custos de transação.

---

[174] "In addition, contracts are never perfectly enforced, both because they are imperfect and because enforcement is costly. This has two consequences. First, enforcement constraints affect the design of contracts. Second, a way to influence contractual performances is to modify the institutions framing enforcement. Contracts are therefore embedded in institutional framework" (BROUSSEAU, Éric. Contracts: From Bilateral Sets of Incentives to the Multi-Level Governance of Structures. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 38).

[175] "Institutional trust refers to the social and organizational context within which contracts are embedded" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 275).

[176] "Not only has market exchange always been heavily embedded in social relations, but discrete (relatively) exchange patterns have always occupied only limited sectors of market economy as well" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 591). Note-se que a inserção de estruturas contratuais nas relações sociais é tomada por Macneil a fim de diferenciar a teoria dos contratos relacionais da análise polaniana a respeito das instituições capitalistas, visto que a tese central de Polanyi é justamente o esgarçamento das relações sociais causadas pelo capitalismo: "How the present theory departs from formal economic models of utilitarianism is already apparent. Its departure from the Polanyian school is also apparent in that it rejects the sharp distinction between reciprocity and market exchange to be found in Polanyi and Sahlins. Both are fundamental departures, the latter not only for reasons already addressed, but also because it ends up at odds with the Polanyian thesis that nineteenth- century market economies became disembedded from social relations. They simply became embedded in different ways" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 591).

A premissa para esse raciocínio está, em primeiro lugar, no reconhecimento de que a intervenção do Poder Judiciário para posteriores ajustes nas contratações nunca se realiza a custo zero.[177] Também a ECT pressupõe que o Poder Judiciário pode não ter a compreensão correta dos direitos negociados, terminando por vezes por apoiar o contratante oportunista.[178]

A principal influência da ECT na adoção de lente de ajustes privados está em autores do realismo norte-americano. LLEWELLYN, GALANTER e MACAULAY, além do próprio MACNEIL, são referências expressas no trabalho de WILLIAMSON. O que esses autores têm em comum é o estudo de formas autônomas (*autos+nomos*) que melhor se ajustem à realidade e às intenções das partes privadas.[179] Também esses autores têm percepções críticas a respeito da estrutura judiciária, que muitas vezes termina por favorecer não o contratante que tem direito a determinada pretensão, mas aquele com maior poder de barganha, maiores capacidades técnicas ou simplesmente que está mais acostumado ao jogo judiciário (os chamados "*repeat players*" mencionados na Introdução desta tese).[180]

A importância de ajustes privados também é compartilhada pela teoria dos contratos relacionais, que coloca a ênfase nas próprias partes – e não no Poder Judiciário

[177] Veja-se o entendimento de Willimson a esse respeito: "Compared with neoclassical economics, in which court ordering is presumed to be efficacious, transaction cost economics places much greater weight on private ordering" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 333).

[178] "Both hold-ups are caused by a transactor using the court to take advantage of an imperfection in the contract that governs an economic relationship. In the Fisher Body-General Motors case, court enforcement of the imperfect cost-plus contract sanctions Fisher's attempt to charge General Motors arbitrarily high prices" (KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 448-449).

[179] Veja-se, por exemplo, Galanter: "We have shifted from the centripetal image (implicit in the idea of 'acess to justice') of courts as resolvers of those disputes which come before them, to a centrifugal image of courts as one component of a complex system of disputing and regulation. In that system, courts (and other official institutions) are not the only sources of normative messages, just as they are not the only arenas in which controls are directly applied. We must examine the courts in the context of their rivals and companions. To do so we must put aside our habitual perspective of 'legal centralism', as a picture in which state agencies (and their learning) occupy the center of legal file and stand in relation of hierarchich control (cf. Mayhew 1971:208) to there, lesser normative ordering, such as the family, the corporation, the business network" (GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 17).

[180] Essa crítica ao Poder Judiciário é frequente em Macaulay e Galanter: MACAULAY, Stewart. An empirical view of contract. *Wisconsin Law Review*, v. 5, 1985, p. 465-482. GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review,* v. 9, n. 1, 1974. p. 95-160.

ou outro terceiro – para encontrar o arranjo mais adequado às necessidades concretas das partes.[181]

A ênfase que os contratos relacionais e a ECT atribuem aos ajustes privados compõe premissa-chave a esta tese. Ao se deslocar o eixo de análise para além do *centralismo judicial*, permitindo visões *centrífugas* ao Direito estatal, para empregar expressões de GALANTER[182], o foco de análise passa a ser sobre *arranjos privados*, imersos na realidade das partes e que consigam, a menores custos, preservar o relacionamento contratual. Essa nova abordagem contratual comum à ECT e aos contratos relacionais traz como grande contribuição a abertura para *leituras alternativas* em busca de maior eficiência contratual, que levem em conta tanto o ambiente social e institucional, quanto a importância dos *arranjos privados* para permanência do vínculo contratual. Dentro dessa perspectiva, o campo de potencialidades que se abre à arbitragem é evidente.

Com esse pano de fundo dos contratos relacionais combinado com a ECT e uma lógica de ajustes privados, o tema do cumprimento contratual ganha nova perspectiva de análise. É o que se passa a examinar.

1.4 Contratos relacionais e o cumprimento das obrigações: preocupação comum ao Direito e à Economia

Independentemente do alinhamento mais ao Direito ou mais à Economia, fato é que, na realidade de hoje, grande parte das contratações obedecem a uma lógica relacional.[183]

---

[181] Veja-se a esse respeito a referência à eficiência dos ajustes privados em Baker, Gibbons e Murphy: "For example, a formal contract must be specified ex ante in terms that can be verified ex post by the third party, whereas a relational contract can be based on outcomes that are observed by only the contracting parties ex post, and also on outcomes that are prohibitively costly to specify ex ante" (BAKER, George; GIBBONS, Robert; MURPHY, Kevin J. Relational contracts and the theory of the firm. *Quarterly Journal of Economics*, v. 117, issue 1, 2002, p. 40).

[182] As expressões foram adaptadas, respectivamente, de "*legal centralism*" e "*centrifugal image of courts*" empregadas por Galanter, vide GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 1 e 17.

[183] Como lembra Macneil, grande parte das formas atuais de organização capitalista encerram sempre algum elemento relacional: "In circumstances such as the foregoing each exchange no longer stands alone as in the discrete transaction, but is part of a relational web. Since most actual exchange are at least partially relational, most contracts could be called relational" (MACNEIL, Ian. Restatement (Second) of Contracts

Não que formatos clássicos ou neoclássicos simplesmente deixaram de existir. No entanto, tornam-se cada vez mais raros e mais específicos os casos em que a imediatidade e instantaneidade sejam os únicos pressupostos para a contratação. Na grande maioria das vezes haverá algum elemento relacional nos contratos, além de inevitável transcurso de tempo entre o momento zero de contratação e o término de sua execução.[184]

Com isso em mente, o cumprimento das obrigações assumidas torna-se preocupação constante das partes após a celebração dos contratos. Isso acontece porque, como pontuado por PAULO FURQUIM AZEVEDO, se uma coisa é a mera assinatura de contratos, história diferente é fazer com que os contratantes, após firmado o negócio e mesmo cientes dos benefícios econômicos que ele representa, efetivamente cumpram aquilo que foi acordado.[185]

O problema do cumprimento dos contratos é, portanto, assunto dos mais intrigantes. E, diferentemente do que se possa pensar à primeira vista, não é tema que interessa apenas ao Direito. É bem verdade que há economistas que veem no inadimplemento contratual o limite a separar os campos do Direito e da Economia.[186] Entretanto, se o inadimplemento contratual dispara uma série de consequências jurídicas

---

and Presentiation. In: CAMPBELL, David (Coord). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 186).

[184] Também o mesmo Macneil, acrescenta que todas as organizações capitalistas modernas são permeadas por elementos relacionais: "In addition, countless kinds of relations patterns permeate virtually all levels of capitalist organization" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 593). Veja-se também Peter Vincent-Jones, para quem a questão não é de contraposição entre os elementos de presentificação e elementos relacionais dos contratos, mas o reconhecimento de que há uma dosimetria e combinação variadas desses elementos na multiplicidade de transações existentes no mundo atual: "Rather than counterposing 'discrete' and 'relational' contracts, each with its own distinctive mode of legal reasoning, the better view is that discreteness and relationality are products of the interplay of norms in the contractual environment of all exchanges. It is not that some contracts are discrete and some relational, but rather that discrete and relational norms are involved to a greater or lesser degree, and in a variety of combinations, in all human interactions" (VINCENT-JONES, Peter. The reception of Ian Macneil's work on contract in the U.K. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 84).

[185] "Em que pese haver motivos de sobra para que as pessoas realizem contratos e possam dividir os ganhos resultantes da coordenação de suas ações, não é fácil transformar esse acordo em uma ação comum. Em outras palavras, mesmo estando cientes dos ganhos coletivos e desejosas ao submeter-se a uma restrição de comportamento, as partes podem não conseguir, de fato, impor para si os termos contratuais. O problema de fazer cumprir os contratos – o que a literatura econômica denomina enforcement – é um dos principais elementos que define o desenho dos contratos" (FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). *Direito & Economia* – Análise econômica do direito e das organizações. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120).

[186] Veja-se o caso de Bentley MacLeod: "The economic and legal notion of contract are quite distinct. The former is concerned with explaining the structure of the characteristics of the environment, while the later is concerned with enforcement. (…) Contract law begins at the point at which other party breaches the contract and then asks what remedy (or penalty) should the breaching party pay to the harmed party" (MACLEOD, Bentley. Reputations, relationships and contract enforcement. *Journal of Economic Literature*, v. 45, n. 3, 2007, p. 599-600).

relevantes[187], trata-se de questão que também tem muitos reflexos sobre as relações econômicas.

Basta lembrar alguns trechos do *Mercador de Veneza*. Shylock empresta sua voz ao argumento de segurança e previsibilidade trazidas pelo devido cumprimento das regras contratuais. O velho judeu também usa os impactos negativos sobre *as leis e as liberdades* de Veneza para exigir o cumprimento do contrato firmado com Antônio, mesmo quando a previsão de pagamento em carne havia sido celebrada sem a real intenção de seu cumprimento *in natura*. Em trecho interessante, é o próprio Antônio quem defende o cumprimento do contrato que é lesivo a ele mesmo, na medida em que o inadimplemento de sua obrigação teria impacto negativo sobre a rica economia e o comércio venezianos.[188]

Saindo do campo literário, vê-se que a preocupação com a garantia do adimplemento contratual aparece na literatura econômica específica. Para COOTER e ULEN, o transcurso do tempo até o efetivo cumprimento contratual é tomado como fonte adicional de incertezas e de riscos contratuais.[189] Da mesma forma, ÉRIC BROUSSEAU também entende haver risco em razão do transcurso de tempo até o momento final de execução contratual. Segundo o autor, esse período pode terminar por modificar as condições originais sobre as quais as partes se basearam para contratar.[190]

Se retomado o precedente General Motors–Fisher Body foi justamente isso que ocorreu. Em seis anos após celebrado o contrato, as estimativas de demanda em relação ao ativo produzido pela Fisher Body cresceram de maneira não prevista pelas partes. Esse fator superveniente modificou o alinhamento de interesses das partes e induziu o comportamento oportunista de Fisher Body. Tanto quanto Shylock, Fisher Body se aproveitou da existência de cláusula contratual escrita para conseguir vantagem estratégica

---

[187] A título exemplificativo: cobrança de juros, perdas e danos decorrentes do inadimplemento (arts. 389 e 475, Código Civil), aplicação dos efeitos da mora (arts. 394 a 400, Código Civil), majoração de critérios de responsabilidade do devedor (art. 392 e 393, Código Civil).

[188] "Poder não tem o doge para o curso da lei deter. Se fossem denegados aos estrangeiros todos os direitos que em Veneza desfrutam, abalada ficaria a justiça da república, pois o lucro e o comércio da cidade se baseiam só neles. Pois que seja!". (Mercador de Veneza, cena III). Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mercador.pdf>. Acesso em 20.01.2016, p. 92.

[189] "The passage of time between the exchange of promises and their performance creates uncertainties and risks" (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. Ed. Pearson: Boston, 2012, p. 283).

[190] "The gap between the moment at which a promise is made and the time it has to be honored generates risks because the reason that made the parties likely to give what they promised may have changed" (BROUSSEAU, Éric. Contracts: From Bilateral Sets of Incentives to the Multi-Level Governance of Structures. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 38).

e maior poder de barganha sobre sua contraparte negocial. A diferença é que General Motors não deve Pórcia em seu socorro.

Por serem muitas as variáveis envolvidas, a mera formalização de obrigações não é garantia certa de cumprimento pelos contratantes. Aliás, longe disso. Como bem lembra LLEWELLYN, ainda que a formalização contratual efetivamente reflita o entendimento comercial dos contratantes, ainda assim o contrato não é sinônimo de cumprimento automático.[191] O homem contratual meio-hobbesiano, a quem incumbe a decisão de cumprimento, vive em constante tensão entre auto-interesse e cooperação, a gerar ainda mais ruído quando o assunto é a garantia de cumprimento voluntário das obrigações.

Para piorar, dentro de uma sociedade complexa, marcada pela auto-instabilização em relação ao futuro, pela contingência em seu padrão de reprodução para o futuro e pela constante substituibilidade daquilo que *"pode ser outro, que poderia ser outro e daquilo que poderia ter sido diferente de como é ou foi"*[192], fica ainda mais difícil pensar-se na antecipação de todos os potenciais riscos contratuais a que estão sujeitos os contratantes. No melhor cenário, após a celebração do contrato têm as partes, nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA, uma "*expectativa de confiança"*[193] quanto ao cumprimento das obrigações assumidas.

Se é assim, conseguir identificar mecanismos contratuais que tenham o condão de incentivar o cumprimento espontâneo dos contratos e reduzir o oportunismo contratual, sem que para isso seja preciso desperdiçar recursos excessivos com detalhamento contratual, torna-se questão chave ao Direito e à Economia. Isso porque tais mecanismos contratuais podem reduzir custos de transação e de execução, assegurando

[191] "And if the commercial and legal understandings of whether and what performance is due should fully coincide, the legal security of the obligee would still show holes. A contract is no equivalent of performance; rights are a poor substitute for goods" (LLEWELLYN, Karl. What price contract? As essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 724).
[192] DI GIORGI, Rafaelle. O Direito na Sociedade do Risco. In: DI GIORGI, Rafaelle (org). *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 228-229.
[193] "Os contratos provocam uma específica eficácia geradora da vinculabilidade jurídica obrigacional às partes contratantes, ligadas por uma expectativa de confiança para manter o que pactuaram e tal qual pactuaram" (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55).

não apenas credibilidade e segurança ao sistema de trocas, mas também evitando perdas econômicas motivadas por oportunismos contratuais na linha de Shylock e Fisher Body.[194]

Como MASTEN mesmo ressalta, elemento central da moderna teoria relacional de inspiração na ECT é justamente estruturar ferramentas capazes de reduzir os incentivos ao oportunismo e ao descumprimento contratuais, mesmo diante das limitações dos contratantes e das contingências típicas de uma sociedade complexa.[195] Nesse contexto é que se pode construir a arbitragem como resposta contratual de governança para o modelo relacional, empregada intencionalmente para fins de *(i)* alinhamento de interesses das partes, *(ii)* sinalização de comportamento cooperativo e *(iii)* redução de oportunismos contratuais durante todo o período de cumprimento contratual.

[194] Essa questão também é exposta por Rafael Bicca Machado: "Tem-se, ainda, ao lado do problema da limitação dos contratos e de sua interpretação, o reconhecimento de que o cumprimento de um contrato também é uma questão problemática. Isso se dá porque não basta contratar. Há que se respeitar o que foi contratado. Ou seja, além da variável introduzida pela limitação da racionalidade (e dos problemas decorrentes da interpretação dos contratos) tem-se ainda que enfrentar o reconhecimento de que, por vezes e pelos mais diversos motivos, inúmeros contratos são descumpridos. E nesse potencial descumprimento é algo perturbador a um sistema de trocas. Ingressa-se, com isso, na discussão sobre os mecanismos institucionais de enforcement de um contrato, tema este tão presente nas análises da chamada escola econômica neoinstitucionalista" (MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 32).

[195] "An essential element of contract design, therefore, becomes structuring the relationship in a way that reduces the incentive to engage in wasteful efforts to evade performance or force a renegotiation" (MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 34. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016).

CAPÍTULO 2

ARBITRAGEM COMO RESPOSTA DE GOVERNANÇA CONTRATUAL DENTRO DO MODELO RELACIONAL

SUMÁRIO: 2.1 As correlações entre arbitragem e o modelo relacional. 2.2. A visão da arbitragem segundo Williamson. 2.3. A visão da arbitragem segundo Klein-Crawford-Alchian. 2.4. A visão da arbitragem segundo Macneil. 2.5. Síntese das ideias apresentadas.

2.1. As correlações entre a arbitragem e o modelo relacional

Muito do que foi visto no capítulo anterior, em especial a sucessão de tipologias jurídicas e econômicas dos contratos, deixa transparecer a existência de correlações entre estruturas contratuais e determinados períodos de desenvolvimento econômico e social. Tal como feito por RONALDO PORTO MACEDO JR., também se procurou chamar a atenção ao elemento histórico-institucional ao longo da descrição de tipos contratuais, para que os modelos fossem compreendidos dentro do contexto de origem.

Mas é claro que a correlação feita entre modelos e períodos não significa criação de laços de correspondência obrigatória ou mesmo induções deterministas a respeito dos impactos de formatos contratuais sobre certos padrões de desenvolvimento. Sabe-se que *correlação* e *causalidade* são conceitos distintos. Também não se pretendeu criar classificação a servir como fim teórico em si mesmo. As correlações históricas e sociais procuraram antes apontar o Direito contratual como *mais uma* variável social, que tem seu curso atrelado a outras como a Economia e a Política.

Não é por outro motivo, aliás, que ROPPO reafirma a fórmula da historicidade e da relatividade do contrato, propondo, ele também, uma análise sincrônica e diacrônica desse instituto, feita a partir de diferentes períodos de organização econômica e

social.[196] Esse mesmo racional se quer agora aplicar para aproximar a arbitragem do modelo dos contratos relacionais.

Como visto anteriormente, o modelo relacional acompanhou o desenvolvimento do modo industrial de especialização flexível. Mas, como bem nota JOSÉ EDUARDO FARIA, a especialização flexível é apenas *uma* entre as muitas consequências da "*reestruturação do capitalismo*" iniciadas a partir dos anos 1970.[197]

Para o autor, a globalização da economia disparou uma série de mudanças conjunturais em todo o sistema de produção e trocas até então existente. A começar pela própria desmaterialização dos bens e serviços, que se tornaram, conforme GALGANO, produtos financeiros sujeitos a uma alquimia jurídica totalmente renovada.[198]

Ao lado da transformação industrial, esse novo modelo de produção acelerou o processo de *destruição criadora*, forçando a competitividade entre agentes econômicos. Também para ganhar novos mercados, as fronteiras tiveram que ser baixadas, perdendo-se – ou empalidecendo-se, conforme expressão de JOSÉ EDUARDO FARIA – a base territorial que, desde o Tratado de Westfalia, simbolizava o núcleo da ideia de soberania.[199]

Com isso, os tradicionais centros de poder e normatividade também perderam força e ganharam concorrência por parte de outras fontes paralelas de

---

[196] "Tudo isso se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, e a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido. Isto resulta do modo mais claro no plano de uma análise, como costume dizer-se, sincrónica. (...) Mas a historicidade e a relatividade do contrato emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrónica, numa perspectiva que atente na evolução histórica o instituto" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 24-25). Veja-se que Roppo chega a declarar que não existiria uma "essência histórica do contrato", mas apenas "o contrato, na variedade das suas formas histórias e das suas concretas transformações" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 348).

[197] FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-29.

[198] "Società post-industriale non è solo società dell'automazione. Il 'post' che fa da prefisso a questa expressione annuncia altro. Oltre la società della finanza: la novità non sta solo nel come si produce (con macchine guidate da un computer anziché da un uomo), sta anche nel che cosa si produce. Un'altra parola, nata per designare beni materiali, si è transformata in metafora: la parola 'prodotto' si è dematerializzata, viene impiegnata per indicare i 'prodotto finanziari'. Nella societ'della finanza la tecnologia industriale è sostitutita dalla tecnica contractuale: in prodotti finanziari prendono corpo e vita solo in virtù dell'uso sapiente dei conceti giuridici. Un tempo i contratti servivano solo per far circolare le cose ma oggi servono anche per farle, per creare prodotto finanziari. Un'accorta combinazione di parole, giacché di parole sono fatti i contratti, crea a questo modo ricchezza. L'antica alchimia mancò l'objettivo di produrre dal nulla l'oro; questa nuova giuridica alchimia lo realizza" (GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria* – storia del diritto commerciale. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 209).

[199] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As novas perspectivas da soberania. Reflexos no Direito Interno, no Direito Internacional e no Direito Comunitário. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e Poder*: nas instituições e nos valores o público e do privado. São Paulo: Manole, 2005, p. 335-389.

normatividade,[200] em processo denominado por BOB JESSOP como *desregulamentação do Estado*.[201] Essa tendência de desregulamentação permite uma dupla vantagem dentro desse novo modelo de Estado. De um lado, viabiliza uma resposta mais ágil dos órgãos estatais diante de uma realidade complexa e contingente – no caso da regulamentação setorial –; além de também abrir campo de manobra mais flexível para *ajustes sociais espontâneos* – no caso da autorregulamentação privada.[202]

Para DAVID TRUBEK e LOUISE TRUBEK, essas experiências de autorregulamentação privada podem ser enquadradas sob a denominação de *nova governança* – "*new governance*" –, o que inclui uma variedade de diferentes métodos institucionais alternativos, desenvolvidos a partir da participação direta das partes e estruturados de forma mais horizontal e flexível.[203]

Mas esse não é um fenômeno recente ou típico apenas do século XXI. BOAVENTURA SANTOS já havia relatado experiências normativas alternativas desde o início dos anos 1970, ao apresentar "*o Direito de Pasárgada*". Desde aquele momento, BOAVENTURA reconhecia que "*de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo*

---

[200] "deixa de ser o eixo de um sistema normativo único, com feições basicamente piramidais e assentado num conjunto hierarquizado de regras subordinantes (*top-down control*), para se tornar parte de um polissistema (*multi-level system*), com suas formas e categorias públicas, privadas e híbridas; ao mesmo tempo, deixa também de ser fonte de legitimidade de uma ordem jurídica auto-centrada nos estritos limites de um território e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais, de centros regionais e de poderes locais, bem como de agentes de mercado que, valendo-se de seu poder econômico e financeiro, transformam faticidade em normatividade e disputa com o Estado o monopólio do direito" (FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. 2. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 67-68).

[201] JESSOP, Bob. *Narrating the future of national economy and national State? Remarks on remapping regulation and the reinventing governance*. Department of Sociology, Lancaster University, Lancaster LA1 4YN, p. 9. Disponível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

[202] AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, n. 33, jan/mar. 2011, p. 84-85 e p. 91.

[203] "These processes, which we will collectively label "new governance", may encourage experimentation; employ stakeholder participation to devise solutions; rely on broad framework agreements, flexible norms and revisable standards; and use benchmarks, indicators and peer review to ensure accountability. (…) Our analysis uses stylized concepts of 'new governance' and legal regulation or 'law'. We contrast systems that rely on top-down control using fixed statutes, detailed rules, and judicial enforcement on the one hand, with a wide range of alternative methods to solve problems and affect behavior, on the other" (TRUBEK, David M; TRUBEK, Louise G. New governance & Legal regulation: complementarity, rivalry and transformation. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2007, p. 3 e 5. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=988065>. Acesso em 20.01.2016. A ideia de nova governança pode ser também encontrada em LOBEL, Orly. *The Renew Deal: The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought.* University of San Diego School of Law. Legal studies research paper series. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em 20.01.2016.

não tem o monopólio da produção e distribuição do direito".[204] MARC GALANTER cunhou a expressão "*indigenous law*" para abarcar todas as formas normativas alternativas que surgiam em paralelo às fontes jurídicas oficiais.[205]

No campo contratual via-se acontecer fenômeno similar. *"Bargaining in the shadow of the law*", para empregar expressão que se tornou jargão entre os autores realistas nas décadas de 1970 e 1980, era prática usual no meio empresarial, especialmente diante do descasamento entre as estruturas normativas e a evolução social.[206] Aliás, em estudo empírico seminal realizado em 1965, MACAULAY havia apontado para esse problema ao analisar as relações que se situavam à sombra dos regramentos contratuais oficiais.[207]

ROPPO se refere a esse fenômeno como a "*fuga do contrato*", reconhecendo que a correspondência entre contrato e operação econômica não seria biunívoca, existindo por vezes operações econômicas não mediadas pela devida formalização contratual.[208]

Se, para a sociologia, o pluralismo jurídico dá azo a experiências na linha de Pasárgada; no mundo dos contratos, o impulso trazido por normatividades para-estatais e o espaço aberto para ajustes privados de nova governança criam o ambiente propício ao desenvolvimento de molduras contratuais relacionais. Conforme aponta JOSÉ EDUARDO FARIA, trata-se de momento de "*reafirmação dos contratos*" como estrutura capaz de se ajustar às necessidades desse novo capitalismo e dessa nova normatividade em rede. É justamente por meio da adaptabilidade e da capacidade de criação de novas maneiras de interação e cooperação entre os agentes econômicos, que os contratos relacionais se firmam como resposta contratual a uma realidade dinâmica, competitiva e plural.[209]

---

[204] SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução à sociologia da administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº, 21, 1986, p. 27.
[205] GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 1-47.
[206] A expressão é de MNOOKIN, Robert; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, 1979, p. 950-997.
[207] MACAULAY, Stewart. Changing a continuing relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers and the legal system. *Wisconsin Law Review*, n. 483, 1965, p. 3-212.
[208] "Donde resulta a possibilidade de uma defasagem entre contrato e operação económica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca: no sentido de que não pode dar-se – como se viu – contrato sem operação económica, mas podendo em alguns casos existir – e não só no plano de uma indagação histórica – operação económica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contractual" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 19).
[209] Apesar de longa, vale a transcrição de José Eduardo Faria pela riqueza de seu texto: "Já o direito civil deste começo de século vem sendo forjado na dinâmica de um processo de transnacionalização dos

É nesse caldo de cultura composto por um Estado desregulamentado, uma sociedade globalizada, um direito plural, um modo de produção industrial flexível e contratos relacionais, que a arbitragem encontra espaço propício para florescer. Mesmo porque, se esse novo modelo de capitalismo deu vazão a contratos mais abertos e sujeito a ajustes privados ao longo de sua execução, é natural que a dinamicidade que caracteriza esse novo paradigma social tenha também gestado um método jurisdicional próprio, coerente com uma proposta de autorregulação e de ajustes privados. Esse método, tomado por JAN PAULSSON como verdadeiro "*veículo de arranjo social fora dos quadros estatais*"[210], é justamente a arbitragem.

Não que a arbitragem tenha surgido apenas na década de 1970. Será examinado oportunamente que sua origem remete a períodos muito mais remotos do que isso. Entretanto, fato inegável é que a arbitragem teve amplo florescimento internacional a partir de 1970 como resultado direto da intensificação do processo de globalização econômica e das demais transformações acima mencionadas.[211]

É nesse período que as primeiras disputas internacionais envolvendo a indústria petrolífera são levadas à arbitragem, originando os primeiros precedentes arbitrais com caráter mais profissional e chancelando a arbitragem como método empresarial e eficiente de solução de disputas. Como pontuam YVES DEZALAY e BRYANT GARTH, as

---

mercados, de transferências de riquezas, de privatização de serviços essenciais e do controle de recursos naturais estratégicos, de fragmentação das atividades produtivas, de centralização e concentração dos capitais, de maior disciplina, transparência e governança corporativa no âmbito financeiro, de esvaziamento da capacidade de autodireção e autodeterminação dos Estados-nação e do realinhamento nas relações entre o sistema político e o sistema econômico (Held, 1997; Teubner 2000 e 2004; Sand, 1997, 2002 e 2004; e Picciotto, 2007). Ou seja, um processo assumindo a forma de 'redes' de produção e prestação contínua e regular de serviços, exige uma coesão, uma flexibilidade, uma adaptabilidade e uma multidimensionalidade que só podem ser formalizadas normativamente por meio de institutos jurídicos mais flexíveis, capazes de intercruzar regras de direito público e direito privado, e de contratos mais plásticos, abertos e funcionalmente diferenciados. Um exemplo que ilustra bem esse tipo de instituto mais flexível são os *creative commons*, que consistem num enquadramento jurídicos mais simples e de fácil utilização dos direitos do autor. E o exemplo que melhor ilustra os contratos mais plásticos e abertos são os chamados 'contratos relacionais', hoje utilizados em larga escala por conglomerados empresariais" (FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. 2. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 89-90).

[210] "Precisely because in so many ways it replicates the judicial forms of an adversarial process, arbitration is an obvious potential vehicle for social arrangements constituting legal orders outside the conventional statist model" (PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. *LSE Law, Society and Economy Working Papers,* v. 2/2010, London School of Economics and Political Science Law Department, 2010, p. 18. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[211] "Meanwhile, from the 1980s, the universalizing logic of arbitration along with accelerating globalization of economic relations resulted in the expansion of transnational commercial arbitration world-wide" (NOTTAGE, Luke. The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the Lex Mercatoria. A View from the Periphery. *Arbitration International*, v. 16, issue 1, Kluwer Law International, 2000, p. 61).

disputas petrolíferas marcaram o *début* internacional da arbitragem, dando a esta reconhecimento, confiabilidade e fama mundo afora.[212]

Assim, ao confluírem *(i)* sociedade *informacional, global e em rede* – para emprestar caracterização de CASTELLS [213] –, *(ii)* esse novo perfil de Estado *desnacionalizado, desregulamentado e internacionalizado* – conforme definição de JESSOP[214] – e *(iii)* o próprio direito contratual relacional, nos contornos defendidos por MACNEIL e EDUARDO FARIA, permitiu-se à arbitragem terreno fértil para expansão e desenvolvimento. De fato, um contexto de menor apego a fontes de normatividade estatais e de maior incentivo a técnicas de nova governança e de ajustes privados consegue conviver com mais facilidade com a jurisdição de particulares sobre particulares.

É esse o quadro social e institucional, marcado, segundo PETER EVANS, por uma sinergia totalmente renovada entre Estado e sociedade civil[215], em que a arbitragem está inserida. Ainda que exista uma origem histórica mais remota, não se pode ignorar que a arbitragem, com sua conformação e traços atuais, é produto desse momento político, econômico e social gestado a partir da década de 1970, tendo acompanhado as necessidades que esse novo modelo – industrial e contratual – passava a exigir.[216] Como bem pontua JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, as características da arbitragem variaram de acordo com a teia de relações comerciais existente em cada época. Não enxergar esse contexto social seria cometer um "*equívoco clamoroso*", para parafrasear o autor.[217]

---

[212] "The great petroleum disputes represent this way at the same time both the 'nobility' and the face of arbitration. The petroleum disputes were founding acts. They made arbitration known and recognized" (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 75).

[213] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 119. 1 v.

[214] JESSOP, Bob. *Narrating the future of national economy and national State? Remarks on remapping regulation and the reinventing governance*. Department of Sociology, Lancaster University, Lancaster LA1 4YN, p. 3. Disponível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[215] EVANS, Peter. The eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization. *World Politics*, v. 50, n. 1, 1997, p. 62-87.

[216] Em sentido contrário, entendendo que a arbitragem que é hoje verificada não é fruto do processo de globalização e transformações sociais e econômicas da década de 1970, e que teria origem nas próprias práticas da antiguidade, vide MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 49.

[217] "Fique, porém, desde logo, a advertência: não se pode insinuar que a arbitragem contemporânea seja a mesma de sempre, desde a mais antiga, nem que descenda das práticas medievais da jurisdições mercantis, o que poderia redundar em equívoco clamoroso, qual o de pretender enxergar, entre experiências distanciadas no tempo e vigentes em quadras sociais e econômicas inteiramente diversas, uma enganosa linha direta de filiação, que de fato não existe nem pode existir com relação a qualquer outro instituto, a não ser para quem

Mais do que apenas curiosidade histórica, o que se pretende com essa recomposição é, desde logo, identificar a arbitragem como um "*fenômeno histórico*", para empregar a clássica expressão de ASCARELLI.[218] Isso significa ver a arbitragem como instituto nascido e renascido de *necessidades concretas*, com propósitos sociais e econômicos sempre muito bem delineados.

O reconhecimento dessa base histórica ajuda também a entender disfuncionalidades que hoje possam se verificar na prática da arbitragem. Esse tipo de análise contribui especialmente à tentativa de resgate "*da utilidade funcion*al" da arbitragem[219], a partir da identificação das finalidades e objetivos que são esperados do instituto.

Feitas essas observações, passa-se à análise de como WILLIAMSON, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN e MACNEIL enquadram a arbitragem dentro do modelo relacional.

---

ainda perfilhe o evolucionismo jurídico por assim dizer ortodoxo. (...) Os fundamentos da arbitragem, portanto, revelam-se váriáveis segundo as características das relações comerciais, no plano internacional, a cada momento. Nos dias atuais, a arbitragem se impõe em razão da crescente complexidade da economia, que nem sempre aceita soluções convencionais para litígios ocorrentes na prática do comércio exterior, que reclamam composição célere, apoiada muitas vezes em razões de equidade e em motivação de alta qualificação técnica, e que, com frequência, não pode ser adequadamente resolvidas por justiças nacionais de Estados soberados, ao amparo de normas também nacionais, promulgadas por esses mesmos Estados soberanos. Mas, sublinhe-se, a arbitragem praticada na Idade Média certamente não decorria das mesmas exigências que se fazem presentes e que justificam o instituto" (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 4-5).

[218] ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 22. Chamando a atenção para a necessidade de alinhamento entre meios técnicos e fins visados pelos institutos, vide também: "Cumpre, realmente, distinguir entre o fim visado pelo instituto e os meios, a técnica jurídica, empregada para alcançar este fim" (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001, capítulo "A ideia de Código no Direito Privado e a tarefa de interpretação", p. 138).

[219] A expressão é de Comparato: "Pode-se dizer hoje em dia que fugindo não só ao esplêndido idealismo das doutrinas puras do direito, como ao desprezo sistemático pelas categorias jurídicas formais manifestado pelos práticos, a cultura jurídica tende a encaminhar-se no sentido de uma compreensão global do mundo do Direito: não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional" (COMPARATO, Fábio K. O indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio K. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 470).

2.2. A visão da arbitragem segundo WILLIAMSON: mecanismo complexo de governança contratual para emprego eficiente em transações frequentes e com ativos específicos envolvidos

2.2.1. O mapa contratual de Williamson

Um dos mais interessantes raciocínios feitos por WILLIAMSON é a proposição de um diagrama contratual que identifica formas eficientes de governança a partir de traços específicos das transações econômicas.[220] O que pretende WILLIAMSON é mapear os mecanismos de governança contratual que sejam mais eficientes a depender do tipo e da natureza da transação que se esteja a analisar. Como lembra o autor, por serem variadas e distintas as transações existentes no mundo real, o desenho eficiente de estruturas de governança contratual deve passar necessariamente pela análise dessas individualidades.[221]

WILLIAMSON trabalha com dois aspectos das transações para compor esse diagrama de eficiência. São eles: a *frequência* de realização da transação, que o autor divide em recorrente ou ocasional; e o *grau de especificidade* do ativo transacionado, que WILLIAMSON abre em três possibilidades: ativo não específico, ativo de especificidade intermediária ou mista, e ativo de alta especificidade.

Como é intuitivo imaginar, a frequência serve para medir o grau de repetição de uma dada transação entre os mesmos agentes econômicos. A finalidade é diferenciar aquelas transações isoladas, daquelas que se realizam em bases repetidas entre mesmos agentes e que, como a teoria relacional supõe, criam laços e vínculos de proximidade e cooperação entre as partes.

De outro lado, o critério de especificidade do ativo busca isolar o objeto da transação, para verificar o quanto esse objeto é homogêneo, a ponto de conseguir ser reaproveitado em outras transações; ou se, diferentemente, se trataria de objeto formatado

[220] A principal referência bibliográfica nesse sentido é WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 68-84.

[221] "(…) there are so many kinds of organizations because transactions differ so greatly and efficiency is realized only if governance structures are tailored to the specific needs of each type of transactions" (WILLIAMSON, Oliver. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981, p. 568).

especificamente a uma determinada transação e a um determinado contratante. O objetivo dessa *proxy* é medir o quanto as características específicas podem influenciar a forma de governança escolhida pelas partes.[222]

Com essas variáveis em análise, WILLIAMSON apresenta diferentes proposições para identificar estruturas ótimas para cada situação. Para o autor, é razoável supor que quanto mais específico o ativo transacionado, maior a tendência de emprego de estruturas de governança complexas. Também quanto mais recorrente a frequência de realização das transações, maior a tendência de emprego de estruturas complexas de governança, para se garantir canais contratuais estáveis.

Isso aconteceria já que em transações com grau de especificidade e frequência elevadas, os riscos de oportunismo contratual são também elevados. Basta lembrar o exemplo da General Motors-Fisher Body, em que a maior exposição a que se sujeitava General Motors terminou por aguçar o oportunismo de Fisher Body. Esse risco majorado de oportunismo justificaria, dentro da lógica da ECT, custos superiores com o desenho de estruturas de governança mais complexas.

Além dessa primeira correlação, outras proposições também são feitas por WILLIAMSON e se voltam tanto às diferentes modelagens contratuais vistas no capítulo anterior – modelos clássicos, neoclássicos e relacionais –, quanto às formas de organização de governança admitidas às operações econômicas – via mercado, contratos ou integração de firmas.

Segundo WILLIAMSON, molduras contratuais relacionais, capazes de lidar com situações de maior complexidade, se tornam mais eficientes quanto mais específicas e mais frequentes forem as transações. De outro lado, formas de governança contratual clássicas são adequadas a transações de caráter mais padronizado e ocasional. Molduras

[222] Em sua obra de 1985, Williamson lida com quatro diferentes dimensões para manifestação da especificidade: *(i)* especificidade em relação ao local em que se situa o ativo, *(ii)* especificidade de ativos físicos, *(iii)* especificidade de ativos humanos, e *(iv)* ativos de uso específico, vide WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 55. Em sua obra de 1996, Williamson acrescenta mais duas dimensões: *(v)* marca e *(vi)* especificidade temporal (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 59-60).

neoclássicas, por sua vez, têm emprego eficiente quando diante de transações complexas, mas de frequência apenas ocasional.[223]

Essa gradação também se explica dentro da ECT. Não haveria razoabilidade econômica a suportar o emprego de moldura contratual relacional quando a transação econômica é padronizada, de duração imediata ou apenas episódica. Nessas hipóteses, o custo não compensa o benefício. A estrutura de governança que WILLIAMSON entende mais eficiente nesses casos é, em verdade, o próprio mercado, com sua governança instantânea e imediata. À medida que se caminhe para transações mais específicas e mais frequentes, as formatações clássicas, que WILLIAMSON correlaciona com o mercado *spot*, deixam de ser a estrutura de governança contratual mais eficiente, cedendo lugar a formas de governança de maior complexidade.

Se o extremo contratual de maior simplificação é encontrado em operações isoladas de mercado, o extremo oposto, em que tanto especificidade, quanto frequência atingem grau máximo, é representado pela governança relacional. Nessa situação limite, WILLIAMSON considera que a governança relacional mais eficiente é representada pela gestão contratual unificada, ou, em outras palavras, a integração dos contratantes.

Mas mercado, de um pólo, e integração de firmas, de outra banda, são apenas as duas hipótese-limite identificadas no espectro de governança de WILLIAMSON. Todas as demais situações intermediárias, em que nem o grau de especificidade é extremo, nem a frequência é tão recorrente, compõe o "*mundo dos contratos"* que, para WILLIAMSON, se divide ora dentro da moldura de contratos relacionais, ora como contratos neoclássicos, a depender de onde a transação estiver posicionada dentro do mapa contratual. O quadro abaixo auxilia no entendimento desse mapa contratual de WILLIAMSON:

[223] "The question now is how Macneil's contracting classifications correspond to the description of transactions in Figure 3-1. Several propositions are suggested immediately: (1) Highly standardized transactions are not apt to require specialized governance structure. (2) Only recurrent transactions will support a highly specialized structure. (3) Although occasional transactions of nonstandardized kind will not support a transaction-specific governance structure, they require attention nonetheless. In terms of Macneil's three-way classification of contract, classical contracting presumably applies to all standardized transactions (whatever the frequency), relational contracting develops for transactions of a recurring and nonstandardized kin, and neoclassical contracting is needed for occasional, nonstandardized transactions" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 72-73).

Forma de governança proposta por Williamson	Tipo contratual de correspondência com a classificação de Macneil	Característica da transação econômica (frequência e especificidade do ativo)
Mercado	Contrato clássico	Operações isoladas e com ativos padronizados
"*Mundo dos contratos*"	Tanto contrato neoclássico, quanto contrato relacional	Operações variando entre situações frequentes e situações isoladas, mas com ativos específicos envolvidos
Integração	Contrato relacional	Operações frequentes, com ativos específicos envolvidos

Tabela 2: Síntese do mapa contratual de Williamson

2.2.2. As situações intermediárias do "mundo dos contratos"

O campo que interessa de maneira especial a este trabalho é aquele denominado de "*mundo dos contratos*".[224] Aí estão situados todos aqueles arranjos de governança que não correspondem nem a trocas diretamente no mercado, nem a relações de hierarquia dentro de uma mesma firma. É dentro dessa zona intermediária em que estão situados desde arranjos em que a cooperação entre as partes é aquela minimamente esperada para se garantir o adimplemento (contratos neoclássicos) até arranjos mais complexos em que a cooperação é tomada como parte integrante da própria equação contratual (contratos relacionais).

Como nota WILLIAMSON, cada um desses arranjos apresenta respostas contratuais características para assegurar a estabilidade das transações. Enquanto os arranjos neoclássicos podem contar com o auxílio de terceiros para garantia da cooperação entre os contratantes (*governança trilateral*), os arranjos de natureza relacional colocam a ênfase na capacidade das próprias partes de, autonomamente, criarem os necessários laços de confiança e reciprocidade para sustentar a transação (*governança bilateral*).[225] A figura

[224] A expressão é, em realidade, emprestada do próprio Williamson, vide WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 84.
[225] WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 74-77.

abaixo, representativa do mundo dos contratos e adaptado de WILLIAMSON, auxilia na compreensão do que se quer explicar:

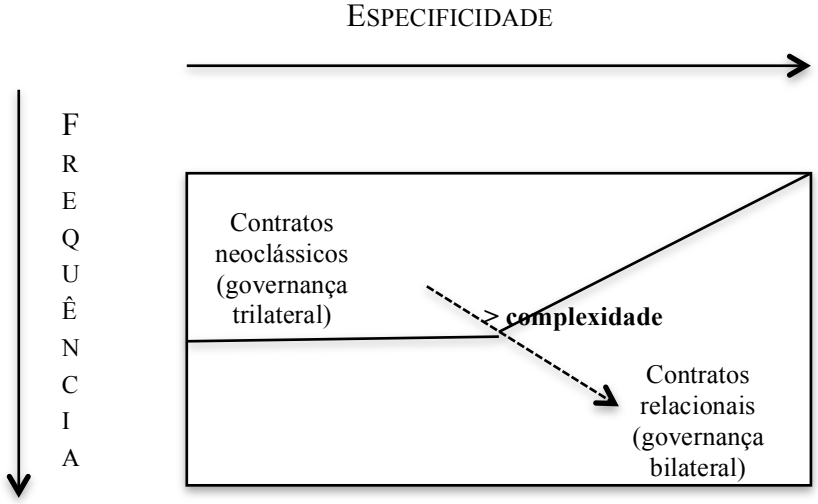


Figura 1: Representação do "*mundo dos contratos*"

As diferentes graduações de vínculos contratuais é referida por GEORGE RICHARDSON como um "*continuum*" que passa pelos tradicionais vínculos de boa-fé contratual até desembocar em complexos conglomerados contratuais, organizados em rede, grupos de contratos e alianças empresariais, em que, muito mais do que apenas a boa-fé contratual, a cooperação e a confiança são palavras de ordem na contratação.[226]

LLEWELLYN também se dedica a analisar esse espaço contratual. Segundo ele, possibilidades de novos negócios duradouros estão localizadas justamente entre o mercado *spot* e a integração de firmas. A capacidade de estabilização de transações dentro

[226] "what confronts us is a continuum passing from transactions, such as those on organized commodity markets, where the cooperation element is minimal, through intermediate areas in which there are linkages of traditional connection and good will, and finally to those complex and interlocking clusters, groups and alliances which represent cooperation fully and formally developed" (RICHARDSON. George. The organization of industry. *Economic Journal*, v. 82, 1972, p. 887 *apud* WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 83). Veja que essa gradação apresentada por Richardson no que se refere ao papel da cooperação aparece refletida, na doutrina brasileira, em Ronaldo Porto Macedo Jr., quando o autor menciona que nos contratos relacionais a boa-fé ganha papel de maior centralidade, dado que "a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 153).

dessa região reflete a constante tentativa econômica de encontrar novas fontes de financiamento e de investimento de longo prazo.[227]

Daí porque acertar o tipo de arranjo mais eficiente nesse espaço contratual pode significar, muitas vezes, a possibilidade concreta de se realizar ou não um potencial negócio duradouro. A diferença está nos custos de transação aferidos em cada arranjo possível, bem como nos riscos de oportunismo que se consiga atenuar sem que os custos de contratação se tornem a tal ponto proibitivos, que terminariam por forçar alguma das formas de governança extremadas (ie., mercado ou integração).

É com isso em mente que, decidir pelo emprego de moldura neoclássica ou moldura relacional dentro do mundo dos contratos ganha fôlego renovado de análise, que vai muito além da mera preferência dos advogados encarregados da celebração do contrato. Envolve, em verdade, diagnóstico completo dos elementos característicos da transação econômica em debate, além de exame acurado dos custos envolvidos em cada estrutura.

WILLIAMSON considera que esse espaço contratual entre integração e mercado merece atenção especial por ter se tornado bastante comum entre os arranjos de governança. Interessante que o próprio autor mudou de opinião a esse respeito, já que antes defendia que arranjos intermediários não teriam estabilidade suficiente e tenderiam a se converter em alguma das formas extremas de governança. WILLIAMSON ainda chama a atenção ao fato de que *(i)* seja a migração entre diferentes formas de governança ao longo do espectro contratual, seja *(ii)* a permanência em um dado arranjo, devem ser tomados, do ponto de vista do aprendizado contratual, como indícios relevantes para se compreender quais arranjos tendem a ser mais eficientes em cada situação específica[228], o que pode auxiliar as partes a encontrar o desenho contratual mais adequado.

---

[227] "it is clear that current future deals themselves, in their effect on the arrangement of economic affairs, lie half-way between mere reliance on the general spot market for either supplies or outlet, and property-wise assurance of either outlet or supply by vertical integration. (…) Output and requirement contracts, maximum and minimum contracts, contracts with quality, quantity and kinds to be specified from month to month, and sliding scale price arrangements - these are symptomatic of an economy stabilizing itself along new lines" (LLEWELLYN, Karl. What price contract? An essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 727).

[228] "Whereas I was earlier of the view that transactions of the middle kind were very difficult to organize and hence were unstable, on which account the bimodal distribution was more accurately descriptive (Wiliamson, 1975), I am now persuaded that transactions in the middle range are much more common. (Such transactions have, moreover, been the object of increasing attention in the economic, legal, and organizations literatures) (…) Whatever the empirical realities, greater attention to transactions of the middle range will help to illuminate an understanding of complex economic organization. If such transactions flee to the extremes,

2.2.3. A inclusão de incerteza no mapa contratual e o aumento da abrangência do campo dos contratos relacionais

Se, por um lado, WILLIAMSON defende que o mundo dos contratos se divide entre contratos neoclássicos e contratos relacionais a depender dos traços específicos de cada transação, é interessante notar que, no momento em que o autor inclui mais um vetor de análise ao seu diagrama – representado pela *incerteza* –, este passa a reservar maior espaço aos contratos relacionais.

Explica-se: para fins de simplificação de seu argumento, WILLIAMSON trabalhou inicialmente apenas com a frequência e a especificidade dos ativos como *proxies* de análise. Mas, toda a teoria de WILLIAMSON a respeito dos custos de transação também considera a incerteza como terceiro elemento a completar a avaliação das diferentes formas de governança. Ao incluir a incerteza, WILLIAMSON pontua que a distribuição das transações dentro do mapa do "*mundo dos contratos*" se modifica. Isso porque, se a especificidade do ativo não é alterada com essa mudança de parâmetro, com a frequência ocorre o inverso: a incerteza do ambiente aumenta a exposição e a variação sofrida por esse vetor de análise.

O resultado disso é, então, o aumento no emprego de mecanismos de governança mais complexos e relacionais, dado que estes conseguem lidar de maneira mais flexível e eficiente com um contexto de maior incerteza.[229]

Focando a análise apenas dentro do mundo dos contratos, vê-se que esse raciocínio de WILLIAMSON encontra eco no entendimento de MACNEIL, no sentido de que grande parte das atuais formas de contratação encerrariam sempre traços relacionais.[230] É claro que o próprio WILLIAMSON reconhece que a mudança no parâmetros de incerteza podem se dar também no sentido oposto. Isto é, poderia haver simplificação das formas de

---

what are the reasons? If such transactions can be stabilized, what are the governance processes?" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 84).

[229] "Since continuity now matters, increasing the degree of parametric uncertainty makes it more imperative to organize transactions within governance structures that have the capacity to 'work things out'" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 79).

[230] Vide MACNEIL, Ian. Restatement (Second) of Contracts and Presentiation. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 186.

governança contratual empregadas, uma vez que se identifique a melhora no quadro de incerteza do ambiente. É o que ocorre, por exemplo, em indústrias ou mercados já estabilizados.[231]

Entretanto, considerada a velocidade de propagação própria à sociedade informacional, o ritmo dinâmico das trocas para acompanhar o processo de destruição criadora e, especialmente, a exponenciação do risco que a sociedade de hoje representa, já que, conforme LUHMANN, a diferenciação dos sistemas sociais abre "*mais espaço para mais possibilidades*"[232] e portanto também para maiores riscos, tudo leva a crer que a hipótese de WILLIAMSON acerca da maior abrangência dos contratos relacionais encontra suporte na realidade *informacional, global e em rede* de hoje.

2.2.4. A inserção da arbitragem no contexto de WILLIAMSON e a expansão do argumento em cenários de incerteza majorada

A maneira como a arbitragem é tratada por WILLIAMSON tem suas particularidades. Em primeiro lugar, WILLIAMSON classifica a arbitragem como método de *governança trilateral*, por envolver a adjudicação de direitos por meio de um terceiro que não as partes diretamente envolvidas na transação.

Relembre-se que, dentro do mapa contratual do autor, os métodos de governança trilateral estão situados mais próximos do modelo contratual neoclássico. Nessas situações, as transações econômicas são ocasionais e com grau de especificidade do ativo variando entre grau misto e grau elevado, o que significa que nem o mercado – muito

[231] "Reductions in uncertainty, of course, warrant shifting transactions in the opposite direction – although such shifts may be delayed if the assets in question are long-lived. To the extent that uncertainty decreases as an industry matures, which is the usual case, the benefits that accrue to internal organization (vertical integration) presumably decline. Accordingly, greater reliance on market procurement is commonly feasible for transactions of recurrent trading in mature industries" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 80).

[232] "Seria especialmente falso caracterizar o desenvolvimento da sociedade moderna simplesmente pelo crescente planejamento; não são apenas as consequências planejadas que aumentam, mas também as não planejadas, e é a isso que a sociedade tem que adequar o seu direito. As mudanças nas perspectivas temporais das quais partimos indicam que com o tempo surge mais espaço para mais possibilidades, com o que é intensificada a seletividade do presente" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 173)

arriscado –, nem a governança relacional – muito custosa – responderiam eficientemente ao grau de exposição das partes.

Mesmo que WILLIAMSON situe a arbitragem mais para perto da moldura neoclássica, é bem verdade que ele atribui a esse método de disputas muito mais do que apenas o papel de solução de disputas. WILLIAMSON vê na arbitragem uma forma de governança complexa, a servir como importante *salvaguarda contratual* nas situações em que o risco de oportunismo for elevado.

Tanto que o autor diferencia três formas de salvaguardas contratuais a serem empregadas pelas partes no intuito de redução dos riscos de oportunismo. São elas: *(i)* as previsões contratuais para alinhamento de interesses, que podem tomar a forma, por exemplo, de multas para hipóteses de término antecipado do contrato (governança unilateral); *(ii)* as previsões de governança especializada para a solução de disputas, como é justamente o caso da arbitragem (governança trilateral) e, por fim, *(iii)* as previsões contratuais relacionais, capazes de criar laços de reciprocidade entre as partes, sinalizando a intenção de continuidade e permanência na relação contratual (governança bilateral).[233] Em cada uma dessas salvaguardas há diferentes tipos de incentivos criados nos contratantes, evoluindo-se desde o simples alinhamento externo dos interesses das partes, até previsões relacionais que pretendem induzir, de dentro para fora, a criação de reciprocidade entre os agentes econômicos.

Para WILLIAMSON, essa terceira hipótese de salvaguarda contratual é representada essencialmente por vínculos contratuais de natureza dúplice ou bilateral, impondo laços cruzados de dependência entre os contratantes, capazes de unir os interesses em torno de um mesmo fim contratual comum. Esses mecanismos bilaterais – e claramente de natureza relacional – teriam o condão de expandir os limites contratuais, criando uma relação mútua de confiança entre as partes – ou "*mutual reliance relation*", conforme

[233] "the protective safeguards to which I refer normally take on one or more of three forms. The first is to align incentives, which commonly involves some type of severance payment or penalty for premature termination. A second is to treat and employ a specialized governance structure to which to refer and resolve disputes. The use of arbitration, rather than litigation in the courts is thus characteristic of node C governance. A thirs is to introduce trading regularities that support and signal continuity intentions. Expanding a trading relation from unilateral to bilateral exchange – through the concerted use, for example, of reciprocity – thereby to effect an equilibration of trading hazards is an example of that last". (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 33-34).

nomenclatura original de WILLIAMSON – a servir como incentivo ao cumprimento contratual.[234]

Dito isso, como conciliar esse tratamento da arbitragem dado por WILLIAMSON com o atual mundo dos contratos e o atual estágio de desenvolvimento da arbitragem é que parece ser ponto nodal. Para começar, é imprescindível acrescentar também nesta análise o vetor de incerteza, ausente no tratamento da arbitragem segundo WILLIAMSON.

Respeitando-se o mesmo entendimento mencionado no tópico precedente, é de se supor também a existência de impactos sobre a previsão contratual de solução de controvérsias em se considerando um ambiente de maior complexidade e incerteza. Sim, porque em cenários de maior incerteza haverá a sobreposição da moldura relacional sobre parte dos modelos neoclássicos, o que incentivará que a governança contratual de solução de controvérsias seja mais complexa e pressuponha também laços de confiança e de reciprocidade.

Além disso, é de se esperar que a arbitragem, inicialmente tomada como método de governança trilateral, desenvolvida dentro do modelo neoclássico de WILLIAMSON, tenda a, ela própria, ganhar significado renovado. De fato, em um cenário de maior complexidade e de incerteza majoradas, esse método de governança, ao ser adaptado do modelo neoclássico para a moldura relacional expandida, passaria a servir também como salvaguarda contratual *bilateral*.

O que isso representa em termos contratuais é a atribuição à arbitragem de função de governança que vai além de sua caracterização como método externo e "trilateral" de adjudicação de disputas. Na moldura relacional expandida que se nota hoje no mundo dos contratos, o que se passa a esperar é papel definido à arbitragem também como *salvaguarda bilateral*, voltada a estimular a criação de relação mútua de confiança e reciprocidade entre as partes.

É de se reconhecer que tal não está descrito em WILLIAMSON, que, como mencionado, não aprecia a questão da arbitragem *vis-à-vis* a inclusão da incerteza no

[234] "In consideration of the expropriation hazards of bonding, buyer and seller may seek to expand the contractual relation beyond its natural limits, thereby creating a mutual reliance relation" (WILLIAMSON, Oliver, *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 190).

modelo original. WILLIAMSON trabalha a arbitragem apenas em termos de especificidade do ativo e frequência da transação. Entretanto, a extrapolação do argumento nessa direção está em linha com o quanto defende o autor em caráter genérico. Apenas se atualizou o raciocínio, replicando-se, sobre o tema da arbitragem, o racional de WILLIAMSON quanto aos impactos gerados pela incerteza.

Tanto não há distorção do entendimento do autor que o próprio WILLIAMSON expressamente inclui a arbitragem entre os arranjos privados que, em cenários de incompletude contratual, se mostram mais eficientes do que as tradicionais formas de adjudicação judicial de disputas.[235] Mais do que isso até. WILLIAMSON vincula a arbitragem ao propósito de permanência da relação contratual e à capacidade de adaptação harmônica do vínculo entre as partes ao longo do tempo, já antevendo talvez o que viria a ser o papel da arbitragem dentro de uma moldura complexa de contratações essencialmente relacionais.[236]

Assim, é no reconhecimento de incerteza própria à sociedade informacional que se procura expandir o raciocínio de WILLIAMSON. Entende-se, assim, que na sociedade do risco, a arbitragem *pode* também adquirir funcionalidade adicional no sentido de uma *governança bilateral*, tornando-se arranjo privado de sinalização de continuidade e permanência na relação contratual, na esteira do que sugere o próprio autor. Nesse salto qualitativo reside o porquê de a arbitragem poder ser considerada uma resposta de governança eficiente dentro do modelo relacional, lembrando que para WILLIAMSON essa escolha de governança se correlaciona a transações envolvendo ativos de grande especificidade e maior frequência no relacionamento entre os contratantes.

Esse entendimento será detalhado no Quarto Capítulo deste trabalho, mediante aplicação da teoria de *signaling* à arbitragem e é denominado de "Hipótese (1)" para os fins do testes empírico realizado no Capítulo Sexto desta tese.

---

[235] "Unlike a comprehensive contract, this contract [incomplete] contemplates omissions, drafting defects, and unanticipated contingencies. Contrary to legal centralism, bilateral and trilateral (arbitration) efforts will be used to settle disputes than have immediate recourse to court ordering" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 165).

[236] "Complex contracts are invariably incomplete, and many are maladaptive. (…) Thus even if contrived breach hazards could be disregarded, producers who are entirely open and candid about contract execution may nevertheless be in a position to haggle – thereby to expropriate sellers – because contracts are incomplete and maladaptive. Specialized governance structures that have the purpose and effect of promoting harmonious adaptations and preserving the continuity of exchange relations arise in response to that condition. Use of knowledgeable third parties (arbitration) and reciprocal exposure of specialized assets are two possibilities" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 178).

2.3. A visão da arbitragem segundo KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN: mecanismo eficiente para criar flexibilidade em transações de longo prazo e com quase-renda envolvida

2.3.1. Quase-renda como critério para identificação da governança apropriada

A abordagem de KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN também parte de ensinamentos próprios à NEI e à ECT.[237] De COASE, os autores emprestam o entendimento de que os custos de transação, incorridos diariamente pelos agentes para organização da vida econômica, justificam os diferentes arranjos de governança que são escolhidos e empregados pelos contratantes.WILLIAMSON também é clara fonte de inspiração na literatura de KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN. Tanto que os autores dão especial ênfase ao tema dos oportunismos pós-contratuais existentes no mundo dos contratos, vendo justamente nesse elemento o motivo a induzir os agentes a optarem pela integração de firmas.

Veja-se que, enquanto WILLIAMSON trabalha com o vetor de especificidade do ativo para justificar o emprego de formas polares de governança, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN apresentam o conceito de *quase-renda* para servir ao mesmo propósito. O conceito de quase-renda pode ser assim descrito: trata-se do excedente econômico que é gerado a partir da exploração de um determinado ativo e que não acompanha o ativo em caso de realocação para uso por outro agente.[238]

Esse valor excedente não se confunde, entretanto, com o montante auferido diretamente com a exploração do ativo. Tome-se o caso de uma locação empresarial. A renda gerada ao locatário compreende não apenas o lucro financeiro-contábil derivado da exploração do bem locado, mas também os frutos econômicos – como a clientela, a marca,

[237] A abordagem está tratada essencialmente em KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 297-326.

[238] "Assume an asset is owned by one individual and rented to another individual. The quasi-rent value of the asset is the excess of its value over its salvage use, that is, its value in its best use to another renter. The potentially appropriable specialized portion of the quasi rent is that portion, in any, in excess of its value to the second highest-valuing user" (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 298).

o *know-how* que se adquire com o tempo, o reconhecimento e destaque entre os competidores e consumidores no mercado – que indiretamente emergem ao locatário dessa mesma exploração e que, em regra, não são transferidos ao novo locatário em caso de mudança da exploração. Ainda que não se trate de algo necessariamente tangível, a quase-renda detém valor econômico. Em razão disso, ela pode despertar o oportunismo de terceiros visando a sua apropriação.

Segundo KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, a quase-renda seria, em última análise, o custo econômico de "*recuperação*"[239] do ativo pelo titular originário, o que equivaleria, consequentemente, à perda correspondente para aquele que se encontrava na exploração desse ativo e que nele havia investido seus esforços para criação dessa quase-renda.

Esse conceito deve ser diferenciado de situações de exploração monopolística. Isso porque, o que define a existência de quase-renda é a especificidade do ativo e não o poder de mercado eventualmente detido por qualquer dos contratantes envolvidos na transação. É justamente o grau elevado de especificidade do ativo que cria a quase-renda e que, mesmo sem imposição de qualquer barreira formal à entrada de outros agentes, termina por gerar empecilhos para transferência do ativo para o uso de outros agentes.[240]

Um dos exemplos de quase-renda mencionados por KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN é extraído do precedente General Motors-Fisher Body. Como já tratado em capítulo anterior, o ativo negociado entre as partes detinha alta especificidade e servia apenas para uso da General Motors. Essa situação criava uma quase-renda no contrato celebrado e impossibilitava o remanejamento do ativo para outro contratante que não General Motors.

---

[239] Está-se traduzindo a expressão "salvage use", conforme nota acima.

[240] "An appropriable quasi rent is not a monopoly rent in the usual sense, that is, the increased value of an asset protected from market entry over the value it would have had in an open market. Once installed, an asset may be so expensive to remove or so specialized to a particular user that if the price paid to the owner were somehow reduced the asset's services to that user would not be reduced. Thus, even if there were free and open completion for entry to the market, the specialization of the installed asset to a particular user (or more accurately the high costs of making it available to other) created a quasi rent, but no 'monopoly' rent. At the other extreme, an asset may be costlessly transferable to some other user at no reduction in value, while at the same time, entry of similar assets is restricted. In this case, monopoly rent would exist, but no quasi rent" (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert, ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 299).

Como essa quase-renda expunha Fisher Body ao risco de oportunismo e apropriação por General Motors, a solução encontrada foi a celebração de contrato de longo prazo, que buscava assegurar o investimento a ser feito por Fisher Body, também detalhando as condições de pagamento e preço. Paradoxalmente, porém, foi Fisher Body quem terminou por expropriar a quase-renda de General Motors ao usar os termos contratuais escritos para forçar uma barganha por melhores preços.

Veja-se que a primeira resposta de governança apresentada por KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN para lidar com hipóteses de quase-renda é a integração de firmas. Segundo os autores, a integração reduziria os riscos de oportunismo e de apropriação de quase-renda, visto que as relações seriam tratadas dentro de uma mesma estrutura de gerenciamento e controle.[241] Mas, os próprios autores reconhecem não ser a integração de firmas a única estrutura de governança cabível em hipóteses de quase-renda. A depender dos custos de gestão e gerenciamento envolvidos em estruturas integradas, as contratações de longo prazo também ganham espaço como governança alternativa em situações de quase-renda.

Como apontam os autores, a dinâmica de incentivos aplicada no caso de contratos de longa duração seria diversa daquela empregada nos casos de integração de firmas. Em particular, para que o risco de oportunismo e de apropriação de quase-renda consiga ser contornado, entendem os autores que os contratos de longa duração deveriam, de algum modo, criar nos contratantes o interesse comum para a permanência do vínculo contratual.

É nesse ponto que a arbitragem é mencionada pelos autores. Conforme reconhecem KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, a arbitragem funcionaria como estímulo à permanência do vínculo de longo prazo, impondo custos econômicos ao agente oportunista de forma análoga ao efeito produzido por outras formas contratuais de punição. No caso específico da arbitragem, esses custos viriam sob a forma processual. Na medida em que se trataria de contrato de longa duração, a arbitragem também se revelaria a governança mais

[241] "Our primary interest concerns the means whereby this risk can be reduced or avoided. In particular, vertical integration is examined as a means of economizing on the costs of avoiding risks of appropriation of quasi rents in specialized assets by opportunistic individuals. This advantage or joint ownership of such specialized assets, namely, economizing on contracting costs necessary to ensure nonopportunistic behavior, must of course be weighed against the costs of administering a broader range of assets within the firm" (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 299).

adequada para lidar com o transcurso do tempo, incentivando a flexibilidade e adaptação no curso do contrato. E isso, sem o ônus de excesso de detalhamento das cláusulas contratuais.[242]

Em grande medida, o argumento de KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN repercute a posição defendida por WILLIAMSON. Há apenas nomenclaturas diversas empregadas: quase-renda, para medir o grau de especificidade do ativo; contratos de longa duração, para tratar de situações contratuais de caráter relacional; e oportunismo, como um dos reflexos mais representativos dentro de um cenário de incerteza contratual. Em comum também o fato de tanto WILLIAMSON, quanto KLEIN- CRAWFORD-ALCHIAN enfatizarem o papel da arbitragem para fins de preservação da continuidade do vínculo contratual ao longo de toda a execução do contrato.

2.3.2. Os mecanismos de mercado e o capital reputacional a agirem na escolha da governança mais eficiente: a expansão do argumento de KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN para construção da arbitragem como reforço do capital reputacional

Interessante chamar a atenção a outra sorte de mecanismos ou sanções mencionadas pelos autores dentro do mesmo contexto de proteção contra oportunismos e apropriações de quase-renda. Segundo KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, além da importância de previsões contratuais expressas para fins de manutenção do vínculo contratual entre as partes, "*forças de mercado*" também teriam papel crucial na garantia do desempenho contratual das partes.

[242] "Long-term contracts used as alternatives to vertical integration can be assumed to take two forms: (1) an explicitly stated contractual guarantee legally enforced by the government or some other outside institution, or (2) an implicit contractual guarantee enforced by the market mechanism of withdrawing future business if opportunistic behavior occurs. Explicit long-term contract can, in principle, solve opportunistic problems, but, as suggested already, they are often very costly solutions. They entail costs of specifying possible contingencies and the policing and litigating costs of detecting violations ad enforcing the contract in the courts. Contractual provisions specifying compulsory arbitration or more directly imposing costs on the opportunistic party (for example, via bonding) are alternatives often employed to economize on litigation costs and to create flexibility without specifying every possible contingency and quality dimension of the transaction" (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 303).

Funcionaria da seguinte forma: o próprio mercado tem seus mecanismos intrínsecos de cumprimento contratual, que, mesmo na ausência de previsão contratual expressa, garantem o alinhamento das partes em vistas ao adimplemento das obrigações.

A reputação seria uma dessas forças de mercado. Através dela, se garantiria o adimplemento das obrigações, independentemente de previsão contratual a impor sanção para o caso de descumprimento. Esse efeito seria obtido graças ao impacto danoso que o inadimplemento pode ter sobre a reputação dos agentes econômicos, a prejudicar sensivelmente futuras transações no mercado. Marcas e nomes comerciais também teriam efeito similar, criando um incentivo ao cumprimento espontâneo em decorrência direta das perdas econômicas que o descumprimento pode causar sobre as futuras transações e sobre o nome já construído.[243]

O papel de mecanismos de mercado é detalhado por KLEIN em outros trabalhos. Para ele, cada agente econômico teria um determinado "*capital reputacional*", que corresponderia de certa forma a sua "*taxa de credibilidade*" no mercado, definida a partir da real intenção de cumprimento contratual pelo agente. No caso de relacionamentos diferidos no tempo, os ganhos de longo prazo derivados da permanência do vínculo entre as partes seriam balanceados com os eventuais ganhos e perdas que a ruptura unilateral das obrigações geraria no cenário de curto prazo. O capital reputacional seria calculado a partir da diferença entre esses dois cenários de ganhos e perdas, tanto no longo, quanto no curto prazo.[244]

Segundo KLEIN, o capital reputacional definiria o quanto seria possível aos agentes confiarem apenas nos mecanismos de mercado para fins de garantir o adimplemento espontâneo das obrigações. Quanto mais alto o capital reputacional, maior o

---

[243] "But economists also have long considered 'reputation' and brand names to be private devices which provide incentives that assure contract performance in the absence of any third-party enforcer (Hayek 1948, p. 97; Marshall 1949, vol. 4, p. xi). This private-contract enforcement mechanism relies upon the value to the firm of repeat sales to satisfied customers as a means of preventing nonperformance" (KLEIN, Benjamin; LEFFLER, Keith B. The role of market forces in assuring contractual performance. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981, p. 616).

[244] "Transactors compare the short-term gains they can achieve by not performing consistent with the contractual understanding, W_1, with the discounted expected future profit stream they will lose if the relationship is terminated for such non-performance, W_2. Performance is assured when (1) $W_1<W_2$. W_2, the capital cost of the lost expected future profit stream that is imposed upon a nonperforming transactor when the relationship is terminated, (2) $W_2 = \Pi_0^* + \Pi_1^* / 1+r + \Pi_2^*/ (1+r)^2 + (\ldots)$ is called the transactor's reputational capital. The magnitude of each transactor's reputational capital determines, according to (1), the efficacy of the self enforcement mechanism" (KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 71).

índice de cumprimento voluntário, prescindindo-se de previsão contratual determinando o cumprimento forçado ou prevendo sanção para a hipótese de inadimplemento. Diversamente, quanto mais baixo o capital reputacional, mais detalhado tenderia a ser o contrato a ser celebrado entre as partes.[245]

Em certa medida, a conclusão de KLEIN traz novo entendimento a respeito do clássico Leviatã. Para HOBBES, as obrigações seriam sempre garantidas mediante o temor de um poder externo, que compeliria, pela força, os indivíduos ao adimplemento de suas obrigações.[246] Sem negar o poder do cumprimento obtido mediante ameaça de uma força externa, o que diz KLEIN é um pouco diferente: forças espontâneas derivadas dos próprios agentes também têm papel crucial no adimplemento das obrigações.

E não é só de HOBBES que KLEIN parece divergir. Também se vê distanciamento em relação a autores como MACAULAY e LLEWELLYN que tendem a tomar o vetor das forças de mercado, em especial a reputação e o risco de perda de potenciais negócios futuros, como o principal eixo a impulsionar o cumprimento espontâneo das obrigações.[247] O ponto chave para KLEIN e também mencionado em KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN é, portanto, considerar esses dois mecanismos *conjuntamente* dentro o tema do cumprimento das obrigações: tanto o cumprimento obtido mediante cláusulas contratuais e por força de imposição por terceiro, caso isso se mostre necessário – denominado *court-enforcement* pelo autor –; quanto o cumprimento espontâneo, por forças de mercado – o *self-enforcement*, na nomenclatura de KLEIN.[248]

---

[245] Esse raciocínio está explicitado também em KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 458.

[246] "Assim, para que as palavras Justo e Injusto possam ter algum significado, é preciso haver alguma espécie de Poder coercitivo que obrigue igualmente os homens a cumprirem seus Pactos e esse poder deve infundir o temor de alguma pena superior ao benefício esperado com o rompimento do Pacto e capaz d dar força à Propriedade adquirida pelos homens através do Contrato mútuo, como recompense do Direito universal que renunciaram. Esse Poder não pode existir antes da Constituição do Estado" (HOBBES, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. D'ANGINA, Rosina (Trad.). 2. Ed. São Paulo: Ícone Editora, 2003, p. 108).

[247] Veja-se passagem paradigmática de Llewellyn, para quem, o cumprimento das obrigações deveria ser buscado "fora" do ambiente legal: "The heavy drive toward actual performance must thus be sought outside the law; though the law, e. g., by way of an ideology of 'duty' in general, and 'legal duty' in particular, does undoubtedly contribute to such outside drives" (LLEWELLYN, Karl. What price contract? An essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 738).

[248] "Within this framework, where contract terms are used to efficiently define the self-enforcing range of the transactors' contractual relationship, self-enforcing and court-enforcing are not alternative enforcement mechanisms, but are complementary instruments used by transactors in combination to guarantee transactor performance" (KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 68). Mesmo entendimento está defendido em KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n.

É nesse sentido que as cláusulas contratuais são tomadas por KLEIN como um "*mal necessário*"[249]: instrumentos para reforçar o capital reputacional dos agentes econômicos, que, por ser limitado, precisaria ser complementado por cláusulas contratuais.[250] Essa complementação do capital reputacional aumentaria, assim, o que o autor denomina de campo probabilístico de cumprimento contratual espontâneo pelas partes, ou *self-enforcing range,* conforme original em inglês.

Veja-se que se trata efetivamente de um campo probabilístico em sentido próprio, visto que KLEIN deduz modelo em que é traçada uma curva a partir dos potenciais riscos de oportunismo dos contratantes envolvidos na transação. Desses riscos é extraído, por diferença, o espaço contratual probabilístico em que, ainda que ocorram mudanças nas condições contratuais originalmente fixadas pelas partes, tal não precipitaria o oportunismo de nenhum dos contratantes no sentido do descumprimento contratual.[251]

Dentro desse cenário, a finalidade das cláusulas contratuais seria expandir esse campo probabilístico, de forma a que o descumprimento por conduta oportunista dos

---

3, 1996, p. 455. Veja-se que esse entendimento de Klein repercute posteriormente em outros autores da NEI. Vide Scott Masten, adotando entendimento similar: "(…) the essence of contract is commitment. Without some form of assurance that others will, when the time comes, uphold their end of a bargain, individuals will be justifiably reluctant to make investments, forego opportunities, or take other actions necessary to realize the full value of exchange. To be sure, reputation considerations - the prospect that trading partners will withhold future cooperation - often provide that assurance (Telser, 1980), especially in business transactions (Macaulay, 1963). But where the size or credibility of nonlegal sanctions is insufficient to constrain opportunism, contracting offers an additional recourse: by contracting, transactors expose themselves to legal sanctions for failing to honor their commitments" (MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 26. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016). Também veja-se que o tema dos mecanismos extra-jurídicos de cumprimento contratual também aparece em Macneil: "To summarize, habit and custom, and other nonlegal enforcement mechanisms, e.g. the threat of losing one's credit rating, and legal mechanisms other than private contract remedies, eg. the system of bank regulation, all lead to contract enforcement. Most often these are of far greater significance than the legal remedies of 'contract law'" (MACNEIL, Ian. Essays on the nature of contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 269).

[249] A expressão é do próprio Klein: "Court-enforced explicit contract terms are a necessary evil that are used by transactors solely because the transactors possess limited reputational capital" (KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 73).

[250] "Contract terms are used as an aid to self-enforcement because the transactors' reputational capital through which the self-enforcement mechanism operates is limited (…) Therefore, although Macaulay and others are correct in noting that many business relationships are self-enforced, transactors are not indifferent regarding the contract terms they choose to govern their self-enforcing relationships" (KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 68).

[251] "The self-enforcing range measures the extent to which market conditions can change without precipitating a hold-up by either party" (KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 449).

contratantes ficasse reduzido a pequenas franjas nas extremidades desse campo de probabilidades. As figuras abaixo reproduzem esse entendimento de KLEIN:

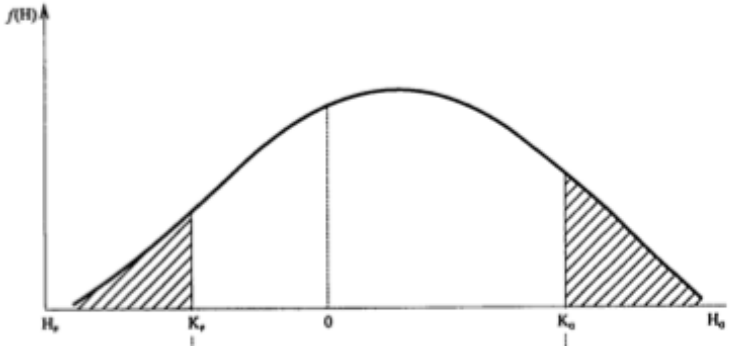
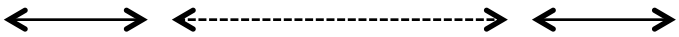


Figura 2: Representação do campo probabilístico de auto-cumprimento[252]



Mensuração probabilística do oportunismo - contratante 1

Self-enforcing range

Mensuração probabilística do oportunismo - contratante 2

***

Self-enforcing range

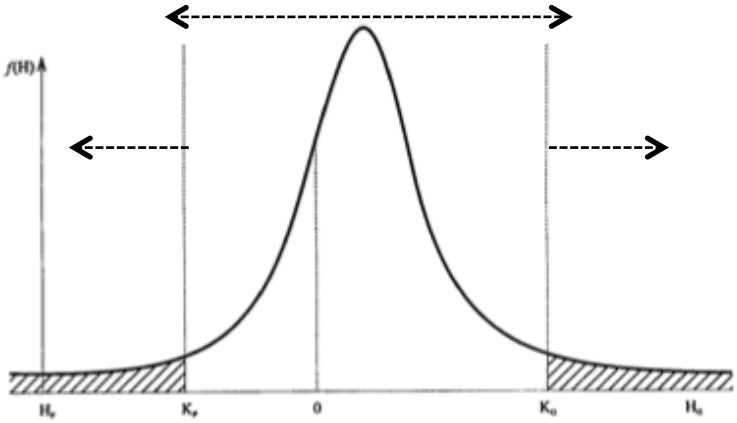


Figura 3: Alargamento do campo probabilístico de auto-cumprimento e redução do campo de oportunismo dos contratantes mediante emprego de cláusulas contratuais

[252] Trata-se de reprodução de gráficos de Klein apresentados em KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 457.

Para KLEIN, a maneira mais eficiente de se expandir o campo de auto-cumprimento é mediante cláusulas contratuais capazes de *criar valor* ao contratante mais tentado ao oportunismo contratual. Isso ocorreria já que o contratante oportunista passaria a ter mais a *perder* do que a *ganhar* com o descumprimento contratual, o que alargaria o campo de adimplemento espontâneo.

KLEIN cita como exemplo a previsão contratual de exclusividade em contratos de franquia. Segundo o autor, a delimitação de território exclusivo para atuação de cada franqueado tem a função de agregar renda adicional aos franqueados e, com isso, incentivar o cumprimento espontâneo por parte desse contratante. Isso porque, ao saberem de antemão que não enfrentarão qualquer concorrência dentro de sua rede de franquia, os franqueados teriam, eles mesmos, interesse próprio na permanência do vínculo contratual de longo prazo.

Essa quase-renda gerada com a garantia de exclusividade tende a aumentar o capital reputacional dentro da relação de franquia, na medida em que, em caso de inadimplemento, o franqueado terminaria também amputado desse valor adicional. É o medo de perda dessa quase-renda pelos franqueados que tende a expandir o potencial de cumprimento espontâneo do contrato de franquia.

Mas é claro que o alargamento desse campo de probabilidades não tem como ser levado ao infinito, para extirpar de vez o risco de oportunismo e de inadimplemento dentro de uma dada transação. Mesmo porque, a natureza "*meio-hobessiana*" do agente econômico é inerente ao mundo dos negócios e integra, como já dito, a própria realidade empresarial.

Isso significa que, se mudanças acontecerem nas condições originais contratadas, a ponto de tirar as partes de dentro desse campo de probabilidades, passaria a existir ameaça real e crível de descumprimento contratual. Foi justamente o que aconteceu no momento em que a demanda por carrocerias de veículos automotores aumentou drasticamente e, como resultado, General Motors e Fisher Body foram jogadas para fora do campo de auto-cumprimento voluntário, ingressando nas franjas de oportunismo que inevitavelmente decorrem da própria natureza meio-hobbesiana dos contratantes.

Já que zerar o risco de oportunismo não é um cenário verossímil, o ponto central dessa teoria é, então, dosar o quanto de *court-enforcement* – cláusulas contratuais

previstas por escrito –, é necessário de ser agregado ao *self-enforcement* – cumprimento espontâneo pelo temor de ruptura do vínculo contratual de longo prazo –, para se aumentar o campo probabilístico de cumprimento espontâneo, mas sem que isso termine por trazer excessiva rigidez contratual a prejudicar a transação econômica, como se deu no próprio caso General Motors-Fisher Body.[253]

É com esse pano de fundo, que KLEIN entende que sua teoria apresentaria nova abordagem aos termos contratuais, tomados muito além do mero papel tradicional de alinhamento de incentivos. Como pretende o autor, as cláusulas contratuais serviriam efetivamente como mecanismos aptos a *alargar* o campo de cumprimento espontâneo e, assim, *economizar* custos de execução forçada e eventuais perdas derivadas de oportunismo contratual.

KLEIN chega a considerar que sua visão seria considerada inclusive uma justificativa econômica aos contratos relacionais, por apresentar um modelo probabilístico a incentivar o emprego de cláusulas contratuais abertas a serem completadas pelas partes ao longo do relacionamento comercial.[254] Tanto que KLEIN se refere às cláusulas contratuais como "*atos de constituição*" em clara alusão a GOLDBERG e seu entendimento a respeito dos contratos relacionais.[255]

Ainda que KLEIN trabalhe com campos de probabilidade, enquanto WILLIAMSON use vetores lineares de análise, além do que a definição de oportunismo

---

[253] "(…) transactors use written contract terms to define optimally the self-enforcing range of their contractual understanding. The goal of contractual specification is to economize on the amount of private enforcement capital necessary to make a contractual relationship self-enforcing by merely 'getting close' to desired performance (without creating undue rigidity) and to let the threat of private enforcement move performance the remainder of the way to the desired level" (KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 456).

[254] "Finally, it may be argued that the framework presented here provides an economic justification for relational contract law. Because hold-ups are caused by rigid court enforcement of the imperfect and incomplete terms transactors choose to write in their contracts, it may be efficient for courts to use increased discretion in enforcing the terms. The court would appear to be able to provide an effective substitute for the transactors' limited private enforcement capital by taking more explicit consideration of the intent of the contractual understanding, rather than merely rigidly enforcing the written terms of the contract. As a result, relational contract law, by leading courts to flexibly interpret contracts with the goal of avoiding hold-ups, could, in principle, expand the self-enforcing range of contractual arrangements" (KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 462).

[255] "The contract terms that define the self-enforcing range can be thought of as a 'contractual constitution' that is not anticipated to be frequently amended" (KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 453-454).

empregada por cada um deles tenha particularidades[256], parece haver, de toda maneira, aproximação entre os autores. Em especial, o *self-enforcing range*, como campo de autocumprimento contratual, soa de maneira similar ao *mutual reliance relation*, mencionado por WILLIAMSON como sendo o produto contratual gerado pelo emprego de métodos bilaterais de governança contratual e que impacta o índice de adimplemento contratual.

Tanto quanto em WILLIAMSON, também aqui se poderia pensar na expansão do referencial teórico de KLEIN, a ponto de se construir a arbitragem como uma cláusula contratual a reforçar o capital reputacional dos agentes econômicos e, assim, aumentar o campo probabilístico de auto-cumprimento contratual. O fundamento teórico reside, em grande medida, na própria natureza da arbitragem reconhecida por KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN enquanto mecanismo de economia de custos de litígio e de imposição de penalidade pelo oportunismo. Também como a previsão de arbitragem não representa engessamento contratual, pretendendo, em verdade, agregar dinamicidade ao trato da transação econômica, o que é feito sem majoração excessiva dos custos contratuais de contratação – os tais "*ink costs*", conforme taxonomia criada por KLEIN –, tem-se aí fundamentação adicional a essa construção pretendida.

Assim, na linha expandida a partir de KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, a arbitragem se tornaria uma resposta eficiente de governança dentro do modelo relacional a *(i)* aumentar o grau de confiança contratual, *(ii)* induzir e alargar o índice de cumprimento espontâneo das obrigações pelos agentes econômicos, também *(iii)* auxiliando a contornar o oportunismo dos contratantes, especialmente aguçado em hipóteses de quase-renda criadas. Esses efeitos seriam alcançados em razão do aumento do capital reputacional dos contratantes, alinhando-se interesses distintos, com papel de destaque ocupado pelos custos cobrados pela arbitragem como reforço a tal estratégia.

Esse entendimento será detalhado no Terceiro Capítulo, que associa a arbitragem ao conceito de confiança e também no Quarto Capítulo, no tratamento da teoria

[256] É o próprio Klein que explicita a diferença na conotação do oportunismo entre ele e Williamson. Em suma, para Klein o oportunismo seria um evento impossível de ser antecipado, ao passo que Williamson, por entender que o oportunismo se assemelharia ao risco moral, considera o conceito como um evento capaz de predição. Vide KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 461.

de sinalização. Este é denominado de "Hipótese (2)" para os fins do testes empírico realizado no Sexto Capítulo desta tese.

2.4. A visão da arbitragem segundo MACNEIL: mecanismo de origem neoclássica e que pode se alinhar ao modelo contratual relacional

2.4.1. A questão do conflito dentro de cada moldura contratual

Muito da visão de MACNEIL está refletida no trabalho de WILLIAMSON, por ter sido aquele autor um dos principais pontos de referência para que WILLIAMSON evoluísse sua teoria a respeito dos custos de transação. Algumas particularidades, porém, merecem destaque em MACNEIL.

Em primeiro lugar, a preocupação central de MACNEIL está em identificar possíveis respostas contratuais desenvolvidas dentro de cada modelo teórico – clássico, neoclássico e relacional – para lidar com o surgimento de *conflito* entre os contratantes. Há, sim, um racional de eficiência por trás do pensamento de MACNEIL. Mas, diferentemente de WILLIAMSON e também de KLEIN-ACHIAN-CRAWFORD, tal não é feito em MACNEIL com fundamento na ideia crua de custos de transação ou em vista ao temor de oportunismo durante a execução do contrato. Reconhecendo que o conflito é inerente ao ambiente contratual[257], o propósito de MACNEIL é distinguir como cada moldura contratual seria capaz de lidar com uma realidade de conflituosidade.

Dois elementos de análise são identificados pelo autor: *(i)* o planejamento de risco e *(ii)* a capacidade de adaptação à mudança. No modelo clássico, a resposta de MACNEIL é bastante óbvia ao problema do conflito. Na medida em que esse modelo trabalha sobre bases de descontinuidade e de "presentificação" do futuro, o planejamento de longo prazo é feito de forma *exterior ao contrato*. Com isso se quer dizer que cada contratante, nos limites internos de sua própria firma, cuida de fazer seu planejamento

[257] "Trouble is expected as a matter of course" (MACNEIL, Ian. Relational contract theory as sociology: a reply to professors Lindenberg and de Vos. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 313).

individual, ajustando a necessidade contratual ao número de instrumentos descontínuos suficientes para atender tal demanda.[258]

É o que já foi tratado em capítulo anterior. Nos contratos clássicos, a calibração da necessidade de longo prazo é feita independentemente de qualquer planejamento comum de risco entre os contratantes.[259] Nesse cenário, o conflito é visto de forma também externa ao contrato, não havendo preocupação em criar estruturas contratuais para adaptação e superação da situação de conflituosidade. Como nota MACNEIL, nas remotas hipóteses em que o conflito surge antes de finalizado o cumprimento contratual, prevalece a previsão contratual originalmente fixada em desfavor de qualquer tentativa de flexibilidade.[260]

Por não haver preocupação com a permanência do vínculo contratual, também não há preocupação com o desenho de formas de solução de disputas que pretendam mais do apenas lidar externamente com o conflito. O racional de solução de disputas, baseado na ideia de confiança entre as partes e com pretensão de permanência do vínculo criado, simplesmente não tem sentido prático dentro de uma moldura descontínua, em que, por essência, não há qualquer vínculo duradouro entre as partes.[261]

MACNEIL reconhece no modelo neoclássico algumas mudanças estruturais no tratamento do conflito. Em especial, passam a ser desenvolvidas técnicas contratuais de

---

[258] "In effect, the contract system does not provide planning for changes; it leaves that to the internal planning of each firm" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 860).

[259] "That market, rather than continued relations between these particular parties, will supply their future needs. (…) Given this format, minimizing of risk through planning comes in the internal planning of firms, not in mutual planning between them through contract" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 861).

[260] "Only rarely in a discrete transaction will the items contracted for become useless before the forward contract is performed or become of such lessened value that the buyer either will not want them or will want them in greatly changed form. To put this another way, only rarely will there be within the transaction a serious conflict between specific planning and changed needs. (…) In those relatively rare cases of difficulties arising while the contract remains unperformed, the conflict exists but is resolved entirely in favor of the specific planning and against the party desiring flexibility" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 860).

[261] "Trust in turn presupposes some kind of a relation between the parties. Whether it is that created by a shared morality, by prior experience, by the availability of legal sanction, or whatever, trust depends upon some kind of mutual relation into which the transaction is integrated. And integration into a relation is the antithesis of discreteness" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 858).

planejamento de risco e de adaptação a contingências, objetivando exatamente dar vazão a eventuais conflitos surgidos durante a vigência dos contratos.

Como exemplo dessas técnicas neoclássicas, MACNEIL cita o emprego de índices não controlados por nenhuma das partes, para fins de ajustes ao longo da execução dos contratos. É o caso, por exemplo, da fixação do IGPM ou a variação do CDI usualmente adotados como critérios de atualização de valores e de juros em contratos. Também o comprometimento prévio das partes em futuras renegociações contratuais – o que o autor denomina segundo a fórmula controvertida de "*agreement to agree*"[262] – seria outra ferramenta neoclássica para lidar com o potencial de conflito.

No tocante à solução de controvérsias, há identificação entre os pensamentos de MACNEIL e WILLIAMSON. Mais especificamente, MACNEIL menciona a arbitragem como tendo dupla função dentro do modelo neoclássico. Funcionaria não apenas para *(i)* planejamento de risco contratual, mas também *(ii)* como ferramenta para preenchimento de lacunas contratuais ao longo da execução do contrato.[263]

Além disso, tanto quanto WILLIAMSON e KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, também se vê em MACNEIL a caracterização da arbitragem como um mecanismo contratual que, a despeito do surgimento de eventuais conflitos, primaria pela permanência do vínculo contratual entre as partes. A diferença em MACNEIL talvez seja seu olhar mais realista sobre a arbitragem: a previsão em si do método arbitral não pode ser tomada como reconhecimento automático de que, em caso de conflito, a relação contratual será necessariamente preservada.[264]

---

[262] Diz-se controvertida, pois a crítica que se faz a essa fórmula é no sentido de que uma obrigação de concordar em renegociar não teria conteúdo específico a ponto de obrigar as partes contratantes. O próprio Macneil reconhece a crítica feita a essa fórmula, mas sem deixar de também reconhecer sua aplicação corrente na prática contratual. Ainda hoje, fala-se na importância das obrigações de renegociar com o intuito de garantir a flexibilidade dos contratos ao longo do tempo. Vide NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista AASP*, v. 116, 2012, p. 88-97.

[263] "Planning for the arbitration of rights disputes is an important aspect of risk planning. But arbitration is also used for filling gaps in performance planning" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 867).

[264] "Provisions for meeting together to discuss problems, for mediation in event of a dispute, and for arbitration are all examples of planning which tends to keep relations going, even without a statement that the parties will do so. The neoclassical contract system provides its normal enforcement mechanisms for such provisions, including limited availability of specific performance. In the case of arbitration, under modern statutes, the system strongly reinforces the process, although reinforcement of arbitration itself does not necessarily mean that the relation will continue" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law*

Ainda que exalte a importância de tais técnicas de planejamento, o próprio MACNEIL entende que muitas delas ainda são tímidas no propósito de permanência do vínculo contratual. E o motivo é que grande parte de tais técnicas tendem a lidar com o transcurso de tempo focando mais em compensar a parte que sofreu com o conflito do que efetivamente garantindo a permanência do vínculo contratual. Nas palavras de MACNEIL: a preocupação seria antes de *recolher os pedaços* de um contrato desfeito do que de impedir que o rompimento se realizasse.[265]

Nesse ponto, o autor traz um argumento que diferencia sua teoria. Segundo ele, apesar de amenizar os elementos de descontinuidade e presentificação típicos da moldura clássica, a proposta contratual neoclássica continua ainda a preservar parte da raiz clássica, o que impediria uma resposta adequada para a preservação do vínculo contratual.[266]

A proposta relacional de MACNEIL é justamente apresentada para preencher essa deficiência neoclássica. Mais do que servir apenas como paliativo a tratar as consequências do conflito, a proposta relacional de MACNEIL tenderia efetivamente a agir sobre as potenciais *causas* de desagregação contratual, evitando, assim, um cenário de *cacos contratuais* após o conflito. Nesse sentido, a interpretação literal de cláusulas contratuais cede lugar a um exame contextualizado do contrato e da intenção das partes. O relacionamento contratual ganha maior importância e o que não está escrito vale tanto quanto o que foi formalmente acordado entre as partes.[267]

Review, n. 72, 1977-1978, p. 879).

[265] "But as a general proposition these doctrines aim not at continuing the contractual relations but at picking up the pieces of broken contracts and allocating them between the parties on some basis deemed equitable" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 874).

[266] "The neoclassical contract law system may be seen as an effort to escape partially from such rigorous presentiation, but since its overall structure is essentially the same as the classical system it may often be ill-designed to raise and deal with the issues" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 870).

[267] Veja-se Macneil mencionado esse aspecto de interpretação relacional: "Rather, a preliminary question must always be asked: do the formal communications indeed reflect the sharp past focus and strong intentions necessary to put these communications high in the priorities of values created by the contractual relation? This question can be answered only by looking at the whole relation, not in the grudging manner of the neoclassical system, but as the very foundation for proceeding further with the hierarchical assumptions, or without them, or with other hierarchies" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 894).

Além disso, a ênfase da moldura relacional recai sobre técnicas de planejamento de risco capazes de alinhar os interesses das partes em torno de um objetivo contratual comum, o que é feito preponderantemente através do incentivo à confiança e à cooperação entre as partes. O objetivo passa a ser alocar *para dentro do contrato*, e não mais externamente, a decisão de ajustar os termos contratuais, permitindo, assim, flexibilidade, autonomia e adaptação suficientes para lidar com os potenciais conflitos.

É nesse aspecto que reside justamente a ideia de autorregulação dos interesses contratuais, como já apontado no início deste capítulo. Conforme menciona MACNEIL, a autorregulação dentro dos contratos relacionais chegaria ao ponto de ser criada uma verdadeira *mini-sociedade* entre os contratantes.[268]

Além disso, o que parece ser outro grande diferencial em MACNEIL é a inclusão do conflito como parte integrante da moldura relacional.[269] Algo, aliás, que a teoria dos sistemas faz em relação ao próprio Direito.[270] Ao reconhecer que a contingência é própria à realidade contratual moderna e que alterações são inerentes ao processo de cumprimento contratual[271], colocar uma camisa de força sobre os contratantes ou tentar domar o futuro mediante previsões contratuais detalhadas soa simplesmente tolice ou esforço inútil. O enfoque dentro da moldura relacional de MACNEIL é assegurar aos

[268] "The final category of relational norm to be considered here is very open-ended. As contractual relations expand, those relations take on more and more the characteristics of minisocieties and ministates. Indeed, even that is an understatement. In the case of huge bundles of contractual relations, such as a major national or multinational corporation, they take on the characteristics of large societies and large states" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 898).

[269] Tal aparece em vários escritos de Macneil, vide a título exemplificativo: "Recognizing that conflict and dispute are possibilities inherent in every contract, it may be and usually is incumbent upon the contract planner to give thought to planning ahead for their resolution" (MACNEIL, Ian. A primer of contract planning. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 233)

[270] "O direito não é, na concepção de Luhmann, tanto um meio de evitar conflitos quanto de prevê-los e prepará-los, porém processá-los. Na própria estrutura de suas normas está implícita a previsão do conflito, pois sempre se coloca como alternativa de cumprimento e descumprimento. É o conflito precisamente, o descumprimento, o que exerce o efeito paradoxal de reforçar a expectativa normalizada, pois desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafática dessa expectativa, que aparece assim reforçada perante os casos futuros. Daí que diga Luhmann que o direito usa a possibilidade de conflito para a generalização de expectativas" (AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Coord.). *Niklas Luhmann*: do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 332-333).

[271] "Perhaps this is merely a way of saying that planning is inherently filled with gaps, and that performance fills the gaps, thereby altering the relations as originally planned" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 873).

contratantes, dentro das balizas de legalidade, autonomia suficiente para encontrarem, por si, a solução mediada dos conflitos contratuais.

2.4.2. O mecanismo de disputas apropriado ao modelo relacional

Se o conflito é tomado como parte integrante dos contratos relacionais, o planejamento do mecanismo relacional de solução de controvérsias é tema de destaque na literatura de MACNEIL. E, ao contrapor o modelo de solução de disputas neoclássico ao modelo de solução de disputas relacional, MACNEIL aponta ser essa uma das maiores divergências entre as duas molduras contratuais.

O ponto de partida de MACNEIL é o reconhecimento de que a técnica ideal de solução de disputas é aquela que consegue evitar que a disputa sequer se inicie.[272] Mas, em se iniciando, MACNEIL apresenta oito características de como a disputa deve ser trabalhada dentro da moldura relacional.[273] São elas:

1. O escopo da disputa não deve ser tomado como um dado externo ou estático, devendo ser ajustável pelas partes e pelo terceiro encarregado da solução da disputa, além de também poder se adaptar a eventuais mudanças ocorridas ao longo do período de conflito.

2. O relacionamento entre as partes não deve ser tomado apenas bilateralmente, mas deve se expandir em outras direções, para atingir eventuais outras relações existentes entre as partes.

3. A descoberta dos fatos controvertidos não deve se dar de forma apenas adjudicativa, mas também de forma preditiva e com efeitos normativos para o futuro.

[272] "The ideal technique of dispute resolution is avoiding the dispute in the first place" (MACNEIL, Ian. A primer of contract planning. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 233).
[273] Macneil adaptou essas características do trabalho de Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review,* n. 89, 1976, p. 1281-1283.

4. As medidas aplicadas não devem visar apenas à compensação por danos causados. Devem também ter uma perspectiva voltada ao futuro e à continuidade da relação entre as partes.

5. As penalidades estabelecidas às partes devem ser negociadas e mediadas.

6. A sentença proferida não é o ponto final e não deve extinguir o papel do terceiro encarregado do conflito. A sentença deve ser tomada como o ponto de partida a marcar o início de um acompanhamento, de perto, da evolução do relacionamento das partes a partir da decisão tomada.

7. O terceiro encarregado da solução da disputa não deve ter uma postura passiva. Ao contrário, deve ter uma postura dinâmica e auxiliar na identificação de potenciais soluções ao conflito.

8. A disputa não deve ignorar o fato de que, ainda que direitos individualmente considerados sejam debatidos entre as partes, o relacionamento subjacente envolve um contexto contratual muito mais amplo.

Segundo MACNEIL, esses traços característicos se confrontariam, quase que totalmente, aos padrões de solução de conflito adotados pelas molduras clássicas e neoclássicas.[274] Novamente, a divergência central apontada por MACNEIL está no fato de que os métodos aplicados pelos formatos clássico e neoclássico ainda teriam uma visão muito limitada acerca do conflito. Conforme MACNEIL, a preocupação desses modelos se resumiria apenas a pôr um fim ao conflito, simplesmente atribuindo valores patrimoniais a uma das partes, mas sem qualquer racionalidade de permanência do relacionamento entre as partes.[275]

[274] "In almost every respect the foregoing approaches contrast sharply with a classical contract law system and with the conceptual assumptions of a neoclassical system" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 892).

[275] "When the conflict levels in exchange processes, wherever they may lie on the command-horizontal spectrum, exceed the resolution capacity of bargaining and other exchange processes, other techniques of dispute resolution must be utilized. Here we find the most dramatic change from the classical or even neoclassical litigation (or rights arbitration') models. Their function is to put an end to the dispute; and, since resolution of the dispute is all that remains of the discrete transaction, the process is a relatively simple and

Mesmo MACNEIL reconhecendo os muitos avanços da moldura neoclássica, esta também é alvo de críticas no tocante à inadequação de suas formas de solução de disputas. Para o autor, tais métodos neoclássicos – entre os quais a arbitragem se incluiria – ainda seriam muito limitados para atendimento das necessidades relacionais exigidas em grande parte das transações atuais.[276] Na percepção do autor, faltaria ainda desenvolver uma nova perspectiva interna e externa aos métodos de solução de disputas a serem empregados aos contratos de natureza relacional.

2.4.3. A expansão do argumento de MACNEIL: a arbitragem como exemplo de micro-sociedade a incentivar a continuidade do vínculo contratual dentro do modelo relacional

É preciso lembrar que grande parte da produção de MACNEIL data do final dos anos 1960 e 1970 e, como ele mesmo reconheceu, a arbitragem ainda passaria por grande estágio de evolução desde então.[277] Isso, de fato, se verificou.

Dessa forma, tal como feito com os entendimentos de WILLIAMSON e demais autores, entende-se necessária a devida atualização do entendimento de MACNEIL em relação ao atual estágio da arbitragem. E o principal ponto que se quer enfrentar diz respeito à criação de uma *micro-sociedade* para fins de solução de disputas.

Como notado anteriormente, MACNEIL apresentou traços característicos do método de solução de controvérsias que ele considerou adequado ao modelo relacional. Ao apontar as divergências entre tais traços e a realidade dos métodos clássico e neoclássico, o autor terminou por provocar o debate em torno da necessidade de desenvolvimento de

---

clean one. This process is rather like the discrete transaction itself: sharp in (by commencing suit) and sharp out (by judgment for defendant or collection of a money judgment by plaintiff)" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 891).

[276] "Similarly, although the neoclassical system can accomplish some of the flexibility of these relational patterns, and utilizes some of them, in toto the patterns go far beyond it" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 893).

[277] "Commercial arbitration has grown tremendously in the last two or three decades. Total case filing with American Arbitration Association have frown from 36,609 m 1984 to 68,346 in 1996. The future appear to hold still greater use of arbitration clauses in commercial arbitration (and increasingly in many consumer contracts as well)" (MACNEIL, Ian; GUDEL, Paul. *Contracts* – exchange transactions and relations. Cases and materials. 3. Ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 1067).

novas estruturas relacionais de solução de disputas que induzissem, segundo ele, a criação de uma *mini-sociedade* entre as partes.[278]

Mesmo sem empregar explicitamente tal expressão, essa mesma preocupação de autorregulação no tocante à solução de disputas está presente em outros autores realistas, que compartilham com MACNEIL a necessidade de participação das partes na solução de conflitos surgidos em cenários de longo prazo. Esse é o caso de MACAULAY, LLEWELLYN e GALANTER, já mencionados em capítulo anterior.

Mesmo décadas depois de apresentadas essas ideias, o conceito de "*mini-sociedade*" e autorregulação para solução de conflitos não perdeu atualidade dentro do debate contratual. Aliás, muito ao contrário disso. Como apontado por TRUBEK e TRUBEK[279], JOSÉ EDUARDO FARIA[280] entre outros autores, essa tendência está em voga em diferentes campos do direito. É com inspiração nessas ideias e também nas recentes transformações sociais e institucionais referidas no tópico preliminar deste capítulo, que se pretende expandir a moldura de MACNEIL no que se refere ao tratamento da arbitragem.

Veja-se que a ideia de "mini-sociedade" já foi aplicada em relação à arbitragem. Conforme relatado por KATHERINE VAN WEZEL STONE, muitos autores adeptos da linha industrial pluralista consideravam que a arbitragem, no período pós-Segunda Guerra Mundial, era elemento-chave na criação e manutenção de uma "*mini-democracia*" ou uma "*ilha de autorregulação*" dentro das relações de trabalho.[281]

---

[278] "Somewhere along the line of increasing duration and complexity, trying to force chances into a pattern of original consent becomes both too difficult and too unrewarding to justify the effort, and the contractual relation escapes the bounds of the neoclassical system. That system is replaced by a very different adjustment processes of an ongoing-administrative kind in which discreteness and presentiation become merely two of the factors of decision, no the theoretical touchstones. Moreover, the substantive relation of change to the status quo has now altered from what happens in some kind of a market external to the contract to what can be achieved through the political and social processes of the relation, internal and external. This includes internal and external dispute-resolution mechanisms. At this point, the relation has become a *minisociety* with a vast array of norms beyond the norms centered on exchange and its immediate processes" (MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 196).

[279] Dentro da ideia de "new governance" já citada- vide nota de rodapé 203.

[280] Vide notas de rodapé 209.

[281] Veja-se que Stone não é adepta, ela própria, da linha pluralista, entendendo em verdade que as discussões de natureza trabalhista não refletiriam uma "mini-democracia", visto que os poderes de empregados e empregadores seriam desiguais no momento de barganha e acordo. É por essa razão que Stone entende que as relações de trabalho não deveriam ser exiladas do debate politico e público. Ainda assim, ela reconhece que a linha industrial pluralista, a defender a relação de trabalho como uma 'ilha de autorregulação' continuava, à época de seu artigo, a ser a corrente majoritária: "In the industrial pluralist model, disputes over breaches of collective agreements are not submitted to an administrative or judicial tribunal. Rather, they are

Ainda que tais autores estivessem tratando de relações de trabalho, esse embrião teórico, concebendo a arbitragem como mecanismo a induzir a criação de um *micro-cosmos* contratual entre as partes envolvidas, não pode ser desperdiçado. E dentro do modelo relacional, em que, como já lembrou WILLIAMSON, os métodos de governança bilateral têm importância renovada, essa ideia pode ganhar maior protagonismo.

Assim é que, dentro da moldura relacional, em que estruturas de autorregulação privada são priorizadas, a arbitragem pode ser construída como mecanismo de nova governança contratual capaz de alocar para dentro do contrato, e não mais externamente, as ferramentas de planejamento de risco e de conflito, incentivando, assim, a criação de uma *micro-sociedade* entre os contratantes e a permanência do vínculo contratual.

Esse entendimento será detalhado no Quinto Capítulo deste trabalho como um das economias contratuais trazidas pela arbitragem e é denominado de "Hipótese (3)" para os fins do testes empírico realizado no Sexto Capítulo desta tese.

2.5. Síntese das ideias apresentadas

Apesar das particularidades de cada autor, tanto em WILLIAMSON, quanto em KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN e MACNEIL, a arbitragem é tomada como um mecanismo contratual cujo papel na permanência do vínculo contratual não pode ser negligenciando. É com base nas conclusões preliminares desses autores que é possível, então, expandir as *funções contratuais* que podem ser atribuídas à arbitragem.

---

submitted to the dispute-resolution mechanism that the parties in this mini-democracy have established for themselves - private arbitration. The arbitrator takes on the functions of a judge, outside of the legislative process of contract negotiations and above the day-to-day disputes between the parties. The power of the union, then, is to compel its employer to go to arbitration. This, however, is a procedural power only. The actual power is determined in every given dispute by the particular arbitrator. According to the industrial pluralist view, there is a separation of powers in the workplace: the parties are said to govern themselves democratically. A corollary of this description of the industrial world is the prescription that the processes of the state-the courts and administrative tribunals-should keep out. The workplace, portrayed as a self-contained mini-democracy, becomes in the industrial pluralist theory an island of self-rule whose self-regulating mechanisms must not be disrupted by judicial intervention or other scrutiny by outsiders" (STONE, Katherine Van Wezel. The Post-War Paradigm in American Labor Law. *The Yale Law Journal,* v. 90, n. 7, 1981, p. 1515).

Dentro de uma sociedade do risco, com grau de incerteza majorado e constante incentivo à autorregulação das partes, além de traços relacionais cada vez mais frequentes nos contratos, a arbitragem pode também desempenhar as seguintes funções:

(i) mecanismo de governança bilateral, capaz de sinalizar, no momento da contratação, a intenção e o comportamento cooperativo das partes – Hipótese (1);

(ii) resposta contratual eficiente a induzir e alargar o índice de cumprimento espontâneo das obrigações pelos agentes econômicos, também aumentando a confiança e o capital reputacional dos contratantes e auxiliando a contornar índice de oportunismo – Hipótese (2); e

(iii) exemplo de nova governança que, ao criar um micro-cosmo para tratamento da conflituosidade entre os contratantes, estabelece vínculos internos de planejamento de risco capazes de estimular o adimplemento contratual e garantir a perenização das relações de longo prazo – Hipótese (3).

As três hipóteses devem ser tratadas conjuntamente, por refletirem propostas que se complementam. Basta ver que a sinalização de comportamento cooperativo por parte dos contratantes (Hipótese 01) também representa sinalização de oportunismo reduzido durante a execução do contrato (Hipótese 02). Da mesma forma, a criação de um micro-cosmo para tratamento da conflituosidade diretamente pelos contratantes (Hipótese 03) também incentiva o alargamento do índice de cumprimento espontâneo das obrigações (Hipótese 02). E o reconhecimento da arbitragem como governança bilateral (Hipótese 01) implica o desenvolvimento de método de planejamento de risco e da conflituosidade interna ao próprio contrato e comum aos contratantes (Hipótese 03).

Também é de se ressaltar que, para as três hipóteses, há impacto em razão dos *custos* cobrados no procedimento de arbitragem, visto que essa é uma condição necessária para aplicação da teoria de sinalização que é pressuposta na Hipótese 01; sendo

também fator de incentivo ao alinhamento de interesses dos contratantes nos termos das Hipótese 02 e 03.

Nesse contexto, o uso da moldura relacional para a finalidade de demonstrar tais raciocínios se fundamenta em dois principais motivos. Em primeiro lugar, a grande maioria das contratações de hoje apresentam traços relacionais, sejam eles mais ou menos acentuados. Nas palavras de MACNEIL, as típicas transações de execução imediata entre completos estranhos têm cada vez menor espaço, ao passo que contratos relacionais, que exigem planejamento de longo prazo, laços mínimos entre as partes e ferramentas para lidar com a instabilidade contratual ocupam posição mais e mais central.

Também é dentro da moldura relacional em que é possível verificar, de maneira mais evidente, a economia contratual que a arbitragem *pode* trazer aos contratantes. Não que a arbitragem não possa – ou não deva – ser empregada em outras molduras contratuais que não a relacional. O que se está dizendo apenas é que, em contratos de natureza relacional, a arbitragem passa a deter *funções contratuais* para além apenas da mera resolução externa de conflitos que é notada em contratos clássicos e neoclássicos.

De fato, enquanto a escolha pela arbitragem em molduras clássicas e neoclássicas é feita de modo mais linear, comparando-se diretamente os custos da arbitragem com o benefício de uma solução final mais célere; no caso dos contratos relacionais a ótica de comparação é diferente. Nesse último cenário, os benefícios da arbitragem são mais variados e ultrapassam apenas a necessidade de rapidez por uma decisão terminativa. Há efetivamente impactos sobre o comportamento contratual e o cumprimento das obrigações contratadas.

Assim, se *acidentes de percurso*[282] durante a execução contratual compõem uma realidade inerente e inexorável ao mundo dos contratos, nos contextos relacionais a arbitragem pode oferecer *mais* estabilidade e *mais* previsibilidade ao adimplemento contratual.

[282] A expressão "acidentes de percurso" é empregada por Mackaay e Stéphane Rousseau, em referência à inevitável realidade de incompletude contractual. Vide MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. Ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 376-377.

Com isso, conclui-se a primeira análise de justificativas a embasar o porquê de a arbitragem ser tomada como uma resposta eficiente a agregar funções contratuais dentro do modelo relacional. Passa-se agora ao exame de aspecto que é denominador comum ao modelo relacional e à arbitragem: a ideia de confiança contratual.

CAPÍTULO 3

A CENTRALIDADE DA CONFIANÇA PARA A ARBITRAGEM

SUMÁRIO: 3.1. Confiança contratual em linhas gerais. 3.2. A construção da arbitragem como pacto ético de confiança. 3.3. Arbitragem e legitimação pela confiança. 3.4. Arbitragem, confiança e a equação econômico-financeira do contrato.

3.1. Confiança contratual em linhas gerais

À medida que o mundo e as relações sociais tornam-se mais complexas, maior é a importância que se dá à ideia de confiança. Efetivamente, na realidade atual, as probabilidades de experimentação são maiores e mais contingentes, abrindo-se leque de oportunidades de futuro também mais amplo aos indivíduos. Um cenário de maior potencialidades carrega, porém, uma desvantagem: as chances de desapontamentos e de perturbações sociais são também majoradas. Segundo LUHMANN, a potenciação dos riscos é o preço a se pagar por uma realidade complexa, contingente e diferenciada.[283]

É bem por isso que esse mesmo autor menciona que, mais do que ter expectativas sobre as muitas potencialidades de experimentação, a complexidade social demanda ter expectativas sobre as expectativas dos outros.[284] Ou, conforme TERCIO

[283] "O preço disso está na potenciação do risco: na elevação da contingência simples do campo de percepção, ao nível da dupla contingência do mundo social. Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento, da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar, enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar a minha decepção. O preço da absorção de perspectivas estranhas é, formulado em termos extremados, sua inconfiabilidade" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47).

[284] "Para o controle de um complexo de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desaparecimento aquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo - e assim também do direito" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47-48).

SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, ter confiança na confiança que o outro detém sobre a realidade[285], para ser possível levantar-se pela manhã[286] e seguir com a vida cotidiana.[287]

Muitas são as nuances e caracterizações que a confiança assume. Há uma noção mais subjetiva, que toma a confiança como algo essencialmente interno e próprio ao íntimo do sujeito. ALAIN PEYREFITTE é exemplo dessa linha conceitual. Para ele a "*confiança não se comanda. Ela vem do fundo de nós mesmos*", compondo *ethos* fundamental para se fazer progredir as sociedades.[288]

GEORGE AKERLOFF e ROBERT SHILLER também defendem visão que se poderia dizer subjetiva da confiança. Entendem ser a confiança uma espécie de sentimento interno dos agentes econômicos, que é usado para motivar as decisões tomadas. Mas, para esses autores, mais do que ser subjetiva, a confiança é essencialmente algo para além do racional.[289]

DIEGO GAMBETTA acompanha os autores anteriores, também vendo na confiança um elemento subjetivo que orienta os indivíduos a determinadas condutas, mas que não é, ela mesma, orientada ou controlada pelos indivíduos. Ele ainda agrega outros dois elementos na caracterização da confiança: *(i)* esse sentimento deve existir *antes* da verificação concreta da conduta da contraparte (daí porque a conotação da confiança como um ato de fé), e *(ii)* deve, de alguma maneira, impactar sobre a própria decisão a ser tomada, no futuro, pelo indivíduo. É nesse sentido que, para o autor, a confiança é uma tentativa frágil e imperfeita de lidar com a incerteza e com o risco de decepção.[290]

---

[285] SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 70.

[286] A expressão é de Luhmann, vide: "La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana" (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 5).

[287] "without trust, the everyday social life which we take for granted is simply not possible" (GOOD, David. Individuals, interpersonal relations and trust. In: GAMBETTA, Diego. (Coord.). *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 31-48).

[288] PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança*. Madrid: Instituto Piaget Divisão Editorial, 1995, p. 410-411.

[289] "The very meaning of trust is that we go beyond rational" (AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits*: how human psychology drives the economy and why it matter for global capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 12).

[290] "trust (or, simmetrically, distrust) is a particular level of the subjective probability with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action, both before he can monitor such action (or independently of his capacity ever to be able to monitor it) and in a context in which if affects his own action. (...) Trust is a tentative and intrinsically fragile response to our ignorance, a way of coping with 'the limits of our foresight'. (...) Trust is also related to the fact that agents have a degree of freedom to

A confiança objetiva, por outro lado, preocupa-se com a estabilidade das relações e se baseia, segundo ROBERTO SENISE LISBOA, em padrões razoáveis de comportamento aplicáveis a indivíduos em situações similares.[291] A diferença fundamental em relação à confiança subjetiva é que, no caso objetivo, não é necessário sentir intimamente nada; espera-se do agente "*apenas que se comporte como se sentisse*".[292]

Essa segunda acepção se aproxima da noção de confiança estratégica (*calculative trust*) que WILLIAMSON entende existir no mundo dos contratos. Para ele, a confiança vista enquanto um sentimento de paixão seria própria apenas ao ambiente pessoal e familiar. A confiança calculada ou estratégica é aquela esperada e aplicável às relações comerciais.[293]

TERCIO SAMPAIO trabalha com chave conceitual distinta, diferenciando uma confiança cognitiva e uma confiança fiducial, que ele aproxima, respectivamente, dos conceitos de *confidence* e *trust*.[294] O primeiro, o autor vincula a uma percepção fática que é confirmada por meio de evidências empíricas e que, justamente por isso, produz no sujeito a expectativa crível quanto a um dado resultado na realidade. Seria uma "*confiança em termos estatísticos*", para parafrasear o autor.[295]

---

disappoint our expectations. (...) trust would seem to be one of those states that cannot be induced at will, with respect either to oneself or to other" (GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: GAMBETTA, Diego (Coord.). *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 217, 218 e 230).

[291] "Já a confiança objetiva, enquanto valor, é voltada diretamente para o problema da estabilidade negocial, diante de uma análise da conduta do outro negociante (...) Além disso, a confiança objetivada decorre da noção de estandardização, isto é, de um padrão de razoabilidae da conduta do confiante, que qualquer outra pessoa, dadas as circunstâncias temporais e espaciais, teria, diante da situação concreta" (LISBOA. Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20 e 33. Vide também p. 154-155).

[292] A expressão é de BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

[293] "Trust as a passion versus trust as a modality corresponds in my treatment to personal trust and calculative trust, respectfully. Moreover, Dunn's characterization of calculative trust as strategic, whereas personal trust is not, is exactly right. But whereas Dunn contends that the twin of trust is betrayal, I would reserve betrayal for personal trust and would use breach of contract to describe calculative relations. As hitherto remarked, breach of contract is sometimes efficient, even in a commercial contract that is supportedby perfect safeguards. By contrast, betrayal of a personal trust can never be efficient. Betrayal is demoralizing" (WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust and economic organization. *Journal of Law and Economics*, v. 36, n°. 1, 1993, p. 482). Essa diferenciação já foi tratada anteriormente - vide nota de rodapé 173.

[294] Luhmann também trabalha com essa diferença entre trust e confidence, vide LUHMANN, Niklas. Familiarity, confidence and trust - problems and alternatives. In: GAMBETTA, Diego. (Coord.). *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 94-107.

[295] "Quando pensamos na relação confiança/contingência, podemos pensar em situações em que a confiança põe em relevo o tema do conhecimento (probabilidades). Para gerar a confiança é preciso lidar com expectativas cognitivas. Assim, a experiência (passado) gera confiança na medida em que produz expectativa de probabilidade (em circunstâncias normais: ceoteris paribus). Ou seja, o esquema da normalidade gera confiança em termos estatísticos: probabilidade. Os riscos gerados pela contingência são minimizados pelo

De outro lado, a confiança fiducial é gerada pela normatividade. Refere-se à expectativa em um dado resultado, em decorrência da crença, normativamente assegurada, quanto à previsibilidade do resultado esperado. Esse tipo de confiança não se funda na experiência ou em juízo empírico, mas corresponde, segundo TERCIO SAMPAIO , ao "*direito à segurança*" que se tenha em torno de um dado resultado.[296] Ainda que diferencie os conceitos, o autor chama a atenção para um ponto fundamental: a confiança fiducial, mesmo não exigindo confirmação na realidade empírica, pode ser afetada por um cenário de desconfiança cognitiva constante.

Para o mundo dos contratos, a confiança detêm papel chave. Tanto assim, que RICARDO LORENZETTI chega a tomá-la como verdadeiro "*lubrificante das relações sociais*".[297] É ela quem garante a estabilidade contratual e transmite segurança aos contratantes quanto ao cumprimento das obrigações assumidas.

A proteção das expectativas negociais é uma das principais finalidades desempenhadas pela confiança contratual. Figuras clássicas como *suppressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *venire contra factum proprium* buscam dar concreção e objetivação a esse princípio de confiança[298], sendo a boa-fé o denominador comum a essas figuras.[299]

---

grau de normalidade e, no limite, são desprezados: confia-se!" (SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 68).

[296] "Nesse caso, a confiança (fiducial) tem a ver com uma espécie de encargo que alguém assume perante alguém e vice-versa, isto é, perante o outro de quem se espera um comportamento correspondente, posto que é um mecanismo de convivência. Por isso, boa-fé, de um lado, lealdade do outro, como verdadeiro corpo de regras e princípios que atingem as próprias consciências como objeto jurídico. (...) E porque tem a ver com essa evidência contra a evidência (não se baseia em probabilidade), a fidúcia, em termos jurídicos, tem a ver com o direito à segurança. Não a segurança de que as coisas desfavoráveis não ocorram ou ocorram em menos número, mas de que não serão toleradas. (...) É essa exigência dessa segurança chamada jurídica (estabilidade no sentido das coisas) que exige o mecanismo de confiança/fidúcia" (SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 70-71).

[297] Lorenzetti também se baseia em Luhmann para essa afirmação: "Es que el anonimato y la complejidad distancia a los individuos, tornándolos desconfiados, siendo necesario un marco institucional para la confiabilidad, y aunque generalmente se hace referencia a la confianza-seguridad en el cumprimento de las transacciones para el inversor, el concepto debe ser entendido en toda su magnitud: también el consumidor tiene derecho a que se cumplan los contratos conforme la expectativa-confianza creada. Es necesaria la confianza, porque esta está en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo y porque es el lubricante de las relaciones sociales" (LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, ano, p. 15). Nesse artigo o autor menciona o princípio da confiança como uma expectativa genérica e especial de adimplemento.

[298] A respeito da confiança como valor e confiança como princípio, vide LISBOA. Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

[299] PENTEADO, Luciano Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, jul.-set. 2006, p. 252-278.

Também para o direito contratual, a estabilidade do futuro, a segurança no resultado e a expectativa na conduta da contraparte são os objetivos pretendidos pela confiança.[300] A quebra desse princípio geral permite a reparação civil do lesado, seja com fundamento na própria violação da confiança[301], seja sob o argumento do abuso do direito.[302] No âmbito do direito societário, MARIA DA GLÓRIA DE ALMEIDA PRADO defende inclusive a possibilidade de exclusão de sócio controlador, em razão da quebra de deveres de confiança e lealdade.[303]

Ainda que tenha uma aplicação intersubjetiva e que possa estar associada a valores pessoais dos contratantes, fato é que a confiança surgida no bojo das relações contratuais vai muito além de uma simples lealdade esperada no momento de negociação ou de execução contratual.[304] Conforme ÉRIC BROUSSEAU, a presença do elemento de confiança impacta diretamente sobre as estruturas de governança contratual a serem adotadas, visto que a confiança fortalece o nível de cooperação entre as partes, o que tende a dimininuir a necessidade de estruturas contratuais complexas, formalizadas e custosas.[305]

---

[300] "Esta boa-fé objetiva também é designada boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação, que também lhe é dada, é a de boa-fé confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das relações" (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136).

[301] Derivando pressupostos da responsabilidade civil a partir do princípio da confiança e da boa-fé, vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. Revista CEJ, v. 9, set.-dez. 1999, p, 40-44.

[302] A respeito da tutela da confiança e do dever indenizatório por danos efetivos e potenciais em decorrência do abuso do direito, vide SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, v. 33, jan.-mar. 2008, p. 307-342.

[303] PRADO, Maria da Glória Ferraz de Almeida. *A admissibilidade e a conveniência da exclusão do controlador em S.A*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2015.

[304] Defendendo raciocínio similar, mas a partir do conceito de cooperação, vide Giuliana Bonanno Schunck: "É importante destacar também que a cooperação não deve ser vislubrada como um fator filantrópico ou solidário, que deve ser estimulada apenas para que as partes tenham posturas mais altruísticas e bondosas. Na verdade, comportamentos cooperativos devem ser apoiados porque eles resultam em efetivos ganhos às partes envolvidas e é justamente por essa razão que mais adiante analisaremos a importância do dever de cooperação nos contratos, para que as avenças atinjam seus níveis ótimos de eficiência para ambas as partes" (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2013, p. 70).

[305] "l'adoption d'attitude coopérative (impliquant la confiance) permettent de diminuer le recours aux contrats formels. (...) Par ailleurs, puisqu'on compte sur la confiance pour qu'ex *post* les parties agissent dans l'esprit de l'engagement contractuel, il n'est pas nécessaire de mettre en place une (coûteuse) structure formelle de gouvernance en charge d'assurer les ajustements entre les parties et de garantir le respect des engagements. De plus, laisser aux parties la liberté de prendre des initiatives est un facteur clé d'innovation. Autrement dit, la confiance apparaît comme un moyen non pas de supprimer l'engagement contractuel, mais de diminuer le coût de sa conception et de son exécution, le cas échéant d'en améliorer l'efficacité en matière d'innovation" (BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001, p. 71. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

Com isso economizam-se custos de negociação e de formalização contratual, com espaço aberto para a inovação e para formas mais eficazes de contratação. Bem notará o leitor, que a caracterização da confiança como mecanismo de maior eficiência dos contratos, especialmente em negócios de longa duração, estimulando a adoção de formas de governança menos onerosas, está em linha com a proposta dos contratos relacionais, já vista em capítulos anteriores.

Nesse mesmo estudo, BROUSSEAU apresenta ainda outra assertiva a respeito da confiança, que interessa particularmente para este trabalho. Entende o autor que a confiança e a intenção cooperativa podem ser *sinalizadas* ao longo da performance contratual para *(i)* reiterar o interesse na permanência do vínculo obrigacional e *(ii)* reforçar o laço criado entre as partes. Para ele, uma gestão contratual eficiente, com os olhos voltados para a perenização da relação, deve conter elementos constantes de sinalização contratual de confiança entre as partes.[306]

Essas conclusões são reforçadas por DIEGO GAMBETTA. Mesmo sugerindo uma causalidade reversa àquela proposta BROUSSEAU e tomando a cooperação como fator a potencialmente originar e estimular a confiança, GAMBETTA também chama a atenção à importância de *elementos de sinalização* para garantia do comportamento cooperativo. Segundo ele, em um ambiente de incerteza e ignorância, é preciso garantir um *primeiro passo* – um "*first move*" na nomenclatura original do autor – para assegurar o comprometimento e a cooperação futura. Apenas com esse tipo de sinalização efetiva se estabelece a comunicação correta entre os indivíduos, a evitar um cenário de ausência de cooperação por temor de não haver correspondência ou reciprocidade na parte contrária.[307]

---

[306] "Comment ne pas détruire ces fragiles conjectures de confiance? Cela passe en partie par une conception et une gestion adéquate de la relation contractuelle. Bien entendu, l'initiation, la consolidation et la pérennisation des conjectures de confiance découlent avant tout d'un investissement continuel de la part des parties dans le processus coopératif. (...) D'un côté il s'agit de réitérer les signaux coopératifs en acceptant d'affiner sans cesse l'arrangement contractuel pour le rendre de plus en plus crédible en étant conforme aux modalités effectives de coordination" (BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001, p. 77-78. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf >. Acesso em 20.01.2016).

[307] "the evolutionary approach might *a fortiori* suggest that trust would be better understood as a result rather than a precondition of cooperation. Trust would exist in societies and groups which are successful because of their ability to cooperate, and would consist in nothing more than trust in the success of previous cooperation. (...) Cooperation may still be triggered by a random 'signal' which is then retained due to the success of its consequences. (...) Although Axelrod claims that cooperation can evolve without trust, the strategy of tit for tat (according to his experiments the optimal one in playing the Prisoner's Dilemma) is inconceivable in relation to humans without at least a predisposition to trust: when the game has no history a cooperative first move is essential to set it on the right track, and unconditional distrust could never be

Com tais conceitos preliminares, passa-se, a seguir, a integrar a arbitragem a esse contexto.

3.2. A construção da arbitragem como pacto ético de confiança

A vinculação entre arbitragem e confiança não é algo novo. Desde sua origem, a arbitragem tem sido associada a uma forma de solução de controvérsia que busca em semelhante*s*, que detêm o respeito e a confiança das partes envolvidas, a atribuição para compor conflitos particulares.

Observe-se o caso das cidades comerciais medievais. Nestas, a forma preponderante de solução de disputas entre mercadores era o julgamento por meio de iguais. Como bem ressalta MAURO CAPPELLETTI, ao invés de esperarem por uma decisão na seara de um processo comum, os mercadores simplesmente "*confiavam a decisão do caso a seus pares*", dada a maior celeridade, informalidade e especialidade dessa solução.[308]

O julgamento por pessoa do mesmo agrupamento social buscava assegurar bases comuns entre árbitro e "*jurisdicionados*", sendo uma forma de garantir o correto entendimento das nuances da controvérsia pelo julgador. Também se tratava, historicamente, de fuga ao direito alheio, elegendo-se pessoa do meio e da confiança das partes para a tarefa de composição segundo o direito por estas especificado.[309] Segundo

---

conceived as conducive to this. (...) Cooperation is conditional on the belief that the other party is not a sucker (is not disposed to grant trust blindly), but also on the belief that he will be well disposed towards us if we make the right move" (GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: GAMBETTA, Diego (Coord.). *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 225, 226 e 230).

[308] "Na verdade, a arbitragem comercial tem história gloriosa. Mercadores de cidades comerciais como Florença, Veneza, Barcelona, dirigindo-se a mercados e feiras internacionais (recorde-se que em séculos passados a Europa era um Mercado Comum tanto ou talvez mais do que é agora), não podiam, nem certamento queriam, esperar, digamos, em Londres, pela solução, lá, de um processo comum; por isso, confiavam a decisão do caso a seus pares, os quais podiam decidir depressa, informalmente e como especialistas. Cabe observar que a arbitragem e o julgamento por mercadores foi a fonte de notáveis desenvolvimento até do direito material: o *jus mercatorum* (que, diversamente do resto do *jus civile*, seria 'recebido' mesmo na Inglaterra, sob Lord Mansfield) foi em grande medida o produto de tal forma de julgamento" (CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, n. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 90).

[309] "com a invasão germânica deu-se um novo impulso à arbitragem, pois as populações nativas preferiam ver suas contendas resolvidas pelo seu próprio direito e não segundo àquele do invasor bárbaro" (CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 43).

JAN PAULSSON, era essa ainda uma alternativa encontrada pelos particulares para se contraporem ao monopólio do poder e da lei em vigor.[310]

Ainda hoje, a escolha de julgador que integre a mesma realidade das partes é apontada como elemento essencial para a solução de disputas. Tanto assim que o "*ingrediente de comunidade*", para empregar expressão de MARCO ANTONIO LORENCINI, é levado em conta na concepção de muitas formas alternativas de solução de controvérsias ("ADRs"), em razão justamente da aproximação que promove entre partes e julgadores.[311] KAZUO WATANABE já chamava a atenção a esse elemento ao endereçar o caso dos juízes de paz que, por serem pessoas do povo, eleitas pelo povo, derivavam daí grande parte da confiança que geravam sobre as partes.[312]

No caso da arbitragem não é diferente e a possibilidade de escolha de julgador integrante do mesmo universo das partes torna-se importante reforço à confiança na arbitragem. Também se trata de mecanismo de mitigação de riscos e incertezas, por dar vazão à premissa sociológica, já percebida por muitas formas de ADRs, de que "*as pessoas normalmente se sentem mais seguras ao serem julgadas por semelhantes*".[313]

---

[310] "Weber, after all, expressed the view, in his *Sociology of Law*, that arbitration was at the origin of all legal proceedings. This postulate may go too far, and is, indeed, controversial among historians, but no one can deny the vast role in medieval times of the original Roman *arbitrium ex compromisso* as it was institutionalised, a counterweight to the law of potestates, functioning as a reliable mechanism for the enforcement of rights and obligations within the trades and the nascent bourgeoisie" (PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. *Stochholm International Arbitration Review*. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, v. 2, 2008, p. 13).

[311] "Mas trata-se de importante instituição [o juiz de paz] calcada na ideia de poder local e com raízes comunitárias e é nisso que reside seu valor. De fato, a ideia de ADR contém um ingrediente comunitário e que não suprime as outras forças e concepções. Assim, em um quadro de ADRs possíveis, o juiz de paz pode perfeitamente assumir a figura contemporânea do mediador. A sua vocação comunitária não deve ser vista como dificuldade, mas sim como atributo a ser explorado, sem prejuízo, como dito, da profissionalização daqueles que assumem essas novas tarefas em um cenário de novas profissões, como é o de mediador" (LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro* - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 607).

[312] "Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa Instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente, de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal" (WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. Série Cadernos do CEJ, v. 22, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 44).

[313] "Mas em que medida isso se relaciona à arbitragem? É que, como já visto em Durkeim, as pessoas normalmente se sentem mais seguras ao serem julgadas por semelhantes. Recorde-se o direito constitucional que tem o cidadão brasileiro de, em alguns casos, ser julgado pelo tribunal do júri, justamente para quem o julgue sejam pessoas que compartilhem, genericamente, de seus valores" (MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 85). O autor ainda complementa a ideia no sentido de que os árbitros compartilhariam a mesma "*visão de mundo*" dos empresários: "Em outras palavras, seria bastante

Interessante notar que, para a arbitragem, essa premissa histórica de confiança nunca se perdeu. Basta verificar que no artigo 13, *caput* da Lei nº. 9.307/96[314] é feita referência textual à confiança depositada na figura do árbitro. Para SELMA LEMES, essa confiança é gerada a partir de *aspectos éticos* e encontra fundamento especialmente na retidão moral e na capacidade profissional do árbitro escolhido pelas partes.[315]

A mesma autora, em obra mais recente, evoluiu o tema da confiança na arbitragem, apresentando duas vertentes para caracterização desse conceito. Em primeiro lugar, SELMA LEMES apresenta o requisito da "*probidade arbitral*", entendido como o parâmetro de idoneidade e honorabilidade para exercício do encargo pelo árbitro. Segundo ela, esse requisito é de natureza intrínseca à pessoa do julgador, esperando-se seja alguém com integridade e retidão de conduta para executar a tarefa confiada.[316] O segundo eixo de análise é externo ao sujeito, a exigir do julgador um distanciamento e isenção durante todo o período da arbitragem. Para a autora, esse requisito é essencial para o árbitro "*não se deixar influenciar por elementos estranhos*", mantendo-se independente e imparcial ao longo de toda a disputa.[317]

---

conveniente aos empresários que alguém - que não os magistrados, de um modo geral - interpretassem os contratos que são, por si, firmados. Sempre que possível, portanto, seria racional a 'fuga' da interpretação contratual dos magistrados, na medida em que estes possuem 'visões de mundo' bastante diversas dos empresários. Nesse sentido, portanto, essa dissonância de entendimento sobre os contratos entre empresários e juízos, seria um fator de incentivo à escolha da arbitragem, com a suposição de que com os árbitros isso não ocorreria, ou ocorreria em menor grau do que os juízes" (MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 86).

[314] Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Referido dispositivo não foi alterado pela Lei nº. 13.129/2015.

[315] "Para ser nomeado árbitro, há necessidade de que este terceiro possua determinadas características intrínsecas. Por exemplo, na Lei Brasileira de Arbitragem (LBA), Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, está definido, no art. 13, que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Estas duas características dizem respeito à: (i) capacidade segundo a lei civil, e (ii) confiança, que se refere à retidão moral e capacidade profissional, denominada pelos romanos bônus vir, afeta na sua quase totalidade, aos aspectos éticos" (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro* – Princípios da Independência e Imparcialidade. Abordagem no Direito Internacional, Nacional e Comparado. Jurisprudência. São Paulo: LTr Editora, 2001, p. 48).

[316] Também ressaltando a importância da confiança na figura do árbitro nesse mesmo aspecto, vide: "confiança de que o árbitro é pessoa idônea, detém os conhecimentos técnicos que o capacitam para analisar o conflito e cuja integridade o autoriza ao exercício do *munus publicum"* (MARTINS, Pedro Batista. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 289).

[317] "O conceito de confiança da parte no árbitro, na dicção da lei, tem duas ópticas de análise. A primeira, intrínseca, significa que o árbitro deve ser pessoa de bem, honesta e proba. É o que se denomina de probidade arbitral. A honorabilidade de uma pessoa para ser indicada como árbitro representa a sua idoneidade legal para o exercício da função. A segunda, extrínseca, representa a certeza de ser pessoa capaz de exarar decisão sem se deixar influenciar por elementos estranhos e que não tenha interesse no litígio. O árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial, antes e durante todo o procedimento arbitral, até ditar a sentença, quando se põe fim ao seu mister de árbitro, pois, este, o árbitro, é investido de uma competência de atribuição e decorrente do consensualismo das partes. A confiança da parte depositada na pessoa do árbitro representa a

Na arbitragem, a confiança é quase sempre mencionada no bojo dos predicados de independência e imparcialidade dos árbitros, o que é feito na tentativa de objetivação de um conceito que é, em si, bastante amplo. Mesmo porque, como bem aponta TERESA GIOVANNINI, a confiança no árbitro não deve ser tomada, nem confundida, com uma atitude de favorecimento entre parte e árbitro escolhido. Muito ao inverso disso; esse tipo de privilégio indevido tende a apenas prejudicar a confiança no instituto.[318]

Além disso, como também aparece em doutrina, a vinculação entre esses conceitos é realizada com o fim de evitar anulações de sentenças arbitrais sob alegações genéricas de "*perda da confiança no árbitro*", o que poderia desestabilizar o sistema arbitral.[319] Como esclarece LUIZ OLAVO BAPTISTA, trazer a confiança para perto dos conceitos de independência e imparcialidade foi um cuidado do legislador pátrio para evitar o esvaziamento do instituto por meio de alegações infundadas de perda de confiança.[320]

Essa aproximação de conceitos, porém, não afasta a importância da confiança para a arbitragem, que continua a ser, tal como ocorre com os procedimentos

---

certeza que este terá independência para julgar com imparcialidade, posto que a independência é um pré-requisito da imparcialidade" (LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação da sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem* - temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 452-453).

[318] "This behavior [partisan behavior], far from creating trust, triggers suspicion, both on the part of other arbitrators and on the side of the other party. (...) I am firmly convinced that trust in an arbitrator is not synonymous with the expectation of a partisan attitude" (GIOVANNINI, Teresa. The Psychological Aspects of Dispute Resolution Commentary. In: VAN DEN BERG, Albert Jan van den Berg. (Coord.). *International commercial arbitration*: important contemporary questions. ICCA Congress Series, 2002, v. 11, 2003, p. 348-349).

[319] Veja-se na doutrina estrangeira HENRY, Marc: "Le simple constat de l'existence d'un élément objectif créant un risque de défaut d'indépendance ne suffit pas. Il faut encore que la confiance de la partie ait été affectée. Or, une telle confiance pourra fort bien avoir été maintenue malgré l'existence d'un tel élément objectif. La référence à la confiance des parties semble donc pouvoir trouver une explication. Elle ne nous paraît pas moins superfétatoire et génératrice d'ambiguïté. C'est bien le défaut d'indépendance qui justifie l'annulation de la sentence et non la perte de confiance. Cette dernière est un concept beaucoup trop subjectif. La validité d'une sentence ne saurait dépendre d'une appréciation purement subjective et arbitraire des parties sur la personne et le comportement des arbitres" (HENRY, Marc. Les obligations d'independence et d'information de l'arbire à la lumière de la jurisprudence recente. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2, 1999, p. 205).

[320] "Finalmente, para evitar dúvidas, note que o art. 13 da Lei de Arbitragem refere-se ao modo de escolha dos árbitros, e a expressão 'confiança', no seu caput, refere-se à imparcialidade e independência. Entender que a confiança possa ser avaliada subjetivamente, por causas que nada têm a ver com essas qualidades, é tornar inoperante a faculdade de nomeação dos árbitros. O litigante que desejasse escapar da arbitragem poderia dizer: 'não confio porque tem olhos verdes', 'não confio porque se esconde atrás da barba', e daí por diante. Por isso mesmo o legislador tomou o cuidado de colocar na sequência do art. 13, o art. 14, que diz porque e como o árbitro está impedido ou pode ser impugnado" (BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 35, jan.-mar. 2013, p. 215).

judiciais[321], um importante *elemento de crédito* à justiça a ser proporcionada, compondo, justamente por isso, uma garantia de ordem pública vinculada ao próprio princípio do devido processo legal.[322]

Mas, olhar a incidência da confiança apenas sob a ótica de sua aplicação sobre os árbitros é reduzir indevidamente sua importância para a arbitragem. Indo além dos árbitros e dos deveres de independência e imparcialidade, a confiança deve atingir todos aqueles que participam do procedimento: partes, advogados, instituição de arbitragem, peritos, assistentes técnicos e demais assistentes do tribunal. Essa visão *holítisca* da confiança na arbitragem é defendida por EDUARDO SILVA DA SILVA, para quem a arbitragem é um negócio jurídico "*essencialmente fiduciário, firmado na confiança de todas as partes envolvidas*".[323]

O autor deriva essa confiança do próprio princípio de boa-fé objetiva e de valores éticos como correção, lealdade, honestidade e comportamento adequado. Segundo esclarece o autor, esse princípio de confiança surge desde o momento de *gênese* da cláusula compromissória e se irradia por todo o processo de arbitragem, compondo eixo central da arbitragem cuja ausência comprometeria todo o instituto.[324]

---

[321] Veja-se a Celso Agrícola Barbi, considerando a falta de confiança na isenção do julgador como um elemento de descrédito à justiça estatal: "o despreparo cultural ou a morosidade do juiz podem preocupar o litigante. Mas o fato que é realmente capaz de intranquilizá-lo, de fazê-lo descrer na justiça humana, é a falta de confiança na isenção do juiz" (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 410, v. I).

[322] Apesar de controvertida a caracterização da independência e imparcialidade como ordem pública, veja-se Luiz Olavo Baptista defendendo o posicionamento: "A finalidade social do dever de revelação estabelecido pela Lei de Arbitragem é evidente. Esta ecoa as regras impostas aos juízes, visando garantir às partes a independência e imparcialidade, e facultar a quem se vale da arbitragem assegurar-se de que não há causas que afetem a independência e imparcialidade do árbitro escolhido para decidir determinada controvérsia a ele submetida. Trata-se de garantia de ordem pública relacionada ao direito a um julgamento sob o devido processo legal (art. 5º., LIV), assegurado a todos pela Constituição" (BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 35, jan.-mar. 2013, p. 204).

[323] SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 50.

[324] "Pode-se dizer que a confiança é condição para a arbitragem, na medida em que o dever principal do negócio jurídico em que consiste a cláusula compromissória é o de vincular os sujeitos do processo arbitral em torno do escopo da pacificação de controvérsias por sua própria diligência. Não se cogitaria de disposição da jurisdição estatal por outra esfera de regulação se não houvesse confiança na esfera decisória que se pretende constituir. (...) Se é verdade que não existe arbitragem sem árbitros, o é também que não há designação de árbitros sem outorga de confiança das partes. Consectário lógico é o de que não há estabelecimento do processo arbitral sem uma profunda noção de confiança entre os envolvidos. Confiança esta que se põe como princípio irradiador e contrífugo de todo o processo arbitral, e no qual a lealdade é o principal raio. (…) As instituições arbitrais se sustentam na confiança que as partes lhes outorgam. Ausente ou enfraquecido este liame, todo o processo está comprometido" (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p.

Visão similar, igualmente ampla a respeito da incidência da confiança sobre a arbitragem, é defendida por TERCIO SAMPAIO. Também para ele a confiança alcança não apenas os árbitros, mas "*entrelaça todos os destinatários no processo arbitral*". Esse liame mútuo de confiança entre todos os envolvidos na arbitragem é o que, para o autor, marca a diferença entre a arbitragem e o processo judicial.[325]

Não que a confiança seja menos relevante para o processo estatal. Mas, enquanto no processo estatal essa confiança vem presumida no bojo do próprio contrato social[326]; no caso da arbitragem, por se tratar de método privado e consensual, a confiança é elemento de base para assegurar, segundo CÍCERO LUIZ BOTELHO DA CUNHA, tanto a credibilidade necessária para sua adesão, quanto "*o desenvolvimento do instituto de maneira sadia e eficaz*".[327]

É a partir dessa visão holística e ampla da confiança, que se pode construir a arbitragem como uma forma de "*pacto ético*", conforme nomenclatura que ganhou notoriedade com EDUARDO SILVA DA SILVA[328], JOSÉ EMILIO NUNES PINTO[329] e JOSÉ RENATO NALINI.[330] Essa expressão tem o mérito de reconhecer na confiança o centro de gravidade capaz de unificar interesses em torno da arbitragem. É desse *pacto ético de*

154-156). Vide no mesmo sentido: ALMEIDA, Caroline Sampaio. *A cláusula compromissória arbitral*: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013, p. 173).

[325] "Afinal, vale reiterar que o que entrelaça todos os destinatários no processo arbitral é o tema da confiança, que é de uns nos outros: confiança na confiança dos outros; tema esse que marca com distinção peculiar a relação de arbitragem em face do processo judicial, no qual, não havendo escolha, a confiança na confiança é presumida institucionalmente" (SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 82).

[326] Contrato social aqui empregado no sentido de Rousseau.

[327] "De outra parte, é igualmente imperativo que os juízos arbitrais criados e disponibilizados à sociedade, seja em que âmbito ou em que grupo forem, sejam formados com isenção e pautem sua postura e suas deliberações pelos princípios e regras de justiça e equidade, com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (parágrafo 6º. do artigo 13, da Lei 9.307/96), de maneira que os laudos que advierem de tais agrupamentos não tragam qualquer vício ou defeito capaz de macular sua credibilidade e legitimidade, gerando nas partes a confiança necessária ao desenvolvimento do instituto de maneira sadia e eficaz" (CUNHA, Cícero Luiz Botelho. A luta pela credibilidade da arbitragem como condição de eficácia do sistema de auto-solução de conflitos. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). Novos rumos da arbitragem no Brasil. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 100).

[328] "A cláusula compromissória é, desde sua gênese, um pacto ético" (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 153).

[329] "Por essa mesma razão, já tivemos a oportunidade de analisar a natureza da cláusula compromissória – pacto de natureza ética – e concluímos ser ela um dos elementos integrantes da equação de equilíbrio do contrato" (NUNES PINTO, José Emilio. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 25, jan.-mar. 2010, p. 10).

[330] "A convenção de arbitragem tem nítido contorno ético" (Nalini, José Renato. Ética na arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). Novos rumos da arbitragem no Brasil. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 237-242).

confiança, surgido no momento de celebração da convenção de arbitragem, que emerge, nos sujeitos da arbitragem, obrigações recíprocas de boa-fé[331] e lealdade[332], ou simplesmente *correttezza*[333], tão vitais ao desenvolvimento da arbitragem.[334]

O *ethos* da arbitragem é, portanto, aquele da confiança. Desde o momento zero de contratação, esse denominador comum deve interconectar todos os protagonistas da arbitragem, alinhando interesses e harmonizando condutas em torno dos valores centrais desse instituto.

3.3. Arbitragem e legitimação pela confiança

Mas, reconhecer a confiança como o *ethos* da arbitragem tem o efeito de torná-la muito mais do que apenas um padrão de comportamento esperado dos envolvidos. Significa dizer que a confiança é alçada a verdadeiro *fator de legitimação* do instituto.

Esse entendimento não retira o papel central desempenhado pela vontade das partes dentro da arbitragem. Como método que nasce da autonomia privada, é essa base contratual que continua a fundar a autoridade arbitral sobre as partes.[335] Mas,

---

[331] Vendo a convenção de arbitragem a partir da boa-fé e da cooperação, vide FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem - uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, abr.-jun. 2006, p. 296.

[332] Vide Luis Fernando Guerrero que, além de apresentar o papel da boa-fé como princípio relevante para a arbitragem, também menciona a lealdade e honestidade de conduta: "O princípio da boa-fé deve ser analisado conjuntamente com a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível, conferindo segurança às relações jurídicas. (...) Além disso, este princípio explicita a necessidade de conduta leal e honesta das partes quer durante a negociação contratual, anterior ao litígio e à arbitragem, quer durante o procedimento arbitral" (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39).

[333] Vide Luca Dambrosio, que reconhece a aplicação desses elementos de fidúcia e correttezza aos árbitros: "In realtà l'arbitrato libero spesso si attua sulla base di una fiducia nelle capacitá professionali e nella correttezza degli arbitri" (DAMBROSIO, Luca. *Il negozio di accertamento*. Milano: Ed. Giuffrè, 1996, p. 195). Entendendo que essas mesmas obrigações de fidúcia e corretttezza atingem todos os participantes da arbitragem e não apenas os julgadores, vide SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 154-155.

[334] "Em suma, o desenvolvimento da arbitragem no Brasil será maior e mais célere quanto mais se puder comprovar a correção da conduta ética dos árbitros, das partes e de seus assessores" (NUNES PINTO, José Emilio. *A importância da ética na arbitragem*. Disponível em <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=13>. Acesso em 20.01.2016.

[335] "Genericamente, a arbitragem constitui forma de prevenir ou dirimir pendências a partir do estabelecimento de uma instância decisória instituída pela vontade das partes em determinada relação jurídica. *Os árbitros fundam a respectiva autoridade em sua própria escolha pelos interessados* e não em critérios de competência legalmente determinados nos quadros da jurisdição do Estado" (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1).

sublinhe-se, que esse reconhecimento em torno da autonomia privada remete antes a uma discussão de *validade* e *legalidade* da arbitragem, do que efetivamente de *legitimidade* aos olhos das partes e da própria sociedade. É sobre esse último aspecto que a confiança ocupa posição de destaque.

Essa abordagem já foi defendida na doutrina. No âmbito internacional, JAN PAULSON admite expressamente que a legitimidade da arbitragem é extraída da confiança depositada sobre a isenção dos árbitros.[336] O autor parte dessa premissa para discutir o tema da nomeação de árbitros diretamente pelas instituições arbitrais, especialmente nos casos em que o elemento político se mostrar muito influente.

Também ressaltando a importância da isenção dos julgamentos, PIERRE TERCIER caminha de forma similar, apesar de mencionar apenas as garantias de independência e imparcialidade sem tocar diretamente na tema da confiança. Para ele, o valor da arbitragem decorre do valor atribuído aos árbitros nomeados, sendo eles a portarem a legitimidade e a justificação do procedimento.[337]

No Brasil, FRANCISCO CAHALI chama a atenção à confiança do árbitro para fins de garantir a segurança no sistema arbitral. Para o autor, como a arbitragem encerra julgamento em única e última instância, a capacidade e os atributos pessoais do julgador são essenciais para evitar questionamentos capazes de desestabilizar o instituto.[338]

---

[336] "The original concept that legitimates arbitration is that of an arbitrator in whom both parties have confidence" (PAULSON, Jan. Moral hazard in International Dispute Resolution. Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf >. Acesso em 20.01.2016).

[337] Apesar de colocar grande força sobre a figura dos árbitros, Tercier também reconhece o papel desempenhado pelas instituições de arbitragem no processo de legitimação da arbitragem. Mas, também aqui, a ideia do autor é no sentido de garantir isenção, transparência e honestidade na atuação dos julgadores, como forma de legitimação do próprio instituto: "La valeur de l'arbitrage — c'est une lapalissade — tient à celle des arbitres. Ce sont eux qui en portent la justification. Or, de tous ces aspects, c'est le choix qui reste essentiel. Il dépend certes au premier chef des parties, mais on sait le rôle essentiel et croissant que jouent dans ce processus les institutions d'arbitrage. Elles doivent avoir le courage d'élever les exigences, d'ouvrir le cercle des élus, de refuser les propositions qui leur paraissent inadéquates, et pas seulement pour des motifs touchant à la garantie d'indépendance. Elles doivent ellesmêmes démontrer leur légitimité, par une plus grande transparence" (TERCIER, Pierre. La légitimité de l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, issue 3, p. 666-667).

[338] "A confiança no talento, atributos pessoais e intelectuais, dedicação, e conhecimento específico do árbitro sobre o objeto do conflito, têm impacto direto na segurança do sistema, lembrando ser única (por um árbitro ou colegiado arbitral), em regra, a instância de julgamento arbitral" (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem***.** São Paulo: RT, 2011, p. 145).

Ampliando esse elemento para além apenas de sua ênfase sobre a figura dos julgadores, EDUARDO SILVA DA SILVA entende ser a confiança, no sentido holístico mencionado anteriormente, quem "*outorga, também, legitimação ao processo*".[339]

Ressalvadas e respeitadas as muitas opiniões mencionadas, a visão mais ampla adotada por EDUARDO SILVA DA SILVA parece mais alinhada com o atual estágio da arbitragem. Veja-se que o vínculo de confiança estabelecido apenas entre partes e árbitro é expressão de um momento em que a arbitragem detinha caráter essencialmente pessoal. Era o que acontecia no já mencionado período medieval, em que as sentenças nem mesmo eram completamente fundamentadas. As partes simplesmente aceitavam a decisão daqueles em quem depositavam plena confiança.[340]

Mesmo na época contemporânea, quando a arbitragem voltou a florescer no plano internacional a partir da década de 1970, a legitimidade do procedimento derivava primordialmente da figura de árbitros renomados e influentes. Segundo YVES DEZALAY e BRYANT GARTH, esse era o momento de presença de *"grandes notáveis*" da arbitragem – ou "*grand old men*" na nomenclatura dos autores –, quase sempre representados por professores consagrados, cujo carisma pessoal se apresentava como o principal fator de legitimação da arbitragem.[341]

A confiança pessoal se mostrava, portanto, como o elemento-chave que durante muito tempo aferiu legitimidade à arbitragem. Com fundamento em WEBER, é

---

[339] "Um liame de confiança vincula a todos os protagonistas do fenômeno da arbitragem: partes, árbitros e instituição arbitral. É a existência desta confiança que outorga, também, legitimação ao processo" (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 155).

[340] "Les arbitres français d'aujourd'hui sont tenus de motiver leur sentence, à l'exemple des cours régulières. Les arbitres de droit qui interviennent en droit commercial international, doivent motiver leurs sentences, davantage que les amiables compositeurs. Les arbitres de l'époque médiévale ont un fonctionnement assez proche de ces derniers, dont ils sont peutêtre les initiateurs: leurs sentences ne sont souvent pas motivées. Les arbitres d'alors n'ont pas à préciser les motifs qui les conduisent à énoncer leur sentence, puisqu'ils ont toute la confiance des parties. Quelques arbitres cependant indiquent les motifs à l'origine de leur décision: ils affirment qu'une partie a bien prouvé son 'intention', ou ils interprètent un texte ancien pour dégager la solution pacificatrice" (JEANCLOS, Yves. La pratique de l'arbitrage du XII e au XV e siècle éléments d'analyse**.** *Revue de l'Arbitrage*, issue 3, 1999, p. 460).

[341] "These relatively few grand old men, as they are often referred to (there were no women) have played a central role in the emergence and the recognition of arbitration" (...) "The social capital and charisma (and even idealism) of elite lawyers respected for their carrers and accomplishments helps to legitimate the legal institutions and approches that they favor" (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 35 e 60). Na mesma linha, veja-se ainda a nota de rodapé 6, página 35 da mesma obra: "More generally, it is typically the case that when a new symbolic field is being constructed it requires the personal legitimacy of 'grand old men' or their equivalent to provide it with sufficient legitimacy to survive".

como se o árbitro extraísse seu poder de sua própria autoridade carismática, fundada no elemento de confiança depositado sobre esse "*líder*".[342] No momento presente, porém, essa ideia de confiança pessoal evoluiu para acompanhar o próprio desenvolvimento da arbitragem, que se institucionalizou, rotinizou e ganhou um campo profissional organizado.[343] Segundo THOMAS CLAY, a arbitragem é hoje um mercado rentável.[344]

Não que a figura do árbitro tenha perdido importância nos dias atuais e que o vetor de confiança entre partes e árbitros tenha deixado de existir. Ao contrário, a arbitragem continua a valer o quanto valem os árbitros, para empregar mote consagrado no meio arbitral.[345] Entretanto, a nova realidade da arbitragem, mais amadurecida e profissionalizada, transformou a concepção original da confiança *no árbitro* (que poderia ser também chamada, com inspiração em WEBER, de confiança-carismática), para uma confiança que incide *sobre todos os envolvidos* e *sobre a própria instituição*. Essa confiança que se pode denominar holística – e que mais adiante também é referida como institucional ou ainda confiança-racional, se a preferência for pela nomenclatura weberiana – é um dos principais elementos de sustentação da arbitragem hoje. É o que fundamenta a investidura arbitral e garante a ela uma *força simbólica* de legitimação.

Esse é o entendimento de TERCIO SAMPAIO. Por ser a arbitragem um método privado de solução de disputas, a institucionalização do árbitro e sua legitimação enquanto

---

[342] "Sobre a validade do carisma decide o livre reconhecimento deste pelos dominados, consolidado em virtude de provas - originariamente, em virtude de milagres - e oriundo da entrega à revelação, da veneração de heróis ou da *confiança no líder*" (WEBER, Max. *Economia e Sociedade* - Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UnB, 2012, p. 159. v. 1).

[343] A ideia weberiana de racionalização e "rotinização do carisma" aplicado ao campo da arbitragem, dando origem a um campo de profissionais "tecnocratas" em substiuição aos grandes notáveis é inspirada também em DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 37.

[344] CLAY, Thomas. El mercado del arbitraje. *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, v. VII, 2014, p. 15-35. No brasil, posição semelhante foi expressada por Carlos Alberto Carmona, vide Entrevista, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, jan.-mar. 2104, p. 443. A visão de Carlos Alberto Carmona, confrontando duas visões da arbitragem, uma como negócio e outra como uma forma mais romantizada de justiça reflete a clássica divergência já notada por Dezalay e Garth a respeito da justiça arbitral dos grandes notáveis *versus* a justiça arbitral dos tecnocratas. Isso também foi notado pela doutrina arbitral francesa: "en réalite, deux conceptions de l'arbitrage continuent de s'affronter, même si un auteur averti a récemment considéré que les clivages commençaient à s'estomper. La première voit l'arbitrage comme une technique d'ingénierie juridique qui permet coûte que coûte de parvenier au résultat escompté. La seconde le tient avant tout pour une institution de justice, fût-elle privée, qui a pour objet le règlement des litiges selon une culture propre" (CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 27). Adotando uma visão crítica acerca do "mercado da arbitragem", vide OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 10-11.

[345] O mesmo Thomas Clay, mencionado em rodapé anterior, tenta esclarecer a origem desse adágio popular da arbitragem: "L'arbitrage est gouverné par une règle d'or: 'Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage'. Comme toute règle d'or, l'origine en est inconnue" (CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 10).

forma respeitável de jurisdição dá-se primordialmente por meio da *confiança* que as partes depositam nesse instituto.

De fato, a institucionalização e a credibilidade do método não é presumida por todos, como acontece com o Poder Judiciário, em que o julgadores passam por concursos públicos e são alçados à função jurisdicional após ato também público de investidura. Na arbitragem, a legitimação se dá de outra forma: "*o árbitro goza de legitimidade pelo consenso presumido dos que o indicam expressivamente*".[346] Em outras palavras, a confiança representa para a arbitragem o que as togas e os tribunais representam para a esfera estatal.

Também NELSON NERY JÚNIOR parece concluir da mesma forma, reconhecendo na confiança um elemento a mais de legitimação e diferenciação da arbitragem em relação ao Poder Judiciário. Tanto que, para ele, a confiança inerente ao negócio jurídico da arbitragem viria justamente para balancear a ausência de poder coativo presente nas instâncias judiciárias.[347]

Olhar a confiança como fundamento simbólico de legitimidade da arbitragem faz sentido também à luz de PIERRE BOURDIEU. Note-se que, conforme mencionado por esse autor, a diferença entre a ordem e a desordem reside, em grande medida, na "*crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia*".[348]

Para BOURDIEU, o campo jurídico é o ambiente em que sujeitos investidos de competência social e técnica detêm o monópolio "*do direito de dizer o direito*". Para

---

[346] "Entende-se, assim, que a confiança fiducial no juiz togado repousa muito mais na presunção de neutralidade da instituição estatal, não no sentido de que seja imune às influências do meio circundante, mas de que goza da legitimidade dada pelo consenso presumido de todos (terceiro institucionalizado). Ou seja, enquanto no processo judicial o juiz é um terceiro institucionalizado mediante procedimentos legitimadores que lhe conferem credibilidade presumida, como a formação e a experiência jurídica documentadas, o concurso público, a nomeação, o exercício de uma função que, a princípio, não é *ad hoc*, o árbitro goza de legitimidade pelo consenso presumido dos que o indicam expressivamente. (...) é inegável que a arbitragem, embora encontre fundamentos para garantir a força de sua jurisdicionalidade, tenha origem contratual. O que confere, na arbitragem, à confiança fiducial um papel de relevância peculiar para a configuração de sua estrutura jurisdicional" (SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 71).

[347] "[as decisões arbitrais e judiciais] apenas se distanciam quanto ao aspecto confiança, que preside o negócio jurídico de compromisso arbitral, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença é imposta coativamente aos litigantes" (NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 73-74).

[348] "O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras" (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico***.** TOMAZ, Fernando (Trad.). 10. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 14-15).

que uma visão seja considerada justa e legítima, apura-se o pertencimento a uma cadeia de legitimidade. É isso o que diferencia "*profanos*" e "*profissionais*", conforme expressões do próprio autor.[349]

É também isso que alça as decisões dos magistrados à categoria de atos detentores de violência simbólica legítima, reconhecidos e aceitos publicamente, ao passo que uma decisão meramente particular "*só compromete o seu autor*" e não consegue se impor sobre terceiros como fonte legítima de normatividade.[350]

Para a arbitragem, deter esse reconhecimento público como fonte legítima de normatividade, reconhecida publicamente como tal e integrando uma cadeia de legitimidade, é da maior importância. É o que BRUNO OPPETIT menciona ao chamar a atenção à importância simbólica do consentimento das partes e da neutralidade do julgador dentro da arbitragem.[351] Porque, sem isso, tem-se validade, sem eficácia social; legalidade sem legitimação. Ou, especificamente para a arbitragem: atos privados, que só comprometem os respectivos emissores, mas não são aceitos como legítimos nem pelas partes diretamente envolvidas, nem pela sociedade ou o Estado posteriormente chamado a avaliar o procedimento.

É justamente por isso que a confiança se apresenta como valor e princípio de suma importância à arbitragem. É essa confiança, credibilidade e cumplicidade entre

---

[349] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico***.** TOMAZ, Fernando (Trad.). 10. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, especialmente p. 212, 220, 225, 240, 243.

[350] "Nesta luta, o poder judicial, por meio dos veredictos acompanhados de sanções que podem consistir em actos de coerção física, tais como retirar a vida, a liberdade ou a propriedade, manifesta esse ponto de vista transcedente às perspectivas particulares que é a visão soberana do Estado, detentor do monópolio da violência simbólica legítima. O veredicto do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos actos de nomeação ou de instituição, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular que, enquanto discurso privado - idios logos -, que só compromete o seu autor, não tem qualquer eficácia simbólica; ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim em modelos de todos os actos de categorização (katègorein como se sabe, significa acusar publicamente), são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão que eles impõem" (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico***.** TOMAZ, Fernando (Trad.). 10. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 236-237).

[351] "Le juge privé, qui ne peut se prévaloir comme le juge public de l'insertion dans l'appareil d'État au nom duquel il dit le droit et trache les litiges, puise dans son aptitude à juger une légitimité propre, fondée sur le capital symbolique que représentent sa capacité de jugement, sa compétence et sa neutralité: l'adhésion volontaire du justiciable se substitue à l'effet d'autorité que connâit seule la justice publique" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 21-22).

todos os sujeitos da arbitragem que torna legítima – e também eficaz e respeitada – a jurisdição de particulares sobre particulares.

Daí porque a perda de confiança entre os sujeitos da arbitragem, que mine, ainda que aos poucos, a *confiança na confiança do outro*, pode contaminar a credibilidade de todo o instituto e pôr a perder a força simbólica de legitimidade conquistada pela arbitragem. Como mencionado anteriormente por TERCIO SAMPAIO, seria a confiança cognitiva, uma vez prejudicada por experiências concretas desastrosas, a afetar a confiança fiducial que se deposite sobre a própria instituição.

3.4. Arbitragem, confiança e equação econômico-financeira do contrato

Demonstrou-se a relevância da confiança para a arbitragem. É ela quem aproxima e conecta todos os sujeitos da arbitragem e dá suporte de legitimação ao instituto. Por ser mais do que apenas um padrão de conduta e comportamento, a ausência de confiança pode ter impactos sobre a expectativa legitimamente gerada nos sujeitos da arbitragem. Com efeito, rupturas sobre o elemento de fidúcia da arbitragem podem prejudicar toda a equação econômico-financeira do contrato.

O Tribunal de Justiça do Paraná[352] se encarregou de reforçar essa ideia. Em primeiro lugar, o tribunal confirmou que "*a posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é a de partes em colaboração*". Ao chamar a atenção ao elemento de cooperação entre as partes, a decisão pôs em evidência justamente o traço *ético* da arbitragem e sua conotação como um pacto de confiança firmado entre seus signatários.

Na mesma linha, a decisão chamou a atenção à incidência da boa-fé sobre a arbitragem, com seus deveres de informação e colaboração. Nos termos da decisão: "*do ponto de vista da conclusão da cláusula compromissória, estariam as partes alinhadas com o princípio da boa-fé*".

[352] Trata-se do Agravo de Instrumento nº. 195901-3, 12ª. Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Bellio, j. em 21.06.2005, por votação unânime. Essa decisão foi publicada na *Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 10, jul.-set. 2006, p. 234-242, com comentários de José Emilio Nunes Pinto.

O julgado ainda vinculou colaboração, cooperação, boa-fé e deveres laterais de conduta em torno do conceito unificador da confiança: "*afinal, prevalecerá nesses casos a confiança entre as partes ao celebrar a cláusula compromissória*".

É bem verdade que a decisão endereça apenas a confiança no âmbito das partes contratantes, sem evoluir para a noção mais ampla que foi aqui defendida e que alcança todos os envolvidos na arbitragem. Entretanto, tal não tira o mérito da decisão e se justifica antes pelo fato de a controvérsia apreciada envolver apenas conduta de parte recalcitrante, daí porque a concentração apenas sobre esse eixo de análise.

Seja como for, além do efeito didático de ter sido reconhecida a incidência da boa-fé, dos deveres de cooperação e colaboração e da própria confiança sobre a arbitragem, há ainda a novidade de esse tema ter sido associado à equação econômico-financeira do contrato, em postura de *vanguarda* pelo Poder Judiciário.

Diz-se de vanguarda porque apreciar assuntos jurídicos pela ótica da economia é ainda pouco usual aos juristas.[353] Mas no caso em análise, identificou-se na escolha da arbitragem uma decisão racionalmente tomada pelas partes em vista a uma dada realidade econômica, de tal forma que a alteração dessa equação mudaria toda a dinâmica proposta pelos contratantes: "*nunca é demais lembrar que a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação*".[354]

O posicionamento adotado por essa decisão judicial efetivamente toma a arbitragem como *parte da transação econômica*; como um *elemento do negócio* que, tanto quanto outros elementos, tem sua relevância e conteúdo econômico acordados previamente pelas partes. É nesse sentido que RODRIGO GARCIA DA FONSECA fala da arbitragem como tendo "*uma importante função na economia interna dos contratos*".[355]

---

[353] Veja-se a lição de Coase no clássico The problem of social costs. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. Também apontando a necessidade dessa visão conjunta entre Direito e Economia, vide SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 22., abr.-jun. 2005, p. 250-276.

[354] Em sentido similar, também mencionado que a cláusula de arbitragem integra a equação econômico-financeira dos contratos, vide LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 178.

[355] FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem - uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, abr.-jun. 2006, p. 296.

Muitas são as lições que se colhem de referido acórdão e que estão em linha com a parte teórica lançada nos tópicos anteriores, no sentido de ver na arbitragem um "*inquestionável apelo ético*", conforme notou SIEGBERT RIPPE.[356] Mas a vinculação entre confiança, arbitragem e economia contratual é tempero adicional que se quer agregar, por contribuir à visão da arbitragem como uma escolha *não-aleatória* e que é feita *conscientemente* em razão das características e particularidades de uma dada transação econômica. Como pontuado por JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, a previsão de arbitragem se justifica, entre outros motivos, em decorrência da economia de custos que gera quando comparada com outras formas de solução de disputas.[357]

Exaltar essa conexão *não-aleatória* fortalece a proposta central desta tese de que, para os contratos relacionais, que pressupõem laços estendidos no tempo e vínculos sociais entre as partes, a arbitragem pode, além de reduzir custos de transação imediatos, ainda acrescentar outras funcionalidades ao contrato, entre elas, *(i)* maior estabilidade às partes, *(ii)* aumento do nível de cooperação contratual e *(iii)* redução nos índices de oportunismo. E o motivo disso reside justamente no fato de a arbitragem estimular o comportamento cooperativo e de boa-fé entre as partes, por ser, afinal, um "*pacto ético"* celebrado entre "*partes em colaboração*".

Mas, tomar essa potencialidade da arbitragem apenas segundo o seu aspecto processual e em vista de sua capacidade de indução de uma conduta em colaboração *somente quando existir um procedimento em curso* é reduzir o papel cooperativo da arbitragem. Defende-se, então, que nos contratos relacionais, a arbitragem pode representar efetivamente o "*primeiro passo*" a sinalizar a cooperação contratual, na linha teórica proposta por DIEGO GAMBETTA. Funcionaria, portanto, como uma verdadeira *estratégia*

[356] "A segurança, a celeridade, a profundidade técnica, o sigilo da decisão, além do inquestionável apelo ético, são os principais fatores apontados como determinantes desse sucesso" (RIPPE, Siegbert. El arbitraje como medio alternativo de solución de controvérsias comerciales. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 387).

[357] "Assim sendo, ao optar-se pela arbitragem e ao se firmar uma cláusula compromissória não se poderá ignorar que essa carrega em seu bojo um conteúdo econômico. O conteúdo econômico da cláusula compromissória decorre do fato de representar ela o menor custo de transação assumido pelas partes no confronto das alternativas disponíveis para a solução de controvérsias" (NUNES PINTO, José Emilio. Jurisprudência comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, jun.-set. 2006, p. 241-242). Em sentido similar, também mencionando que a cláusula de arbitragem integra a equação econômico-financeira dos contratos, vide o mesmo NUNES PINTO, José Emilio. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista e Arbitragem e Mediação*, v. 7, out.-dez. 2005, p. 80 e LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 178.

empresarial [358] , pensada e desenvolvida como um mecanismo de indução do comportamento contratual e de estímulo ao desempenho contratual completo e eficiente das partes.

Ao se atribuir à arbitragem um conteúdo econômico próprio, com impacto sobre a equação econômica do contrato e sobre o grau de *enforcement* que se espera das obrigações, vê-se que esse método de governança pode servir muito mais do que simples resolução privada de disputas. Em razão de sua dimensão ética e da confiança que dela irradia, pode a arbitragem servir de *reforço positivo* a uma conduta contratual satisfatória, tornando-se, tal como apregoado por MACNEIL, um método ideal de solução de controvérsias justamente *por evitar o próprio surgimento da disputa*.

É nesse sentido que a *opção ética* inerente à escolha da arbitragem permite agregar uma função instrumental de sinalização, nos moldes que a teoria econômica de *signaling* já propôs. É o que se passa a analisar a seguir.

[358] A expressão é de Flávia Bittar Neves: "Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar o diagnóstico de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos pela American Arbitration Association (AAA) – que demonstra de forma clara e objetiva a visão empresarial da arbitragem –, fazendo um paralelo com a realidade do Poder Judiciário nacional e com o desenvolvimento do juízo arbitral, a fim de incentivar o setor produtivo a pensar na *arbitragem como uma verdadeira estratégia empresarial* e não apenas como uma ferramenta de solução de controvérsias" (NEVES, Flávia Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? *Revista Brasileira de Arbitragem,* v. 9, jan.-mar. 2008, p. 30-31).

CAPÍTULO 4

A ARBITRAGEM COMO SINALIZAÇÃO DE COMPORTAMENTO COOPERATIVO

SUMÁRIO: 4.1. As premissas da teoria de *signaling*. 4.2. *Signaling* na teoria das normas sociais de Eric Posner. 4.3. Arbitragem e *signaling*: uma aplicação concreta. 4.4. Os riscos de perda do papel de sinalização pela arbitragem. 4.5 Hipótese para confirmação empírica a respeito da sinalização contratual pela arbitragem.

4.1. As premissas da teoria de *signaling*

As bases da teoria de *signaling* foram lançadas durante a década de 1970, tendo MICHAEL SPENCE como um de seus principais expoentes. Como apontou o próprio autor por ocasião de sua premiação com o Nobel em 2001, essa teoria foi desenvolvida no bojo de outros estudos econômicos envolvendo informações assimétricas nos mercados.[359]

SPENCE deteve-se inicialmente sobre o mercado de trabalho, em que empregadores e potenciais candidatos ocupam, tradicionalmente, posições antagônicas em termos de conhecimento das informações relevantes para os fins da contratação. Interessante notar que, segundo o autor, não seria apenas uma questão de assimetria de informações no momento da contratação. Mais do que isso, haveria para ele uma curva de aprendizado mesmo após a contratação do profissional, a fim de se descobrir a real capacidade do indivíduo contratado. Justamente por isso é que a decisão de contratar é tida por SPENCE como uma espécie de "*investment decision*".[360]

[359] "One of my advisers came in one day with the strong suggestion that I read a paper he had just read called 'The Market for 'Lemons' by George A. Akerlof (1970). I always did what my advisers told me to do and hence followed up immediately. It was quite electrifying. There we all found a wonderfully clear and plausible analysis of the performance characteristics of a market with incomplete and asymmetrically located information. That, combined with my puzzlement about several aspects of the discussion of the consequences of incomplete information in job markets, pretty much launched me on a search for things that I came to call signals, that would carry information persistently in equilibrium from sellers to buyers, or more generally from those with more to those with less information" (SPENCE, Michael, Signaling in retrospect and the informational structure of markets. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, Jun. 2002, p. 434).

[360] "In most job markets the employer is not sure of the productive capabilities of an individual at the time he hires him. Nor will this information necessarily become available to the employer immediately after hiring.

Dada a incerteza que cerca o mercado de trabalho, o autor chega ao ponto de equiparar a atividade de contratação de profissionais a um jogo de loteria, em que o salário pago ao empregado equivaleria ao valor despendido pelo apostador no momento do jogo de azar.[361]

Para lidar com a incerteza típica desse mercado, SPENCE concentra sua análise sobre potenciais mecanismos endógenos a esse mercado que poderiam, de alguma forma, auxiliar os agentes econômicos na tarefa de alocar empregos e definir salários condizentes com cada profissional. Nesse contexto são propostos os elementos de sinalização, que o autor diferencia entre *(i)* aqueles que podem ser alterados e construídos pelos agentes ("*signals*"), como é o caso do grau de educação e preparo de cada profissional; em contraposição *(ii)* àqueles elementos que são naturalmente inerentes e não admitem manipulação pelo profissional ("*indices*"), como são a idade e o sexo, por exemplo.[362]

Apesar da distinção feita entre sinais e índices, o foco dado por SPENCE recai sobre os sinais *voluntariamente* lançados no mercado pelo agente responsável pela sinalização (*signals*). Segundo acrescenta o autor, apenas sinalizações correlatas a elementos relevantes ao mercado analisado e capazes de confirmar tal relevância em momento posterior, caracterizam-se como sinais para fins da teoria de *signaling*. Sinais sem impacto informativo ou índices que também não se comprovem relevantes no

---

The job may take time to learn. Often specific training is required. And there may be a contract period within which no recontracting is allowed. The fact that it takes time to learn an individual's productive capabilities means that hiring is an investment decision. The fact that these capabilities are not known beforehand makes the decision one under uncertainty" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 356).

[361] "To hire someone, then, is frequently to purchase a lottery. In what follows, I shall assume the employer pays the certain monetary equivalent of the lottery to the individual as wage" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 356).

[362] "At this point, it is useful to introduce a distinction, the import of which will be clear shortly. Of those observable, personal attributes that collectively constitute the image the job applicant presents, some are immutably fixed, while others are alterable. For example, education is something that the individual can invest in at some cost in terms of time and money. On the other hand, race and sex are not generally thought to be alterable. I shall refer to observable, unalterable attributes as indices, reserving the term signals for those observable characteristics attached to the individual that are subject to manipulation by him. Some attributes, like age, do change, but not at the discretion of the individual. In my terms, these are indices. (…) From one point of view, then, signals and indices are to be regarded as parameters in shifting conditional probability distributions that define an employer's beliefs" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 357-358).

mercado, não alteraram o equilíbrio proposto pela teoria, daí porque sua pouca relevância dentro do modelo teórico proposto.[363]

O elemento dos *custos* também aparece para diferenciar sinais e índices para o propósito da teoria de *signaling*. Como propõe o autor, para servir como sinal efetivo de diferenciação, o elemento exteriorizado deve representar *custos reais* incorridos pelo agente responsável pela sinalização. Caso contrário, se nenhum custo fosse necessário, o sinal se popularizaria entre os diversos agentes no mercado, deixando de atender ao objetivo de diferenciação, que é o propósito final da sinalização.[364]

A novidade do estudo de SPENCE foi ter identificado elementos capazes de auxiliar nas escolhas a serem feitas em mercados com informação limitada. No caso do mercado de trabalho, o grau de educação incorrido por cada candidato funcionaria como elemento de diferenciação entre os inúmeros candidatos às vagas disponíveis. Isso porque, por se tratar de elemento que impacta a produtividade dos empregados e também é custoso em termos do investimento exigido, tal sinalizaria maior aptidão e habilidade do candidato. Como resultado, esse sinal auxiliaria o empregador a diferenciar os candidatos e eleger aqueles que seriam merecedores dos maiores salários disponíveis.[365]

Nas décadas seguintes à publicação do trabalho de SPENCE, a teoria de *signaling* teve grande aplicação em outras áreas para além dos limites do mercado de trabalho. O mercado de consumo, por exemplo, foi uma dessas novas áreas. Trabalhos de peso foram desenvolvidos nesse tema, aplicando-se o ferramental da teoria de *signaling* para examinar os efeitos produzidos pela propaganda e pelo preço como elementos a diferenciar a qualidade de produtos perante os consumidores finais.[366]

---

[363] "Uninformative potential signals or indices are discarded in the course of reaching an equilibrium" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 370).

[364] "However, if it is too productive relative to the costs, everyone will invest heavily in education, and education may cease to have a signaling function" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 368).

[365] "We have an information problem in the society and the problem of allocating the right people to the right jobs. Education, in its capacity as a signal in the model, is helping us to do this properly" (SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, Aug. 1973, p. 364).

[366] A respeito do preço como elemento de diferenciação de qualidade: "Our analysis implies that consumers can successfully use price as an indicator of quality" (KLEIN, Benjamin. LEFFLER, Keith B., The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, Aug. 1981, p. 634). Apresentando diferentes perspectivas de análise a respeito do papel da propaganda como elemento de sinalização de qualidade, vide: "Some recent literature agrees that much advertising provides little direct information about the goods advertised, but they are said to provide information to consumers indirectly by

No aspecto contratual, a teoria de *signaling* também foi aplicada na tentativa de caracterizar estratégias de diferentes contratantes no mercado, tomando-se o grau de completude/incompletude contratual como sinal de comportamento cooperativo ou oportunista.[367]

Como aponta FLÁVIA ZÓBOLI DALMÁCIO, também em outras áreas a teoria de *signaling* passou a ser empregada para auxiliar a tomada de decisões em situações de incerteza. É o caso de áreas como finanças, *marketing*, auditoria, comércio internacional, direitos humanos, e até mesmo setores menos ortodoxos, como terrorismo, caridade e casamento.[368]

Ainda que muitos autores que se seguiram a SPENCE tenham agregado outros elementos às teorias posteriores, a maioria dessas teorias continua a trabalhar e aplicar os conceitos da teoria de sinalização da forma desenvolvida por SPENCE.

4.2. *Signaling* na teoria de normas sociais de Eric Posner

Importante releitura da teoria de *signaling* foi feita por ERIC POSNER a propósito do exame de *normas sociais* de comportamento. Para o autor, normas sociais

---

signaling the quality of the goods advertised (Nelson's [1974] study pioneered this approach; also see Kihlstrom and Riordan [1984] and Horstmann and MacDonald [1987]). We do not believe that the intensive advertising for Miller beer, Chevrolet cars, or Marlboro cigarettes, to take a few examples, is signaling exceptionally high product quality. But we shall not try to compare systematically the implications of our model of advertising as a good with a signaling model, beyond pointing out that in the signaling approach, demand can be affected by advertising even when consumers are not exposed to the content of the ads, whereas in our approach demand can be affected only through exposure" (BECKER, Gary. MURPHY, Kevin. A theory of advertising as good or bad. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 108, n. 4, Nov. 1993, p. 944).

[367] Veja-se SPIER, Kathryn. Incomplete contracts and signalling. *RAND Journal of Economics*, v. 23, nº. 3, 1992, p. 432-443. Nesse artigo, a autora aplica a teoria de sinalização dentro de uma formalização principal-agente, concluindo que os contratantes sinalizariam a intenção cooperativa através de contratos incompletos.

[368] "A Teoria da Sinalização, inicialmente, desenvolvida para explicar problemas de informação no mercado de trabalho (SPENCE, 1973), também tem suas aplicações em áreas como: Finanças (ROSS, 1977; LELAND e PYLE, 1977; BHATTACHARYA, 1979; MYERS e MAIJLUF, 1984; MILLER e ROCK, 1985; JOHN e WILLIAMS, 1985; HARRIS e RAVIV, 1991; KLEIN et al, 2002); Marketing (KIRMANI e RAO, 2000); Auditoria (BAR-YOSEF LIVNAT, 1984); Comércio Internacional (BRAINARD e MARTIMORT, 1996; COLLIE e HVIID, 1999; SHY, 2000); Direito (FARBER, 2002); Terrorismo (LAPAN e SANDLER, 1993); Caridade (GLAZER e KONRAD, 1996); Casamento (BISHOP, 1984; TREBILCOCK, 1999; ROWTHORN, 2002), dentre outras" (DALMÁCIO, Flávia Zóboli. *Mecanismos de Governança e Acurácia das previsões dos analistas do Mercado brasileiro*: uma análise sob a perspectiva da teoria da sinalização. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2008, p. 23-24).

refletem regularidades na conduta humana, que são observadas socialmente como sinais de um dado comportamento confiável e que vão além de estratégias imediatas de redução de custos.[369]

Partindo do modelo cooperativo proposto pela teoria dos jogos, o autor coloca em dúvida a real probabilidade de cooperação em situações envolvendo grandes grupos sociais. Segundo ERIC POSNER, mesmo garantindo-se jogos repetitivos, a existência de *práticas sociais* intermediando as relações de mercado, tais como a troca de presentes, apertos de mão, uso de vestimenta adequada, entre outras condutas que se mostrem frequentes em determinado ambiente, sugeririam a presença de *outros elementos* a incentivar a cooperação que não apenas aqueles propostos pela matriz de teoria dos jogos.[370]

É no sentido de incorporar essas práticas sociais ao modelo tradicional de cooperação estudado pela teoria dos jogos, que ERIC POSNER lança mão da teoria de *signaling*.

A premissa de que parte o autor é a existência de dois tipos de indivíduos no mercado. De um lado estariam os tipos *bons ou cooperativos*. De outro, se encontrariam os tipos *maus ou oportunistas*. Mantido tudo o mais inalterado, ERIC POSNER sugere que os indivíduos bons estariam mais propensos a cooperar dentro de um modelo de jogos

[369] "Social norms describe the behavioral regularities that occur in equilibrium when people use signals to show that they belong to the good type. Social norms are thus endogenous: they do not cause behavior, but are the labels that we attach to behavior that results from other factors. Social norms should be distinguished from behavioral regularities that emerge in cooperative relationships simply because they are value maximizing. For example, in a merchand community the exchange of gifts on holidays reflects a social norm, whereas the rule that the seller pays for freight insurance probably does not, but simply reflects cost-minimizing strategy" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 34).

[370] "But even for the case of the merchants, the repeated game theory does not explain all kinds of important aspects of their relationship: why, for example, merchants often become friends, send each other gifts, take each other out to dinner, and participate in the shunning of those who violate an obligation against a third party. More generally, why is cooperative behavior so often surrounded by social norms that require people to shake hands, exchange gifts, conform to clothing fashions, express mainstream opinions, shun people of the 'wrong' type? These actions, like delivering a widget on time, are costly: but, unlike delivering a widget on time, they do not in any obvious way produce benefits greater than the costs. The repeated game theory explains why people engage in actions, which produce joint benefits greater than private costs in two-person relationship, and provides a suggestive but weak account of cooperation among members of larger groups. A more complete account would strengthen the description of group interaction and explain conformity to social norms" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press. 2000, p. 18).

repetitivos. Como o modelo não pressupõe altruísmo pessoal, nenhum dos tipos, sejam eles bons ou ruins, cooperariam dentro de uma estratégia de rodada única.[371]

O modelo de ERIC POSNER também assume a impossibilidade de os indivíduos identificarem sua contraparte como sendo boa ou má. É possível apenas pressupor que uma fração do mercado é ocupada por perfis bons, enquanto outra fração ideal é ocupada por perfis ruins; sem, entretanto, prever-se, de antemão, a fração em que inserido cada indivíduo.[372]

Diante desse cenário de incerteza, cada indivíduo procuraria, então, se *diferenciar*, aos olhos dos demais agentes econômicos, como pertencente à categoria dos indivíduos bons. Essa diferenciação viria sob a forma de *sinais exteriores* dos mais variados tipos, desde que observáveis no mercado e capazes de identificar os perfis confiáveis.

Também o elemento referente ao *custo* aparece na teoria de sinalização empregada por ERIC POSNER. Conforme prevê o autor, para ser efetiva, a sinalização deve ser custosa ao agente, seja em termos de tempo consumido, recursos empregados ou alguma forma de desconforto incorrido.[373] Apenas um sinal dessa natureza sinalizaria efetivamente a intenção séria de cooperação. Veja-se que ERIC POSNER parte da mesma base teórica apresentada por SPENCE em seu estudo inaugural.

Mas ERIC POSNER também chama a atenção a um elemento adicional: mais do que custoso, o sinal emitido deve ser também capaz de provocar um entendimento adequado em quem o recebe. Isso significa que, em meio a tantas informações recebidas e

[371] "The model does not assume that good types have a 'taste' for cooperation or are altruistic. Neither a good type nor a bad type cooperates in a one-shot prisoner's dilemma" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 18).
[372] "The model assumes that a person knows his own type but does not know the types of others; he does, however, know the fraction of types in the population and thus the odds that a potential cooperative partner belongs to one type rather than the other" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 18).
[373] "The common elements are (1) the requirement of self-restraint against impulse or inclination, which is 'costly' (in time, money or physical discomfort), (2) the restriction to appearance and observable behaviors, and (3) the arbitrariness of the behavior. All these elements follow from the signaling model, according to which signals are costly and observable actions with no necessary or intrinsic connection to the beliefs that they provoke" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 23-24).

cruzadas no mercado, deve o receptor estar apto a interpretar o sinal como efetivamente uma indicação da intenção de cooperação.[374]

Após o envio de sinais no mercado, dois tipos de equilíbrio seriam possíveis. Um equilíbrio de separação (chamado de "*separating equilibrium*"), suficiente a distinguir os bons perfis dos maus perfis. Tal acontece na hipótese de o sinal utilizado, seja por seu custo ou algum outro elemento de identificação utilizado pelo agente, implicar efetivamente a segregação dos agentes econômicos no mercado. O resultado é a identificação dos indivíduos confiáveis e a possibilidade de interação e cooperação entre eles.

O inverso também pode ser imaginado. Ou seja, em situações em que o sinal emitido puder ser imitado pelos agentes oportunistas a um custo baixo, ao invés de diferenciação o resultando esperado é a unificação de todos os perfis dos agentes econômicos envolvidos (denominado de "*pooling equilibrium*"), retornando-se ao estado inicial de ignorância quanto ao perfil de cada indivíduo.

Em casos de imitação do sinal pelos tipos oportunistas também pode ser esperado que, dado que o sinal não serve para fins de segregação dos perfis dos indivíduos, o custo de manutenção do sinal não mais se justifica no longo prazo. O resultado seria também um equilíbrio de unificação ("*pooling equilibrium*"), mas com uma diferença. Seria caracterizado pelo fato de nenhum agente estar propenso a enviar qualquer sinal.

Na linha da teoria de *signaling* tradicional, ERIC POSNER menciona ainda a possibilidade de situações de equilíbrio parcial, presentes em hipóteses mais complexas em que os sinais emitidos não são constantes, mas sofrem envios intermitentes por partes dos perfis oportunistas, capazes de nublar o cenário e dificultar equilíbrios perenes. Segundo o autor, essa situação de equilíbrio parcial também tenderia a ocorrer quando os agentes, já tendo traçado o perfil dos demais indivíduos e classificando-os em tipos de cooperação

[374] "An action must be costly in order to be a signal, but this necessary condition is not also a sufficient condition. A further requirement is that observers have an adequate understanding of the cost of an action relative to the gains for different types from cooperation, in any given context, so that they can tell that bad types cannot or usually cannot engage in that action" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 26).

alta, média ou baixa, tenderiam a realizar uma adequação e ajuste caso a caso, ao invés de adotarem um posicionamento de sinalização constante no mercado.[375]

A tentativa de ERIC POSNER de explicar a existência de normas sociais por meio da teoria de *signaling* não passou isenta de críticas. As principais vozes contrárias identificaram nos argumentos de ERIC POSNER um excesso de racionalização e formalização econômicas, que terminaria por deixar de lado o próprio âmago das normas sociais. Como sumarizado por BRADLEY WENDEL, a teoria de ERIC POSNER empregaria uma régua excessivamente simplificada para explicar comportamentos humanos que são, em si, muito mais variados, complexos e ricos.[376] De toda forma, a teoria traz relevante orientação a guiar os contratantes em ambientes de assimetria informacional, racionalidade limitada e oportunismo, o que, os próprios críticos reconhecem, tem seu valor dentro de uma realidade social cada vez mais imprevisível.[377]

A grande contribuição de ERIC POSNER ao tema da performance dos contratos está no reconhecimento de que o grau de cooperação dos agentes econômicos pode ser *incentivado* por meio de sinais enviados ao mercado. Mediante emprego dessas ferramentas exteriores e observáveis de identificação, os perfis cooperativos buscariam sua segregação dos perfis oportunistas, garantindo, com isso, uma reputação capaz de *(i)* assegurar negócios presentes, e *(ii)* perenizar negócios no futuro. Como o próprio autor afirma, "*signaling is an important way not only of entering agreements, but also of maintaining them*".[378]

---

[375] POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 20.

[376] "The emphasis on Posner is rather a function of his methodological commitment to explain social norms while making as few assumptions as possible about the things that people value and their reasons for action. Many of the problems addressed in this section could be fixed by including explanatory terms (such as moral values, personal attachments and relationships, loyalties, and so on) beyond economic rationality, but Posner steadfastly refuses to make these adjustments to this theory. As a result, we are left with an object lesson in the dangers of overreliance on economic methodology" (WENDEL, Bradley. Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation. *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper* nº. 01-8 September 2001, p. 34).

[377] "What is missing from the economic models is an account of the first-person phenomenology of social life - that is, the experience of being one of these individual actors described by the theoretical models. In some contexts, this is not a defect of economic theories. For example, it may be quite useful for policymakers to be able to predict behavior in the aggregate, and as long as a model enables this prediction, it doesn't really matter whether the theory accurately captures the experience of living a life" (WENDEL, Bradley. Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation. *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper* nº. 01-8 September 2001, p. 40).

[378] Confira-se a citação completa do autor: "Drawing back from the model, one can see that signaling is an important way not only for entering relationships, but also of maintaining them. In earlier time the merchant entering a foreign land for the first time was likely to distribute gifts to the ruler, as a way of showing this commitment to a long-term relationship (rather than, say, this intention to raid); but he was also likely to

É o que já foi mencionado em capítulo anterior, quando tratado o tema da confiança. Mais do que apenas sinalizar, no início, o intuito de cooperação contratual, uma técnica eficiente de gestão contratual deve estimular o envio de sinais durante todo o período de execução contratual, indicando continuamente a permanência da mesma intenção de cooperação e confiança entre as partes. Isso era feito desde a época medieval por meio de normas sociais, conforme notou ERIC POSNER. E, ainda hoje, continua a ser estimulado e empregado no âmbito da gestão de contratos de longa duração.[379]

Além da ênfase sobre esse aspecto, a preocupação com o *enforcement* das obrigações é também expressamente tratada por ERIC POSNER. Reconhecendo a capacidade limitada de mecanismos de governança contratual e mesmo de instituições tradicionais, incluindo-se o próprio Poder Judiciário, em distinguir cooperação e oportunismo dentro das relações sociais, o autor enfatiza o papel preponderante de mecanismos extralegais e não-jurídicos para fins de garantir a cooperação e o cumprimento de obrigações.[380]

Ainda que o autor se refira essencialmente a normas sociais de comportamento, criadas pelo hábito e costume, ao mencionar "*mecanimos extralegais*"

---

continue to distribute gifts over the course of the relationship, as a way of showing that he did not expect it to end any time soon. Because outside influences are always changing, one always wants to reassure one's cooperative partner that one remains a good type. And more generally, signaling occurs not just when a single merchant is seeking a cooperative partnership from another merchant, as in the example, but even when merchants in a closely-knit group trade off partners after each transaction, or simultaneously look for people to enter long-term and short-term transactions, or engage in multiple transactions of different lengths. One wants a general reputation as a 'cooperator', a person with a low discount rate, and one establishes that reputation both by declining to cheat in repeated games and by sending signals at every opportunity" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 21).

[379] Veja-se a referência já citada no capítulo anterior, de Eric Brousseau: "Comment ne pas détruire ces fragiles conjectures de confiance? Cela passe en partie par une conception et une gestion adéquate de la relation contractuelle. Bien entendu, l'initiation, la consolidation et la pérennisation des conjectures de confiance découlent avant tout d'un investissement continuel de la part des parties dans le processus coopératif. (...) D'un côté il s'agit de réitérer les signaux coopératifs en acceptant d'affiner sans cesse l'arrangement contractuel pour le rendre de plus en plus crédible en étant conforme aux modalités effectives de coordination" (BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001, p. 77-78. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf >. Acesso em 20.01.2016).

[380] "Some enforcement mechanisms are institutional and others are psychological or physiological. The latter will be discussed in the next chapter. Institutional enforcement mechanisms can be divided into legal and nonlegal mechanisms. The law encourages cooperation in many ways. For example, it allows people to enter contracts and obtain damages from anyone who breaches a contract. (…) This story is to ease for the reasons suggested earlier. The government is a clumsy tool. Police officers, prosecutors, judges, and juries generally can obtain only a crude, third-hand account of events. Lawsuits are expensive. If the court system cannot distinguish cooperation from defection with any accuracy, and it is costly to use, people will not rely on it for ensuring cooperation. Indeed, most people do not know much about the law, do not allow what they do know it to influence much in their relations with other people, and do not sue each other when they have disputes. And explanation for nonlegal cooperation begins with the observation that people who defect suffer injury to their reputation" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 14-15).

para garantir a cooperação, vê-se aí ponto de contato com a literatura da NEI e dos contratos relacionais, cuja ênfase é colocada também sobre *ajustes privados* extralegais e sobre a autorregulação de interesses. A principal diferença notada entre esses matizes teóricos está no fato de a posição de ERIC POSNER não associar a existência dessas normas a uma estratégia imediata de redução de custos, se aproximando mais da linha social de MACNEIL do que do entendimento da ECT.

De toda maneira, é nessa aproximação teórica e também no reconhecimento de que mecanismos extralegais e privados podem ser empregados pelas partes para estimular a confiança e a cooperação, ao mesmo tempo em que suprir a deficiência das instituições tradicionais de governança, que a teoria de *signaling* pode oferecer importante contribuição a este estudo.

4.3. Arbitragem e *signaling*: uma aplicação concreta

4.3.1. A dimensão dos custos

Como visto na teoria de SPENCE e também reiterado por ERIC POSNER, para ser efetiva, a sinalização deve ser custosa ao agente que emite o sinal. Sem grande esforço, verifica-se que a previsão de arbitragem atende ao primeiro pressuposto, apresentando custos superiores quando comparada ao contencioso estatal.

De fato, como lembrado por ANDREW OKEKEIFERE, além de pagarem pelos próprios julgadores, os contratantes, ao escolherem a arbitragem, também despendem valores cada vez maiores em decorrência da profissionalização da arbitragem.[381]

[381] "In addition to the above consideration, arbitration is becoming intrinsically even more expensive with time, partly due to professionalisation of its practice. Regular arbitrators and arbitration practitioners see their work as a professional vocation these days, and charge or fix fees as such. In several jurisdictions, an arbitration practice is far more lucrative than a legal practice. Unlike court litigation, the parties not only pay their professional lawyers, they also pay the judges – the arbitrators. Rising fees and tribunal costs are continually pushing up the cost of arbitration" (OKEKEIFERE, Andrew. Commercial Arbitration as the most effective dispute resolution method: Still a fact of now a Myth? *Journal of International Arbitration*, v. 15, nº. 4, 1998, p. 87).

No caso brasileiro, enquanto o Poder Judiciário fixa limite máximo de recolhimento de custas pelos litigantes, que no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo atinge o teto de R$63.750,00[382], os valores-limite que muitas câmaras de arbitragem estabelecem a título de despesas administrativas e honorários de árbitros correspondem a quantias muito superiores.

Veja-se comparação de custos das principais câmaras de arbitragem em São Paulo (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá[383]; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP[384]; e Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem[385]), Rio de Janeiro (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA[386]) e Belo Horizonte (Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB[387]). Mesmo tomando-se por base a instituição que apresenta os custos mais reduzidos entre estas (CBMA), a diferença notada entre custas judiciais máximas e despesas máximas com arbitragem é de quase dez vezes.

No caso de câmaras internacionais, os valores de custas são ainda mais significativos. Na Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, a câmara internacional mais usada por contratantes brasileiros, as despesas administrativas podem chegar a US$113.215,00, existindo taxa inicial de registro, não reembolsável, no valor US$3.000,00. E os honorários de árbitros podem atingir aproximadamente US$583.500,00, por árbitro envolvido no procedimento.[388]

É bem verdade que referidas custas de administração são devidas apenas em procedimentos geridos por alguma instituição de arbitragem, seja ela doméstica ou

[382] Esse valor corresponde a 3.000 Ufesps, fixado como teto de recolhimento de custas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com o valor da Ufesp fixado em R$ 21,25 para o ano de 2015. Informação disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Egov/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria.aspx?f=1 >. Acesso em 20.01.2016.

[383] Detalhamento das custas e despesas cobradas pela CCBC está disponível, na íntegra, em <http://ccbc.org.br/Materia/1068/tabela-de-despeasas-e-calculadora>. Acesso em 20.01.2016.

[384] Detalhamento das custas e despesas cobradas pela CAM-FIESP está disponível, na íntegra, em <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/tabela-de-custas>. Acesso em 20.01.2016.

[385] Detalhamento das custas e despesas cobradas pela FGV está disponível, na íntegra, em <http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-conciliacao-e-arbitragem>. Acesso em 20.01.2016.

[386] Detalhamento das custas e despesas cobradas pela CBMA está disponível na íntegra em <http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regimento_custas_arb_1/>. Acesso em 20.01.2016.

[387] Detalhamento das custas e despesas cobradas pela CAMARB está disponível, na íntegra, em <http://camarb.com.br/tabela-de-custas/>. Acesso em 20.01.2016.

[388] O detalhamento dos custos cobrados pela CCI como custas e honorários de árbitros está disponível em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/costs-and-payment-of-costs/>. Acesso em 20.01.2016.

internacional. Em todo caso, mesmo em arbitragens *ad hoc*, em que não há intermediação por instituições de arbitragem, o pagamento de honorários de árbitros continuará a ser devido, em valor fixado de comum acordo entre partes e árbitro, mas que normalmente guarda semelhanças com valores de honorários cobrados por instituições de arbitragem. Em outras palavras, no mínimo, os contratantes arcarão com o pagamento de honorários dos árbitros escolhidos.

No caso brasileiro, essa diferença entre valores cobrados em arbitragem e despesas com o acesso ao Poder Judiciário torna-se ainda mais acentuada. Isso porque, no Brasil o acesso ao Poder Judiciário é subsidiado pelo Estado de forma mais significativa do que em outros países[389], o que aumenta a diferença de valores cobrados.

Também em procedimentos arbitrais não se permite a utilização de Assistência Justiça Gratuita.[390] No caso da arbitragem, não há esse tipo de paternalismo: em caso de não pagamento das custas administrativas, o procedimento é suspenso e só volta a ter andamento quando do depósito dos valores pendentes por alguma das partes.[391] Prática corrente também adotada é condicionar a liberação de laudos periciais ou de sentenças ao pagamento de parcelas pendentes, a demonstrar o rigor com que o tema dos custos é tratado no meio arbitral.

---

[389] "Em segundo lugar, os custos diretos com taxas administrativas das câmaras de arbitragem e honorários de árbitros são em muitos casos bastante elevados, e, às vezes, até proibitivos. Já as custas processuais para litígios no Poder Judiciário são, frequentemente, mais modestas. No Brasil, este quadro é particularmente agudo, já que o acesso às cortes estatais é fortemente subsidiado pelo Estado" (SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica da Arbitragem. In TIMM BENETTI, Luciano (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 385).

[390] Faz-se referência a relatório produzido pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), dando conta de critérios aleatórios, e muitas vezes excessivamente paternalistas, empregados pelos magistrados brasileiros na avaliação da incapacidade econômica dos litigantes. Relatório Final, Edital Conselho Nacional de Justiça 01/2009, Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil, p. 26-27 e 34. Disponível em <http://issuu.com/cnj_oficial/docs/rel__torio_sobre_as_demandas_judici/1>. Acesso em 20.01.2016.

[391] Veja, a título de exemplo, as seguintes regras do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá: "12.10. Na hipótese do não pagamento das Taxas de Administração, honorários de árbitro e peritos ou quaisquer despesas da arbitragem, será facultado a uma das partes efetuar o pagamento por conta da outra, em prazo a ser fixado pela Secretaria do CAM/CCBC. 12.10.1. Caso o pagamento seja efetuado pela outra parte, a Secretaria do CAM/CCBC dará ciência às partes e ao Tribunal Arbitral, hipótese em que este considerará retirados os pleitos da parte inadimplente, se existentes. 12.10.2. Caso nenhuma das partes se disponha a efetuar o pagamento, o procedimento será suspenso. 12.11. Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias de suspensão por falta de pagamento, sem que qualquer das partes efetue a provisão de fundos, o processo poderá ser extinto, sem prejuízo do direito das partes de apresentarem requerimento para instituição de novo procedimento arbitral visando solução da controvérsia, desde que recolhidos os valores pendentes".

A respeito da comparação de custos da arbitragem e do Poder Judiciário, muito se tem dito que, para ser válido, qualquer confronto dessa natureza deve levar em conta o tempo de duração da arbitragem *versus* o tempo de duração de um processo na seara judicial. É o que defende SELMA LEMES. Segundo a autora, o que deve ser ponderado é a relação custo-benefício envolvida em cada situação, sendo ilusória a afirmação genérica de que a arbitragem é uma forma de solução sempre mais cara. Ao empregar casos hipotéticos, SELMA LEMES pretende demonstrar que, mesmo em termos nominativos, ao serem acrescidos fatores como o nível de insegurança judicial e "*o tempo da Justiça*", o custo do processo se torna até mais elevado do que as custas de um procedimento de arbitragem.[392]

Há, de fato, um racional bem empregado pela autora a fundamentar uma análise mais ampla quando se pretende comparar custas judiciais e custas arbitrais. Mas, note-se que esse entendimento, em verdade, apenas confirma a existência efetiva de um *senso comum* apto a propagar o entendimento – seja ele empiricamente correto ou equivocado – de que a arbitragem faz incorrer em despesas superiores àquelas do processo judicial.

Essa *communis opinio* corrobora o potencial de sinalização da arbitragem que aqui se defende. Mesmo porque, diante de uma realidade de morosidade e insegurança do Poder Judiciário, o pagamento de custas superiores para uso da arbitragem torna-se quase um "*price premium*" mencionado pela literatura de BENJAMIN KLEIN e KEITH B. LEFFLER, ou seja, um valor adicional pelo qual os consumidores estariam dispostos a pagar por um produto ou serviço de melhor qualidade.[393]

Isso significa que, somado ao entendimento de SELMA LEMES, também se mostra igualmente crível a aplicação da teoria de *signaling* à arbitragem, em vista notadamente da percepção dos contratantes de que os custos superiores cobrados em arbitragem se justificam em razão da melhor qualidade dos serviços prestados, quando comparados à forma judiciária de solução de controvérsias.

---

[392] LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 170-178.

[393] Essa ideia foi extraída de KLEIN, Benjamin; LEFFLER, Keith B. The role of market forces in assuring contractual performance. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981, p. 615-641. Vide em especial: "The price 'premium' is a payment for high quality in the face of prepurchase quality-determination costs. The relevant consumer choice is between demanding minimum quality output at a perfectly competitive (costless information) price or paying a competitive price 'premium', which is both necessary and sufficient, for higher quality output" (p. 624-625).

Ainda nesse contexto, discute-se mais recentemente a possibilidade de financiamento de arbitragem por terceiros, sejam eles os próprios advogados envolvidos na demanda ou empresas com portfólio de risco, como é o caso de instituições financeiras ou seguradoras.[394] PHILLIPE PINSOLE menciona inclusive casos de financiamento de custas de arbitragem por instituições filantrópicas, sem interesse direto na solução da disputa, como ocorrido em disputa envolvendo expropriação de terras no Zimbábue e que foi patrocinada por entidade de auxílio humanitário.[395]

Trata-se de prática que se iniciou no contencioso estatal e que se tornou aceita em alguns países como forma de ampliar o acesso à Justiça, em hipóteses em que os custos processuais terminavam por se tornar proibitivos às partes. Aplicada à jurisdição arbitral, essa prática busca justamente fazer frente aos elevados valores cobrados como custas de arbitragem, mediante transferência do risco e de custos a terceiros que não apenas as partes processuais. Esse tipo de triangulação de custos também espelha mais um aspecto da rotinização da prática da arbitragem e de sua transformação em um novo mercado de atuação profissional e empresarial.[396]

Essa tendência de financiamento da arbitragem por terceiros, ainda que modifique o sujeito a realizar o desembolso de valores, é outra contraprova relevante de

---

[394] "Pero para casos más graves de falta de recursos económicos — cuando una parte no tendría bastante dinero para pagar ni siquiera los honorarios de un solo árbitro — hay que pensar en soluciones más eficientes y originales. Si se tiene una pretensión con buenas perspectivas de éxito, aparte del pacto de cuota litis con los abogados, se puede por ejemplo pedir un préstamo al banco para pagar los gastos de arbitraje y otorgarle una prenda sobre la demanda. Se puede también ceder el derecho litigioso a un tercero. Se podría desarrollar igualmente un sistema de seguro legal que cubriera específicamente el arbitraje, lo que no es el caso de la mayoría de los seguros actuales. Debido al carácter aleatorio del contrato de seguro, tendría que ser suscrito antes de que surja el litigio. Para después del nacimiento del litigio, existe en varios países (especialmente Alemania, Inglaterra y Holanda) el sistema de third-party funding: son sociedades de financiación de procedimientos (generalmente filiales de compañías de seguro o de bancos) que asumen el costo y el riesgo del proceso, tanto judicial como arbitral (sobre todo en arbitraje de inversión)" (CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado. In FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. Miguel Ángel; ARIAS, David Arias (Coord.). *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 8, 2010, p. 161-162).

[395] PINSOLE, Philippe. Le financement de l'arbitrage par les tiers. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2, 2011, p. 394-395).

[396] Mencionando o financiamento por terceiros como um exemplo de prática lucrativa e até um "novo produto" surgido na atualidade: "One such change is the rise of third-party funding of litigation or TPF. TPF involves the funding of litigation by specialized legal funding companies who are neither parties to the dispute nor closely connected with it. TPF providers' sole interest in and connection with the dispute is the 'mercenary' or capitalistic aim of making a profit. TPF providers are accordingly differentiable from others who may fund, to some extent, litigations in which they have an interest of another nature, including lawyers, unions, consumer organizations, insurers, legal aid groups, political or other interest groups. TPF is an intriguing and powerful innovation or 'product' which may be of material assistance to clients in a broad range of disputes, particularly in international arbitrations" (HENDEL, Clifford. Third Party Funding. *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 9, 2010, p. 67).

que a arbitragem representa, na percepção comum e também na ótica dos contratantes, uma opção mais cara e mais custosa do que outras formas de solução de disputas, a exigir, muita vezes, a própria estruturação de formas alternativas de financiamento para permitir seu uso pelos contratantes.

Em vista desses aspectos, entende-se estar caracterizado, assim, o primeiro pressuposto da teoria de sinalização.

4.3.2. O elemento de confiança na contratação da arbitragem

Além do aspecto do custo, o segundo pressuposto da teoria de *signaling*, que associa o comportamento exteriorizado pelo agente a um sinal distintivo e crível, capaz de efetivamente segregar contratantes cooperativos e contratantes oportunistas, também está identificado na previsão de arbitragem. Nesse aspecto, a premissa de confiança na arbitragem volta a deter papel chave nessa caracterização.

De fato, sendo a arbitragem uma forma de solução de controvérsias pautada pela ideia de *confiança* e cuja escolha representa uma *opção ética* das partes, seu emprego pelos contratantes sinalizaria não apenas a cooperação no momento presente, mas também a cooperação ao longo de toda a execução do contrato.

Muito já foi visto, no capítulo precedente, a respeito da importância da confiança para arbitragem. E o que importa agora resgatar é que, muito mais do que um mero elemento histórico a acompanhar o instituto da arbitragem, o componente de fidúcia compõe alicerce axiológico que permite atribuir a esse método privado a mesma legitimidade simbólica que detém o contencioso estatal.

É justamente com base nesse elemento de confiança – o já tratado *pacto ético de confiança* firmado entre os envolvidos na arbitragem – que a arbitragem conseguiria, assim, selecionar e segregar os perfis contratuais cooperativos, em detrimento de perfis oportunistas e que não compartilham da mesma intenção ética da arbitragem. Isso aconteceria principalmente em razão de a arbitragem se apresentar aos contratantes como uma forma crível de comprometimento entre as partes. Ou um "*credible commitment*" conforme nomenclatura de WILLIAMSON: um mecanismo de salvaguarda contratual capaz

de *(i)* sinalizar a intenção crível de cumprimento e *(ii)* restaurar a integridade da transação econômica.[397]

Segundo a literatura de WILLIAMSON, as formas privadas de comprometimento contratual têm importância central para contornar cenários de contratos incompletos, oportunismo e racionalidade limitada dos agentes econômicos. É uma forma que ele considera superior do que as ameaças contratuais ou estratégias de *tit-for-tat*, por se conseguir alinhamento voluntário de interesses das partes, evitando o desperdício de recursos e gerando formas de governança contratual mais eficientes[398], em benefício das trocas comerciais.[399]

O que isso representa para a arbitragem é sua capacidade, enquanto mecanismo de salvaguarda contratual, de sinalizar aos contratantes o interesse no cumprimento contratual voluntário. Os custos superiores envolvidos nessa forma de solução de disputas e o caráter ético próprio a esse procedimento dão justamente a *credibilidade* para que o comprometimento seja levado a sério pelos contratantes. Aliás, como já notado no Capítulo 01, o próprio WILLIAMSON caracteriza a arbitragem como uma forma de salvaguarda contratual que se destaca por sua finalidade de permanência de vínculos contratuais.[400]

PARTHA DASGUPTA analisa essa mesma questão do ponto de vista da teoria dos jogos. Para ele, o comprometimento assumido pelos contratantes altera o equilíbrio do jogo, mudando positivamente as expectativas a respeito de qual será o comportamento da contraparte durante o jogo. É como se o comprometimento exteriorizado introjetasse, nas

---

[397] "Moreover, ex ante interfirm safeguards can sometimes be fashioned to signal credible commitments and restore integrity to transactions" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 20).

[398] "The more important lesson, for the purposes of studying economic organization, is this: transactions that are subject to ex post opportunism will benefit if appropriate safeguards can be devised ex ante. Rather than reply to opportunism in kind, therefore, the wise prince is one who seeks both to give and to receive 'credible commitments'. Incentives may be realigned, and/or superior governance structure within which to organize transactions may be devised" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 48-49).

[399] "Credible commitments and credible threats share this common attribute: both appear mainly in conjuction with irreversible, specialized investment. But whereas credible commitment are undertaken in support of alliances and promote exchange, credible threats appear in the context of conflit and rivalry. The former involve reciprocal acts designed to safeguard a relationship, while the latter are unilateral efforts to preempt an advantage" (WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 167).

[400] WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985, p. 178.

duas partes, a mesma intenção alinhada de cooperação, criando-se um novo cenário de jogo.[401]

Interessante que PARTHA DASGUPTA menciona expressamente que o comprometimento crível só é tomado como tal pelas partes se for *custoso*, envolvendo efetivamente um *esforço* em decorrência do comportamento honesto assumido, o que se associa diretamente à teoria de *signaling* examinada neste capítulo. Também para o autor o comprometimento crível reforça a reputação dos indivíduos – ou o *capital reputacional* se lembrada a denominação de KLEIN – o que, por sua vez, dá base de sustentação para o aumento da confiança entre os indivíduos.[402]

Vê-se, assim, que a arbitragem reune, em si, as características necessárias para funcionar como uma forma de governança contratual capaz de sinalizar o comprometimento das partes. Aliás, é também sob esse mesmo fundamento que alguns autores chegam inclusive a considerar a arbitragem como uma espécie de jogo cooperativo.[403]

Não que a arbitragem deixe de ser um procedimento contencioso e se torne uma forma de composição amigável. Como ressalta THOMAS CLAY, a arbitragem representa apenas *outro* quadro jurisdicional a ser empregado pelas partes, que – é bem

---

[401] "All that commitment does is turn the original game into one in which the explicitly or implicitly agreed-upon courses of action are credible. If they are credible, then the participants can be trusted to carry them out (...) Commitment on this part merely alters the game that is to be played, and therefore alters your expectation of what he will choose to do and, what is subtly tied to this, simultaneously alters his expectation on what you will choose to do" (DASGPTA, Partha. Trust as a commodity. In: GAMBETTA, Diego. *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 56).

[402] "The suggestion of a link between commitment and trust is made in this volume on several occasions. I think the link is a pretty obvious one. (...) The cost of commitment is then the price that has to be paid for each party to trust the other to fulfil the terms of the agreement. (...) Moreover, for honest to have potency as a concept there must be some cost involved in honest behaviour. And finally, trust is linked to reputation, and reputation has to be acquired" (DASGPTA, Partha. Trust as a commodity. In: GAMBETTA, Diego. *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 55 e 59).

[403] "Em primeiro lugar, a arbitragem pode ser classificada como um jogo cooperativo. A necessidade de convenção de arbitragem para instituir o procedimento arbitral representa um primeiro passo para a cooperação, já que as partes comprometem-se a submeter o litígio a um terceiro, garantindo-se, assim, a participação das próprias partes na solução do conflito. Além disso, as partes pagam por todo o processo (ao contrário do processo judicial, em que o próprio Estado é o responsável por considerável proporção do pagamento da estrutura judicial, na arbitragem as próprias partes pagam pelo procedimento). Neste sentido, as quantias normalmente altas dispendiadas pelas partes no procedimento arbitral são um incentivo para que as partes cooperem - já que, se não cooperarem, muito provavelmente gastarão mais recursos financeiros com o procedimento" (LOPES DE ALMEIDA, Fábio Portela. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003, p. 191).

verdade – tende a ser mais próximo às partes e passível de ajuste às necessidade da disputa, mas sem significar a adoção de um sistema de valores necessariamente mais conciliador.[404]

Entretanto, não se pode negar que sendo a arbitragem um procedimento com *inegável apelo ético* e que, ademais disso, também envolve, ao menos na percepção comum, *custos superiores* ao Poder Judiciário, a internalização desses mesmos custos diretamente pelas partes envolvidas gera um incentivo ao uso racional da arbitragem e à cooperação contratual entre as partes. É nesse sentido que se encontra reforço à hipótese de que a arbitragem serve como importante elemento de sinalização de um perfil contratual "*bom ou cooperativo",* conforme nomenclatura de ERIC POSNER.

É isso o que já defendeu JEAN-GUY BELLEY, em tese de doutorado apresentada na Universidade de Paris II em 1977. Segundo ele, a expansão do uso da arbitragem a partir do século XX marcaria a transição de um mundo de concorrência contratual para um período de maior cooperação e coordenação entre as partes. É nesse sentido que, para BELLEY, a cláusula de arbitragem acumularia uma função latente de reforço aos mecanismos contratuais informais que asseguram o comprometimento mútuo das partes em torno do acordo celebrado.[405] A base teórica adotada por BELLEY soa como reforço da sociologia para aquilo que a teoria econômica de sinalização já havia desenvolvido.

No Brasil, SELMA LEMES, apesar de não mencionar expressamente a teoria econômica de *signaling*, reitera essa vinculação entre arbitragem e sinalização de confiança. Diz a autora que a escolha de arbitragem em contratos com a Administração Pública – tema central de seu estudo – geraria o efeito indireto de "*sinalizar"* ao mercado

[404] "Premièrement, il est possible de ne pas être convaincu par l'idée que les parties qui choisissent l'arbitrage, veulent de ce fait être jugées suivant un autre système de valeurs. En choisissant l'arbitrage, elles adoptent uniquement un cadre juridictionnel diffèrent, mais dont la finalité justicière demeure au détriment de toute finalité conciliatrice. (…) Il est néanmoins vrai que le cadre juridictionnel de l'arbitrage est plus souple, plus simple e plus proche des parties que l'est le cadre étatique. En d'autres termes, l'arbitre rend la justice comme le juge étatique, en appliquant les règles qui s'impose à lui" (CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 226).

[405] "le passage d'une situation de concurrence à une situation de coordination entre partenaires commerciaux (...) un mécanism de coordination, de concertation et de contrôle interoganisationelle entre des partenaires liés para contrat (...) il pourrait bien avoir pour fonction latente essentielle de renfoncer les mécanismes informels par lesquels les partenaires commerciaux s'assurent du maintien de leurs échanges mutuels en dépit des conflits qui les accompagnent inévitablement" (BELLEY, Jean-Guy. *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*. Thèse, Université Paris II, 1977, p. 539).

que as instituições jurídicas são eficazes, trazendo, com isso, maior *segurança* e *confiança* aos investidores particulares.[406]

O elemento de confiança pode ser visto, portanto, como mais uma aproximação entre arbitragem e a teoria de *signaling*. Dentro da teoria de ERIC POSNER, os indivíduos emitem sinais externos visando estabelecer e preservar a confiança nas relações sociais.[407] No caso da arbitragem, há intenção similar por parte dos contratantes.

4.3.3. O caráter técnico da arbitragem

Última base a dar solidez teórica ao cenário de sinalização aqui defendido está associada à dimensão técnica da arbitragem. Bem se sabe que a arbitragem é procedimento decidido por profissionais com expertise na matéria discutida, escolhidos pelas partes justamente em vista a esse conhecimento especializado. Também está a arbitragem normalmente associada a procedimentos mais céleres do que o contencioso estatal.

Aliás, celeridade e aptidão técnica são o grande apelo que a arbitragem detém perante o público em geral. Foi o que revelou a pesquisa empírica realizada por SELMA LEMES: o uso da arbitragem vincula-se essencialmente à economia de custos e à tentativa de se contrapor à morosidade e à ineficiência judiciais.[408] Também pesquisa de campo realizada em 2013 pelo pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem ("CBAr") em parceria com o Instituto Ipsos concluiu no mesmo sentido.[409]

---

[406] "No mesmo sentido do princípio da eficiência, o princípio da economicidade constitui sustentáculo à arbitragem, na medida em que reduz o custo de transação e gera economia ao contrato. A arbitragem como instrumento eficaz de solução de conflitos entre particulares e os agentes públicos, no âmbito dos contratos administrativos, tem não apenas efeito direito nos referidos contratos, mas também reflexos indiretos, pois *sinaliza ao mercado que as instituições jurídicas brasileiras e chilenas são eficazes e eficientes*. Em decorrência, proporcionam a segurança e confiança aos investidores, atraindo capital privado nacional e estrangeiro (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32).

[407] "People send signals in order to establish and enhance trust within valuable relationships" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 24).

[408] Essa conclusão foi extraída da análise dos questionários respondidos na pesquisa empírica proposta por Selma Lemes, vide: LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 284-300.

[409] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 13. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

Em um cenário de aptidão técnica majorada, o índice de acerto das decisões torna-se também maior, a reduzir o próprio risco contratual.[410] Isso significa dizer que, diferentemente do Poder Judiciário, que detém conhecimento mais genérico sobre os temas debatidos, na arbitragem o convencimento é feito de forma mais técnica e precisa, e normalmente por três julgadores, reduzindo-se, consequentemente, a margem de manipulação e de barganha das partes.

Na linha do que foi mencionado em tópicos anteriores, essa caracterização própria à arbitragem serve de incentivo a que esse método não seja usado como arma de pressão negocial ou para ganhar tempo no cumprimento das obrigações, como se vê muitas vezes acontecer na seara judicial. Segundo LUCIANO TIMM BENETTI, diante de um procedimento mais técnico, as partes tendem a não buscá-lo com finalidade apenas diversionista.[411] O risco de a parte sair perdedora, com abalos a sua reputação e incorrer em custos severos com essa estratégia é maior, o que vem a reforçar o grau de cooperação contratual entre os contratantes.

Assim, somando-se *(i)* custos incorridos pelos contratantes com a pactuação de arbitragem, *(ii)* a sinalização do elemento de confiança no momento presente e futuro, bem como *(iii)* a consciência por parte dos contratantes de que, em caso de conflito, o procedimento será resolvido de forma mais célere do que o Poder Judiciário e por profissional com expertise na matéria debatida, é possível ver na arbitragem um elemento efetivo de aplicação da teoria de *signaling*.

Mesmo porque, como observam EJAN MACKAAY e STÉPHANE ROUSSEAU, muitas podem ser as formas de sinalização adotadas no mercado para permitir a

[410] "A especialização permite, assim, a redução dos erros nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado" (SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica da Arbitragem. In: TIMM BENETTI, Luciano (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 384).

[411] "Sabe-se, pela literatura de *Law and Economics*, que os custos de transação tendem a aumentar com um Poder Judiciário lento, burocrático e imprevisível. A arbitragem tende a diminuir os custo de transação porque tende a ser um mecanismo mais ágil e mais especializado na solução de conflitos. Diante de um procedimento mais eficiente e mais técnico, as partes tendem a não buscar o litígio para 'ganhar tempo' e fugir do cumprimento do contrato – até porque um procedimento arbitral tende a ser mais custoso se comparado à jurisdição estatal. Ao passo que um Poder Judiciário lente e ineficiente tende a criar incentivos para comportamentos oportunistas das partes, que buscam a justiça no mais das vezes (segundo levantamento de Armando Castelar Pinheiro) para descumprir contratos" (TIMM BENETTI, Luciano. Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS versus AES. In TIMM BENETTI, Luciano (Coord.). *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 166).

identificação e distinção dos contratantes, algumas delas, aliás, bastante engenhosas, como acontece com as cartas de recomendação, as certificações de qualidade, as garantias dadas ao consumidor, a possibilidade de período de experiência para testar o serviço e a própria publicidade.[412] No caso da arbitragem, a engenhosidade está em introduzir o elemento de sinalização para *dentro do próprio contrato*, como método endógeno de solução de disputas.

Tal particularidade, porém, não invalida a função de sinalização pretendida. Antes, serve a demonstrar o alinhamento tanto com a teoria de *signaling*[413], quanto com as visões anteriormente apresentadas: usa-se método de solução de disputas para *(i)* estimular o comportamento contratual colaborativo, *(ii)* manter a confiança na reputação do outro contratante, *(iii)* reduzir oportunismos durante a performance contratual e *(iv)* incentivar a autorregulação de conflitos, muitas vezes sem sequer necessidade de recurso a um terceiro externo ao contrato. E isso tudo, *(v)* primando-se pela permanência do vínculo social entre os contratantes e *(vi)* sem incorrer-se em "*ink costs*" proibitivos.

Mas, se é verdade que a teoria de *signaling* oferece um instrumental importante a guiar as escolhas dos contratantes em mercados com assimetria de informações, por outro lado não é menos verdade que essa teoria pode enfrentar erros de cálculo. Os riscos de a sinalização pretendida pela arbitragem ficar prejudicada diante de comportamentos oportunistas ou cenários de incerteza são tratados a seguir.

---

[412] "If faut donc penser que les acteurs du marché ont trouvé les moyens pour assurer que l'acheteur dispose de l'information nécessaire *pour faire les distinctions*. La recherche doit alors porter sur les façons, parfois fort *ingénieuses*, pare lesquelles l'information est véhiculée: recommandations d'amis, marques de commerce – individuelles ou de certification –, réputation du vendeur, garanties, droit d'essai et de dédit aussi bien que publicité, renseignements exprès, échantillons, photos, modes d'emploi, standardisation, certification par un agent indépendant ou accréditation, témoignages de tiers ou classement par des spécialistes indépendants (ex. les guides Michelin des restaurants), guides de consommation et d'autres encore" (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. Ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 366-367).

[413] Veja-se que Eric Posner reconhece que qualquer conduta pode ser tomada como sinal: "The signaling theory suggests that any costly action can be a signal, that is, a mechanism for establishing or preserving one's reputation" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 24).

4.4. Os riscos de perda do papel de sinalização contratual pela arbitragem

A doutrina de *signaling* não esconde que os sinais podem ser ambíguos. Como pondera ERIC POSNER, essa ambiguidade na sinalização é fator de constante tensão social entre os indivíduos.[414] Aliás, a possibilidade de ambiguidade na interpretação dos sinais é apontada com grande ênfase pelos críticos dessa teoria. Para estes, por não ser possível aos indivíduos, muitas vezes, separarem os sinais intencionais lançados no mercado de meras condutas tomadas sem qualquer intuito de sinalização externa, a teoria de *signaling* não se ajustaria perfeitamente à explicação das relações sociais.[415]

Entende-se que, no caso da arbitragem, dois tipos de ambiguidade podem prejudicar a sinalização pretendida pelos contratantes. Uma delas estaria relacionada aos riscos de imitação do comportamento. Outra se vincularia à incapacidade de interpretação correta do sinal enviado.

4.4.1. Os riscos de imitação do comportamento

Nesse primeiro cenário, a escolha da arbitragem como método de governança contratual seria feita não apenas por aqueles contratantes com perfil cooperativo, mas também pelos perfis oportunistas, na tentativa de se camuflarem entre os *bons contratantes*. Segundo a teoria, tal conduziria a uma situação de *pooling equilibrium*, em que, a despeito do custo adicional e do pacto ético que são inerentes à arbitragem, tanto bons, quanto maus contratantes emitiriam os mesmos sinais.

Em uma situação como essa, a arbitragem perderia seu elemento de segregação dos contratantes confiáveis, voltando a ser uma forma de solução de controvérsias sem

[414] POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 27.
[415] "Posner admits that some actions are sufficiently fraught with ambiguity that they do not function effectively as signals; he acknowledges that observers must have at least approximate information about the tastes of others, so that they can filter out the actions resulting from habit, and concentrate solely on costly, observable actions that are related to the actor's discount rate. Even this modest concession shows the fragility of the signaling model of social norms, because so many public actions can be based on non-signaling as well as signaling reasons" (WENDEL, Bradley. Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation. *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper* nº. 01-8 September 2001, p. 43).

qualquer função adicional de sinalização. Ademais, como proposto pela teoria de *signaling*, tal poderia representar, no longo prazo, inclusive possibilidade de a arbitragem deixar de ser empregada pelos potenciais contratantes confiáveis. Isso porque o investimento e os custos adicionais não mais justificariam as perspectivas de ganhos de longo prazo, visto que o sinal não mais seria captado como um mecanismo distintivo entre os contratantes no mercado.

Essa conclusão está em linha com o quanto sugerido por AKERLOF em relação às práticas desonestas no mercado de carros usados.[416] Com o tempo, a assimetria informacional e a incerteza em relação ao perfil da contraparte negocial afastam do mercado, por seleção adversa, os próprios bons contratantes, que inicialmente estavam dispostos a arcar com um custo superior por um produto de melhor qualidade. Como consequência, perde-se, no longo prazo, um mercado rentável que antes existia – no caso dos *lemons* –; e um mecanismo de seleção de perfis contratuais, no caso da arbitragem.

A teoria sugere também que a arbitragem poderia passar a servir inclusive como uma forma de *sinalização às avessas*, já que seu emprego passaria a vincular-se também a perfis contratuais oportunistas, pouco preocupados com a colaboração contratual e com referido *pacto ético* da arbitragem.

É bem por isso que a expansão da arbitragem como se tem visto nos últimos anos, desde o reconhecimento de sua constitucionalidade em 2001, *pode* esconder algumas armadilhas que só serão notadas com o transcurso do tempo. De fato, ao se empregar indistintamente a arbitragem como forma padrão de solução de controvérsias empresariais, independentemente de qualquer ponderação de ordem econômica ou estratégica com respeito às características da transação, à adequação da arbitragem à situação concreta e ao perfil da contraparte, referido potencial de sinalização pode ficar comprometido. O resultado disso: os diversos perfis existentes no mercado ficam equiparados e os

[416] "The Lemons model can be used to make some comments on the costs of dishonesty. Consider a market in which goods are sold honestly or dishonestly; quality may be represented, or it may be misrepresented. The purchaser's problem, of course, is to identify quality. The presence of people in the market who are willing to offer inferior goods tends to drive the market out of existence in the case of our automobile 'lemons'. It is this possibility that represents the major costs of dishonesty - for dishonest dealings tend to drive honest dealings out of the market. There may be potential buyers of good quality products and there may be potential sellers of such products in the appropriate price range; however, the presence of people who wish to pawn bad wares as good wares tends to drive out the legitimate business. The cost of dishonesty, therefore, lies not only in the amount by which the purchaser is cheated; the cost also must include the loss incurred from driving legitimate business out of existence" (AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, Aug. 1970, p. 495).

contratantes oportunistas podem se valer disso para não mais serem identificados por meio desse sinal.

Há que se ponderar, é bem verdade, que o uso hoje maior da arbitragem é motivado por diversos fatores e não pode ser interpretado apenas como fruto de uma estratégia intencional de imitação contratual, na linha proposta pela teoria de sinalização. O próprio sucesso do método, disseminado internacionalmente desde os anos 1970 e, no Brasil, especialmente a partir de seu reconhecimento de constitucionalidade, é o primeiro elemento que difundiu o uso da arbitragem nos contratos.

Esse sucesso fez gerar uma *propaganda*, direta e indireta, em torno da arbitragem, a ressaltar suas muitas vantagens em comparação a outras formas de disputas. E, como já se disse no início deste capítulo, a propaganda é tomada, pela própria teoria de sinalização, como um sinal de qualidade a influenciar o consumidor, o que certamente ajudou a estimular a utilização da arbitragem pelos contratantes.

Além disso, não se pode ignorar, também, a existência de uma heurística comportamental própria do ser humano[417], que é o mimetismo ou a imitação do semelhante – ou "*mimicry heuristics*" conforme nomenclatura estrangeira. Veja-se que, apesar do emprego do mesmo vocábulo "imitação", a referência aqui não é no sentido de uma estratégia comercial de camuflagem como se abordou anteriormente, mas sim no sentido de um habitual traço do comportamento dos indivíduos em suas relações sociais.

Em estudo explorando o assunto, WRAY HERBERT entende que a heurística da imitação está presente em todas as formas de interação social, *para o bem e para o mal*. Isso significa que, quando diante de uma situação de incerteza que exige escolha, os indivíduos podem optar por um caminho que tem sido escolhido pela maioria, seja como uma resposta natural a simplificar o processo deliberativo, seja também para buscar aprovação social e demonstrar o pertencimento a um mesmo grupo.[418]

---

[417] Anna Lygia Costa Rego define heurísticas como sendo "'regras de bolso' para simplificar seu processo deliberativo (as chamadas heurísticas), que funcionam como verdadeiros atalhos decisórios, e (ii) essas heurísticas são muito úteis, mas, frequentemente, conduzem a erros sistemáticos" (REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & Investimento Estrangeiro* – Uma análise do ambiente jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 90-91).

[418] "This mundane activity illustrates an important point - that the mimicry heuristic acts constantly and out of awareness. We can all think of many more: a military battalion, Fred Astaire and Ginger Rogers, two lovers strolling hand in hand down a busy city sidewalk. But the mimicry heuristic is not confined to acts of physical contact. That is probably how it originated, but today it influences all sorts of social interactions as

O mesmo autor ainda apresenta outro viés vinculado a essa heurística. Segundo ele, a repetição do mesmo comportamento dentro de um grupo social, ao mesmo tempo em que pode sincronizar condutas e ser usada para fins de estimular a cooperação entre indivíduos do agrupamento, pode também ter um efeito negativo e provocar o alastramento imediato de uma conduta deletéria que se pretendia isolar.[419] Algo parecido ao *efeito manada* que os economistas mencionam quando estudam o perfil do *animal spirits* e que pode atacar justamente em momentos de crise de confiança.[420] É justamente por esse motivo que WRAY HERBERT considera essa heurística como tendo efeitos *para o bem e para o mal*.

Para a arbitragem, a heurística da imitação e o sucesso já alcançado pela arbitragem colocam em evidência fato que o senso comum já pode apontar: a arbitragem tornou-se, na atualidade, método preferencialmente eleito para os contratos empresariais, a ponto de ser divulgado pelos profissionais atuantes no setor que "*cláusulas arbitrais entram em quase todos os contratos do país*".[421]

O que se quer demonstrar é que, ainda que a imitação não seja resultado direto de um comportamento oportunista intencional de determinados contratantes, fato é que, no atual estágio de desenvolvimento da arbitragem no Brasil, com todas as considerações acima referidas, o risco de a arbitragem ter perdido seu potencial de sinalização não pode

---

well, for better or worse. (...) Indeed, new research is demonstrating that the brain is hard-wired for aping, and that such mimicry is essential to our very existence as social beings" (HERBERT, Wray. *On second thought* - Outsmarting your mand's hard-wired habits. 1. Ed. New York: Broadway Paperbacks, 2010, p. 67).

[419] "This raises an intriguing possibility. It's well known that dysfunctional groups don't perform well, but these findings suggest that group coordination can also work too well. That is, if group members - workers, exercisers, addicts - are too tightly synchronized with one another, the exhaustion of one group member can spread to the entire group. Despite its name, self-control is a social enterprise, which means that our own successes and failures may be sharped by others more than we like to think. It is a myth that lemmings dive off cliffs just because one lemming did. But humans do similar, and just as dangerous. We've all witnesses this: a group of people are standing at a busy intersection, waiting to cross with the light, and one pedestrian decides to jaywalk. Without thinking - letting the mimicry heuristic take over - others follow the leader into the street, into traffic against the light. We can be too close to other, too connected. That's why the word crowding has such a negative connotations" (HERBERT, Wray. *On second thought* - Outsmarting your mand's hard-wired habits. 1. Ed. New York: Broadway Paperbacks, 2010, p. 77-78).

[420] "Keynes appreciated that most economic activity results from rational economic motivations - but also that much economic activity is governed by animal spirits. People have non-economic motives. And they are not always rational in pursuit of their economic interests. (...) To understand the economy is then to comprehend how it is driven by the animal spirits. Just as Adam Smith's invisible hand is the key note of classical economics, Keynes' animal spirits are the keynote to a different view of the economy - a view that explains the underlying instabilities of capitalism" (AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits*: how human psychology drives the economy and why it matter for global capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 9).

[421] É isso que foi defendido por Rodrigo Garcia da Fonseca, em Edição Especial do jornal Valor Econômico de 01.12.2011, p. 5, por ocasião do 15º aniversário da Lei nº. 9.307/96.

ser descartado. Trata-se de consequência provável diante da somatória de *(i)* intenção de camuflagem por parte de contratantes oportunistas, *(ii)* sucesso e reconhecimento público já alcançado pela arbitragem e *(iii)* heurística comportamental de imitação.

É com isso em mente que opiniões tendentes a universalizar a prática de arbitragem, sem apego a qualquer lógica racional e econômica que justifique sua utilização, devem ser tomadas com toda a cautela.[422] No horizonte temporal mais alongado, o efeito gerado por essa aplicação generalizada pode ser justamente o descrédito da arbitragem como método de governança contratual que estimula o comportamento cooperativo. Ou mesmo a perda de credibilidade do próprio instituto, dada sua utilização por sujeitos que não compartilham do mesmo "*pacto ético*" da arbitragem.

E o fato de a arbitragem ser confidencial tende a piorar o cenário. Isso porque, por faltar publicidade, a reputação não atuará como mecanismo de estímulo e controle contratual, tampouco informará ao mercado a quebra do compromisso contratual, o que tende a estimular a continuidade da conduta oportunista dentro da arbitragem, ao mesmo tempo em que pode agravar uma crise de confiança sobre o instituto. Como já se aventou, sem reputação crível não há relação de confiança que se sustente.[423]

Nesse cenário, a própria teoria de *signaling* parece oferecer respostas na tentativa de preservação e resgate do potencial de sinalização da arbitragem. Tais respostas estão associadas aos dois elementos já tratados: os custos e a confiança.

No primeiro caso, os custos tornam-se peça chave na tentativa de forçar um equilíbrio de separação entre os diversos contratantes no mercado. Se, por um lado, não se defende taxas milionárias para administração dos procedimentos ou para honorários dos árbitros, visto que o excesso pode comprometer a finalidade jurisdicional do mecanismo; por outro lado, os custos devem servir como importante fator de triagem de comportamentos oportunistas de imitação.

---

[422] Apenas a título exemplificativo: "Segundo o conselheiro federal e presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB, Arnoldo Wald Filho, coordenador do Congresso, a Arbitragem deixou de ser matéria acadêmica e nos últimos 10 anos fez um revolução teórica e prática, sendo que os processos se multiplicaram nas Câmaras arbitrais , demonstrando ser um instrumento ágil e necessário. 'Chegou o momento de democratizar a arbitragem, que pode ser empregada nas pequenas causas', sentenciou Wald Filho". Reportagem divulgada pela OAB/SP em 28.05.2010. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/05/28/6147/>. Acesso em 20.01.2016.

[423] Construindo a reputação como base da confiança, vide DASGPTA, Partha. Trust as a commodity. In: GAMBETTA, Diego. *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 49-72.

A métrica não é fácil. Significa que os custos da arbitragem devem ser suficientemente altos a inviabilizar a imitação do comportamento por contratantes oportunistas, mas, ao mesmo tempo, não podem ser altos o suficiente a ponto de prejudicar o acesso dos contratantes cooperativos, o que prejudicaria não apenas tais contratantes individualizados, mas também, em sentido mais amplo, a própria concretização da terceira onda renovatória mencionada por CAPPELLETTI.[424]

O custos da arbitragem devem, assim, ser tomados como um "*price premium*", em relação ao qual os contratantes estejam dispostos a pagar para um serviço de maior qualidade. Lembre-se apenas que, para tanto, é preciso que os contratantes *efetivamente* reconheçam na arbitragem um método mais eficiente do que as alternativas disponíveis, a ponto de compensar o pagamento de custos superiores.

Da mesma maneira, também não se pode esquecer que, tal como sugere a teoria em relação à alternância dos sinais no tempo, os custos devem ser ajustáveis às condições concretas de mercado, de forma a preservarem a função de seleção e identificação efetiva dos contratantes.

Mas, a preocupação em acertar na métrica dos custos de nada adianta diante de uma *crise de confiança* na arbitragem. Reforçar o elemento de fidúcia e a própria base de legitimação da arbitragem tende a ser o *primeiro passo* no sentido de se resgatar o potencial de sinalização da arbitragem. Isso porque, mais do que apenas exigir lisura e lealdade dos participantes no procedimento arbitral, o apelo ético da arbitragem incentiva valores de colaboração, boa-fé, cooperação e *correttezza*, estimulando um ambiente contratual de maior estabilidade, capaz de perenizar as relações entre as partes e gerar menos conflitos. E isso, como já mencionado em capítulo anterior, desde a *gênese* do pacto arbitral.

Veja-se que os reflexos desse pacto ético também são repassados para a esfera processual, no momento do surgimento concreto de um litígio. Tanto assim que os litigantes em arbitragem estão normalmente sujeitos a códigos deontológicos e padrões de comportamento ético mais estritos e detalhados do que a prática judiciária.[425] Como

[424] CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, nº. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 82-97.
[425] Veja-se, por exemplo, IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013), IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004), IBA Rules of Ethics for International Arbitrators. Material disponível em

apontado por ALAN SHILSTON, não faria sentido concordar-se com um procedimento de disputas que é naturalmente cooperativo e ético, e adotar-se, posteriormente, uma conduta processual oposta.[426]

É por esse motivo que já se defendeu o afastamento de uma ética individualista da prática da arbitragem.[427] Além de afetar a já mencionada equação econômico-financeira dos contratos, o desrespeito a valores éticos da arbitragem pelos envolvidos no procedimento, especialmente por meio da adoção de estratégias diversionistas ou excessivamente processualizadas, pode conduzir a uma crise de identidade, credibilidade e legitimidade da arbitragem. Sem que a arbitragem consiga despertar em seus usuários um reconhecimento legítimo de confiança, não há como se esperar dela qualquer grau de sinalização de boa-fé ou de cooperação contratual que seja minimamente crível.

4.4.2. Os riscos de interpretação incorreta do sinal enviado

A segunda ambiguidade enfrentada pela arbitragem diz respeito à incapacidade de interpretação correta do sinal enviado. Aqui o problema é diverso daquele referido anteriormente, não se tratando de imitação do sinal por agentes oportunistas. O risco nessa segunda situação é o de a arbitragem não ser captada como sinal indutor de cooperação contratual.

<http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em 20.01.2016.

[426] "In many commercial transactions which call for a substantial level of mutual participation, to enable performance to be achieved, it is agreed by express contractual provision that any differences or disputes arising are ultimately resolvable, in private, by arbitration. *It necessarily follows that, by agreement, it is tacitly recognized that, in motivating the arbitration contractual machinery, the parties will cooperate*. This obligation of course extends to any involved agents of the parties, including lawyers participating in the performance of the unfolding contractual remedy to resolve a transient problem arising during business dealings. Arbitration is necessarily a collaborative medium. (...) *It is irrational, having expressly agreed that any dispute would be resolvable by arbitration, for the detailed procedural course to be followed in determining the arbitration not be based on cooperation*" (SHILSTON, Alan. The Evolution of Modern Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 4, issue 2, 1987, p. 58 e 67).

[427] "O desafio está, portanto, no tipo de ética a ser escolhida pelos protagonistas da arbitragem, tendo-se em mente que a opção por uma ética de utilidade individual ou uma ética de compromisso institucional levará a caminhos díspares no longo prazo. A alocação de riscos contratuais e o próprio sucesso da instituição derivarão, em larga medida, dessa escolha. Mesmo porque, se há invasão sobre riscos não assumidos, há claro desserviço à arbitragem, com aumento da insegurança e incerteza em se contratar esse método. No longo prazo, o risco que se pode enfrentar é de própria fuga da arbitragem, em movimento similar àquele pelo qual passou o Poder Judiciário em decorrência de sua crise de credibilidade" (PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Arbitragem e risco: o impacto causado pela ética dos protagonistas. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial*. Ano I. Número 1 - Semestral, jul./ dez. 2014, p. 71-97).

Relembre-se que a arbitragem é parte do negócio celebrado e integra a equação econômico-financeira do contrato. Logo, a opção feita por esse método de governança contratual deve decorrer de decisão econômica consciente dos contratantes, ponderando-se, de um lado, os custos incorridos com essa escolha e, de outro, o futuro incremento contratual trazido aos contratantes em decorrência dessa estratégia cooperativa.

Por não decorrer de mera preferência aleatória dos contratantes, tampouco de simples estratégia de minimização de custos no curto prazo, a tendência de excessivo incentivo à arbitragem pode novamente prejudicar o equilíbrio de separação pretendido pela sinalização. Isso porque, em razão dos mencionados fatores de *(i)* intenção de camuflagem por parte de contratantes oportunistas, *(ii)* sucesso e reconhecimento público já alcançado pela arbitragem e *(iii)* heurística comportamental de imitação, os destinatários da sinalização podem confundir o sinal recebido do agente sinalizador, colocando-se em risco o efeito de segregação pretendido pelo emissor do sinal.

Tanto quanto no primeiro caso, o risco de interpretação equivocada pode levar os contratantes cooperativos a deixarem de adotar a arbitragem como elemento de sinalização, buscando outros métodos, mais claros, para cumprir essa mesma função de sinalização cooperativa. O esvaziamento do sinal originalmente empregado é justamente a consequência apontada por ERIC POSNER para as situações em que o sinal se torna pouco representativo do comportamento dos contratantes.[428]

Volta-se, então, a chamar a atenção aos riscos de perda do elemento de sinalização em caso de a arbitragem popularizar-se a ponto de confundir os receptores do sinal. A padronização no emprego da arbitragem em situações em que sua utilização não seria estrategicamente justificável pode causar efeito perverso no longo prazo, justamente por aumentar a incerteza em torno desse elemento de sinalização, nublando a interpretação do sinal pelos contratantes.

Também aqui uma crise de confiança em torno da arbitragem pode contribuir para majorar a incerteza a respeito da sinalização pretendida. Com efeito, apenas um pacto

[428] "So signals can operate effectively only when people have a rough idea of the tastes and endowments of each other. The fear that other might misinterpret their actions causes people to send signals whose meaning has become clear over time, such as ritual exchange of presents during holidays, and to consult etiquette books, and to develop protocols. The fear of misinterpretation causes people to exaggerate their conformity to the behavior of others, as the hairstyle example suggested. But to the extent that everyone can copy a ritual or consult an etiquette book, the behavior that results is relatively cheap, the rituals become empty, and the signals muddy" (POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 27).

ético efetivo e respeitável, e que assim seja interpretado pelos contratantes, pode dar à arbitragem as condições mínimas de sinalizar a intenção contratual cooperativa dos contratantes.

4.5. Hipótese para confirmação empírica a respeito da sinalização contratual pela arbitragem

A grande questão que esse capítulo levanta é saber se a arbitragem pode, atualmente, ser defendida no Brasil como uma espécie de *norma social* nos moldes defendidos por ERIC POSNER. Ou seja, indaga-se se seria possível ver na escolha da arbitragem um padrão contratual *a sinalizar uma intenção cooperativa* ao longo de toda a relação contratual, a levar em conta não apenas uma redução de custos imediata, mas especialmente a intenção de preservar uma relação duradoura.

Como visto anteriormente, estão presentes os elementos necessários para aplicação da teoria da sinalização sobre a arbitragem: não apenas a arbitragem sugere a incorrência de *custos superiores* pelos contratantes, como seu *apelo ético e técnico* também incentivam o uso racional e cooperativo desse método, a reduzir os níveis de oportunismo durante a performance contratual. Mas, ainda assim, viu-se existirem indícios significativos de que essa sinalização esteja turvada em razão do comportamento homogêneo dos contratantes no sentido de escolher a arbitragem em grande parte dos contratos.

No âmbito internacional, pesquisas já demonstraram que a arbitragem é tomada, efetivamente, como uma forma de exteriorizar a intenção de cooperação contratual e de redução do oportunismo. Em estudo de caso feito no setor de comercialização de legumes frescos no canal de exportação Chile-Europa, JEAN-MARIE CODRON, MAGALI AUBERT e ZOUHAIR BOUHSINA identificaram na cláusula arbitral uma forma de proteção contra o oportunismo contratual. Para esses autores, a inclusão de cláusula de arbitragem corresponde a uma *estratégia intencional* do exportador, empregada com vistas a *sinalizar e garantir o adimplemento contratual* do importador. Segundo eles, a previsão de

arbitragem funcionaria de forma similar a outras cláusulas contratuais de estímulo à cooperação.[429]

No Brasil, a pesquisa de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER indicou percepção semelhante do empresariado brasileiro. Tanto que sete das dez empresas entrevistadas pela autora relataram que a previsão de arbitragem transmitiria aos contratantes uma sensação de confiança e cooperação, a se traduzir em um desempenho contratual satisfatório e sem oportunismos:

> **Empresa A1**: "[a escolha da arbitragem] *evita o oportunismo e o início do conflito, tendo em vista o alto custo (...) a empresa será mais criteriosa, tendo em vista o próprio custo antes de ingressar, diferente do que é hoje no Judiciário, que é uma porta escancarada, onde todo mundo entra, pede e requer o que bem entende sem qualquer tipo de critério*".
>
> ***
>
> **Empresa A2**: "*Só quem opta pela arbitragem são as empresas que agem corretamente, porque elas só vão assinar a arbitragem na hora que elas tiverem certeza*".
>
> ***
>
> **Empresa A3:** "*O processo arbitral por si só não é um processo barato. A cláusula arbitral funciona também como meio de impedir que ela seja efetivada; pode evitar o litígio (...) A empresa trabalhou muito na implementação da cláusula e a percepção é latente de que é importante para evitar conflitos, para a redução de custos administrativos judiciais ou para o efetivo comprometimento das partes na resolução de conflitos*".
>
> ***
>
> **Empresa A5**: "*A arbitragem está sempre relacionada à confiança e celeridade (...) Por que atualmente tem sido prática comum na empresa, para evitar futuros litígios" (...)para a empresa, a cláusula compromissória é cláusula padrão, não sai nenhum contrato sem a cláusula de arbitragem. No entanto, efetivamente usar, não. Mas acho*

[429] **"**Pour se protéger contre un tel opportunisme, l'exportateur met en œuvre différentes solutions. Il peut tout d'abord intégrer la fonction d'importation et vendre directement à la grande distribution. Cette possibilité est réservée aux exportateurs de très grande taille et notamment aux multinationales. Il a aussi la solution de la vente à prix ferme généralement très peu rémunératrice. Ces deux solutions mises à part, il cherchera à réduire l'asymétrie d'information avec son commissionnaire, en comparant les prix obtenus avec d'autres clients, en faisant jouer son réseau d'information ou en consultant les mercuriales de prix des marchés de gros. Il peut aussi dépêcher un salarié ou un agent sur les ports d'arrivée pour vérifier l'état de la marchandise au débarquement. Il peut encore jouer sur les termes du contrat avec son importateur en exigeant par exemple un prix minimum garanti qui lui sera versé quoi qu'il arrive, en se faisant verser une avance de trésorerie, en négociant les coûts des services et le taux de commission prélevé par l'importateur *ou en prévoyant une clause d'arbitrage privé faisant intervenir par exemple, la Chambre d'Arbitrage Internationale des Fruits et Légumes de Paris"* (CODRON, Jean-Marie; AUBERT, Magali; BOUHSINA, Zouhair. *Les relations de dépendance dans le commerce international des fruits et légumes frais. Le cas des exportations du Chili vers l'Europe*. Disponível em <http://www1.montpellier.inra.fr/bartoli/moisa/bartoli/download/moisa2009_pdf/WP_6_2009.pdf>. Acesso em 20.01.2016

que essa é uma das vantagens, a ideia é essa, prever para não usar. O contrato foi feito para não usar, existe todo um regramento da relação para evitar o conflito".

***

Empresa A6: "*a maior vantagem da arbitragem em relação ao Judiciário, dependendo de quem é a contraparte, é que ele se inibe pela arbitragem (...) A arbitragem ajuda a evitar o oportunismo porque no Judiciário, às vezes, as custas judiciais são de um valor baixinho e facilmente se inicia um conflito, mas não se sabe quando vai terminar. Para alguns advogados, o negócio que eles querem é a causa e não propriamente assessorar o cliente. Nesses casos, às vezes, eles induzem os clientes a situações desse tipo. A arbitragem tem o poder de eliminar, de fazer esse filtro, porque o custo é mais alto e a parte só vai para a arbitragem se ela perceber que realmente é uma situação que precisa de uma solução*".

***

Empresa A9: "*Percebe que reduz custos de transação no sentido de evitar o oportunismo, já que o árbitro que irá julgar a matéria entende do assunto e muitas vezes, durante o procedimento arbitral, já sinaliza seu posicionamento, propiciando a realização de um acordo pelas partes. Os contratos tendem a ser cumpridos".*

***

Empresa A10: "*A arbitragem evita o oportunismo e dificulta o ingresso de ações judiciais por qualquer motivo. (...)No sentido de evitar que ocorra o litígio e para propiciar um ambiente mais favorável para negociações internas. Acredito que a existência da cláusula de arbitragem atua como fator de redução do risco porque vai motivar uma resolução no âmbito extrajudicial. Mesmo que ocorra algum litígio, a arbitragem evita que se coloque o negócio em risco e inviabilize a empresa. No caso do contrato de representação comercial, diminui o risco do passivo oculto que tem ali. Quando se tem a arbitragem, sabe-se que os contratos vão ser cumpridos e as partes ficam mais tranquilas*".[430]

Muitas das empresas entrevistadas vincularam expressamente o custo da arbitragem a essa cooperação ao longo do cumprimento contratual (A1, A3, A6, A10), indicando, efetivamente, a presença de elemento central da teoria de *signaling*. Outras empresas também associaram a cláusula de arbitragem à boa reputação de sua contraparte contratual (A2, A6) e ao elemento de confiança (A5), também em reforço às premissas da teoria de sinalização. De outro lado, vê-se igualmente surgir a percepção de que o uso da arbitragem pelas empresas pode ter se tornado mais automático, sendo eleita em grande parte dos contratos empresariais (vide Empresa A5), a ilustrar a tendência de imitação referida em tópicos anteriores.

[430] Vide PILGER, Márcia Ester Castro. *Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 86; 90-91; 95-96; 102-103; 106-109; 121; 125-126 respectivamente.

Com inspiração nas pesquisas já realizadas, aprofundar a investigação em torno dos impactos da arbitragem sobre o desempenho contratual mostra-se essencial. Em especial, porque isso ajudará na construção da premissa central deste trabalho de que a arbitragem *pode* agregar nos contratos relacionais novas funcionalidades contratuais, a favorecer o cumprimento contratual, os laços entre os contratantes e inclusive gerar maior excedente contratual e social.

Portanto, que há espaço e capacidade para a arbitragem incorporar uma dimensão de sinalização contratual, isso a teoria já evidenciou. Também a pesquisa de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER trouxe um primeiro indicativo de que essa percepção tem elementos de concretização efetiva. Resta, agora, saber o que a prática corrente da arbitragem pode ter induzido em termos de heurísticas e de percepção *real* dos contratantes a respeito dessa possível dimensão contratual cooperativa.

A dimensão de sinalização é tema abordado na pesquisa empírica desta tese dentro das hipóteses já referidas no Capítulo 02. Tal será realizado com grande proximidade aos conceitos de cooperação e confiança, que se entende sejam a matriz valorativa sem a qual nenhum efeito de sinalização pode ser atribuído à arbitragem. De outro lado, a hipótese adicional levantada neste capítulo, no sentido de identificar a presença da heurística de imitação a prejudicar o efeito sinalizador da arbitragem também merece espaço específico para investigação. Esse questionamento passa a integrar o escopo da pesquisa empírica e é denominado de "Hipótese (4)" para os fins do teste realizado no Capítulo Sexto.

Descritos, portanto, os fundamentos teóricos que justificam *(i)* a escolha da arbitragem como uma resposta eficiente dentro do modelo relacional (Capítulo 02) e *(ii)* a atribuição a ela de uma dimensão de sinalização contratual cooperativa (Capítulos 03 e 04), dedica-se o próximo capítulo à análise concreta das economias e externalidades positivas que a arbitragem pode representar no âmbito contratual.

CAPÍTULO 5

ARBITRAGEM E ECONOMIA CONTRATUAL

SUMÁRIO: 5.1. A economia da arbitragem: funcionalidades contratuais. 5.2. Redução dos custos de cumprimento contratual. 5.3. Desenvolvimento de micro-cosmo contratual a preservar os laços entre os contratantes. 5.4. Aumento da segurança, previsibilidade e calculabilidade contratual. 5.5. Criação de excedente contratual. 5.6. Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica.

5.1. A economia da arbitragem: funcionalidades contratuais

Foram apresentadas, até esse momento, as bases teóricas que justificam à arbitragem um potencial significativo de estímulo à cooperação e à confiança contratual. Viu-se essencialmente no aspecto ético e técnico do pacto arbitral, a chave para um comprometimento crível das partes, a ponto de tais elementos serem considerados como imprescindíveis a esse propósito de sinalização.

Também se chamou a atenção para o incremento de eficiência que a arbitragem pode gerar sobre o cumprimento contratual, ao reduzir o oportunismo, estimular o desempenho contratual e alargar o campo probabilístico de auto-cumprimento das obrigações. Essas premissas teóricas permitem, agora, extrair economias e funcionalidades concretas, que mensuram, de forma mais clara, o impacto positivo que a previsão de arbitragem pode representar no contrato.

Mesmo que essas economias sejam percebidas imediatamente como privadas, gerando redução de custos e/ou ganhos diretos às partes contratantes, podem também ser caracterizadas, ao mesmo tempo, como *externalidades positivas*, a gerar um benefício que se propaga sobre terceiros.[431]

O exame dessas economias e funcionalidades contratuais é feito em vista a quatro eixos de análise: a redução dos custos de cumprimento contratual (item 5.2); o

[431] Segundo Fábio Nusdeo, externalidades positivas são "os benefícios transferidos incompensadamente a terceiros, ou seja, externalidades ou efeitos externos positivos, chamados ainda de benefícios sociais, quando os beneficiários não são identificáveis nem formam um grupo definido de pessoas" (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia* - Introdução ao Direito Econômico. 7. Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 158).

desenvolvimento de micro-cosmo contratual a preservar os laços entre os contratantes (item 5.3); o aumento da segurança, previsibilidade e calculabilidade contratual (item 5.4) e a criação de excedente contratual (item 5.5).

5.2. Redução dos custos de cumprimento contratual

5.2.1 O "enforcement" diferente proporcionado pela arbitragem

Quando se menciona "*custos de transação*" imediatamente veem à mente as despesas incorridas pelas partes para implementação de negócios e que estão normalmente associadas à etapa de negociação e celebração de contratos. Mas, a percepção dos custos de transação é muito mais ampla do que isso. Como pondera RACHEL SZTAJN, os custos de transação incluem todos os gastos incorridos pelos contratantes, mesmo não financeiros, que de alguma forma oneram a produção e representam custos majorados às partes. Isso significa dizer que, mais do que apenas *ink costs, search costs* e *measurement costs*, conforme nomenclatura de KLEIN, os custos de transação incluem também a "*segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte*".[432]

Por adentrarem a etapa de cumprimento contratual, os custos de transação levam em conta também os dispêndios para a *satisfação contratual*[433], o que engloba

[432] "Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação. Incluem-se nessa concepção de custos de transação, o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, *a segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e a tempo*, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes, compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação, na linguagem dos economistas, e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes. Pode ser considerado um custo de transação qualquer movimento posterior à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito. *Medidas judiciais, quando se as consideram inevitáveis para a satisfação da pretensão, por conta do recurso ao Judiciário, do tempo e esforços dispendidos entram no cômputo e, portanto, na estratégia de qualquer agente econômico, como fonte de custos de transação*" (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 22., abr.-jun. 2005, p. 252-253).

[433] Veja-se nesse sentido: "Os custos de transação podem ser de três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; e (iii) custos para garantir a execução do contrato" (TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168).

medidas judiciais para a execução de direitos. É nesse aspecto que se pode ver a primeira economia contratual trazida pela arbitragem.

Conforme literatura de DOUGLASS NORTH, o cumprimento contratual é ponto nodal dentro do estudo dos custos de transação. Para ele, a estrutura dos mecanismos de satisfação contratual e seu grau de perfeição/imperfeição impactam não apenas sobre os custos de transação, mas sobre a própria forma como os contratos se estruturam.[434] NORTH ainda reforça a importância dos mecanismos de satisfação contratual em um mundo de contratos incompletos e de transações impessoais. Nesses ambientes, contar com formas confiáveis de satisfação contratual, que sejam respeitadas e capazes de imprimir poder coercitivo, formal ou informal, sobre os agentes econômicos é da mais alta relevância.[435]

A bem da verdade, quanto maior a complexidade das economias, maior a dependência de instituições de cumprimento contratual para a garantia de um ambiente de baixos custos de transação. E, como ressalta NORTH, a *incerteza* quanto à lei e ao comportamento dos agentes, somada à dúvida acerca da *honestidade* dos julgadores tendem a ser um dos grandes problemas enfrentados em países emergentes, a justificar os próprios padrões de subdesenvolvimento nessas regiões.[436]

O pensamento de NORTH aparece refletido em avaliações a respeito da qualidade da Justiça no Brasil. No ano 2000, ARMANDO CASTELAR PINHEIRO conduziu pesquisa de campo em conjunto com o IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e

---

[434] "the structure of enforcement mechanisms and the frequency and severity of imperfection play a major role in the costs of transacting and in the forms that contracts take" (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 54).

[435] "The inevitable conclusion that one arrives at in a wealth-maximizing world is that complex contracting that would allow one to capture the gains from trade in a world of impersonal exchange must be accompanied by some kind of third-party enforcement. (...) It should be stressed that creating an institutional environment that induces credible commitment entails the complex institutional framework of formal rules, informal constraints and enforcement that together make possible low-cost transacting" (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 57 e 58).

[436] "the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World. (...) Nevertheless, there is an immense difference in the degree to which we can rely upon contract enforcement between developed countries and the Third World countries. In developed countries, effective judicial system include well-specified bodies of law and agents such as lawyers, *arbitrators, and mediators*, and one has some confidence that the merits of a case rather than private payoffs will influence outcomes. In contrast, enforcement in Third World economies is uncertain not only because of the ambiguity of legal doctrine (a measurement cost), but because of uncertainty with respect to behavior of the agent. (...) *Both respect to the law and the honesty and integrity of judges are important part of this success history*" (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 54, 59-60).

Políticos de São Paulo) para apurar a percepção de empresários brasileiros a respeito do desempenho do Poder Judiciário no Brasil. Os resultados mostraram a morosidade como a grande queixa apresentada pelo empresariado, com 90% da amostragem apontando esse indicador de qualidade como sendo ruim e péssimo. A descrença na imparcialidade dos julgamentos também foi apontada na pesquisa, mas em menor grau: 44,4% dos entrevistados avaliaram esse critério como regular e 25,6% como ruim e péssimo.[437]

Em 2002, o mesmo CASTELAR PINHEIRO realizou nova pesquisa de qualidade do Poder Judiciário, agora tendo os magistrados como foco de percepção. Os resultados mostraram que, em grande parte das vezes, o Poder Judiciário é acionado com o objetivo de protelar o cumprimento de obrigações, o que também se aplica quando as partes envolvidas no litígio são os próprios entes públicos. Em relação à atuação do magistrados, demonstrou-se que 73,1% deles creditam a si o papel de realização de Justiça Social, confirmando-se resultados anteriores e justificando, estatisticamente, a percepção de incerteza crescente quanto às decisões judiciais.[438]

Também essa mesma pesquisa de CASTELAR PINHEIRO chamou a atenção à contribuição significativa dos advogados na morosidade da Justiça. Aos olhos dos magistrados, *(i)* a falta de preparo técnico, *(ii)* a atitude excessivamente antagonista e *(iii)* a preferência por estender a duração dos litígios foram classificadas como fatores "importantes" e "muito importantes" na composição do quadro atual de demora judicial. Os percentuais identificados na pesquisa foram, respectivamente, de 89,5%, 70,2% e 87,7%, para cada um dos índices acima indicados.[439]

Em pesquisa da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, a premissa de uso do Poder Judiciário para finalidade de barganha e pressão foi também confirmada. Após identificação de quatro principais motivações para litigar no país, viu-se

---

[437] PINHEIRO, Armando Castelar (Coord.) *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 42.

[438] "A politização das decisões judiciais foi originalmente pesquisada por Sadek (1995), e depois por VCMB (1997), na forma de uma não-neutralidade do juiz na interpretação das leis. Esses trabalhos revelam que o magistrado brasileiro se vê como responsável por promover a mudança social e em particular reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se com freqüência a ignorar não apenas os contratos mas também as leis na busca desse objetivo. Predomina a visão de que esse é um papel do juiz singular, mais do que do Judiciário enquanto instituição, e que nesse papel o juiz deve não apenas impor o direito feito pelo legislativo, mas fazer ele mesmo o direito, buscando mais a 'justiça' do que a certeza jurídica" (PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados. Para análise qualitativa dos resultados vide especialmente tabelas 5.1, 5.2 e 5.15. Disponível em <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[439] Vide especialmente tabela 5.9 da pesquisa acima referida.

que três destas não se referem ao exercício de direitos, mas apenas a vantagens que se busque com o uso do Poder Judiciário. São elas: *(i)* litigar em razão do baixo nível dos custos e do risco envolvido, *(ii)* a busca de um ganho discutível e *(iii)* a possibilidade de postergar responsabilidades ou forçar o oponente a realizar concessões.[440]

O que há em comum entre essas pesquisas é a percepção de que a Justiça brasileira não mais responde às necessidade sociais, apresentando problemas de ordem técnica, estrutural e, especialmente, de confiança.[441] E isso, ressalte-se, na percepção de seus próprios sujeitos e usuários. Afora esses aspectos, dois outros efeitos econômicos também saltam como conclusão dessas pesquisas: além do aumento da *insegurança* nas instituições judiciárias do país, essas fatores tornam os custos de transação e, mais especificamente os *custos de cumprimento contratual*, excessivamente onerosos no Brasil.

Sim, porque para garantia de obrigações contratuais, as partes são obrigadas a recorrer a um sistema deficiente e ineficiente, marcado por estratégias de litígio que pouco se preocupam com a realização de direitos. Trata-se, ainda, de sistema que não passa nenhum tipo de credibilidade ou comprometimento sério e crível – o referido "*credible commitment*" mencionado em capítulo anterior – aos contratantes.

É justamente por criarem *outra* forma de cumprimento contratual, estruturada em outra ética e em outros incentivos para garantir a performance das partes, que os meios alternativos de solução de disputas têm se destacado. Como a própria OCDE avalia, as formas alternativas de solução de controvérsias complementam e até mesmo suplementam o Poder Judiciário na tarefa de execução de obrigações, servindo, inclusive, como garantia de índices mais elevados de comprometimento contratual a menores custos.[442]

---

[440] Relatório Final produzido pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Edital Conselho Nacional de Justiça 01/2009, Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil, p. 26-27 e 34. Disponível em <http://issuu.com/cnj_oficial/docs/rel__torio_sobre_as_demandas_judici/1>. Acesso em 20.01.2016).

[441] "Os detentores do poder de Estado levantaram, com efeito, nestes últimos anos a constatação da falência da instituição judiciária: ineficácia técnica, perda de confiança, contestação interna. Os setores mais avançados da classe dominante tenderiam, para alguns, a dispensar provavelmente este modo arcaico de regulação dos conflitos para substitui-lo por outros mais dignos de crédito ou mais dificilmente contestáveis num primeiro momento" (CHARVET, Dominique. Crise da Justiça, crise da Lei, crise do Estado? In: POULANTZAS, Nicos (Coord.). O Estado em crise. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 250).

[442] "Exclusive reliance on formal systems of contract enforcement (i.e. litigation through the judiciary system) can be costly and slow. Alternative dispute resolution systems seek to resolve differences between parties in a timely and fair manner. The main examples are arbitration, mediation and conciliation hearings,

Isso se dá na medida em que esses meios alternativos, especialmente a arbitragem em razão de sua força obrigatória, trabalham dentro de um sistema diferente de cumprimento contratual (*enforcement*), que prevê uma dinâmica mais ágil e célere do que o Poder Judiciário.

Como apresenta KEITH HYLTON, é como se a arbitragem disponibilizasse às partes um "*martelo*" mais eficiente para exigir o comprometimento e o cumprimento contratual das partes. Segundo o autor, a grande vantagem da arbitragem em relação ao Poder Judiciário é a possibilidade de os contratantes dosarem esse poder coercitivo da maneira que entenderem mais apropriada ao caso concreto.[443]

É justamente esse sentido, ou seja, de um poder coercitivo mais crível e efetivo, que permite uma primeira associação entre arbitragem e redução de custos de cumprimento contratual. Assim como o uso de procedimentos contratuais padronizados reduz os custos de mensuração e de negociação, a arbitragem é uma forma de também atenuar custos de transação, nesse caso por meio de um cumprimento contratual mais eficaz.[444] Segundo ELIONOR OLSTROM, empregar arbitragem serve aos fins de garantir o

---

often by industry bodies, specialised agencies or third party evaluators, conducted at the national or international level. Alternative dispute settlement processes often complement and sometimes supplement judicial contract enforcement procedures and can strengthen contractual commitment at lower cost" (OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, Investment policy, p. 2. Disponível em <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/investmentpolicy/contractenforcementanddisputeresolution.htm>. Acesso em 20.01.2016).

[443] "The courts, and the common law, provide the normal, or default, set of rules and enforcement conditions. Arbitration provides an alternative set of rules and enforcement procedures. For parties who can choose to submit their disputes to arbitration, they have a choice between two legal regimes: the court regime and the arbitration regime. Arbitration, in effect, provides the parties with the opportunity to set up a different set of rules - that is, to structure a web that is shaped differently from that spun by the courts. Also, arbitration provides them the opportunity to appoint a different hammer-wielder, one who hits harder or perhaps more softly, or more or less frequently, than we see under the court regime" (HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. *Notre Dame Law Review*, v. 80, nº. 2, 2005, p. 490).

[444] "Transaction costs (e.g. Rindfleish and Heide, 1997) tend to be high in developing countries (e.g. Fafchamps, 2004) because of a lack of stardardization of products, procedures and market information, market transparency, horizontal and vertical coordination in value chains, access to collateral to obtain trade credit and economies of scale. These transactions costs can be reduced by improving market transparency to reduce search costs, by standardizing weights, measures, procedures, contracts, markets to reduce negotiations costs, and by reducing contract enforcement costs by taking proper precautions for a successful transaction or *by using arbitrage instead of a judicial procedure in the court system*" (TILBURG, Aad van. Linkages between theory and practice of marketing in developing countries. In: TRIJP, Hans van; INGENBLEEK, Paul. Markets, marketing and developing countries - where we stand and where we are heading. The Netherlands: Wageningen Academic Publishers, 2010, p. 170).

cumprimento contratual, especialmente em contratos de longa duração sujeitos a dilemas de coordenação social.[445]

Veja-se que a referência à *força coercitiva* da arbitragem não é feita no sentido de uma imposição executiva contra as partes. Sabe-se perfeitamente que a arbitragem não tem a mesma *coercio* que detêm as cortes judiciais.[446] Sem prejuízo disso, o sentido aqui aventado é mais amplo: refere-se à capacidade assegurada à arbitragem de garantir a credibilidade de seu *enforcement*, ainda que de maneira *indireta* sobre os contratantes.

Essa ideia foi trabalhada, no capítulo precedente, dentro da temática geral da teoria de sinalização. Enquanto método de solução de disputas mais ético e técnico, e que também representa maiores custos às partes, a arbitragem carrega, em si, um potencial superior de sinalizar o comprometimento contratual das partes. É a esse potencial de *enforcement*, capaz de impor às partes uma solução mais ética, técnica e onerosa, que se pretende referir ao mencionar-se à força "coercitiva" da arbitragem sobre os contratantes.[447]

É por meio dessa característica coercitiva que a arbitragem atrai novos usuários. Celeridade, confiança, honestidade do julgador, conduta processual ética e previsibilidade dos julgamentos são os principais predicados que, conforme as pesquisas acima referidas, faltam às cortes estatais. A via arbitral, mediante internalização de custos pelos contratantes e escolha de árbitros especialistas, neutros e confiáveis, reune as condições para suprir tais deficiências.

---

[445] "To reduce enforcement costs, however, a frequent practice is to use a private arbitrator rather than a civil court as the mechanism to achieve enforcement" (OLSTROM, Elinor. *Governing the Commons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 16).

[446] "É inquestionável, pois, que o legislador pátrio, além de limitar a jurisdição arbitral ao conhecimento e julgamento de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, subtraiu da atividade arbitral a aptidão de dispor da força para obter o cumprimento dos atos e diligências do processo, ou seja, o elemento *coertio*" (GIUSTI, Gilberto. O Árbitro e o Juiz: da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem,* nº. 5, jan.-mar/2005, p. 12**).**

[447] Keith Hylton também trabalha essa ideia da arbitragem como tendo um potencial de *enforcement* que incentiva o cumprimento contratual. Para ele, o aspecto técnico estaria por trás desse potencial: "Under a more accurate regime, people who were innocent of violating the norm would have less reason to fear that they would be punished by mistake, and people who had violated the norm would have less reason to expect that they would escape punishment. To return to the web analogy that I began with, the arbitration regime may be one in which the norm-enforcer swings his hammer more accurately than under the court regime" (HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. *Notre Dame Law Review*, vol. 80, nº. 2, 2005, p. 493).

5.2.2 A ênfase na simplificação processual por meio da arbitragem

Já se tratou, portanto, do maior apelo coercitivo da arbitragem a reduzir os custos de cumprimento contratual em razão do potencial de sinalização da arbitragem. Mas é necessário também acrescentar que essa economia pode vir diretamente da simplificação e do menor rigor processual atribuído à arbitragem.

A flexibilidade é, de fato, uma das grandes vantagens atribuídas à arbitragem. É referida pela doutrina econômica como um predicado essencial a acompanhar a complexidade do mundo atual.[448] Processualistas e arbitralistas também veem nessa mesma característica um dos elementos mais festejados desse instituto, a dar vazão às correntes processuais de desformalização, simplificação das formas e instrumentalidade do processo.[449]

Essa característica da arbitragem traz uma economia no momento do cumprimento contratual, sem exigir excessivas etapas processuais, muitas vezes longas e custosas, para a satisfação de um direito. É justamente o que menciona BRUNO MEYERHOF SALAMA. Para ele, o fato de a arbitragem não estar sujeita "*à rigidez dos processos judiciais*", tampouco a um "*regime recursal infindável",* contribui para a redução dos custos da prestação jurisdicional.[450] Ao limitar o formalismo apenas ao grau necessário para garantia de direitos, a arbitragem consegue assegurar resultados mais eficientes.

Não é por outro motivo que o Banco Mundial tem recomendado tanto o uso de métodos alternativos de solução de disputas, quanto, conjuntamente, a simplificação do processo judicial tradicional.[451] A garantia de formas jurisdicionais eficientes e

---

[448] "The more uncertain the state of the world, the greater the desirability of a flexible method for resolving dispute (Rational Design conjecture Fl, FLEXIBILITY increases with UNCERTAIN about the STATE OF THE WORLD), thus implying a preference of arbitration and ADR over litigation in public courts" (MATTLI, Walter. Justice in a global economy from litigation to arbitration. *International Organization*, v. 55, nº. 4, 2001, p. 940).

[449] Para uma revisão completa de literatura, cobrindo doutrina brasileira e internacional, vide MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

[450] "Se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da agilidade com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infindáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez" (SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 383-384).

[451] Veja-se Relatório do Banco Mundial de 2002: "Simplification of procedures and enforcement has been

independentes, obtida pela combinação desses dois fatores, tem sido apontada como chave para melhores desempenhos econômicos.[452]

Além disso, convém lembrar que o próprio formalismo processual é historicamente associado a baixos índices de cumprimento contratual, além de demora processual, altos níveis de corrupção e reduzida margem de celeridade, honestidade, consistência jurídica e até menos de Justiça. Foi o que concluiu estudo de SIMEON DJANKOV *et al.*, a partir de dados coletados de 109 países a respeito do trâmite de demandas de evicção e cobrança de cheques. Segundo os autores, o excesso de formalismo processual notado em muitos países de tradição de *civil law* acrescenta custos até a satisfação contratual e, diferentemente do que acredita o senso comum, esse formalismo não está associado à realização de Justiça.[453] Esse estudo abriu caminho não apenas para a onda de simplificação processual, mas também para que mecanismos mais adequados de solução de disputas surgissem em resposta às conclusões apresentadas.

5.2.3 O efeito de saída e o efeito simbólico trazidos pela arbitragem

Ainda outros dois elementos precisam ser apontados para complementar o quadro de análise em torno da economia de custos de cumprimento contratual. Um deles é o *efeito de saída* que a arbitragem proporciona aos contratantes.

A alusão é feita à teoria de ALBERT HIRSCHMAN, para quem a sociedade forja mecanismos de *saída* para lidar com a ineficiência das instituições. Segundo o autor, a concorrência criada para recuperar a qualidade institucional faz gerar tais mecanismos de

---

found to improve judicial efficiency (as shown in figure 6.2). Three main types of simplification or structural reform are considered in this section: the creation of specialized courts, alternative dispute resolution mechanisms, and the simplification of legal procedures" (The World Bank. *Building Institutions for Market*, Report 2002. New York: Oxford University Press, 2002, p. 126).

[452] Para um interessante estudo vinculando cortes de justiça eficientes e crescimento econômico, vide KLERMAN, Daniel. *Legal infrastructure, judicial independence and economic development*. University Southern California. Center in Law, Economics & Organization. Research Paper no. C06-1, 2006.

[453] "We find that *ceteris paribus* higher procedural formalism is a strong predictor of longer duration of dispute resolution. Higher formalism also predicts lower enforceability of contracts, higher corruption, as well as lower honesty, consistency, and fairness of the system. These results hold both in ordinary least squares regressions, and in instrumental variable estimates where legal origin is used as an instrument for formalism. The results hold for both eviction and check collection. In our data, there is no evidence that formalism secures justice" (Courts: The Lex Mundi Project. *Quarterly Journal of Economics*, v. 118, issue 2, 2003, p. 453-517).

saída. HIRSCHMAN também trabalha com o conceito de *voz* e *accountability* em referência a outros mecanismos sociais, caracterizados pela tentativa de recuperação da qualidade das organizações por meio de contestações e protesto.[454]

Aplicada à arbitragem, tal teoria permite construir esse método como uma *saída* aos problemas técnicos, estruturais e de confiança sofridos pelo Poder Judiciário, identificados nas diversas pesquisas de campo já referidas. RAFAEL BICCA MACHADO já realizou essa aproximação entre HIRSCHMAN e a arbitragem. Para BICCA MACHADO, a Lei nº. 9.307/96 e todo o movimento pró-arbitragem derivariam de uma "*típica opção de saída, como alternativa à jurisdição estatal*".[455]

Justamente por implementar uma opção de saída, a arbitragem consegue escapar do trafego congestionado dos tribunais estatais, economizando recursos financeiros e temporais associados ao cumprimento contratual dentro dos quadros judiciais.[456] Mais um elemento, portanto, a justificar a economia de custos de execução contratual por meio da arbitragem.

Por fim, também merece destaque o *efeito simbólico* exercido nos contratantes em razão da existência de um mecanismo de cumprimento contratual eficiente. É o que pondera WILLIAMSON. Para ele, o simples fato de os contratantes se darem conta da existência de um mecanismo de *enforcement* seguro, ágil e confiável, servindo como *corte competente* e *foro de última instância* entre as partes, reduziria as ameaças contratuais e oportunismos, incentivando a solução da controvérsia de forma mediada e direta pelas partes envolvidas.[457]

---

[454] HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, Voice, and Loyalty*: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

[455] MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 74.

[456] "Congestion provides an important reason why arbitration agreements may involve cheaper enforcement costs than the court regime. Congestion in ordinary courts makes it less likely that any court will have the time or resources to match the level of accuracy in adjudication that repeat dealers are likely to desire" (HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. *Notre Dame Law Review*, vol. 80, no. 2, 2005, p. 494).

[457] "Access to the courts for purposes of 'ultimate appeal' is nonetheless important. The limits on legal centralism notwithstanding, the idea that competent courts are available for purposes of contract enforcement has integrity infusing properties. The prospect that contract disputes can ultimately be appealed to the courts serves to delimit threat positions -- which facilitates more efficient private ordering" (WILLIAMSON, Oliver. The Economic Analysis of Institutions and Organisations - in General and with respect to country studies. *OECD Economics Department Working Papers,* nº. 133, OECD Publishing, 1993, p. 49. Disponível em < http://dx.doi.org/10.1787/802045548530 >. Acesso em 20.01.2016).

Ainda que o autor se refira genericamente a "*cortes competentes*" para sustentar seu argumento, a arbitragem se enquadra no raciocínio defendido por WILLIAMSON. Como ponderam CELSO PUGLIESE e BRUNO MEYERHOF SALAMA, a expectativa das partes em torno de um foro de última instância eficaz e técnico como a arbitragem, tem o condão de induzir o comportamento cooperativo presente, reduzindo oportunismos e aproximando os contratantes durante a execução contratual.[458]

Essa premissa teórica foi tratada em pesquisa de campo realizada por MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER. De dez empresas entrevistadas, seis responderam que a arbitragem reduziria os custos de transação em decorrência da diminuição nos índices de oportunismo contratual verificados ao longo da execução das obrigações. Foi essa a resposta dada pelos entrevistados A1[459], A2[460], A5[461], A6[462], A9[463] e A10.[464] Interessante

[458] *"*Portanto, as partes contratantes, ao preverem a arbitragem como forma de solução de controvérsias, antecipam que a expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro diminui o risco de comportamento oportunista no presente. As partes terão, assim, incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato, pois eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e precisão*"* (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Celso Antonio. A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor, *Caderno Direito GV*, nº. 7, jan./jun. 2008, p. 20).

[459] Conforme relatado pela Empresa A1: "Evita o oportunismo e o início do conflito, tendo em vista o alto custo" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 86).

[460] Conforme relatado pela Empresa A2: "Penso que sim, porque reduz o oportunismo, na medida em que, para utilizar a arbitragem vai ter um custo, e esse custo é alto. Só quem opta pela arbitragem são as empresas que agem corretamente, porque elas só vão assinar a arbitragem na hora que elas tiverem certeza" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 90).

[461] Conforme relatado pela Empresa A5: "Sim. Reduz o oportunismo em razão dos custos envolvidos, constituindo uma forma de gestão do risco. Também evita o oportunismo pela utilização de teses aventureiras" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 102).

[462] Conforme relatado pela Empresa A6: A eliminação do oportunismo é importante" e "A arbitragem ajuda a evitar o oportunismo porque no Judiciário, às vezes, as custas judiciais são de um valor baixinho e facilmente se inicia um conflito, mas não se sa- be quando vai terminar. Para alguns advogados, o negócio que eles querem é a causa e não propriamente assessorar o cliente. Nesses casos, às vezes, eles induzem os clientes a situações desse tipo. A arbitragem tem o poder de eliminar, de fazer esse filtro, porque o custo é mais alto e a parte só vai para a arbitragem se ela perceber que realmente é uma situação que precisa de uma solução" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 108 e 109).

[463] Conforme relatado pela Empresa A9: "Percebe que reduz custos de transação no sentido de evitar o oportunismo, já que o árbitro que irá julgar a matéria entende do assunto e muitas vezes, durante o proce- dimento arbitral, já sinaliza seu posicionamento, propiciando a realização de um a- cordo pelas partes. Os contratos tendem a ser cumpridos. Os advogados das partes, sabendo que não terão recursos protelatórios como no judiciário, e que os argumentos sem base sólida não serão aceitos pelos árbitros, tenderão a orientar seus clientes a buscarem uma composição" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 121).

[464] Conforme relatado pela Empresa A10: "Sem dúvida. A arbitragem evita o oportunismo e dificulta o ingresso de ações judiciais por qualquer motivo" (PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do

que, apesar de a pergunta endereçada pela pesquisadora não incluir a expressão "*oportunismo*", mas apenas a referência a "*custos de transação*", as respostas dadas por 60% dos entrevistados usaram textualmente a expressão "*oportunismo*", a induzir, de um lado, a uniformidade e homogeneidade no grupo amostral pesquisado, mas, de outro, a necessidade de confirmação dessa percepção a respeito da arbitragem, visto que esta pode esconder viés de linguagem ou eventual influência indevida da autora no momento de coleta da informação. Esse tema já compõe as Hipóteses (1) e (2) da pesquisa empírica realizada neste trabalho e será explorado no bojo do Capítulo 06.

De toda maneira, o simbolismo por trás da escolha da arbitragem não pode ser ignorado. Como bem aponta PAULA FORGIONI, muitas vezes no ambiente contratual a *possibilidade de execução* de uma dada obrigação conta mais do que sua própria execução em si.[465] No caso da arbitragem, é a ameaça de ser efetivamente implementado o foro arbitral, com custos significativos a serem incorridos em curto espaço de tempo, que ajuda a impulsionar o comportamento contratual cooperativo das partes. Segundo JAN PAULSSON, é esse fator que faz com que muitos contratos sejam cumpridos espontaneamente.[466]

E o fato de WILLIAMSON não mencionar expressamente a arbitragem, mas apenas "*cortes de justiça*", torna-se desnecessário diante de toda a exposição já apresentada. Enquanto representante da NEI, não se esperaria de WILLIAMSON outra resposta que não justamente a priorização de arranjos privados (*private ordering*) como estratégia de redução de custos de transação. É o que já foi tratado no Capítulo 01, ao se mencionar a fuga do *centralismo judicial* defendida por esse autor.

Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 125).

[465] "Entretanto, na realidade dos fatos, mostra-se mais importante a possibilidade de execução do pacto do que propriamente sua execução; é a eventual execução (e não a execução em si) que influencia a dinâmica da relação entre as partes" (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010, p. 150). No mesmo sentido, vide Milgron e Roberts: "most contractual disputes never reach a court of law. The parties work out informal ways to resolve their differences, and these mechanisms are supported at least as much by reputation considerations and by the expectations of future gains as by the threat of legal action" (MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 266).

[466] "Countless thousands of contracts are signed every day, routinely including arbitration clauses. These clauses are seldom invoked; most contracts do not give rise to disputes. One reason is the confidence that parties have in the reliability of the arbitral process, and the corresponding expectation that breaches will be sanctioned" (PAULSSON, Jan. Why Good Arbitration Cannot Compensate for Bad Courts – Freshfields Hong Kong University Arbitration Lecture. *Journal of International Arbitration*, v. 30, issue 4, 2013, p. 348).

No caso da arbitragem, adotar essa visão de WILLIAMSON conduz a efeito prático relevante. Significa tomar a arbitragem para além apenas de um mecanismo redutor de custos de cumprimento contratual. Por meio dessa perspectiva de análise, soma-se à arbitragem a capacidade de incentivar os contratantes a acharem, por si, o ponto de equilíbrio para suas desavenças. A ideia de um micro-cosmo contratual a servir de abrigo aos contratantes durante o cumprimento das obrigações é tema a ser desenvolvido no tópico a seguir.

5.3. Desenvolvimento de micro-cosmo contratual a preservar os laços entre os contratantes

5.3.1. A função de conservação dos negócios e a natureza coexistencial da arbitragem

Já foi visto que *private ordering* é a principal forma com que a NEI procura lidar com custos de transação em uma realidade complexa. É também essa a resposta dada pela linha dos contratos relacionais para justificar a superação de conflitos em um cenário de transações continuadas entre as mesmas partes. Em qualquer dos dois contextos, a tônica está *nas partes* enquanto agentes capazes de perenizar a relação contratual, superando obstáculos de forma conjunta, cooperativa e a custos reduzidos.

MARC GALANTER destaca que essa atuação proativa das partes possilibita até resultados mais satisfatórios do que decisões impostas por terceiros. Isso porque as partes ocupam posição privilegiada, com maior conhecimento dos fatos e de suas preferências pessoais, para uma avaliação mais completa das controvérsias.[467]

[467] "In many instances the participants can devise more satisfactory solutions to their disputes than can professionals constrained to apply general rules on the basis of limited knowledge of the dispute (Cf. Eisenberg 1976: 658ff.; Mnookin and Kornhauser 1979:956ff.; Enker 1967; Dunlop 1975). The variability of preferences and of situations, compared to small number of things that can be taken into account by formal rules (cf. Keneddy 1973) and the loss of meaning in transforming the dispute into professional categories suggest limits on the desirability of conforming outcomes to authoritative rules" (GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 4).

O estímulo que a arbitragem traz a essa atuação cooperativa e autônoma das partes se implementa de muitas formas. Mas, o ponto de partida que aciona essa função contratual está no incentivo dado pela arbitragem à *conservação dos negócios jurídicos*.

EDUARDO SILVA DA SILVA trata dessa questão. Segundo o autor, a arbitragem é uma técnica para assegurar a harmonia e a manutenção do relacionamento entre as partes. Mais especificamente, EDUARDO SILVA DA SILVA qualifica a cláusula de arbitragem como uma verdadeira "*estrutura de conservação"* a exercer a *"função de preservação dos contratos"*.[468]

Em linha com outros doutrinadores[469], o que esse autor destaca é o fato de a arbitragem integrar a relação contratual existente entre as partes, a ponto de sua ocorrência não ser tomada como um mero fato isolado. Isso porque, ao contrário do Poder Judiciário, acionado para dar decisões pontuais e isoladas, a arbitragem se diferenciaria por atuar, desde o momento de sua contratação, como uma forma de governança contratual contínua e preocupada com o alinhamento dos interesses das partes. Serviria, pois, como uma verdadeira "*válvula de escape que deve assegurar a vitalidade e o funcionamento do contrato*".[470]

É o que BRUNO OPPETIT defendia desde a década de 1970, ao reconhecer na arbitragem uma forma de solução de disputas perfeitamente ajustada ao propósito de permanência da relação contratual. Isso por traduzir e reproduzir, para dentro do contrato, os costumes e práticas da dinâmica comercial, possibilitando, assim, a própria renovação dos laços negociais.[471]

---

[468] SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 199.

[469] "A arbitragem, portanto, deve ser considerada dentro de todo o conjunto da relação entre uma e outra parte, e não apenas ser considerada em si, como um fato isolado do restante da relação. Esta, aliás, é outra característica que torna a arbitragem mais cooperativa do que o processo judicial: a finalidade, para as empresas, não é apenas defender interesses de um em detrimento dos interesses do outro, mas sim defender interesses dentro de uma relação comercial, ou seja, levando em consideração o fato de que as empresas desejam, normalmente, continuar negociando" (LOPES DE ALMEIDA, Fábio Portela. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa, p. 192-193. In GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003).

[470] SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 200.

[471] "En effet, l'arbitrage s'adapte parfaitement aux besoins des contractants: il convient aussi bien à la solution d'une litige, *stricto sensu*, qu'à un réaménagement du contrat; il est imprégné de conceptions identiques à celles qui animent les parties, car il traduit une même morale particulière des affaires et met en oeuvre les

A qualificação da arbitragem como um mecanismo endógeno de preservação do vínculo contratual já foi construída à luz da doutrina de MACNEIL, no Capítulo 02. O que agora se agrega é o fato de que, mais do que uma simples nomenclatura dada pela teoria relacional, essa caracterização espelha a própria *natureza coexistencial* da arbitragem.

Justiça coexistencial, conciliatória ou reparadora é a forma como CAPPELETTI se refere às formas alternativas de solução de disputas em que o foco é colocado sobre a preservação da relação existente entre as partes. Nesses mecanismos, busca-se sanar a controvérsia tendo-se em conta um cenário de longo prazo entre os envolvidos e por meio de julgador que tenha conhecimento completo do ambiente da controvérsia. Nas palavras do autor, é a solução de um "*episódio em (uma) relação complexa e permanente*".[472]

CAPPELETTI também considera que essa forma coexistencial de solução de disputas é especialmente válida e aplicável em contextos em que as partes não têm facilmente à disposição uma *opção de saída*, ou *avoidance*. Nesses casos, por não poderem se desligar da relação social, as partes tendem a procurar ferramentas menos adversariais de conflitos, justamente para preservarem o vínculo existente.[473]

---

mêmes usages du commerce; il s'attache moins à trancher un différend en droit strict qui'à ménager la possibilité pour les parties, un fois leur désaccord surmonté, de renouer des relations d'affaire; aussi l'arbitrage paraît inséparable de la dynamique contractuelle" (OPPETIT, Bruno. Eléments pour une sociologie de l'arbitrage. *L'année sociologique* (1940-1948). Troisième série, v. 27, 1976, p. 195).

[472] "Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe' são melhores até qualitativamente do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou - conforme se lhe poderia chamar - a justiça 'reparadora' tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes. Isso poderia explicar o extraordinário êxito da arbitragem em matéria comercial" (CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, nº. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 90).

[473] "Outros campos em que a justiça conciliatória tem potencial para constituir uma escolha 'melhor' abrangem: conflitos de vizinhança, e mais genericamente conflitos entre pessoas que vivem naquilo que os sociológicos chama 'instituições totais', isto é, em instituições como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeias, onde as pessoas são forçadas a vivem em contacto diário com vizinhos, colegas, etc., entre os quais pode haver queixas de muitas espécides. Aí, é por demais difícil a avoidance, ou seja, a figura da fuga da instituição, porque implicaria mudança de trabalho, de escola, de residência. Uma solução contenciosa de conflitos dentro de tais instituições poderia conduzir à respectiva exarcebação, ao passo que uma solução conciliatória ou coexistencial seria vantajosa para todos" (CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, nº. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 91).

A associação entre arbitragem e Justiça coexistencial é expressamente feita por CAPPELETTI. Para ele, o apelo a um mecanismo mais rápido e informal de Justiça, que pode contar com a participação de julgadores mais próximos ao ambiente das partes, conduziria a resultados qualitativamente mais satisfatórios, a permitir a permanência do vínculo entre as partes. Segundo CAPPELETTI, a presença desses elementos na arbitragem explicaria o grande êxito dessa forma de disputas nas relações comerciais.

No tocante aos contratos relacionais, ainda que tal enfoque não seja explícito no trabalho do autor, há efetivamente um cenário de *avoidance*, visto que a opção de saída não é nem imediata, nem sequer atrativa às partes. Isso acontece na medida em que, mesmo tendo os contratantes a possibilidade de terminarem a relação contratual – normalmente mediante aviso prévio –, essa ruptura representaria ganhos reduzidos no longo prazo, além de esforços desperdiçados com a negociação e a implementação contratual já iniciada.[474]

Somada à caracterização de MACNEIL, essa nova visão a partir de CAPPELETTI complementa a abordagem da arbitragem como um foro contratual interno, que, nos contratos relacionais, estimula as partes a usarem outra dinâmica para a solução de disputas. Uma dinâmica certamente menos adversarial e conflitiva, em decorrência dos laços contratuais ainda em curso. E uma dinâmica mais cooperativa, dado que o oportunismo acrescenta custos de cumprimento contratual, além de perdas de longo prazo a prejudicar todos os envolvidos.

Veja-se que essas características da arbitragem como Justiça coexistencial veem de encontro a uma das principais reclamações dos magistrados a respeito do contencioso estatal. Como visto em tópico precedente, o excesso de litigiosidade das partes e de seus advogados tem justificado grande parte da morosidade judicial. A arbitragem, por agregar fatores econômicos e estruturais que inferem um comportamento mais cooperativo e ético de todos os envolvidos no procedimento, ainda acrescenta uma perspectiva interna que se preocupa com a preservação do vínculo contratual criado entre as partes.

[474] Veja-se menção feita pela doutrina econômica a respeito desse embate entre ganhos de longo prazo *versus* ganhos de curto prazo nos contratos relacionais: "In a relational contract, the parties rely on each other to behave in a cooperative manner for the duration of the contract, rather than exploiting any opportunity which may come along" (HVIID, Morten. Long-term contracts and relational contracts. *The Encyclopaedia of Law and Economics*, v. III. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Coord.). Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 54). Disponível em <http://www.encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

É como se a arbitragem ajudasse na criação do que ERIC BROUSSEAU denomina como uma "*comunidade de interesses*" entre os contratantes. Para o autor, nos contratos de longa duração é a confiança, tão vital nessas espécies contratuais, que permite a criação desse vínculo de união entre os contratantes. BROUSSEAU menciona que a confiança entre os contratantes é essencial para manter um círculo virtuoso de cooperação e investimentos, além de conter o ímpeto oportunista dos contratantes, devendo ser um elemento de contínua alimentação na gestão contratual.[475]

BROUSSEAU também chama a atenção à confiança como um elemento a sinalizar a intenção de cumprimento contratual. Segundo ele, os contratantes podem adotar determinadas cláusulas ou modelos contratuais com o intento de exteriorizar e tornar pública essa vontade cooperativa dos contratantes. O autor menciona o caso de contratos de aliança para exemplificar esse intento de exteriorização da vontade cooperativa. Nessa hipótese, por meio da celebração do contrato, a reputação dos contratantes é apresentada como um sinal crível do comprometimento contratual das partes.[476]

Pode-se identificar dinâmica similar em relação à adoção de uma cláusula de arbitragem. Sim, porque ao escolherem voluntariamente e de comum acordo a arbitragem, os contratantes estariam, tal como no exemplo de ERIC BROUSSEAU, *exteriorizando* e *tornando pública* sua intenção cooperativa em relação à contraparte, concordando com um *enforcement* contratual mais ético, técnico e efetivo do que a prática

[475] "La troisième fonction du contrat est de permettre à la coopération de se développer ce qui génère une communauté d'intérêts entre les parties. Deux mécanismes sont ici en cause. D'une part, les parties engagent des ressources dans un processus de coopération, ressources qui ne produiront un retour sur investissement qu'au-delà d'un certain délai de gestation d'une innovation et d'exploitation de cette dernière. Pendant ce délai, les parties ont intérêt à coopérer. D'autre part, les parties réalisent des investissements spécifiques - c'est-à-dire des investissements qui ne peuvent être redéployés sans coûts dans le cadre de transactions alternatives; *Cf.* Williamson (1985) -, notamment des apprentissages mutuels, qu'elles ont intérêt à exploiter conjointement une fois qu'ils ont été réalisés. Ainsi la coopération engendre en soi un cercle vertueux puisque les ressources qu'elles mobilisent et produit créent une communauté d'intérêt entre les parties, qui assied la crédibilité de l'engagement coopératif et incite à continuer à investir dans la relation" (BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001, p. 77. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[476] "La première fonction des contrats est de rendre publique et solennelle la volonté de coopérer. Il est d'ailleurs symptomatique que contrairement à la plupart des autres contractualisations interentreprises, la signature d'accords de coopération, voire d'alliances, fasse en général l'objet d'une importante communication médiatique. Ce faisant chaque partie engage publiquement sa réputation, puisqu'un échec de la coopération signalera aux yeux de tous la faible crédibilité à accorder aux engagements des parties concernées" (BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001, p. 76. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

judicial. Grosso modo, é justamente o quanto previsto pela teoria de *signaling* já tratada no Capítulo 04.

Mas há um segundo efeito a ser mencionado. Mais do que apenas sinalizar uma intenção cooperativa, a escolha da arbitragem também criaria um sub-produto de grande relevância contratual. Surgiria desse pacto ético a referida "*comunidade de interesses*", a aproximar as partes e permitir uma solução mediada de eventuais conflitos.

É isso o que evidenciou pesquisa realizada em 2003 pela *American Arbitration Association* (AAA), ao consultar empresas norte-americanas a respeito dos benefícios trazidos pelo uso de métodos alternativos de solução de disputas. Conforme reportado por FLÁVIA BITTAR NEVES, a preservação dos relacionamentos comerciais dos contratantes com seus *stakeholders* é um dos principais objetivos presentes na escolha de métodos alternativos.[477] A noção de *comunidade de interesses* perpassa claramente esse benefício apontado na pesquisa.

É nesse mesmo sentido que ARNOLDO WALD e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS também consideram a arbitragem como um "*instrumento de paz social e conciliação econômica*", ressaltando o espírito de cooperação que inspira a arbitragem.[478] Bem lembraram esses autores que, ao contrário de um Poder Judiciário tipicamente adversarial, a arbitragem cria aos contratantes as condições necessárias para atuarem em conjunto na perpetuação de relações de longo prazo.

A percepção dessa comunidade de interesses pode ainda ser notada na pesquisa empírica de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER. Uma das empresas entrevistadas ressaltou o fato de a arbitragem "*propiciar um ambiente mais favorável para negociações*

[477] "A construção e a preservação dos relacionamentos comerciais da empresa com seus *stakeholders* é um importante objetivo alcançado pelo gerenciamento inteligente de conflitos por meio do uso das ADRs, cujo resultado é frequentemente observado. De fato, a pesquisa constatou que as empresas classificadas como *'most dispute-wise'* são mais propensas a declarar seu relacionamento com os consumidores, parceiros comerciais, fornecedores, funcionários e demais *stakeholders* como excelente ou muito boa" (BITTAR, Flávia Neves. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? *Revista Brasileira de Arbitragem,* v. 9, jan.-mar. 2008, p. 34).

[478] "Mas a velocidade não é o único atributo da arbitragem, que se beneficia também da escolha dos árbitros pelas partes entre especialistas na matéria, da confidencialidade do processo arbitral, do seu informalismo e *do espírito de cooperação que o inspira. Já se disse que a arbitragem é instrumento de paz social e conciliação econômica.* Efetivamente, enquanto o processo judicial é uma espécie de guerra que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre elas de modo que possam continuar a atuar em conjunto nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores e clientes, quer como sócios" (WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Dez anos da Lei de Arbitragem*. Jornal Folha de São Paulo. Seção Opinião. 24.09.2006).

internas",[479] também transmitindo a ideia de um micro-cosmos contratual a estabilizar a relação entre as partes.

Esse tratamento endógeno do conflito pela arbitragem, mediante desenvolvimento de um micro-cosmos contratual, se aproxima do conceito de Justiça alternativa que se via aplicar na Pasárgada de BOAVENTURA SANTOS. Guardadas as devidas proporções, o que se tem nas duas esferas são mecanismos autônomos (*auto+nomos*) de solução de disputas, informais e horizontais, implementados pelas partes a partir de dentro da organização que integram. Esse comparativo também é feito por BICCA MACHADO, para quem a Lei nº. 9.307/96 trouxe uma espécie de institucionalização oficial do método "Pasárgada" de solução de disputas.[480]

Além desses fatores mencionados por BICCA MACHADO, também cabe mencionar o elemento de *fidúcia* como tendo importância central a essas duas modalidades de solução de disputas, que contam com pessoa da confiança dos envolvidos para a missão decisória.

Como já defendido, a confiança – seja ela tomada em seu aspecto pessoal ou subjetivo, ou em sua perspectiva objetiva e calculada – é efetivamente o fio condutor a afastar uma conflituosidade excessiva em realidades complexas. É através dela que ganhos de curto prazo advindos de quebras contratuais oportunistas são substituídos por ganhos de longo prazo, com ênfase sobre a noção de cooperação contratual. É também através desse mesmo aspecto de confiança que decisões proferidas são aceitas pelos envolvidos como fonte legítima de normatividade. E, tanto num, quanto noutro caso, ainda que separados por motivações sociais/comerciais distintas, trata-se em ambos de formas de *nova governança,* em linha com uma realidade pluralista detalhada no Capítulo 02.

É, portanto, a partir dessa natureza coexistencial que se reforça à arbitragem seu papel de conservação dos negócios jurídicos. Essa natureza, somada a seu pacto ético

[479] Vide PILGER, Márcia Ester Castro. *Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 125-126.

[480] "Faz-se esta longa descrição do procedimento com o objetivo de salientar algumas possíveis semelhanças entre o procedimento descrito por Souza Santos, em Pasárgada, e a prática da arbitragem, nos tribunais arbitrais. (...) Nesse sentido, inclusive, poder-se-ia dizer que com a nova Lei de Arbitragem (ressalvados alguns limites outrora existentes), poder-se-ia, em tese, ter uma verdadeira institucionalização do método de resolução de conflitos de Pasárgada, que antes não encontrava apoio na legislação oficial, o que só veio a ocorrer com a Lei de 1996" (MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 46).

de confiança, estimula a criação de um *refúgio contratual*, onde os contratantes podem lidar com as controvérsias surgidas ao longo da execução contratual. Quando esses elementos são inseridos em um ambiente relacional, que também incentiva, por si, a reciprocidade, a confiança e o relacionamento de longo prazo entre as partes[481], encontra-se aí uma combinação ideal no sentido da perenização dos laços contratuais. Como bem pontua MACNEIL, o estímulo à reciprocidade é um passo essencial para a contenção de oportunismos e para a preservação de relacionamentos sociais de longo prazo.[482] A arbitragem, além da mencionada economia de custos de cumprimento contratual, tem grande potencial de contribuir também nesse sentido, amenizando animosidades contratuais e ajudando a conter o excesso de litigiosidade das partes.

5.3.2. Arbitragem como Justiça Participativa

Outro elemento merece destaque dentro desse quadro de análise. Trata-se do grau de autonomia privada admitido para a arbitragem. Enquanto o Poder Judiciário tem regras rígidas para regular prazos e procedimentos, na arbitragem o princípio de autonomia privada permite aos contratantes construir o procedimento da forma como entendem mais adequada às particularidades do conflito.[483]

Há, é bem verdade, balizas de ordem pública para garantia de um julgamento justo e isento.[484] Mas, afora isso, "*o legislador prestigiou a autonomia da vontade*", para reproduzir palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA.[485]

---

[481] "The main contribution of the relational contract theory so far would appear to be to highlight the potential importance of the relationship between the contracting parties and the social groups to which these belong, including the importance of norms and non-legal sanctions" (HVIID, Morten. Long-term contracts and relational contracts. *The Encyclopaedia of Law and Economics*, v. III. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Coord.). Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 59). Disponível em <http://www.encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[482] "Getting something back for something given neatly releases, or at least reduces, the tension in a creature desiring to be both selfish and social at the same time; and solidarity - a belief in being able to depend on another - permits the projection of reciprocity through time" (MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory as Sociology: a reply. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 143, 1987, p. 274-275).

[483] Veja-se Margaret Wang, para quem o racional da arbitragem está justamente na possibilidade de um sistema auto-regulado pelas partes: "The rationale behind this dispute resolution process [arbitration] is that it is capable of diverting commercial disputes away from the legal system and into a self-regulated system" (WANG, Margaret. Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce? *Arbitration International*, v. 16, issue 2, 2000, p. 191).

[484] "percebe-se que, no direito brasileiro, a arbitragem está inserida em um contexto de confronto entre a

Essa participação direta e autônoma das partes na construção da justiça arbitral permite qualificar a arbitragem como uma forma de *Justiça participativa*, justamente por envolver maior grau de participação dos envolvidos no resultado final.

Essa temática é desenvolvida por NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA. Segundo ele, a arbitragem, tanto quanto outras formas de participação na Justiça, como os juizados especiais da Lei nº. 9.099/95 e as comissões de conciliação prévia no âmbito da Justiça do Trabalho, representam um estímulo do legislador à participação ativa do cidadão no julgamento e composição dos conflitos. No caso da arbitragem, essa seria, inclusive, parte relevante de sua própria função social.[486]

Além de atuar sobre a legitimação do procedimento perante as partes, essa premissa participativa da arbitragem também ajuda a fortalecer os vínculos entre os contratantes, dando a eles uma noção de proximidade, responsabilidade e de futuro que não existe no processo adversarial.

É o que se extrai de pesquisa realizada em 2003 pelo governo canadense, com o propósito de implementação e melhora de formas participativas de Justiça. Conforme apurado, a falta de elementos de participação e de autonomia, somada ao descaso com a continuidade do relacionamento entre as partes, eram consideradas as principais decepções em relação às formas tradicionais de Justiça adversarial.[487] A mesma

---

autonomia privada e o devido processo legal, o que a difere do processo judicial: de um lado, existe a liberdade conferida às partes para regularem toda a instituição e o procedimento da arbitragem e, de outro, a imposição da observância dos princípios processuais dentro dos imperativos de um julgamento justo" (ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação***.** v. 7, out.-dez. 2005, p. 117).

[485] "Contrariando a alternativa acolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil, o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que – na visão dos internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – Um comentário à Lei nº. 9.307/96. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 64).

[486] "A arbitragem, na forma instituída pela Lei 9.307/96, tem como função social básica: a) propiciar ao jurisdicionado uma opção a maior para a resolução adequada de determinados conflitos (acesso à justiça); b) *garantir a participação do cidadão na administração da justiça*; c) tendência de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, no que diz respeito aos julgamentos de causas envolvendo direitos disponíveis e, com isso, fazer com que haja melhoria qualitativa nos julgamentos de alta relevância social (direitos indisponíveis) e d) modernizar o País no que diz respeito às relações internacionais, inserindo-o de maneira real no mercado internacional" (COSTA, Nilton César Antunes da Costa. *Poderes do Árbitro* - De acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: RT, 2001, p. 29).

[487] "The users of civil legal services have often been frustrated by the failure of adversarial justice to resolve the core problems they face, either in their commercial dealings or in their domestic relationships. There is a widespread desire to take greater control over outcomes than these types of adjudication permit. In addition, a particular theme for restorative and consensus-based justice initiatives is a desire to pay greater attention to the relationship dimensions of disputing dynamics and outcomes. (...) The concept of consensus-based justice

pesquisa inclusive apontou o uso da arbitragem em matéria comercial como uma das principais respostas a essas críticas identificadas nas formas tradicionais de Justiça.[488]

Em suma, todos os efeitos econômicos e jurídicos apontados ao longo dessa seção permitem ver na arbitragem um mecanismo a estimular a criação de um foro contratual interno, em que os contratantes são chamados a participar diretamente da solução de controvérsias. Essa característica da arbitragem não apenas vem em reforço à economia de custos de cumprimento contratual, mas ainda cria uma *comunidade de interesses* e um *refúgio contratual* a aproximar os contratantes ao longo de toda a execução do contrato.

5.3.3. A importância do aspecto coexistencial, participativo e cooperativo e as hipóteses adicionais para confirmação empírica

Para além desses tantos efeitos benéficos da arbitragem, a análise dessa economia contratual abre espaço para uma discussão adicional, que emerge da comparação da arbitragem com outras formas de solução de disputas.

Veja-se que a arbitragem é método contratual de governança de conflitos que, ainda que detenha potencial de sinalização sobre o comportamento das partes, não permanece formalmente *ativada* durante todo o relacionamento contratual. Isso porque, mesmo sendo prevista desde a gênese do contrato e irradiando um comprometimento crível das partes desde logo, a cláusula compromissória se torna eficaz *apenas* quando do surgimento do conflito concreto.[489]

---

draws on a set of objectives, including a desire to fashion consensual outcomes that meet individual needs; the inclusion of individual disputants as direct participants; and a focus on the relationship dimensions of the conflict, both present and future" (Law Commission of Canada. *Transforming relationships through participatory justice*. 2003. p. 91 e 104. Disponível em <www.lcc.gc.ca>. Acesso em 20.01.2016).

[488] "In turning to commercial arbitration, private judging, and ODR [online dispute resolution] services, commercial agents express their frustrations with the adequacy and sufficiency of the traditional civil justice system" (Law Commission of Canada. *Transforming relationships through participatory justice*. 2003. p. 90. Disponível em <www.lcc.gc.ca>. Acesso em 20.01.2016).

[489] É o que menciona a doutrina civilista, entendendo que a aplicação concreta da arbitragem se dá no momento de eficácia da cláusula compromissória. Vide NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 502 a 556.

Isso significa que, até o momento do surgimento do conflito, a arbitragem fica latente, agindo *simbolicamente* sobre as partes e impondo seu poder de *enforcement* de forma indireta e principalmente por meio de sua sinalização contratual e do seu *credible commitement*.

Essa característica da arbitragem faz supor que uma presença que seja desde o início mais *efetiva e visível* sobre os contratantes possa ser o diferencial a tornar mais atrativas outras formas de solução de disputas usualmente aplicadas na indústria de construção e infraestrutura. É o caso, por exemplo, dos *dispute boards*.

Conforme definição do manual de práticas e procedimentos da *Dispute Resolution Board Foundation*, *dispute boards* são comitês técnicos independentes e imparciais, compostos por profissionais eleitos pelas partes, que são contratados para o acompanhamento em tempo real de um dado empreendimento. Sua finalidade é assistir os contratantes na solução de controvérsias surgidas ao longo da obra.[490]

FERNANDO MELLO MARCONDES destaca que os *dispute boards* têm apresentado taxas de sucesso elevadas, o que se relaciona ao fato de esses comitês *(i)* terem uma onipresença desde o início da obra, *(ii)* participarem de reuniões periódicas com as partes, *(iii)* ouvirem queixas quando estas ainda estão em fase embrionária, o que proporciona *(iv)* a criação de uma arena decisória própria à obra e que *(v)* vem marcada pela informalidade e proximidade com as partes.[491]

O elemento da *confiança* também aparece como fator de destaque ao sucesso dos *dispute boards*. Dada a imparcialidade, isenção e objetividade desses comitês, as partes se sentem mais seguras e confiantes nas recomendações e/ou decisões dadas pelos membros do *board*,[492] o que é reforçado pela presença e contato constantes que mantêm com as partes desde o início do projeto.[493]

---

[490] "Over the years the construction industry dealt with the resolution of claims and disputes through a variety of methods. One of the most successful and enduring is the DRB. A simple description of a DRB is that it is a board of impartial professionals formed at the beginning of the project to follow construction progress, encourage dispute avoidance, and assist in the resolution of disputes for the duration of the project" (*Dispute Resolution Board Foundation Practices and Procedures Manual*, item 1.1. Disponível em <http://www.drb.org/manual/1.1_final_12-06.pdf>. Acesso em 20.01.2016.)

[491] MARCONDES, Fernando Mello. Os Dispute Boards e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Coord.). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 124-125.

[492] "Each party's willingness to accept a DB's opinion or decision is enhanced by confidence and trust in each board member's impartiality as well as by the opportunity to have discussions with the board before a

Também na linha do que já apresentado para a arbitragem, a possibilidade de participação direta das partes no convencimento dos comitês e o fato de seus membros serem pessoas que integram a mesma realidade das partes, reforça a confiança existente nesse método decisório, dando a legitimação necessária aos *boards*.

Não se pode também esquecer o fato de esses comitês técnicos serem instalados para atuação durante o curso de um projeto, normalmente como uma forma de compensar a impossibilidade de saída ou de *avoidance* pelas partes. Com efeito, por ser necessário finalizar a obra, os contratantes têm a consciência de que devem aprender a conviver com os conflitos surgidos.[494]

Vê-se, então, que os *dispute boards* apresentam, de forma ainda mais acentuada, as características de uma Justiça participativa e coexistencial. E, até mais do que a arbitragem, esses *boards* saem do plano apenas *simbólico* da sinalização do comprometimento contratual, para uma plano de participação *efetiva* no cotidiano contratual e de comprometimento *real* com o contrato e sua contraparte. Aliás, o efeito positivo gerado por esse contato direto e diário é ressaltado como uma das grandes vantagens dos *dispute boards*.[495]

---

problem develops into a dispute. The parties' confidence in the DB process plays an important role in the acceptance of the board's determinations, but is also influenced by the fact that any such determination is admissible in any subsequent arbitration or litigation" (OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute boards*: procedures and practice. London: Thomas Telford Publishing, 2008, p. 3).

[493] "Os dispute boards ainda apresentam diversas outras vantagens. A primeira delas é a confiança e o respeito das partes em relação a esse método de resolução de controvérsias e a cada membro do painel, adquiridos durante todo o curso da execução do contrato, por meio do contato direto com os representantes de cada uma das partes em campo, no dia a dia da obra" (WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, jul.-set. 2011, p. 147).

[494] Veja-se, nesse sentido Flavia Bittar Neves, chamando a atenção justamente para esse elemento de aproximação das partes em razão do DB: "Além da arbitragem, outras formas alternativas de solução de conflitos (ADR – Alternative dispute resolution) podem ser aplicadas para resolver os problemas que envolvem um projeto de construção civil, dentre os quais a mediação, o uso de partnering e de Dispute Review Boards. O uso destes instrumentos antes da arbitragem visa aproximar as partes diretamente envolvidas no litígio, dando-lhes mais de uma oportunidade para resolver a questão entre si, antes de levar a causa diretamente a julgamento pelos árbitros" (NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e construção civil. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 2003. Disponível em <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrage_construccion_civil.php>. Acesso em 20.01.2016).

[495] "When Board members are able to observe the work and site conditions that are giving rise to a potential dispute, and hear the parties' positions at the time the dispute is occurring, there is a much greater potential for a dispute to be resolved more quickly and informally, and from developing into a major issue which could potentially affect the overall progress of the work and timely completion of the project" (PHILLIPS, Jim. Ethics in Today's World of DRBs: Disconnect Between Project Activity and the Utility of the DRB, p. 6. Disponível em <http://www.drb.org/newsletter/Forum8-08Color.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

Mais do que isso até. CYRIL CHERN considera que os *dispute boards* ajudam até mesmo *a evitar* a eclosão de conflitos, auxiliando as partes a encontrarem soluções mediadas entre si, o que se justifica não apenas porque seria economicamente contraproducente às partes recorrerem a soluções externas ao *board*, mas também em decorrência de uma *força de sinalização* existente nos *boards*. Para o autor, a mera existência de *dispute boards*, a acompanhar a obra como uma "*sombra constante"* sobre o projeto, minimizaria os oportunismos e incentivaria a cooperação entre os contratantes.[496] Racional, aliás, bastante similar com o que se apresentou no tocante à arbitragem.

Essas percepções levantam questionamentos importantes a este trabalho. O primeiro deles diz respeito à maior eficiência que essas formas alternativas, inclusive a própria mediação, que, tal qual os *boards*, tem mostrado curva ascendente de utilização nesse setor, possam deter em razão dessa dimensão mais participativa e onipresente sobre os contratantes. O que se indaga é em que medida essas formas alternativas – e nesse caso *alternativas* e *substitutas* até mesmo à própria arbitragem – têm se mostrado mais adequadas a uma realidade contratual dinâmica de grandes empreendimentos de natureza relacional, justamente por enfatizarem mais e mais o aspecto coexistencial, participativo e cooperativo. É isso, aliás, o que a doutrina internacional tem defendido na área de gestão de contratos complexos de construção.[497]

O alinhamento dessa hipótese com o núcleo desta tese está essencialmente no fato de os *dispute boards* já serem considerados hoje como uma espécie de "*dispute*

[496] "Dispute boards generally succeed without the parties requiring recourse to law. The parties must live with the dispute board for long periods and it is obviously counterproductive to chase off to the courts on every small matter whilst the contract is ongoing and the dispute board is still operating. From the available figures, it appear that dispute boards are effective in avoiding arbitration and litigation and bringing the parties to settlement; the record for dispute boards would indicate that parties accept 'judgments' of dispute board as fair - or at least as fair as they might expect from an arbitrator or a juge. Whith a dispute board in place, it is evident that the parties will themselves make efforts to resolve potential disputes and reduce matters in contention. The dispute board it thus and effective dispute avoidance device. Its very existence (its 'long shadow') minimises the outbreak of disputes and fosters cooperation between the parties, often providing the impetus for amicable setlement. The damaing 'duel of egos' is avoided" (CHERN, Cyril. *Chern of Dispute Board*. 2. Ed. Oxford: Wiley-Blackweel, 2011, p. 20-21).

[497] Veja-se nesse sentido posição de Robert S. Peckar: "The 'alternative' in ADR refers to alternatives to arbitration and litigation. These processes may occur as early as during pre-construction and may occur as late as the eleventh hour before formal hearings are held in arbitration or court. (...) These methods allow participants, indeed with the aid of their attorneys, to maximise the opportunities to solve problems efficiently from the first days of the project, to build on those solutions to establish problem-solving as the norm for the project, and to focus more of their efforts on the achievement of a succesful project rather than successful arbitration or litigation" (PECKAR, Robert S. Dispute resolution in construction projects. In: BUENO, Julio César (Coord.). *The projects and construction review*. Law Business Research Ltd: London, 2011, p. 14 e 21).

avoidance"[498], na linha do que o próprio MACNEIL entendia ser a forma mais adequada e eficiente de solução de disputas em contratos relacionais. A mediação, empregada para tratamento de questões técnicas surgidas em projetos de infraestrutura, passa a também focar cada vez mais nessa mesma perspectiva de evitar a eclosão dos conflitos.[499]

Por meio dessa investigação pretende-se ainda colocar em evidência os elementos de deseconomia que a arbitragem pode ter adquirido na atualidade, especialmente em razão de sua escolha aleatória nos contratos e seu possível distanciamento de uma Justiça ética, coexistencial, cooperativa e participativa. Esses questionamentos surgidos a partir da noção de uma Justiça coexistencial e da potencialidade de criação de um micro-cosmo contratual integram o escopo da pesquisa empírica desta tese e são denominados de "Hipótese (5)" e "Hipótese (6)" para os fins do teste realizado no Capítulo Sexto.

Feitas essas considerações, passa-se à análise de outra economia e funcionalidade associadas à previsão da arbitragem e que se relaciona às noções de segurança, previsibilidade e calculabilidade dos contratos.

---

[498] "Como se pode observar, o DB é muito mais do que um simples órgão de consulta técnica ou um adjudicador de decisões. Ele é, acima de tudo, um fator de coesão e de *dispute avoidance* que pode contribuir decisamente para que o contrato seja executado em um ambiente positivo e profícuo" (MARCONDES, Fernando Mello. Os Dispute Boards e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Coord.). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 126-127). No mesmo sentido: "Todo o conjunto de dados existente é claro: DBs são rápidos, especializados, imparciais e evitam litígios" (VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38, jul.-set. 2013, p. 146).

[499] "Buscar alternativas eficazes e menos custosas para a resolução de conflitos decorrentes da construção de obras é hoje em dia uma necessidade, em razão do crescente aumento da complexidade e do número de partes envolvidas em tais empreendimentos. Nesse sentido, a mediação técnica se apresenta como um instrumento prático para a resolução de conflitos técnicos com maior eficiência e sem o envolvimento de advogados e até mesmo dos clientes" (BRODSKY, Jerry. Mediação técnica: um instrumento prático para a resolução de conflitos técnicos sem o envolvimento de advogados e até mesmo dos clientes. In: SILVA, Leonardo Toledo (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 266).

5.4. Aumento da segurança, previsibilidade e calculabilidade contratual

5.4.1. A estabilidade contratual trazida pela previsão de arbitragem

"*Os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas*".[500] É dessa forma que PAULA A. FORGIONI enxerga o papel desempenhado pelos valores de segurança e previsibilidade no mundo dos negócios. Para ela, a ausência desses elementos compromete a realização e implementação de contratos empresariais.

Muito antes dessa autora, MAX WEBER já havia chamado a atenção a essa temática. Segundo ele, o reconhecimento da vigência de determinada norma jurídica teria o condão de criar nos sujeitos o que ele chama de "*oportunidades calculáveis*". Ou seja, a partir da segurança e previsibilidade geradas pelas normas jurídicas, os indivíduos podem calcular suas ações e condutas, esperando legitimamente que os resultados se desenvolvam da forma prevista normativamente.[501]

A garantia dos resultados em conformidade à previsão normativa decorre especialmente do "*aparato coativo*" que sustenta a obrigatoriedade das leis.[502] É a mesma ideia de *enforcement* já tratada no início deste capítulo e que assegura aos indivíduos o apoio necessário, muitas vezes coercitivo, para a realização de situações e direitos. WEBER ainda reitera a importância de um *enforcement* efetivo, rápido e seguro para o correto funcionamento da economia de mercado. Para ele, a velocidade de propagação das

[500] FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010, p. 75.
[501] "A 'vigência' empírica de uma ordem como 'norma jurídica' afeta os interesses dos indivíduos em vários sentidos. Especialmente podem resultar dela, para esses indivíduos, *oportunidades calculáveis* de manter a sua disposição bens econômicos ou de adquirir no futuro, sob determinadas condições, a disposição sobre eles. Dar origem a semelhantes oportunidades ou garanti-las é, naturalmente, em caso de direito estatuído, a finalidade que aqueles que pactuam ou impõem uma norma jurídica vinculam em regra a essa norma" (WEBER, Max. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe (Trad.). *Direito e Sociedade* - Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UnB, 2012, p. 212. v. 1).
[502] "O fato de alguém, em virtude de uma ordem jurídica estatal, ter um 'direito' (subjetivo) significa, portanto, no caso normal que tomamos aqui por base, para a consideração sociológica, que essa pessoa tem a possibilidade - efetivamente garantida pelo sentido consensualmente vigente de uma norma jurídica - de conseguir, para realizar determinados interesses (ideais ou materiais), a ajuda de um 'aparato coativo' apto a prestar esse serviço" (WEBER, Max. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe (Trad.). *Direito e Sociedade* - Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UnB, 2012, p. 212. v. 1).

transações econômicas no mundo contemporâneo exige não apenas um poder coativo "*o mais forte possível*", mas sobretudo "*um direito calculável segundo regras racionais*".[503]

Veja-se que a posição de WEBER a respeito da relevância do *enforcement* jurídico está em linha com a noção de "*credible commitment*" tratada em seções anteriores. Sem um mecanismo crível e respeitável capaz de garantir a ordem no mercado e o cumprimento das transações, não haveria como assegurar a realização de obrigações complexas, tampouco índices de investimentos produtivos no longo prazo.

É bem por isso que WILLIAMSON considera essencial um ambiente de segurança e previsibilidade para permitir investimentos especializados. Um Poder Judiciário problemático que, ao invés de garantir as mencionadas "*oportunidades calculáveis*" perpetue um cenário de insegurança contratual, termina por afastar esse potencial de investimentos.[504]

Estudos produzidos pelo Banco Mundial reiteram essa assertiva. Conforme reportado por AJAY CHHIBBER[505], a previsibilidade das leis e a confiança no cumprimento de contratos e dos direitos de propriedade foram apontados como questões centrais a nortear a decisão de investir, o que continua a ser ressaltado, ano a ano, nos relatórios *Doing Business* daquela mesma instituição.[506] Mecanismos lentos e burocráticos de cumprimento contratual estão normalmente associados a índices baixos de investimento e a

---

[503] "(...) a velocidade das transações modernas exige um direito que funcione de maneira rápida e segura - isto é, que seja garantido por um poder coativo o mais forte possível. (...) O domínio universal da relação associativa de mercado exige, por um lado, um funcionaento do direito calculável segundo regras racionais" (WEBER, Max. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe (Trad.). *Direito e Sociedade* - Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UnB, 2012, p. 226-227. v. 1).

[504] "Nations that pose severe investment hazards will support smaller amounts of specialized, durable investment (low k and low K) than will more credible investment regimes; nations with problematic judiciaries will be similarly disadvantaged. That will show up in the technology. Regimes that afford weak supports for investment and contracting will rarely be able to provide strong supports for intellectual property rights. High-technology industries or industries that benefit from specialized, durable investments will thus flee from regimes with great investment and contractual insecurities -- for safer havens" (WILLIAMSON, Oliver. The institutions and governance of economic development and reform*, The World Bank Research Observer*; Washington, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, 1994, p. 192).

[505] CHHIBBER, Ajay. Institutions, policies, and development outcomes. In: PICCIOTTO, Robert; WIESNER, Eduardo. *Evaluation & Development* - The institutional dimension. New Jersey: Transaction Publishers, 1998, p. 34-46.

[506] "Effective commercial dispute resolution has many benefits. Courts are essential for entrepreneurs because they interpret the rules of the market and protect economic rights. Efficient and transparent courts encourage new business relationships because businesses know they can rely on the courts if a new customer fails to pay. Speedy trials are essential for small enterprises, which may lack the resources to stay in business while awaiting the outcome of a long court dispute" (Doing Business - Measuring business regulations. The World Bank. Disponível em <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/why%20matters>. Acesso em 20.01.2016).

altos custos de transação, indicando um ambiente negocial de baixa qualidade institucional.[507]

É, portanto, através da *estabilização de expectativas*, para empregar expressão de LUHMANN, que o mundo dos negócios consegue avançar. Ao contornar as incertezas e riscos que fazem parte naturalmente do mundo da governança contratual, permite-se, assim, grau mínimo de segurança e previsibilidade para suportar contratos e investimentos de longo prazo. Como se vê, essa economia contratual irradia efeitos diretos e imediatos sobre a economia institucional, o que será analisado em mais detalhes na segunda parte deste trabalho.

Note-se que a importância dada à estabilidade contratual é tão relevante ao trafego econômico que muitos tratados de investimento chegam a prever cláusulas de estabilização normativa, que buscam congelar o marco regulatório em que realizado o investimento.[508] Trata-se de maneira de garantir que os predicados de segurança, previsibilidade e calculabilidade, tão essenciais ao mundo da governança contratual e especialmente caros para a promoção de investimentos de longo prazo[509], sejam preservados.

Em grande medida, é possível aproximar a arbitragem a uma *cláusula de estabilização*. Através dela, garante-se não apenas um ambiente contratual endógeno de

---

[507] Veja-se, nesse tema, a conclusão do *Center for Economic Studies (CES), the Ifo Institute and the CESifo GmbH (Munich Society for the Promotion of Economic Research*: "The ability to enforce contracts is a fundamental characteristic of properly functioning markets as reducing uncertainty by assuring that contractual rights will be enforceable by local courts is a necessary precondition to creditors' investment decision. On the contrary, when procedures for enforcing contracts are cumbersome due to bureaucratic burdens or when disagreements in contractual arrangements cannot be resolved timely and cost efficiently, investors need to rely on less efficient practices or even desist from the investment" (Database for Institutional Comparisons in Europe – DICE. Contract Enforcement - The World Bank´s Doing Business Project", Ifo Institute, Munich, 2010. Disponível em <http://www.cesifo-group.de/DICE/fb/36czt9Cpq>. Acesso em 20.01.2016).

[508] "In some transactions, parties may seek protection against future changes in the applicable law. This protection can take the form of 'freezing' or 'stabilization clauses, which fix the legal system applicable to the parties' agreement as that system stands at a specified date (without regard to subsequent legislative or other developments) or that, alternatively, either forbid giving effect to specified legislative changes or require compensation for such changes. Such provisions are generally used only in agreements between foreign investors and states or state-owned entities, where the possibilities for legislative interference are most substantial" (BORN, Gary. *International arbitration and forum selection agreements*: drafting and enforcing. 4th Edition. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, p. 165).

[509] "La utilidad de incorporar una cláusula de estabilización a un contrato de Estado no es sólo la cobertura del inversor frente al riesgo político (cambios normativos), sino también la obtención de certeza legal y la promoción de la inversión extranjera, mediante la admisión de tales cláusulas por parte del Estado o entidad pública contratante, dando así seguridad al inversor de que la planificación económica que ha hecho no se verá truncada" (TÉVAR, Nicolás Zambrana. Las cláusulas de estabilización en el arbitraje de inversiones. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, v. 06, issue 02, 2013, p. 379).

maior estabilidade e confiança entre as partes, mas ainda se disponibiliza às partes um cumprimento contratual mais efetivo, crível e seguro. É o que apontam YVES DEZALAY e BRYANT GARTH. Para eles, as previsões arbitrais são essenciais para garantir a segurança necessária à realização de investimentos estrangeiros, com impacto também sobre os custos de transação associados à solução de disputas.[510]

No Brasil, SELMA LEMES também chama a atenção a esse mesmo ponto. Além da redução de custos de transação que ela entende estar associada ao uso da arbitragem, uma "*repercussão indireta*" mencionada pela autora é justamente a possibilidade de angariar maiores investimentos em decorrência da existência de foro de maior confiabilidade do que o Poder Judiciário.[511] ARNOLDO WALD conclui no mesmo sentido, tomando a arbitragem como elemento de segurança jurídica aos contratantes, fato que o autor considera essencial ao progresso do país.[512]

Vê-se, assim, que a escolha da arbitragem está intimamente relacionada aos valores de segurança e previsibilidade. Os próprios Estados têm consciência desses predicados da arbitragem para garantia do comércio internacional.[513] O tema será retomado por ocasião do Capítulo 08.

---

[510] "International commercial arbitration represents an international dispute resolution device of tremendous practical importance. The workings of international comercial arbitration have a considerable impact on the security of business investments and on the transaction costs of resolving transactional disputes" (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 7).

[511] "Com repercussão indireta, [a arbitragem] contribuirá para gerar confiança no mercado e acenar para os investidores internacionais que a arbitragem é utilizada nos contratos administrativos. Será um atrativo considerável e contribuirá para angariar recursos para os investimentos necessários nos empreendimentos em infra-estrutura que as novas parcerias público-privadas regulam" (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 189).

[512] "Podemos afirmar que o progresso do nosso país depende de um trinômio Desenvolvimento Econômico, Investimento (público e privado) e Segurança Jurídica. (...) A arbitragem pode dar segurança jurídica aos contratantes, especialmente depois da consolidação da jurisprudência em seu favor, que ocorreu, no Brasil, nos últimos 10 anos" (WALD, Arnoldo. A imporância da arbitragem internacional em 2013. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38, jul.-set. 2013, p. 106-107).

[513] "Em muitos casos é o próprio Estado que sugere a arbitragem como forma de resolução de controvérsias, porque ciente de que esse foi o modo eleito pelo comércio internacional e de que o mesmo proporciona aos investidores estrangeiros uma maior segurança jurídica" (WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 18, out.-dez. 2005, p. 306).

5.4.2. A redução dos riscos e incertezas de litigar

Mas, não é apenas no âmbito internacional que a arbitragem pode servir como "*cláusula de estabilização*", redutora de insegurança e imprevisibilidade dos contratos. No âmbito doméstico, a arbitragem pode também atuar no sentido de reduzir o *risco de litigar* perante o Poder Judiciário.

O receio com a imprevisibilidade da Justiça brasileira já foi apontado nas pesquisas de CASTELAR PINHEIRO, ao trazer à tona o papel social que muitos magistrados estariam dispostos a promover no exercício de sua função jurisdicional. Ainda que bem-intencionado, esse *ativismo judicial* compromete os valores de segurança e previsibilidade. Conforme ELIVAL DA SILVA RAMOS, esse comportamento judicial descaracteriza não apenas a função típica do Poder Judiciário, mas ainda atribui ao intérprete-aplicador uma margem de discricionaridade quase arbitrária.[514] É o que RICARDO LORENZETTI classificou como o sendo o "*temor ao intuicionismo dos juízes*".[515]

Veja-se que o tema da incerteza jurisdicional não é recente. Gerou, em passado recente, aceso debate envolvendo o mercado de crédito bancário no Brasil, opondo, de um lado PERSIO ARIDA, EDMAR LISBOA BACHA e ANDRÉ LARA-RESENDE[516] e, de outro, JOAQUIM FALCÃO, LUÍS FERNANDO SCHUARTZ e DIEGO WERNECK ARGUELHES ("FALCÃO-SCHUARTZ-ARGUELHES").[517] Sem ingressar no mérito específico debatido por esses autores, o que importa notar é a diferenciação trazida por FALCÃO-SCHUARTZ-ARGUELHES no tocante aos diferentes tipos de incertezas judiciais existentes.

Para esses autores, as incertezas judiciais se dividem em *(i) incerteza de meios*, o que se vincula à forma processual que deve ser obedecida até a prolação da decisão final; e *(ii) incerteza de conteúdo*, associada à quebra das expectativas dos

[514] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial - parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.
[515] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. FRADERA, Vera Maria Jacob (Trad.). São Paulo: RT, 1998, p. 72.
[516] ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; RESENDE, André Lara. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago. *Inflation targeting, debt and the Brazilian experience, 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005, p. 265-293. Também disponível em <www.econ.puc-rio.br/pdf/seminario/.../Paper%20Edmar%20Bacha.pdf>. Acesso em 20.01.2016.
[517] FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, set./dez. 2006, p. 79-112.

litigantes em torno do mérito debatido.[518] Os autores ainda esclarecem que a incerteza de conteúdo se subdivide em: *(ii.a)* uma *incerteza normal ou estrutural*, naturalmente esperada de qualquer atividade judicial e decorrente de entendimentos distintos que possam ter os intérpretes; e *(ii.b)* uma *incerteza patológica*, derivada de fatores como parcialidade, favorecimento indevido, corrupção e motivações político-ideológicas dos julgadores.[519]

A partir dessa sistematização é possível ver na arbitragem meios concretos para redução tanto das incertezas de meios, quanto das próprias incertezas de conteúdo. Em primeiro lugar porque as partes e os árbitros têm maior *autonomia e participação* sobre o processo arbitral, o que dá a eles a possibilidade de interferir e ajustar diretamente as regras procedimentais aplicáveis, em esclarecimento de eventuais incertezas de meios que possam existir no processo. Também o fato de as partes terem conhecimento prévio e pleno das regras processuais escolhidas, seja por meio da assinatura de Termo de Arbitragem, seja em razão da escolha de regras procedimentais a serem aplicadas, é elemento que, segundo MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, reduz eventuais inseguranças processuais porventura presentes.[520]

Além disso, a *proximidade* entre partes e julgadores amplia o diálogo ao longo do procedimento, permitindo a correção, em contraditório, de eventuais incertezas processuais no curso do processo. Ainda que o Poder Judiciário também estimule esse tipo de diálogo processual, a forma de estruturação da arbitragem, com estímulo e presença mais marcada do elemento de participação e oralidade, torna essa comunicação mais

[518] "Há dois aspectos diferentes em relação aos quais se pode falar mais especificamente de 'incerteza judicial': quanto aos *meios* da decisão e quanto ao seu *conteúdo*. A primeira diz respeito à aplicação das normas que devem reger o processo de tomada de decisão judicial – por exemplo, ao respeito dos prazos previstos no Código de Processo Civil para que o juiz dê a sentença. Já a incerteza quanto ao conteúdo da decisão propriamente dito se refere às expectativas (normativas ou cognitivas) que ela frustra ou confirma quando é tomada" (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, set./dez. 2006, p. 84).

[519] "(...) as decisões judiciais cujo conteúdo é imprevisível *por fatores juridicamente patológicos* (*e.g.*, corrupção, proximidade pessoal ou motivações 'ideológicas') são obviamente indesejáveis e devem ser tentativamente reduzidas. Já as decisões judiciais cujo conteúdo é incerto por *características estruturais* do processo de interpretação e aplicação do direito não são *criticáveis* como fatores de insegurança *jurídica* – ainda que possam ser motivo de frustração de expectativas subjetivas" (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, set./dez. 2006, p. 89).

[520] "O que traz segurança para as partes é elas terem ciência prévia de quais serão as regras procedimentais aplicáveis naquele litígio, não importando se essas foram fixadas em lei ou se decorrem de estipulação pelo magistrado, ou ainda em função de tratativas entre as partes" (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010, p. 32).

facilitada na arbitragem.[521] A isso se soma ainda o fato de a arbitragem ser, em si, um *mecanismo menos rígido e mais flexível* de solução de disputas, a auxiliar na redução das incertezas de meio.

De parte das incertezas de conteúdo, a possibilidade de eleição dos árbitros com expertise na matéria debatida e pertencendo à mesma realidade das partes, é o principal fator a atenuar os riscos de decisões equivocadas. É o que apontam CELSO PUGLIESE e BRUNO MEYERHOF SALAMA. Segundo esse autores, a margem probabilística de equívoco nas decisões arbitrais, ainda que existente em decorrência da falibilidade humana, fica reduzida com a escolha de profissionais especialistas na matéria a ser decidida.[522] Aliás, trata-se de probabilidade ainda mais reduzida pelo emprego, já habitual, de três árbitros a compor os painéis tribunais, a permitir deliberação prévia a enriquecer os debates e decisões proferidas.

RODRIGO GARCIA DA FONSECA também enfatiza o papel da especialidade dos julgadores como elemento de redução dos riscos envolvidos na arbitragem. Entende o autor que a arbitragem garante uma "*vantagem informacional*", assegurando maiores chances de o julgador compreender as nuances da disputa.[523] Tanto isso é verdade que a própria tendência atual das cortes judiciais é justamente a criação de câmaras e varas especializadas. Muito antes de essa tendência judiciária ser aplicada – e que é incentivada

[521] "Arbitration, as already noted, is a management process calling for the tribunal to use necessary oral and written communication skills. Modern arbitration has no place for silent arbitrators who let cases run themselves resulting, frequently, in inordinate delay and cost often with no clear-cut arbitral decision at the end. (...) Arbitration is all about communication to generate confidence and enable the heart of the problem to be exposed as quickly and economically as possible, leaving each party whatever the outcome with the feeling that procedurally it obtained a square deal, without successful gamesmanship on the part of the opponents" (SHILSTON, Alan. The Evolution of Modern Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 4, issue 2, 1987, p. 57 e 65).

[522] "A especialização permite, assim, a redução dos *erros* nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado" (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Celso Antonio. A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor, *Caderno Direito GV*, nº. 7, jan./jun. 2008, p. 20).

[523] "A especialização dos árbitros aumenta a previsibilidade da decisão final, na medida em que diminuem os riscos de que o conflito surgido não seja bem compreendido pelo julgador. A literatura econômica vislumbra uma importante 'vantagem informacional' (informational advantage) dos árbitros especialistas sobre os juízes comuns, o que acarreta uma diminuição no custo percebido *ex ante* pelas partes para a resolução do litígio, pois ainda que juízes e árbitros possam ser expostos às mesmas informações, os árbitros especialistas normalmente poderão interpretar a informação e apreender os fatos de modo mais preciso e a custo mais reduzido, justamente devido à sua expertise" (FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem - uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, abr.-jun. 2006, p. 296).

pelo Banco Mundial como já visto acima –, a arbitragem já contava com esse fator de especialidade para redução de incertezas nas decisões prolatadas.

Ademais disso, a confiança e o elemento de fidúcia inerentes à arbitragem, e que se concentram também sobre a figura do árbitro, são conectores éticos a reduzir os riscos de incertezas patológicas. Nesse contexto, ganham papel de destaque os deveres de imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (artigo 13, §6º. da Lei nº. 9.307/96), a tornar a arbitragem sujeita a obrigações deontológicas específicas e que podem ser exigidas ao longo de todo o procedimento. Também a possibilidade de anulação *a posteriori* de sentenças arbitrais, inclusive nas hipóteses de imparcialidade, desrespeito a princípios fundamentais da arbitragem, prevaricação, concussão e corrupção passiva (artigo 32 da Lei nº. 9.307/96), auxilia na tarefa de redução dos riscos de incertezas patológicas.

A responsabilização pessoal e criminal dos árbitros por equívocos graves cometidos (conforme artigo 17, da Lei nº. 9.307/96) também minora incertezas de conteúdo. Como lembra CARLOS ALBERTO CARMONA, essa previsão incidente sobre a arbitragem é até mais rigorosa do que as normas aplicáveis sobre os magistrados togados, a criar na arbitragem uma *estrutura de incentivos* que favorece, ainda mais do que no Poder Judiciário, a responsabilidade e a segurança dos julgamentos.[524]

Também um último elemento merece ressalva expressa: a reputação dos árbitros. Como a arbitragem se fundamenta na escolha voluntária de julgadores e, ademais disso, trata-se de mercado que envolve um grupo seleto e reduzido de profissionais – um verdadeiro "*clube*", se empregada a nomenclatura de YVES DEZALAY e BRYANT GARTH[525] –, o elemento reputacional é vetor determinante sobre a conduta dos envolvidos.

É, portanto, o temor de riscos à reputação pessoal e profissional dos árbitros, o que inevitavelmente afetaria indicações em futuras disputas, a servir como guia

[524] "Ao invés de aplicar aos árbitros, como fazia o art. 1083 do Código de Processo Civil, as normas estabelecidas para os juízes quanto a deveres e responsabilidade, reportando-se o legislador de 1973 ao art. 133 do Estatuto de Processo, preferiu a Lei de Arbitragem uma forma mais agressiva, tendente a fornecer maior respeitabilidade a esse método de solução de litígios: ficam os árbitros agora sujeitos aos termos da lei penal na eventualidade de cometerem atos que denotem desvio no exercício da função para a qual foram nomeados" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo* - Um comentário à lei nº. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 263).

[525] DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 31 e 47.

ético e comportamental dentro desse mercado.[526] Como lembra THOMAS CLAY, essa é uma consequência derivada da própria profissionalização e rotinização do encargo de árbitro.[527]

O elemento reputacional foi reportado em pesquisa de campo realizada pelo CBAr em parceria com o Instituto Ipsos. Ao questionar os principais critérios para a escolha de árbitros, a reputação foi a segunda justificativa mais votada, registrando 56% da preferência dos entrevistados, o que ressalta a importância desse critério no mercado da arbitragem no Brasil.[528] Essa dinâmica, entretanto, não se repete no Poder Judiciário, em especial em decorrência da impossibilidade de escolha do julgador e da estabilidade profissional que detêm os magistrados.

Todas essas particularidades da arbitragem impactam diretamente sobre a economia dos contratos firmados. Tornam a previsão arbitral uma forma de governança contratual que traz maior segurança e previsibilidade aos contratantes, incidindo tanto sobre o aspecto procedimental da arbitragem, quanto no que se refere ao teor das decisões a serem proferidas pelos árbitros.

O comparativo com o Poder Judicial é inevitável. Enquanto o ativismo judicial e o intuicionismo dos juízes tornam cada vez menos segura, previsível e calculável a jurisdição estatal, a ponto de ARMANDO CASTELLAR PINHEIRO tomá-los como uma das "*características da debilidade institucional brasileira*"[529]; a arbitragem conseguiria se posicionar em sentido oposto, dando aos contratantes margem de segurança e estabilidade para a realização de contratos e investimentos de longo prazo.

---

[526] Veja-se o que diz José Carlos Fernandez Rozas: "A good arbitrator is one who imposes his ethical values, fully aware that this will affect his reputation and that his professional future will be benefited by conducting himself according to these values and not bending to the demands of a particular case. For this reason, professional ethical standards, as moral principles, acquire particular relevance in services performed by arbitrators" (ROZAS, José Carlos Fernández. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David Arias (Coord.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 413).

[527] "Existe outra manera de valorar esta profesionalización, más cercana a la concepción del arbitraje y que concluye exactamente lo opuesto, es decir, que la profesionalización afecta por el contrario la independencia. De la misma forma que la actividad profesional del abogado depende de sus clientes, la del arbitraje depende de los litigantes. Por consiguinte, la frontera se difumina y el litigante muta en cliente. Esto explica das nueva estrategias de marketing de los árbitros internacionales evocados anteriores y la procupación permanente del árbitro por su propria reputación, su capital más valioso. El se convierte entonces en dependiente de los arbitrajes. Ya no es él quien domina el arbitraje sino el arbitraje que le domina" (CLAY, Thomas. El mercado del arbitraje. *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, v. VII, 2014, p. 13).

[528] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, p. 22. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

[529] "Uma das características da debilidade institucional brasileira é o ativismo judicial identificado hoje" (PINHEIRO, Armando Castelar. A (i)rracionalidade hermenêutica das instituições. *Revista Insight Inteligência*, jul.-set. 2011, p. 28).

É interessante verificar que a busca por um foro mais *seguro* para solução de disputas não é apenas ressaltada nos manuais de arbitragem. Essa preocupação constou expressamente de pesquisas empíricas realizadas no âmbito da arbitragem. É isso o que constataram RONALDO BENVENUTI e MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER.

Na pesquisa de BENVENUTI, duas das três construtoras entrevistadas apontaram a segurança trazida pela arbitragem como uma das razões principais para a inclusão de arbitragem nos contratos que celebram. A terceira construtora, muito embora não tenha mencionado o valor segurança, justificou essa escolha no caráter técnico do procedimento, o que também reflete o mesmo intuito de reduzir riscos e incertezas de conteúdo por meio do foro arbitral.[530]

Curiosidade que saltou aos olhos nessa pesquisa é o fato de que, ao mesmo tempo em que a segurança foi nomeada como fator decisivo para a escolha em favor da arbitragem, uma dos questionados também mencionou sentir insegurança quanto ao resultado das decisões arbitrais. Assim respondeu a construtora C1 quando indagada a respeito das desvantagens associadas a essa mesma opção em favor da arbitragem.[531]

O que se nota a partir daí é justamente o peso relevante que têm a segurança, a previsibilidade e a calculabilidade não apenas para a imagem da instância arbitral em si, mas também em relação às decisões concretamente consideradas. Esses são fatores que têm se mostrado determinantes para escolha da arbitragem como método de solução de disputas.

A investigação de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER também rendeu respostas interessantes para análise. Tal como na pesquisa de BENVENUTTI, a segurança foi mencionada tanto como justificativa para a eleição da arbitragem, quanto para seu afastamento. No primeiro caso, as empresas chamaram a atenção à incerteza das cortes

[530] Para referência, seguem na íntegra as respostas dadas pelas construtoras quando indagadas a respeito do motivo para optarem pela arbitragem: Construtora **C1**: "*Tempo, expertise do árbitro, segurança*". Construtora **C2**: "*Segurança, rapidez por chegar a um resultado*". Construtora **C3**: "*Exigência por causa dos financiamentos externos, celeridade e julgamento técnico*". Vide Tabela 3 – Transcrição das entrevistas com as empresas construtoras. BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. Dissertação de Mestrado. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010, s/n.

[531] Construtora **C1**: "*Insegurança causada pelos árbitros em relação do resultado da demanda, falta de jurisprudência*". Vide Tabela 3 – Transcrição das entrevistas com as empresas construtoras. BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. Dissertação de Mestrado. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010, s/n.

estatais no Brasil como fator essencial a motivar a escolha da arbitragem no âmbito de contratos internacionais e domésticos. De fato, tais empresas entenderam que a arbitragem representaria uma saída jurisdicional mais segura e de menores riscos do que o Poder Judiciário.[532] De outro lado, empresas pouco familiarizadas com essa forma de solução de disputas apontaram a falta de segurança e o pouco conhecimento a respeito da arbitragem como fatores a justificar a permanência nas cortes estatais.[533]

De toda maneira, nas duas pesquisas, as respostas confirmaram a percepção de que a arbitragem traz efetivamente uma economia contratual por envolver os contratantes em um cenário contratual de maior certeza, previsibilidade e calculabilidade em seus resultados, o que se traduz, de maneira geral, na redução dos riscos em torno da atividade de contratar.

---

[532] Empresa **A1**: "*De um modo geral há um descrédito no nosso Judiciário, da forma como está hoje. A própria desconfiança em relação à credibilidade. Eu vejo com bons olhos a evolução da arbitragem e penso que tende a melhorar bastante, mas deveria ser utilizada não somente para grandes demandas mas também para contratos mais simples*". Empresa **A3**: "*Não houve nenhuma necessidade de aplicação de regra, mas ela é um instrumento bastante importante de governança, especialmente como veículo da transparência, por conferir segurança para os acionistas, sejam eles controladores, preferencialistas ou ordinários*". Empresa **A5**: "*A arbitragem confere uma maior segurança para as partes, principalmente em se tratando de capital estrangeiro, que não confia muito no nosso Judiciário*" (...) "*No Judiciário há uma insegurança jurídica muito grande. Basta acompanhar as últimas decisões, tanto de STJ quanto do STF, para constatar que algumas delas são até um pouco contraditórias. A arbitragem em si dá uma segurança e uma celeridade para resolver um conflito existente, sem falar na confidencialidade e no expertise dos árbitros*". Empresa **A6**: "*Em se tratando de contratos nacionais, talvez quando se tratar de um assunto mais específico. Em alguns temas, o Judiciário não transmite essa segurança, de quem está julgando, e aí se recorre à câmara arbitral*". Empresa **A9**: "*A convenção da arbitragem reduz custos de transação nos contratos internacionais pela segurança que confere às partes*". Empresa **A10**: "*As empresas tem uma outra opção de resolverem seus conflitos que não seja através do judiciário, pois pelo nosso judiciário existe uma insegurança jurídica muito grande. Causas de alto valor agregado estão nas mãos, muitas vezes, de pessoas que não tem nem noção do que estão fazendo e a caneta é poderosa, a ponto de criarem jurisprudência de absurdos. Sem dúvida, a existência da arbitragem oferece maior segurança para investidores externos*". Vide PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 88; 93-94; 103; 106; 122 e 126 respectivamente.

[533] Empresa **A1**: "*Falta de segurança efetiva. (...) ainda não enxerga a questão da arbitragem como prática de governança corporativa por entender que 'ainda não está muito madura (falta de segurança)*" (...) "*por mais relevante que seja a demanda, se a arbitragem é mais custosa, não deveria existir essa insegurança*". Empresa **A2**: "*Eu diria que o que leva a não incluir é a falta de conhecimento, muita insegurança, pois 'o pessoal' não sabe*". Empresa **A4**: "*Eu falo abertamente que nós não usamos a arbitragem por ignorância mesmo, pura ignorância, por não saber em que situação é bom e em que situação não é. (...) Insegurança e desconhecimento*". Empresa **A8**: "*Pela insegurança dos valores envolvidos*". Empresa **A10**: "*O processo judicial é comum, é conhecido, qualquer um pode assistir as audiências. Já no Juízo Arbitral os acionistas sentem insegurança porque desconhecem o procedimento, nunca vivenciaram a arbitragem, e por mais que se apresentem as vantagens, ainda se trata de uma temática muito nova*". Vide PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013, p. 85-86; 89; 97-98; 117, 125, respectivamente.

No teste empírico constante do próximo capítulo, essa percepção será retomada e também confrontada com elementos da prática atual da arbitragem, de forma a identificar eventuais fatores de deseconomia, como é o caso de eventual ativismo arbitral, a prejudicar essa característica. Esse tema será abordado especialmente no âmbito da Hipótese (5) do teste empírico feito na indústria de construção e infraestrutura.

5.5. Criação de excedente contratual

Ainda que os fatores de economia mencionados ao longo deste capítulo tenham seus particularismos e derivem de situações próprias, a somatória desses fatores tem um efeito comum a ser ressaltado: todos conduzem à criação de um excedente contratual.

Segundo a literatura econômica, o principal propósito de se contratar é maximizar os ganhos individuais advindos de uma dada transação.[534] É, em linhas gerais, a clássica percepção de ADAM SMITH: "*não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que nós esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse*".[535] Esse excedente contratual – denominado pela doutrina econômica de "*surplus*" – é partilhado entre os contratantes de acordo com os termos contratados.

Muitos autores têm chamado a atenção ao impacto que tanto o oportunismo, quanto a cooperação podem causar sobre esse excedente contratual. No âmbito da NEI, afirma-se que comportamentos oportunistas tendem a destruir o excedente contratual, por gerarem concorrência e tentativa de apropriação sobre o percentual de receita contratual que seria devida ao outro contratante.[536] Como ponderam PAUL MILGRON e JOHN

[534] "The literature assumes that the private goal of contracting parties is to maximize the shared value created by a contract (the surplus')" (SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. *Case Western Reserve Law Review*, v. 56, issue 1, 2005, p. 2).
[535] SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. LIMA, Maria Teresa Lemos (Trad.). Curitiba: Juruá, 2006, p. 18.
[536] "Opportunism is a danger inherent in all contracts since contracts are formed to allow reliance and other specific investments that have lower values outside the contract, that is, in the market, than within the contract. This creates the temptation to 'hold up' the other party by threatening non-compliance in an attempt to appropriate more of the potential surplus of the contract" (SALEH, Jahangir. Property Rights Institutions and Investment. *World Bank Policy Research Working Paper* 3311, May 2004, p. 19-20).

ROBERTS, o medo de oportunismo pode tornar as contratações menos eficientes, com redução do sub-produto contratual que poderia ser gerado às partes.[537]

Veja-se que o impacto trazido pelo oportunismo sobre esse excedente contratual dá-se de diversas formas. Em primeiro lugar, o oportunismo aumenta os custos de cumprimento contratual, tornando o *enforcement* mais oneroso para os contratantes.

É justamente o oposto do que foi mencionado na seção 5.2. Com efeito, em decorrência de uma conduta anti-cooperativa, o cumprimento contratual passa a ser buscado de forma coativa e por meio do mecanismo contratual previsto para tal finalidade. Essas medidas de coerção e execução forçadas passam a integrar os custos de transação associados àquela operação e se somam, conforme mencionado por RACHEL SZTAJN no início deste capítulo, aos custos já incorridos de negociação e celebração da avença. Sem muito esforço, nota-se que essa despesa adicional faz reduzir o excedente remanescente às partes.

Também um comportamento oportunista verificado no passado gera efeitos sobre futuras transações. Isso porque os contratantes aprendem com o tempo e, conforme pontua DOUGLASS NORTH, eles desenvolvem rotinas específicas para lidar com interações futuras.[538] Isso significa que uma conduta passada pode provocar, no presente, o aumento dos custos de completude contratual, visto que a parte contrária irá se precaver contra novos oportunismos, reforçando cláusulas e gastando mais recursos na tentativa de planificar toda a relação contratual.

É uma dinâmica de sinalização contrária àquela que foi vista anteriormente. Nessa situação, o oportunismo em condutas passadas sinaliza a necessidade de maior cuidado no planejamento e celebração de contratos, de tal forma que o grau de completude contratual se torna, ele mesmo, sinal distintivo do grau de oportunismo verificado na

[537] "Fear of opportunism may deter parties from relying on one another as much as they should for efficiency. For example, a farm family may be reluctant to rely on union labor to harvest the crop, fearing that a strike threat during harvest season would leave it too vulnerable to demands for wage increases. They might plant a smaller crop to allow it to be harvest by friends and family, even though a larger crop harvest by organized labor might be more efficient" (MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 128-129).

[538] "Learning by doing in organizations, as term implies, means that an organization acquires coordination skills and develps routines that work as a consequence of repeated interaction" (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 74).

conduta passada do contratante.[539] Também aqui, o resultado é o aumento dos custos de transação, dessa vez em decorrência das despesas em torno da etapa de negociação e do aumento nos gastos futuros com monitoramento e controle da performance contratual.

O oportunismo contratual pode ainda conduzir a situações limite, chegando inclusive a destruir a intenção de contratar. Isso acontece em razão dos riscos elevados que passam a ser associados à atividade de contratar.

Dois cenários limite podem ser identificados. O primeiro deles seria o próprio encerramento de determinado mercado, tal como mencionado por AKERLOF em decorrência da presença constante de "*lemons"* contratuais. Como analisado pelo autor, com o passar do tempo, a conduta desonesta dos contratantes oportunistas pode servir de desestímulo aos bons contratantes permanecerem no mercado, uma vez que os custos de diferenciação tornam-se excessivos e deixam de compensar a permanência nesse mercado.[540] A extinção de um determinado mercado elimina, por completo, o excedente contratual que poderia ser percebido pelas partes.

O segundo cenário não elimina o excedente contratual, mas provoca um rearranjo brusco nos mecanismos de governança contratual até então adotados. É o que ocorre na situação de integração vertical de empresas, opção que, segundo WILLIAMSON, se torna preferencial em hipóteses de elevada especificidade do ativo envolvido na transação, a exacerbar as incertezas e os oportunismos contratuais.[541]

O exemplo já tratado nesta tese é o da General Motors *versus* Fisher Body. Naquele caso, diante de conduta judicial oportunista adotada por Fisher Body, a saída encontrada para o impasse foi a aquisição do capital social da Fisher Body. A mudança na forma de governança originalmente escolhida, saindo-se do mundo dos contratos e ingressando-se em estrutura de gestão unificada de firmas (integração vertical), foi a forma

---

[539] "When transaction costs are negligeable, the good type of principal will signal that she is good through a complete contract, that gives less insurance; if the costs are sufficiently large, she will prefer to signal that she is good through an incomplete contrat" (SPIER, Kathryn. Incomplete contracts and signalling. *RAND Journal of Economics*, v. 23, nº. 3, 1992, p. 435).

[540] AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970, p. 495. Tema já tratado no capítulo 04.

[541] "Transaction cost economics views integration differently. It maintains the rebuttable presumption that nonstandard forms of contracting, of which vertical integration is an extreme form, have the purpose and effect of economizing on transaction costs. It thus focuses on whether the transactions in question are supported by investments in specific assets. It furthermore examines monopoly purpose in the context of strategic behavior" (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 85).

que o contratante lesado encontrou para evitar oportunismos futuros. Ainda que essa alternativa possa aumentar a eficiência na forma de contratar, o risco associado a esse cenário é o possível prejuízo aos consumidores, em razão da verticalização ocorrida em determinado segmento de mercado.

Ainda que variadas, todas essas táticas oportunistas, identificadas em momentos contratuais distintos e conduzindo a resultados próprios, consomem recursos dos contratantes, e, de maneira geral, reduzem o excedente contratual, com perdas financeiras e de eficiência a todos os envolvidos.[542]

O cenário é totalmente oposto quando as partes estão protegidas contra o oportunismo. Uma conduta contratual cooperativa pode estimular o aumento do excedente contratual disponibilizado às partes e trazer mais eficiência aos contratos. Isso porque, nesses ambientes contratuais, o *enforcement* é garantido de forma mais simbólica e sem necessidade de ingresso nas vias de fato, o que, na grande maioria das vezes, consome recursos significativos dos contratantes.

Além desse efeito econômico, o cumprimento das obrigações assumidas tende a agir sobre o próprio comportamento dos indivíduos, dando a eles um estímulo para continuarem a repetir essa conduta. É o que aponta MACNEIL, para quem, a adesão a normas cria, ainda que inconscientemente, um reforço à solidariedade entre os indivíduos, a criar um círculo virtuoso em favor do adimplemento.[543] Ressalte-se que, para esse autor, a solidariedade é um conceito diretamente associado ao valor de confiança,[544] a reiterar a ideia já desenvolvida em capítulos anteriores de que a sinalização da confiança ao longo da performance contratual é importante mecanismo para uma gestão contratual eficiente.

---

[542] "Many authors have examined the incentives created by incomplete agreements and concluded that investment distortions and the use of resource-consuming tactics in redistribution diminish the contractual surplus" (CROKER, Keith J.; REYNOLDS, Kenneth. The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of air force engine procurement. *The RAND Journal of Economics*, v. 24, n. 1, 1993, p. 146).

[543] "Since any repeated behavior creates norms and strengthens existing norms, making exchanges in accordance with relational norms strengthens them. Since the norms themselves are important aspects of social solidarity, simply conducting the exchanges in accordance with them thus contributes to solidarity" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 579).

[544] "Solidarity or social solidarity is a state of mind or, rather, a state of minds. It is a belief not only in future peace among those involved but also in future harmonious affirmative cooperation. (An equally good word for solidarity is 'trust')" (MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 572).

Adotando a teoria dos jogos como fundamento, MILGRON e ROBERTS concluem de forma similar a MACNEIL. Para eles, a exteriorização de uma conduta cooperativa em jogadas contratuais sucessivas reforça a confiança a respeito da reputação do outro contratante, o que é tomado como um indicativo de honestidade contratual e, portanto, uma forma de encorajamento de futuros negócios. Esses autores ainda ressaltam que, mesmo em se tratando de jogadas contratuais sucessivas envolvendo partes distintas (i.e., diversos contratos celebrados com contra-partes distintas), a lógica continua a ser a mesma. A intenção dos contratantes ao "*oferecer confiança*", conforme nomenclatura dos próprios autores, é sinalizar a intenção de cumprimento contratual e criar uma reputação capaz de atrair novos contratos e evitar uso de recursos com a formalização excessiva de contratos.[545]

Além desse reforço à confiança, também o fato de não ser necessário recorrer-se com frequência a formas coativas para cumprimento de obrigações representa, em si, uma economia contratual relevante, por evitar o desperdício de recursos que seriam alocados para coação forçada ou para a verificação do desempenho futuro.

A arbitragem, como já mencionado em tópicos anteriores, é um importante estímulo a esses elementos de cooperação, por incentivar uma conduta contratual confiável, evitando, consequentemente, o desperdício de recursos com ameaças ou demandas contratuais frívolas ou pouco fundadas. Essas economias conduzem ao incremento do excedente disponibilizado aos contratantes.

É bem verdade não ser possível, neste momento, mensurar, economicamente, o aumento do excedente contratual trazido pela arbitragem. Isso porque tal apreciação dependeria de dados concretos e de análises comparativas do faturamento contratual em situações envolvendo contratos com e sem previsão arbitral. Mas, ainda que esse excedente contratual não possa ser medido ou reduzido a um número concreto, a percepção efetiva de benefícios contratuais ligados à arbitragem, como os próprios

[545] "We studied this situation assuming that the offeror at each round is the same person, but that is not really necessary for the analysis. If the decision maker faces a series of different offerors who each offer trust only if the decision maker honored trust when it was last offered, then the decision marker's calculation about whether to honor trust is exactly the same as if there were a single offeror. One might say that in each transaction, the decision maker honors trust in order to encourage future trading partners to offer trust or, in other words, to maintain this or her reputation for honesty. In the world of business, a reputation for honesty can be valuable because it can attract trading partners. In addition, if it is possible but costly to write detailed contracts, a good reputation can often allow the decision maker to avoid that expense as well as the use of costly and error-prone legal contract enforcement mechanisms" (MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 263).

contratantes sugerem nas diversas pesquisas empíricas analisadas, é suficiente para a construção do argumento pretendido.

5.6. Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica

Ao longo deste capítulo procurou-se sistematizar os fatores concretos de economia que tornam a arbitragem uma resposta contratual eficiente para os contratos relacionais, agregando novas funcionalidades aos contratos. A partir de características próprias à arbitragem, associadas especialmente à ideia de um pacto ético de confiança e cooperação, pode-se extrair benefícios que criam um *amálgama contratual diferente* entre os contratantes.

A começar pela economia de custos de cumprimento contratual que a arbitragem pode induzir, ao criar uma estrutura de incentivos diferenciada e com um *enforcement* mais crível e efetivo. Além disso, esse amálgama diferente estimula o desenvolvimento de um ambiente contratual de maior proximidade e autonomia entre os contratantes. Um verdadeiro *refúgio contratual* que incentiva uma dinâmica própria, não adversarial e preocupada efetivamente com a preservação do relacionamento contratual. Também esse ambiente contratual reduz os riscos de se contratar, contornando muitas incertezas incidentes sobre a forma e sobre o conteúdo das decisões. Ao agregar segurança, previsibilidade e calculabilidade às transações, a arbitragem torna-se uma espécie *cláusula de estabilização* para os contratantes.

A par dessas consequências imediatamente surgidas desse amálgama, de forma mediata, esses fatores de cooperação somam no sentido de ampliar o excedente contratual disponibilizado às partes, completando-se, assim, as economias e funcionalidades contratuais que podem ser associadas à escolha da previsão arbitral.

Se por um lado a teoria permite efetivamente atribuir à arbitragem todas essas funcionalidades, mediatas e imediatas, acima descritas, é bem verdade que teoria e realidade podem não ser totalmente coincidentes. Para uma análise crítica e atual em torno dessas economias contratuais da arbitragem, exige-se o suporte empírico para identificação e verificação da ocorrência real dessas potencialidades. Passa-se, assim, à descrição

metodológica da pesquisa empírica realizada no setor de construção e infraestrutura, bem como à análise dos resultados colhidos.

CAPÍTULO 6

O TESTE EMPÍRICO: A PERCEPÇÃO DA INDÚSTRIA DE CONSTRUÇÃO E INFRAESTRUTURA

SUMÁRIO: 6.1. Delimitação da pesquisa empírica. 6.2. Análise dos resultados. 6.3. Conclusões parciais.

6.1. Delimitação da pesquisa empírica

Este capítulo traz uma proposta de aplicação concreta das premissas teóricas apresentadas em seções e tópicos anteriores. Como já se antecipou na introdução deste trabalho, o objetivo é melhor compreender a arbitragem à luz do tema do desempenho contratual, buscando-se identificar na previsão arbitral indícios capazes de associá-la a um sinal crível de cooperação, nos moldes propostos pela teoria econômica de *signaling*.

Mais especificamente, o intuito da pesquisa de campo é verificar em que medida a arbitragem é captada pelos contratantes como um indicativo de confiança no cumprimento contratual e na própria reputação da contra-parte negocial, exteriorizando um comportamento futuro sem oportunismos. Em torno desse objetivo central, desenvolve-se eixo complementar da pesquisa que busca investigar elementos da prática atual a modificar essa percepção da arbitragem como um método de cooperação contratual.

Esses elementos da prática atual foram estruturados em torno dos conceitos de *(i)* processualização da arbitragem e *(ii)* ativismo das decisões. Como já mencionado na introdução, esses temas foram pensados como fatores de deseconomia da arbitragem por serem contrapostos aos valores de flexibilidade, confiança, segurança e previsibilidade que se associam, em teoria, à jurisdição arbitral.

A intenção desse questionamento é confrontar teoria e realidade, economias e deseconomias, para identificação da percepção a respeito da eficiência da arbitragem no setor pesquisado. O intuito também é comparar os resultados obtidos com a percepção de uso cada vez maior de outros métodos de solução de disputas nesse setor, como é o caso

dos *dispute boards* e da mediação, que pressupõem uma presença e participação maiores das partes ao longo do cumprimento contratual.

Neste capítulo são apresentadas as linhas metodológicas e os resultados da pesquisa de campo realizada. Mesmo contendo conclusões parciais da pesquisa, a terceira parte deste trabalho se ocupará de correlacionar, em detalhes, os temas examinados, confrontando, concretamente, economias e deseconomias da arbitragem.

6.1.1. Aspectos metodológicos

A pesquisa empírica teve o setor de infraestrutura e construção como ponto focal de análise. O objetivo foi apurar a percepção dos usuários da arbitragem nesse setor de indústria. A percepção a respeito dos *dispute boards* e da mediação também foi questionada para contraponto com os resultados obtidos acerca da arbitragem.

Como explicitado na introdução, a escolha desse setor de indústria deveu-se ao fato de este concentrar características relacionais em suas contratações, além de representar cerca de 40% das arbitragens brasileiras. Sua importância em políticas de desenvolvimento também motivou esta escolha, como forma de permitir correlações entre as duas parte da presente tese.

O método aplicado foi qualitativo, mediante envio de questionário ao grupo amostral selecionado. Por se tratar de uma pesquisa de percepção, o questionário de pesquisa foi complementado por entrevistas semi-estruturadas, que partiram de um roteiro básico de perguntas, mas que permitiram à pesquisadora complementar as perguntas à medida que a entrevista se desenvolvia. Seguindo-se diretriz empregada por ANNA LYGIA COSTA REGO, as entrevistas foram conduzidas levando-se em conta os seguintes critérios: *(i)* atenção aos pontos de esclarecimento apresentados pelo respondente, *(ii)* ouvir mais do que falar, *(iii)* evitar divagações e digressões, e *(iv)* registro dos dados colhidos durante a entrevista.[546]

[546] REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & Investimento Estrangeiro* – Uma análise do ambiente jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 269.

6.1.2. As hipóteses testadas

Seis foram as hipóteses testadas na pesquisa empírica. São elas:

(i) Hipótese (1): A arbitragem pode ser tomada, em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, como um mecanismo de governança capaz de sinalizar, no momento da contratação, a intenção e o comportamento cooperativo das partes durante a execução do contrato?

(ii) Hipótese (2): Em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, a arbitragem tem impactado e alargado o índice de cumprimento espontâneo das obrigações pelas partes, aumentando a cooperação, a confiança e o capital reputacional dos contratantes e auxiliando a conter o índice de oportunismo contratual?

(iii) Hipótese (3): Em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, a arbitragem tem induzido a criação de um micro-cosmo contratual para tratamento da conflituosidade diretamente pelos contratantes, aumentando a estabilidade contratual e estimulando a permanência e perenização dos laços contratuais entre as partes?

(iv) Hipótese (4): A decisão de incluir a arbitragem nos contratos do setor de infraestrutura e construção tem obedecido a alguma lógica econômico-financeira por parte dos contratantes, ou a tendência em favor da arbitragem tem se tornado mais automática?

(v) Hipótese (5): A prática atual da arbitragem no Brasil tem revelado deseconomias (como a excessiva processualização da arbitragem e o ativismo nas decisões), a reduzir a segurança, previsibilidade e eficiência desse método no setor de infraestrutura e construção?

(vi) Hipótese (6): Os *dispute boards* e a mediação têm ganhado mais espaço no setor de infraestrutura e construção para compensar as deficiências da arbitragem e também em razão do estímulo que esses outros métodos trazem à confiança contratual, à participação e à presença mais próxima sobre os contratantes?

Com base nessas hipóteses, desenvolveu-se o questionário de pesquisa que embasa esse teste de campo (Apêndice 1). O foco de análise são contratações e arbitragens domésticas.

6.1.3. O questionário de pesquisa

O questionário foi estruturado em cinco seções contínuas, totalizando quarenta e uma questões, sem subtítulos ou divisórias para não criar viés ou influenciar os respondentes. As questões combinaram perguntas de múltipla escolha e também espaços explicativos quando se entendeu necessário algum esclarecimento adicional.

No que se refere às perguntas de múltipla escolha, três critérios foram empregados: *(i)* questões com respostas binárias ("*sim*" ou "*não*"), *(ii)* questões com múltipla escolha, admitindo-se mais de uma resposta pelos respondentes e *(iii)* questões com múltipla escolha, mas com apenas uma resposta. Para essas últimas, buscou-se, na medida do possível, empregar escala *Likert*[547] com cinco ou quatro gradações, para medir, com maior precisão, a percepção dos respondentes em cada pergunta. Respostas residuais, no estilo "*não saberia dizer*" e "*não há correlação entre os temas*", foram empregadas para

[547] Escala Likert são empregadas para medir, com maior precisão, a preferência dos respondentes, adotando diferentes opções de gradações e não apenas combinações binárias que simplificariam o cenário de respostas.

dar liberdade de escolha aos respondentes e evitar respostas forçadas que poderiam comprometer as conclusões da pesquisa.

O *primeiro bloco* de perguntas (questões de 1 a 6) buscou identificar o perfil dos respondentes, separando-se indivíduos com formação jurídica e indivíduos sem formação jurídica. O propósito foi verificar se haveria convergência ou divergência de opiniões em função da formação profissional dos questionados. Também foi incluída referência à duração dos contratos celebrados pela empresa do respondente, com o intuito de separar contratos relacionais (que compõem a premissa teórica desta tese) e contratos de natureza *spot* ou curta duração, cuja dinâmica contratual é distinta dos contratos de longa duração.

Foi ainda feita triagem levando em conta o grau de conhecimento e experiência prévia com arbitragem, com o intuito de segregar *(i)* contratantes ainda não praticantes da arbitragem, *(ii)* litigantes ocasionais ("*one shotters*") e *(iii)* litigantes habituais da arbitragem ("*repeat players"*). Saber o que cada um desses contratantes percebe a respeito da eficiência da arbitragem tem impactos sobre as conclusões buscadas, em especial quando o confronto entre teoria e a prática ocupa posição de destaque na pesquisa. Os litigantes habituais foram considerados aqueles com participação superior a 11 procedimentos (ie.: de 11 a 30 e acima de 30 casos).

A diferenciação do perfil questionado entre empresas contratantes ou contratadas buscou identificar se a categorização enquanto tomador de serviços ou como empresa contratada mudaria a percepção a respeito do papel da arbitragem. Por fim, o índice de vitória nos procedimentos também foi usado como critério de identificação do perfil do respondente, para precaver a pesquisa de eventual viés criado pelo sucesso e/ou margem de vitória/derrota nos procedimentos arbitrais. O referencial de 60% de êxito foi empregado como critério para identificar casos de sucesso nos procedimentos realizados.

O *segundo bloco* de perguntas concentrou-se sobre o tema do desempenho contratual. Foram, no total, dezessete perguntas (questões 7 a 23), que procuraram cobrir os pressupostos de aplicação da teoria de *signaling* (especialmente cooperação, confiança e custos), bem como os critérios levados em conta para a escolha da cláusula de arbitragem pelos contratantes.

Nesse segundo bloco, *(i)* o grau de cooperação entre as partes, bem como *(ii)* o índice de litigiosidade contratual e *(iii)* os custos de arbitragem foram empregados como *proxies* para medir a presença/ausência de conduta oportunista das partes em contratos com previsão arbitral. Também as indagações a respeito dos critérios levados em conta pelos contratantes para decidir pela previsão de arbitragem buscaram investigar a presença/ausência de uniformização de conduta a apontar eventual heurística de imitação, prejudicando o efeito de sinalização que se poderia esperar da arbitragem.

O *terceiro bloco* de perguntas buscou trabalhar os aspectos de deseconomia da arbitragem, nos seguintes temas: a processualização da arbitragem, a formalização de laços pessoais entre os profissionais da arbitragem, a quebra da confiança em relação aos profissionais envolvidos nesse mercado, a insegurança e imprevisibilidade quanto às decisões proferidas pelos árbitros e eventual vantagem adquirida por litigantes habituais (questões 24 a 31).

A percepção da eficiência da arbitragem dentro do setor específico de construção e infraestrutura é tema tratado no *quarto bloco* de perguntas (questões 32 a 34), tendo o *quinto bloco* sido dedicado a testar a existência de eventual novo equilíbrio de separação agora relacionado aos *dispute boards* e à mediação (questões 35 a 40). Pergunta final (questão 41) foi incluída a título de fechamento do questionário, o que foi feito para permitir eventuais comentários adicionais.

Perguntas de confirmação foram inseridas intencionalmente ao longo do questionário, o que elevou a quantidade de questões formuladas. O propósito foi afastar cenários de coincidência e identificar, a partir da repetição de respostas similares, a real percepção dos sujeitos questionados.

Por sugestão dos professores Drs. João da Rocha Lima Júnior e Abla Akkari, da Escola Politécnica da USP, o questionário de pesquisa foi criado dentro da plataforma eletrônica *SurveyMonkey* e o encaminhamento dos questionados se deu por *e-mail* diretamente através de referida plataforma. Foi preparado breve texto de abertura, explicando as linhas gerais da pesquisa e os prazos de devolução das respostas.

Um teste preliminar, com grupo amostral de sete respondentes foi realizado antes do envio definitivo do questionário, com o intuito de identificar eventuais inconsistências de linguagem e corrigir imprecisões no questionário. Essa amostragem,

apesar de sua utilidade como teste, foi descartada e não compõe a análise amostral abaixo referida. Para melhor referência, uma versão integral das perguntas do questionário encontra-se anexa como Apêndice 1.

6.1.4. O grupo amostral

Para composição do grupo amostral foram encaminhados **4.626** *e-mails* para destinatários de diferentes empresas brasileiras atuantes no setor de infraestrutura e construção. Esses contatos foram fornecidos pelo Núcleo de *Real Estate*, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, pelo Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDiC e pelo Grupo de Direito da Construção do escritório TozziniFreire Advogados. Desse total:

- **515** foram devolvidos automaticamente, em razão de não localização dos destinatários ou problemas no endereçamento do *e-mail*, razão pela qual o total de destinatários válidos desta pesquisa foi reduzido para **4.111**;

- **7** foram devolvidos com a opção "*opt-out*", por terem tais indivíduos optado por não responder à pesquisa;

- **201** foram devolvidos com respostas, o que representa 5% do total válido de destinatários ("Total Válido");

- Do Total Válido, **33** foram descartados em razão de os próprios respondentes terem indicado desconhecer a arbitragem como forma de solução de disputas;

- Do Total Válido, **28** foram descartados por terem os respondentes revelado experiência apenas com contratos de curta duração;

- Do Total Válido, **6** foram descartados pois os respondentes não revelaram conhecimento/desconhecimento da arbitragem ou não informaram sua atuação com contratos de longa/curta duração;

- Do Total Válido, **13** foram descartados pois os respondentes indicaram não atuar em negócios do setor de construção e infraestrutura;

- **121** questionários refletiram atuação no setor de análise, conhecimento a respeito da arbitragem e experiência com contratos de longa duração, passando a integrar o grupo amostral desta pesquisa ("Amostra Válida").

A coleta dos questionários realizou-se no período de 15 de abril a 22 junho de 2014. Durante esse período, foram realizadas três chamadas para incentivar a resposta ao questionário. As entrevistas ocorreram posteriormente à coleta dos questionários e foram selecionadas para esclarecimento de aspectos pontuais da pesquisa.

Um total de nove entrevistas foram realizadas, entre agosto e setembro de 2014. A seleção dos entrevistados levou em conta perfis representativos entre os respondentes, traçados a partir dos questionários respondidos e levando-se em conta *(i)* a formação profissional (jurídica ou não), *(ii)* a frequência de atuação em arbitragem (litigante habitual ou ocasional) e *(iii)* a margem de êxito (sucesso ou não em arbitragem), permitindo-se, assim, a verticalização da análise e a confirmação das percepções obtidas nos questionários. As entrevistas foram gravadas e encontram-se em posse da autora para eventual certificação. O sigilo da pesquisa foi garantido a todos os participantes nela envolvidos.

Todo o material da pesquisa foi levado em conta para análise dos resultados. Apresentação detalhada das respostas obtidas nos questionários, com transcrição de trechos relevantes das entrevistas, encontra-se no Apêndice 2. A seguir apresenta-se a análise dos resultados.

6.2. Análise dos resultados

6.2.1 Análise dos elementos da teoria de sinalização

A análise do material de pesquisa permitiu confronto entre uma visão teórica e prática da arbitragem, apontando importantes conclusões. Em primeiro lugar, viu-se indivíduos *pouco sensíveis* aos critérios da teoria de sinalização, especialmente quando analisados os perfis jurídicos e os litigantes habituais.

Dentro da amostra dos perfis jurídicos, 61,77% dos respondentes afastaram a presença de elementos da teoria da sinalização ou não relacionaram a arbitragem a esse tema. Entre os litigantes habituais, o percentual foi de 42,86% dos respondentes rejeitando o papel de sinalização à arbitragem (vide resposta Q7, Apêndice 2). Esses percentuais demonstram a *inexistência* de uma percepção segura quanto à capacidade de a previsão de arbitragem servir como sinal da intenção de cumprimento contratual pelas partes e, com isso, impactar direta e positivamente o desempenho dos contratos. O fato de perfis jurídicos e litigantes habituais terem afastado essa percepção em percentuais acima de 40% é primeira evidência de que a teoria de sinalização não é apreendida de forma concreta pelas partes. Conforme reportado em entrevistas, a perda desse poder de sinalização deu-se ao longo do tempo, não sendo mais possível entender que hoje a arbitragem seria capaz de demover as partes da prática de condutas oportunistas.

Também não se identificou uma associação entre a previsão de arbitragem e o aumento da cooperação durante a etapa de cumprimento contratual ou mesmo a uma mudança efetiva na conduta das partes. Entre os perfis com formação jurídica, litigantes habituais e com êxito acima de 60% o índice foi próximo de 70% dos respondentes nessas categorias não identificando qualquer correlação entre os temas (vide resposta Q8, Apêndice 2). O fato de litigantes habituais serem pouco sensíveis a esses elementos da teoria de sinalização sugere uma inversão na lógica esperada: em teoria, os litigantes habituais deveriam vincular, com mais facilidade, a arbitragem a uma intenção de cooperação contratual, mas não foi isso o que a pesquisa registrou. Os respondentes com margem de vitória acima de 60% mantiveram percepção próxima aos demais, o que afasta a possibilidade de eles terem desenvolvido uma visão mais favorável em razão das vitórias alcançadas em arbitragem.

De outro lado, a arbitragem tem atuado na redução de litígios contratuais, sendo esse um dos índices mais facilmente percebidos pelos perfis analisados (vide resposta Q9, Apêndice 2). Mas, diante da alta sensibilidade dos sujeitos a um aumento dos custos de arbitragem (vide resposta Q12, Apêndice 2), essa percepção sugere ser antes resultado do "*enforcement mais efetivo"* proporcionado pela arbitragem do que produto da lógica de estímulo à confiança e à cooperação que a teoria de sinalização indicaria. O fato de os custos de arbitragem serem apontados como a principal fraqueza da arbitragem (vide resposta Q34, Apêndice 2) e litigantes habituais não terem correlacionado o aumento dos

custos da arbitragem a um aumento de cooperação (vide resposta Q10, Apêndice 2) ajuda a corroborar esse entendimento.

Também a pesquisa mostrou que a arbitragem gera algum grau de estímulo à estabilidade contratual e à conservação dos laços entre as partes (vide resposta Q11, Apêndice 2). Há igualmente reforço, em algum grau, sobre a confiança no contrato e na parte contrária (vide resposta Q13, Apêndice 2), além de estímulo, em alguma medida, à autorregulação dos conflitos em razão especialmente do "*enforcement mais efetivo"* atribuído à arbitragem (vide resposta Q14, Apêndice 2). Mas, novamente, os índices de rejeição a afastar essas funcionalidades chamam a atenção. Entre os respondentes com formação jurídica:

- 38,24% dessa amostra entendeu que a arbitragem não traz estímulo à estabilidade contratual ou não há correlação entre os temas (vide resposta Q11, Apêndice 2);
- 44,12% dessa amostra entendeu que a arbitragem não traz estímulo à confiança ou não há correlação entre os temas (vide resposta Q13, Apêndice 2);
- 50% dessa amostra entendeu que a arbitragem não traz estímulo à autorregulação dos conflitos ou não há correlação entre os temas (vide resposta Q14, Apêndice 2).

Para os respondentes classificados como litigantes habituais, os percentuais de rejeição foram de, respectivamente, 35,71%, 28,58% e 30% para as questões acima referidas, o que significa aproximadamente 1/3 do total dessa categoria. Trata-se de percentuais não desprezíveis e que mostram tanto *(i)* uma tendência de enfraquecimento dessas funcionalidades da arbitragem, quanto *(ii)* uma ambiguidade na interpretação da previsão de arbitragem enquanto forma de governança capaz de garantir, por si, a perenidade e a confiança dos laços negociais.

Quanto ao processo cognitivo de escolha da arbitragem, identificou-se existir de fato uma racionalidade a influenciar essa opção pela arbitragem (vide resposta Q16, Apêndice 2). Mas apenas o valor envolvido foi apontado como elemento a realmente influenciar essa escolha (vide resposta Q17, Apêndice 2). Segurança e previsibilidade não

foram pontuadas de forma relevante (vide respostas Q16 e Q20, Apêndice 2) e a reputação é critério ignorado no processo de escolha da arbitragem (vide resposta Q21, Apêndice 2).

Essa percepção não apenas reflete uma dissociação entre a arbitragem e os perfis cooperativos, como a lógica parece estar invertida: escolhe-se a arbitragem inclusive para lidar com partes contratuais oportunistas e de má reputação (vide resposta Q22, Apêndice 2).[548] O já referido "*enforcement mais efetivo*" da arbitragem é empregado como remédio contra partes de reputação suspeita (vide resposta Q22, Apêndice 2).

Em resumo, em termos de premissas da teoria da sinalização, a percepção mostra uma realidade da arbitragem *desconectada* de tais elementos. As partes escolhem a arbitragem com pouca consideração ao perfil reputacional da parte contrária e cientes de que a previsão de arbitragem não terá impacto sobre a performance e a cooperação contratual. Contratos com ou sem previsão de arbitragem não se distinguem quando o assunto é o desempenho contratual. Essas conclusões contrariam a percepção apresentada na pesquisa de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER.

O resultado disso é que os sujeitos elegem apenas uma forma de solução de disputa, sem influência sobre o desempenho e a conduta das partes e que apenas é lembrada por sua maior celeridade face ao Poder Judiciário (vide resposta Q33, Apêndice 2). Tanto é assim que o potencial de autorregulação está preponderantemente vinculado ao "*enforcement mais efetivo*" da arbitragem e menos à ideia de um refúgio contratual para equacionamento das divergências diretamente pelas partes (vide respostas Q14, Q15 e Q33, Apêndice 2).

Trata-se de análise claramente mais linear e apenas processual acerca das potencialidades e funcionalidades da arbitragem: escolhe-se a previsão de arbitragem por uma questão de custo-benefício especialmente vinculado ao menor tempo de decisão e a especialidade face ao Poder Judiciário. Essa conclusão está em linha com a pesquisa realizada pelo CBar e Ipsos, entendendo que tais elementos (tempo e caráter técnico) são

[548] Para fins de ilustração: "*Má reputação reforça a escolha da arbitragem*" (Questionário # 10 - perfil não-jurídico, litigante ocasional, não informou percentual de êxito). "*Na medida em que uma empresa tenha reputação suspeita ou abaixo do que seria normalmente aceitável, torna-se necessário mais mecanismos de proteção para eventuais disputas*" (Questionário # 23 - perfil não-jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito). "O *histórico de número considerável de ocorrência de litígios de uma das partes poderia influenciar de forma direta a opção por inclusão de cláusula arbitragem pela outra parte*" (Questionário # 30, perfil não jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito).

as principais vantagens da arbitragem[549], bem como o estudo de SELMA MARIA FERREIRA LEMES vendo na previsão de arbitragem uma ferramenta de redução de custos de transação imediatos. O fato de a amostra investigada nesta pesquisa ser de contratos relacionais coloca em evidência a perda de potencialidades que se poderia extrair da arbitragem nesses contextos.

Cabe lembrar que o grau de vitória e o sucesso em arbitragem não causou viés de percepção que poderia ser esperada de partes que têm obtido êxito processual. As entrevistas também evidenciaram que a margem de vitória não modificou a percepção dada.

6.2.2 As deseconomias verificadas na prática da arbitragem

Do ponto de vista macro, a pesquisa revelou o fenômeno de popularização da arbitragem, empregada como forma preferencial de solução de disputas dentro desse setor de indústria (vide resposta Q23, Apêndice 2). Esse fator reforça a ambuiguidade na sinalização gerada pela arbitragem, que é usada de forma majoritária e quase automática pelos indivíduos analisados, a sugerir a presença de uma heurística de imitação nesse mercado, associado a um "*modismo*", "*ativismo"* e *"propaganda*" em torno da arbitragem, conforme reportado em entrevistas.

Também a pesquisa apontou haver similaridade crescente entre a prática da arbitragem e as práticas judiciais (vide resposta Q24, Apêndice 2), inclusive com vícios comuns compartilhados pelas duas searas. Foi apontado, por exemplo, "*o uso de muita medida cautelar*" na arbitragem, "*a utilização da perícia de forma muito exagerada*" e também "*muitos intervalos durante o procedimento*". Essa proximidade com o processo judicial foi tomada como um elemento negativo apenas pelos litigantes habituais (vide resposta Q25, Apêndice 2), associado à perda do elemento de informalidade e de celeridade da arbitragem ("*isso tem tornado as arbitragens muito longas e muito procedimentais, com petições atravessadas quando as partes não deveriam falar, reclamações com frequência, as partes também ficam plantando nulidades. A arbitragem*

[549] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 11. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

foi criada para outro intuito, para resolver com maior rapidez, muito mais informais. A arbitragem está hoje burocrática. Estamos fugindo de uma arbitragem que antes era feita de maneira mais fácil e mais fluida" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

A análise macro ainda indicou percentual significativo a revelar grau de desconforto em razão da proximidade entre os atores da arbitragem (vide resposta Q26, Apêndice 2). Os perfis jurídicos, litigantes habituais e litigantes ocasionais revelaram o maior percentual de preocupação com essa proximidade. Os índices registrados foram, respectivamente, de 64,71%, 50,01% e 52% entre tais perfis a expressar preocupação com a proximidade entre os atores da arbitragem.

Esse tema tornou a aparecer na apuração do índice de desconfiança nos atores da arbitragem, sendo que árbitros, peritos e contrapartes foram os principais alvos de desconfiança (vide resposta Q34, Apêndice 2). Ainda que os índices não tenham atingido representatividade maior do que 1/3 em cada perfil analisado, o registro de desconforto nesse sentido pode vir a comprometer a confiança fiducial e o pacto ético de confiança mencionados no Capítulo 03.

Também compondo a visão macro, chamou a atenção o percentual elevado de respondentes a reportarem situações de sentenças arbitrais julgando com senso genérico de justiça/equidade (vide resposta Q29, Apêndice 2), com índices especialmente significativos para os perfis jurídicos (próximo de 40% dessa amostra), litigantes habituais (próximo de 70% dessa amostra) e com êxito acima de 60% (próximo de 50% dessa amostra). O "*salomonismo*" das decisões foi apontado em entrevistas como fator a causar esse tipo de situação. Esses índices foram confirmados pela preocupação, especialmente de perfis jurídicos e litigantes habituais, com a imprevisibilidade crescente das decisões arbitrais (agravada pela falta de uma jurisprudência arbitral), a motivar a realização de acordos em arbitragem. Entre os respondentes com formação jurídica, 41,18% dessa amostra mencionou realizar acordos para lidar com a imprevisibilidade das decisões arbitrais. Entre os litigantes habituais, a referência foi de 42,86% dessa amostra (vide resposta Q27, Apêndice 2).

Também se reconheceu a vantagem significativa e determinante que *repeat players* têm na prática da arbitragem (vide resposta Q30, Apêndice 2), com 47,06% dos

respondentes-advogados entendendo nesse sentido. Tanto litigantes habituais (42,86% dessa amostra) quanto ocasionais (36,74% dessa amostra) souberam identificar o fenômeno. Também cerca de 1/3 dos litigantes habituais e ocasionais entenderam que arbitragem tem se mostrado proporcionalmente mais custosa do que a própria execução contratual, percentual que chega a 44,12% entre os perfis jurídicos (vide resposta Q31, Apêndice 2).

Essas percepções sugerem um quadro de deseconomias na prática atual da arbitragem, associadas especialmente à ideia de processualização da arbitragem e de aumento do ativismo arbitral e da imprevisibilidade das decisões. Note-se que imprevisibilidade das decisões e a falta de confiança nos árbitros foram identificados, respectivamente, por 44,12% e 20,59% dos perfis jurídicos como sendo as principais fraquezas da arbitragem (vide resposta Q34, Apêndice 2). Essas tendências também indicam uma progressiva consolidação de um *mercado da arbitragem*, composto por laços estreitos entre seus integrantes, o que criou ponto de atenção na percepção dos usuários.

Essa tendência já foi notada no plano internacional. Segundo BRUNO OPPETIT, são o excesso de proximidade com a prática judicial, a burocratização das instituições de arbitragem e as medidas processuais desleais causas centrais do comprometimento da economia da arbitragem.[550] SIGVARD JARVIN também entende de forma similar, identificando questões negativas na prática da arbitragem internacional, como o excesso de formalismo e a mudança ética no perfil processual dos litigantes.[551]

---

[550] "Mais il y a plus préoccupant: les opérateurs et leur conseils, ainsi que les tribunaux arbitraux, infligent trop souvent à l'arbitrage des inquiétantes dérives; dans un climat général de plus en plus délétère, sur fond de corruption et de manquements répétés à la déontologie des affaires, les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensibles; les manouvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accentue (...) Il en résulte désormais une grande proximité, à tous égards, des tribunaux étatiques et des tribunaux arbitraux internationaux; ces derniers, au fil d'une évolution continue, on connu une nette accentuation de leur *juridictionnalisation* (le cadre processuel s'alourdit, le formalisme s'accroît, les incidents de procédure se multiplient), de leur *institutionnalisation* (les centre permanents d'arbitrage ont très sensiblement développé leurs moyens et leur activité) et des *judiciarisation* (l'imbrication des tribunaux arbitraux et des tribunaux étatiques s'affirme au gré du concours prêté par les seconds à la mise en place des premiers ou au prononcé de mesures provisoires et du contrôle judiciaire des sentences et de leur exécution)" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 10-11 e 117).

[551] "L'instance arbitrale internationale est devenue plus formaliste, nous vivons dans l'ère d'une juridictionnalisation de l'arbitrage. Les plaideurs deviennent plus subtils et imaginent des stratagèmes de procédure plus raffinés (...) Malheureusement, on peut déceler un changement dans l'attitude des usagers de l'arbitrage dans le sens où ils considèrent l'arbitrage comme une procédure ordinaire soumise aux mêmes possibilités et contraintes procédurales que la procédure judiciaire" (JARVIN, Sigvard. L'obligation de coopérer de bonne foi. Exemples d'application au plan de l'arbitrage international. L'apport de la jurisprudence arbitrale - Actes du séminaire organisé par la Chambre de commerce internationale les 7 et 8 avril 1986. CCI Institut, p. 160 e 173).

Mais recentemente, THOMAS CLAY mencionou a formação de um mercado consolidado de arbitragem, como já mencionado nos capítulos 03 e 05. O que a pesquisa empírica parece mostrar é uma tendência similar no Brasil, a modificar características arbitragem como método de disputas baseado na ideia de cooperação contratual e confiança.

A consequência dessas deseconomias é sentida no estímulo à realização de acordos pelas partes, algo que juristas brasileiros também já notaram na prática atual da arbitragem no país.[552] Entretanto, essa percepção parece antes derivar *(i)* da perda do papel de sinalização da arbitragem e *(ii)* de ineficiências acumuladas no processo de arbitragem (especialmente o aumento da imprevisibilidade, insegurança e dos custos e tempo envolvidos) do que produto da lógica interna de estímulo à autorregulação de conflitos pela arbitragem.

6.2.3 Avaliação da arbitragem face aos dispute boards e à mediação

Outra consequência dessas deseconomias é percebida também na avaliação da arbitragem como *método razoável* para atender as necessidades e particularidades desse setor (vide resposta Q32, Apêndice 2). Ainda que se trate de avaliação de satisfação mediana, a insatisfação com ineficiências da arbitragem foi ressaltada em entrevistas, a enfatizar que o emprego desse método está muito relacionado à ausência de forma alternativa em substituição (vide resposta Q32, Apêndice 2). Tanto que se registrou respostas apontando a perda de eficiência da arbitragem como fator de descontentamento em torno desse método (vide respostas Q32, Q33 e Q41, Apêndice 2).

Em grande medida tal descontentamento conduz ao aumento da simpatia pelos *dispute boards* e pela mediação nesse setor de indústria. Conforme apurado, os *dispute boards*, em primeiro lugar, e a medição, em segundo lugar, apresentam elementos de sinalização mais facilmente percebidos pelos respondentes, além de estimularem a cooperação, a confiança contratual e a preservação do relacionamento comercial de forma mais intensa do que a arbitragem (vide respostas Q36, 37, 39 e 40, Apêndice 2).

[552] WALD, Arnoldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 42. jul.-set 2014, p. 133-144.

Esse é indicativo relevante de que tais métodos conseguem induzir maior eficiência aos projetos de construção e infraestrutura, por reduzirem a margem de litígios contratuais, além de resgatarem a ideia de participação, proximidade e confiança. Como as entrevistas puderam esclarecer, esses métodos ajudam na eliminação do *moral hazard* e de comportamentos oportunísticos das partes.

Em suma, os elementos que parecem ter desaparecido da arbitragem, encontram-se presentes nos *dispute boards* e na mediação. Os respondentes mostraram já deter essa percepção. Na visão identificada, essas outras formas de governança, surgidas das necessidades das partes, melhor se ajustam aos pressupostos de uma Justiça coexistencial, cooperativa e participativa e que, na linha de MACNEIL, consegue inclusive prevenir o surgimento dos conflitos. Essas são características que, em teoria, a arbitragem poderia acumular, mas que, na prática, não são percebidas por seus usuários, especialmente os habituais.

Veja-se que a mudança nos mecanismos de governança contratual até então adotados é a consequência econômica, mencionada no Capítulo 05, para se contornar o excesso de oportunismo verificado em um dado mercado. O exemplo dado foi a disputa entre General Motors *versus* Fisher Body. No caso da indústria de construção e infraestrutura, ao se verificar uma tendência de progressivo interesse por outras formas de governança de conflitos, há indícios de que a arbitragem tenha efetivamente se afastado de suas premissas de confiança, cooperação, eficiência e utilidade social.

Apenas cabe ressaltar haver elevado índice de desconhecimento a respeito do que sejam os *dispute boards* (47,56% dos perfis não-jurídicos mencionaram não conhecer o instituto – vide resposta Q36, Apêndice 2), a indicar a necessidade de maior esclarecimento a esse respeito, especialmente diante do reconhecimento em entrevistas que os *boards* são "*o grande futuro no gerenciamento de obras de infraestrutura*" (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Em relação à mediação, notou-se também existir visões ainda caricatas e simplistas (vide resposta Q38, Apêndice 2), entendendo a mediação como uma etapa desnecessária e pouco útil às

partes.[553] Essa percepção sugere a necessidade de esclarecimento dos usuários a respeito da mediação.

6.3. Conclusões parciais e desdobramentos da pesquisa

Em síntese, a pesquisa empírica teve o mérito de demonstrar que teoria e prática não estão inteiramente alinhadas na análise da arbitragem. Se há fundamentos teóricos para aproximar a arbitragem de uma forma de solução de disputas a induzir comportamentos cooperativos durante a execução contratual e estimular, em contratos relacionais, a permanência e perenização dos laços comerciais, essa sinalização teórica não foi acompanhada pela amostra do setor de indústria analisado, o que é especialmente notado pelos perfis que acumulam maior experiência em arbitragem (*repeat players*). Há rompimento especialmente na percepção da arbitragem como um método baseado no *ethos* de cooperação e confiança. Como notado, a arbitragem passa a ser vista apenas como um meio processual de solução de disputas e não tanto como uma estratégia de negócio, capaz de impactar positivamente a economia contratual, com redução de oportunismos ao longo da execução das obrigações.

Essa dissociação pode mudar o próprio perfil dos litigantes em arbitragem, que se tornam menos sensíveis a esse *ethos de confiança*. Essa percepção está em linha com a adoção crescente de estratégias desleais e protelatórias em arbitragem, como mencionado por BRUNO OPPETIT e SIGVARD JARVIN e também confirmado em entrevistas.

Outra consequência dessa perda de sinalização é a maior insegurança em se contratar a arbitragem, especialmente por conta do aumento na imprevisibilidade das decisões, o que tem elevado o índice de acordos realizados e o próprio risco de se usar a

[553] "*se as partes querem se compor, não haveria a necessidade da mediação. Para mim a mediação é mais barata do que a arbitragem, mas não tanto assim. Só que ela não é vinculativa. E o que acontece? Se [a mediação] não for a meu favor, eu vou buscar meu direito na arbitragem. Só vai ser uma etapa a mais, com um custo a mais. (...) É isso que me deixa em dúvida na mediação, que não me deixa confortável*" *(cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem). Vide resposta 38, Apêndice 2.

arbitragem. A arbitragem parece hoje enfrentar aumento em sua *alea* de riscos com o distanciamento desse *ethos* de confiança.[554]

Comparando-se com a prática judiciária, há identificação não apenas de procedimentos comuns que passam a ser usados em arbitragem (a ideia de processualização da arbitragem, a comprometer a flexibilidade do processo), mas o que também preocupa é a transposição para a arbitragem de vícios típicos dos processos judiciais. É o caso especialmente do ativismo dos julgadores, a imprevisibilidade das decisões e o excesso de rigidez formal, a comprometer as vantagens descritas no Capítulo 05. Além disso, outras funcionalidades da arbitragem, como a criação de uma *comunidade de interesses* entre as partes e a segurança dos resultados terminam por ser pouco lembradas por seus usuários. A arbitragem é cada vez menos associada a uma *cláusula de estabilização* dos relacionamentos.

Também essas deseconomias dão margem a se ponderar a respeito da formação de uma classe profissional experiente nesse mercado (*repeat players*), a auferir vantagem determinante nos procedimentos. Na literatura internacional, os *repeat players* de GALANTER usufruem de vantagens que ultrapassam a esfera processual e chegam a interferir na adjudicação de direitos e no mérito das disputas.[555] Para MACAULAY, a advocacia estratégica, acostumada ao jogo judiciário, termina por transformar o sistema judicial em um grande cenário de negociação e barganha por acordos.[556] A percepção mostrada na pesquisa empírica pode sugerir um estímulo similar em consolidação no mercado brasileiro da arbitragem, a tornar a arbitragem cada vez mais um *jogo processual*.

Muitos dos temas ora apresentados serão retomados na terceira parte deste trabalho no momento em que abordagem contratual e institucional, bem como economias e deseconomias, se encontrarem. Mas desde logo identificam-se novos nichos de pesquisa a partir das conclusões obtidas. São eles especialmente no sentido de comparar-se desenho e desempenho contratual. Por exemplo, novas pesquisas podem ser desenvolvidas buscando-

[554] PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Arbitragem e risco: o impacto causado pela ética dos protagonistas. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial*. Ano I. Número 1 - Semestral, jul./ dez. 2014, p. 71-97.
[555] GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95-160.
[556] "Cases are often won by lawyer ploys and the strategic tactical advantages flowing from greater wealth. Instead of vindicating rights, our legal system offers deals. As a result, often one party feels cheated while the other thinks he got away with something" (MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 478).

se comparar *(i)* a execução em contratos com e sem arbitragem, contratos com *dispute boards* ou com previsão de mediação para se identificar eventual mudança de conduta contratual nesses cenários; ou para fins de *(ii)* medir a existência de *surplus* trazido pelo uso da arbitragem, comparando-se com *surplus* em caso de emprego dos *dispute boards* e da mediação ou ainda *(iii)* identificar eventual mudança na redação contratual, especificamente com menor formalização contratual, quando a mediação e os *dispute boards* estão presentes nos contratos.

De toda forma, para fins de fechamento da pesquisa de campo, as hipótese lançadas no início deste capítulo podem ser assim respondidas:

Hipótese (1): A arbitragem pode ser tomada, em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, como um mecanismo de governança capaz de sinalizar, no momento da contratação, a intenção e o comportamento cooperativo das partes durante a execução do contrato?

Há variação de percepção entre os diferentes perfis analisados, mas os percentuais analisados mostram que a arbitragem perdeu parte relevante de sua função sinalizadora, não sendo capaz, por si mesma, de comunicar, no mercado, um comportamento cooperativo, não-oportunista ou de indicar a intenção segura de cumprimento contratual das partes. Essa percepção ambígua é especialmente relatada por indivíduos com maior experiência em arbitragem (litigantes habituais). Essa conclusão contraria os resultados de pesquisa de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER, cuja amostra havia identificado a arbitragem como uma estratégia para redução de oportunismos.

Hipótese (2): Em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, a arbitragem tem impactado e alargado o índice de cumprimento espontâneo das obrigações pelas partes, aumentando a cooperação, a confiança e o capital reputacional dos contratantes e auxiliando a conter o índice de oportunismo contratual?

A arbitragem não altera a forma de cumprimento contratual e também não aparece associada à ideia de aumento da cooperação contratual. Quanto ao aumento da confiança pela arbitragem, este teve percentual de rejeição não negligenciável, especialmente entre

respondentes com maior experiência em arbitragem (litigantes habituais). Por fim, não há elementos que permitam associar a arbitragem à reputação ou ao aumento do capital reputacional das partes. Aliás, o contrário disso: a escolha da arbitragem tem sido também associada a perfis de má-reputação, invertendo-se a lógica de um método que historicamente se baseia na confiança entre as partes (vide resposta Q22, Apêndice 2).

Hipótese (3): Em seu presente estágio de desenvolvimento no Brasil, a arbitragem tem induzido a criação de um micro-cosmo contratual para tratamento da conflituosidade diretamente pelos contratantes, aumentando a estabilidade contratual e estimulando a permanência e perenização dos laços contratuais entre as partes?

Sim, a arbitragem tem estimulado a criação de espaço de autorregulação, mas isso decorre especialmente de uma lógica de custo-benefício associada ao "*enforcement mais efetivo*" que a arbitragem assegura às partes, derivado dos custos elevados, da celeridade e do conhecimento técnico dos julgadores. Diante de características que a arbitragem assumiu, esse espaço de autorregulação tem sido usado pelas partes para contornar questões como a imprevisibilidade, a insegurança das decisões e os custos de arbitragem. Mas esse potencial ainda não é empregado em sua integralidade e também não se assemelha a um *refúgio contratual* de cooperação que a teoria sugeriria.

Hipótese (4): A decisão de incluir a arbitragem nos contratos do setor de infraestrutura e construção tem obedecido a alguma lógica econômico-financeira por parte dos contratantes, ou a tendência em favor da arbitragem tem se tornado mais automática?

Os respondentes indicaram haver critérios para escolha da arbitragem, mas a popularização desse método no setor de construção e infraestrutura é percepção clara, a indicar uma heurística de imitação e mimetismo entre os indivíduos analisados, a reforçar a percepção de perda de sinalização pela arbitragem e a ambiguidade na interpretação desse sinal no mercado. A propaganda, o hábito e o modismo em torno do uso da arbitragem foram relatados em entrevistas como fatores a estimular esse fenômeno de popularização (vide resposta Q23, Apêndice 2).

Hipótese (5): A prática atual da arbitragem no Brasil tem revelado deseconomias (como, por exemplo, a excessiva processualização e o ativismo da arbitragem), a reduzir a segurança, previsibilidade e eficiência desse método no setor de infraestrutura e construção?

Sim, a processualização e o ativismo das decisões têm comprometido a previsibilidade, a segurança e a confiança que historicamente são características da arbitragem. Esses fatores são notados especialmente pelos perfis jurídicos e pelos litigantes habituais e têm induzido a intensificação na realização de acordos em arbitragem. Experiências ruins acumuladas no passado têm servido de aprendizado contratual a muitos agentes repensarem o uso da arbitragem em seus contratos, conforme relatado em entrevistas (vide resposta Q34, Apêndice 2). Também se nota margem de insegurança, ainda que inferior a 1/3, apresentada pelos respondentes quanto à proximidade e à confiança nos principais atores da arbitragem.

Hipótese (6): Os *dispute boards* e a mediação têm ganhado mais espaço no setor de infraestrutura e construção para compensar as deficiências da arbitragem e também em razão do estímulo que esses outros métodos trazem à confiança contratual, à participação e à presença mais próxima sobre os contratantes?

Sim, os *dispute boards* e a mediação mostraram um potencial de sinalização mais facilmente percebido pelos respondentes. Tais métodos foram associados à ideia de cooperação e à confiança contratual. A proximidade com o negócio e com o contrato, e o estímulo à comunicação e ao diálogo foram identificados como principais motivadores dessa percepção. Os *dispute boards* e a mediação são percebidos como formas de governança mais adequadas para evitar os conflitos no setor em análise.

* * *

As conclusões obtidas nesta pesquisa não podem ser estendidas ou generalizadas para outros segmentos econômicos, os quais podem obedecer a uma racionalidade distinta e deter uma percepção própria acerca dos temas propostos.

Mesmo dentro do setor de infraestrutura e construção, deve-se analisar as respostas à luz da amostragem colhida e do momento em que que realizada a pesquisa. Eventos posteriores ocorridos nesse setor de indústria (como, por exemplo, desdobramentos e efeitos da Operação Lava Jato, a crise econômica brasileira, a crise de legitimidade política do atual governo federal, a mudança legislativa com aprovação de mudanças na Lei nº. 9.307/96, o novo marco regulatório da mediação - Lei Federal nº. 13.140/2015, *etc*) podem ter alterado as percepções relatadas. Os benefícios da pesquisa de campo exigem uma consciência constante de que seus resultados não são universalizantes ou generalistas.

Sem prejuízo disso, o material oferecido pela pesquisa de campo auxilia na tarefa de repensar criticamente o instituto, com os olhos voltados àquilo que tem sido apresentado, pelos próprios usuários da arbitragem, como pontos de atenção, insegurança e desconfiança.

Terminada a análise contratual, passa-se à segunda parte desta tese, que trata da abordagem institucional da arbitragem.

SEGUNDA PARTE:

A ABORDAGEM INSTITUCIONAL

CAPÍTULO 7

ARBITRAGEM E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

SUMÁRIO: 7.1. Breve retrospecto a respeito da evolução da arbitragem. 7.2. Arbitragem e a função de administração de conflitos. 7.3. Arbitragem e a função de suporte ao mercado. 7.4. Arbitragem e a função de aprimoramento institucional: a teoria de *institutional by-pass.* 7.5. Síntese das ideias apresentadas.

7.1. Breve retrospecto a respeito da evolução da arbitragem

Mapear o desenvolvimento histórico da arbitragem encontra muitos obstáculos.[557] O primeiro deles está associado à dificuldade de rastreamento da origem do instituto, tendo-se em vista as diferentes eras e jurisdições em que este esteve presente. De fato, por ter registro em muitas regiões e momentos, o trabalho de pesquisa amplia-se consideravelmente. A isso se acrescenta o problema de identificação de fontes legítimas de pesquisa, a tornar essa tarefa um verdadeiro "quebra-cabeças" histórico-evolutivo.[558]

Ademais disso, sendo uma das formas mais antigas de solução de disputas[559], as primeiras referências feitas à arbitragem têm inclusive origem mitológica, com lendas contendo as primeiras caracterizações de julgadores como entes imparciais e detendores da confiança das partes.[560]

---

[557] Veja-se Thomas Clay, para quem: "À la fin du IIe millénaire de notre ère, on reconnaissait que l'origine de l'arbitrage demeurait inconnue" (CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 2). No mesmo sentido: "The origin of arbitration is lost in obscurity" (WOLAVER, Earl S. The Historical Background of Commercial Arbitration. *University of Pennsylvania Law Review,* v. 83, n°. 2, 1934, p. 132).

[558] "There is as yet no general history of arbitration. Indeed, writing such a history would be like trying to put together an immense jigsaw puzzle, with many of the pieces missing and lost forever. One problem for the would-be historian is that of language. A general history would need to look at the development of arbitration across the globe, as well as across the ages. Another problem is that of sources. A truly general history would involve a 'round-the-world tour' of libraries and universities, court texts, and historical records; and this would be no easy task since, as a method of resolving disputes, arbitration in one form or another has been in existence for thousands of years" (HUNTER, Martin. REDFERN, Alan; BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4. Ed., 2004, p. 3).

[559] "arbitration is the oldest method for the peaceful settlement of international disputes" (STUYT, Alexander Marie. *Survey of International Arbitrations* 1794-1989, 3. Ed. Brussels: Kluwer Academic Publishers, 1990, Introdução, p. vii).

[560] "The origins of international arbitration are sometimes traced, if uncertainly, to ancient mythology. (...) Among other things, the diverse outcomes of these various 'cases' at once suggest and contradict images of arbitration as pure compromise, while the role of neutral humans (or giants) in resolving disputes among

Saindo do campo da mitologia, as primeiras referências documentadas da arbitragem datam da Alta Antiguidade. Segundo THOMAS CLAY, as primeiras manifestações de uso da arbitragem encontram registro na história dos povos assírios, por volta do ano III a.C., com referência à presença de "*magistrados domésticos*" encarregados da aplicação de penas. Os textos religiosos, especialmente o Antigo Testamento, também apontam indícios de uso da arbitragem pelos povos hebreus, mas, nesse período, a arbitragem se caracterizava essencialmente como uma forma patriarcal de solução de disputas.[561] Esse mesmo autor faz ainda referência à presença da arbitragem entre os povos beduínos, sendo a palavra "árbitro" tomada, naquela cultura, como equivalente de "ârifa" e significando *aquele que sabe*.[562]

Na Grécia Antiga, a arbitragem aparece de forma mais estruturada. Relatos de historiadores sugerem que a arbitragem já era utilizada pelas Cidades-Estado que compunham o mundo helênico, sendo adotado tanto o mecanismo de inclusão de cláusulas de arbitragem nos tratados firmados entre Estados, quanto o uso de compromisso após surgida a controvérsia. Evidências ainda comprovariam que os rituais seguidos pelos gregos muito se assemelhavam aos atuais procedimentos arbitrais, prevendo-se a representação das partes por profissionais especializados, o depoimento de testemunhas, a possibilidade de apresentação de argumentos orais, além de sentenças motivadas e assinadas pelos árbitros.[563]

Ainda que em menor escala, no direito romano antigo também há indícios de utilização da arbitragem para solução de disputas entre territórios do Império que, diante de dissenso, levavam a questão ao Senado Romano que se encarregava de nomear um árbitro para solução da disputa.[564] Conflitos particulares entre cidadãos romanos submetidos à arbitragem aparecem igualmente nos relatos extraídos de fontes do Direito Romano. Tal como se vê em diplomas modernos de arbitragem, naquele período a

---

gods hints at the arbitrator's impartial, adjudicatory function and the rule of law" (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 7-8).

[561] CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 3-4.

[562] CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 9.

[563] BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* - Cases and Materials. Brussels: Kluwer Law International, 2011, p. 2.

[564] RALSTON, Jackson H. *International Arbitration from Athens to Locarno*. Stanford: Stanford University Press, 1929, p. 171-172.

autonomia privada e a vinculação dos árbitros aos limites da convenção de arbitragem já eram princípios consagrados do instituto.[565]

A arbitragem também ocupou posição de destaque no Oriente Médio. O mundo pré-islâmico conheceu uma forma voluntária de solução de disputas, que, apesar de ter origem privada, era reconhecida publicamente como fonte legítima de obrigações. Mesmo com o advento do Islã e a expansão da cultura muçulmana, o mundo árabe continuou a admitir a arbitragem de profetas sagrados como fonte de normatividade, apta à solução de controvérsias.[566]

Embora existindo desde a Antiguidade, foi durante a Idade Média que a arbitragem ganhou força e notoriedade. Registros dão conta de sua utilização nas feiras e guildas comerciais, caracterizando-se como mecanismo informal e extrajudicial de aplicação das leis dos mercadores.[567] Nesse período, a arbitragem funcionava como mecanismo para garantir o cumprimento de direitos e obrigações entre os mercadores e a nascente classe da burguesia.[568] Isso acontecia especialmente diante da multiplicidade de jurisdições que, além de pouco organizadas, não conseguiam acompanhar o dinamismo das relações comerciais, falhando na tarefa de garantir segurança jurídica ao comércio dos mercadores.[569]

Conforme pontuado por LUIZ OLAVO BAPTISTA, no período medieval a arbitragem se propagou como *fuga às justiças senhoriais*, consideradas muito complicadas, muito custosas e, por vezes, até parciais. Também buscavam esses mercadores escapar de

---

[565] BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 22-23.
[566] MAJEED, Nudrat B. Good Faith and Due Process: Lessons from the Shari'ah. *Arbitration International,* v. 20, issue 1, 2004, p. 103.
[567] "From the charters that were issued to the English gilds, it is clear that these traders recognized the value of some extrajudicial method and, in some of the earlier books on the law merchant, it is certain the merchant preferred justice 'according to the Law of Merchants' to that of the common law. (...) The disputes of these traders were settled by 'fair law' which was in accord with the universal customs of merchants, and had no referece to the courts of the realm" (WOLAVER, Earl S. The Historical Background of Commercial Arbitration. *University of Pennsylvania Law Review,* v. 83, nº. 2, 1934, p. 133 e 136).
[568] PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. *Stochholm International Arbitration Review*. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, v. 2, 2008, p. 13.
[569] "L'émiettement des pouvoirs politiques et territoriaux du XIIe au XVe siècle en Europe en général et en Bourgogne et Champagne en particulier, entraîne la démultiplication des juridictions. La difficile émergence de royaumes et de principautés d'importance à travers des conflits ouverts laisse dans l'ombre le pouvoir judiciaire, attribut certain d'une souveraineté reconquise. Ainsi la douloureuse gestation de justices organisées, compétentes et efficaces dans le prononcé puis l'exécution de leurs sentences, est propice au développement de techniques juridiques susceptibles de mettre un terme à un différend, évitant aux parties de se perdre dans le maquis juridictionnel. (...) Aussi l'arbitrage, dans ses aspects pratiques, chevauche-t-il allégrement entre droit romain et droit coutumier, pour trouver sa voie propre et démontrer son dynamisme et son efficacité à rétablir la sécurité juridique" (JEANCLOS, Yves. La pratique de l'arbitrage du XII e au XV e siècle éléments d'analyse. *Revue de l'Arbitrage*, ano 1999, v. 3, p. 417 e 418-419).

regras canônicas excessivamente rígidas no tratamento de práticas comerciais, especialmente no tocante à cobrança de juros e à caracterização da usura.[570]

Ainda que muitos comerciantes usassem a arbitragem como válvula de escape ao Direito Canônico, a história aponta que a Igreja Católica demonstrava seu apoio e até empregava, ela mesma, a instituição arbitral. MANUEL PEREIRA BARROCAS faz referência à arbitragem eclesiástica e à nomeação de religiosos como árbitros tanto para assuntos da Igreja, quanto para questões seculares. Segundo o autor, a arbitragem eclesiástica era usada com o fito de balancear o poder temporal dos monarcas, mas também tinha sua importância para manter a confidencialidade em assuntos religiosos.[571]

Com as transformações sofridas no final da Idade Média e a consolidação do Estado Moderno, a arbitragem aos poucos passou a funcionar sob a égide pública. Como afirmam REDFERN e HUNTER, a arbitragem havia despontado no final da Idade Média como um mecanismo privado de importância central entre mercadores, o que passou a atrair a atenção dos nascentes Estados nacionais.[572]

Apenas a título de ilustração, vale a referência de KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL ao Regulamento inglês de Arbitragem datado de 1698, com modificações posteriores em 1889, dando os primeiros contornos às atuais regulamentações inglesas em matéria de arbitragem. Na França, a Constituição de 1791, editada no período pós-revolução, também incorporou a arbitragem em seu texto, chegando a tomá-la como um

---

[570] "Durante a idade média, a arbitragem se fundiu por toda a Europa, por várias razões. A principal foi a vontade de escapar às justiças senhoriais, cuja imparcialidade era duvidosa aos procedimentos mais complicados e, sobretudo, custosos; outras causas foram a aspiração das corporações e cidades (notadamente na baixa Idade Média) de se autoafirmarem como independentes, o desejo dos nobre de manter sob sigilo algumas de suas cotendas e, finalmente, o interesse dos comerciantes de resolver as questões ligadas à sua atividade no seio das corporações, evitando a interferência do clero e do direito canônico que vedava os juros e os tratava como forma de usura" (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e Internacional*. São Paulo: Ed. LexMagister, 2011, p. 23).

[571] "A Igreja Católica tem revelado, ao longo de sua história, uma atitude muito positiva sobre a arbitragem e a mediação, como formas de auxiliar as populações a resolver os seus conflitos, quando não como forma de contrabalançar o poder temporal exercido pelos monarcas e seus agentes na administração da justiça. A própria Bíblia refere-se à arbitragem no Velho Testamento" (BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 1. Ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2010, p. 60).

[572] "It is doubtful whether any modern State could afford to stand back and allow a system of private justice - depending essentially on the integrity of the arbitrators and the goodwill of the participants - to be the only method of regulating commercial activities. Arbitration may well have been 'a system of justice, born of merchants' but, just as war is too important to be left to the generals, so arbitration was too important to be left to private provision" (HUNTER, Martin. REDFERN, Alan; BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4. Ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 5).

direito natural dos cidadão.[573] Paradoxalmente, essa carta constitucional francesa, ao mesmo tempo em que formalizou a importância da arbitragem, inaugurou um longo período de resistência ao mecanismo arbitral por parte das autoridades judiciárias, a ponto de a arbitragem passar a ser tomada naquele país como "*uma sátira da administração judicial*".[574]

Nos Estados Unidos, marco relevante em favor do uso da arbitragem foi sua inclusão, em 1799, no testamento de George Washington. Conforme reconhece KLAUS PETER BERGER, essa previsão já continha traços atuais do instituto, tais como *(i)* a intenção de arbitrar futuras disputas, *(ii)* a composição de um painel de três árbitros a serem nomeados pelos litigantes e *(iii)* a eficácia plena da decisão a ser proferida, que, segundo redação original, deveria ter o mesmo peso de uma decisão da Suprema Corte Norte-Americana.[575]

Os séculos seguintes foram de ainda maior reconhecimento à arbitragem, com poucos casos de hostilidade declarada.[576] O século XIX foi responsável pelos primeiros manuais e tratados de arbitragem[577], enquanto o século XX conheceu as primeiras convenções, protocolos, organizações e conferências internacionais no tema.[578]

---

[573] "In Europe, the Middle Ages revived the Roman tradition and, some centuries later, the French Revolution considered arbitration as a *droit naturel* and the Constitution of 1791 (article 86) and the Constitution of Year III (article 210) proclaimed the constitutional right of citizens to resort to arbitration. Parallel thereto, England already had an Arbitration Act of 1697, to which a number of enactments were added over the years up to the 'new' Arbitration Act 1889, which continued to dominate arbitration law in England into the early part of the last century. During that last century, many substantive changes were then made by the new Arbitration Acts of 1934, 1950, 1975 and 1979, until we now have a modern arbitration law with the new English Arbitration Act 1996" (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, issue 3, 2009, p. 293).

[574] "This hostility towards the arbitral process was reflected in contemporaneous French legal commentary, which held that 'arbitration is a rough draft of the institutions and the judicial guarantees' and '[a] satire of judicial administration'" (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 37-38).

[575] BERGER, Klaus Peter. *The Arbitration Clause in George Washington's Last Will & Testament*. In ICCA - International Council for Commercial Arbitration - Historical documents in arbitration. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/historic-treasures/historic_documents.html>. Acesso em 20.01.2016.

[576] Veja-se a resistência à arbitragem apresentada pelos regimes totalitaristas do século XX: "to the totalitarian state, with its doctrine of the all-enslaving power of the state (or more correctly, of the armed groups and their leaders) arbitration means an attempt of private individuals to free an important part of their activities from the dominating yoke of the governing group" (COHN, E.J. Commercial Arbitration and the Rules of Law: A Comparative Study. *University of Toronto Law Journal*, v. 4, n°. 1, 1941, p. 27).

[577] "Ensuite, au XIXe siècle, contrairement à ce qu'on croit souvent, l'arbitrage a été très pratiqué et très étudié. On trouve dès 1807 un Manuel des arbitres ou traité complet de l'arbitrage, puis, em 1827, deux précieux e volumineux traités de l'arbitrage, qui se font concurrence, et ainsi de suite tout au long du siècle" (CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 8).

[578] A criação da Câmara Internacional de Comércio (ICC) em 1919, o Protocolo de Genebra, de 1923, a Convenção de Genebra de 1927, a Convenção de Nova York de 1958, a Convenção de Washington de 1965,

Especialmente a partir da década de 1970, a adesão à arbitragem se intensificou para atender às necessidades de expansão do comércio internacional, servindo como foro mais adequado para resolver questões comerciais envolvendo diferentes jurisdições. Conforme ressaltado por GARY BORN, a motivação em favor do uso da arbitragem tornou-se muito similar àquela do período medieval: uma maneira de superar dificuldades e incertezas de se litigar nos foros estatais.[579]

Como já visto no início do Capítulo 02, foi a combinação entre *(i)* o processo de globalização econômica e *(ii)* a gestação de um novo modelo político-social-cultural de caráter informacional, global e em rede, que tornou a arbitragem, pouco a pouco, a principal instituição internacional usada para contornar a insegurança existente nas cortes de justiça, especialmente de países em desenvolvimento.[580] Apesar de sua existência desde a alta antiguidade, para JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO o momento que se inicia a partir da década de 1970 marca o início do que se poderia chamar de a modernidade da instituição de arbitragem.[581]

Essa recomposição não é feita por mera curiosidade histórica. O que se quer destacar são as *diferentes funções institutionais* que a arbitragem acumulou ao longo do tempo, a torna-la verdadeiro *produto social*, moldado às necessidades de cada época. Referidas funções são detalhadas nos tópicos a seguir.

---

a edição das regras UNCITRAL de arbitragem internacional em 1976, a edição da Lei Modelo UNCITRAL em 1985.

[579] "The reasons that merchants resorted to arbitration during the Medieval era are – we will see in subsequent sections of this Chapter – almost eerily familiar to contemporary users of international commercial arbitration. Simply put, arbitration was a means of overcoming the peculiar difficulties and uncertainties of international litigation in state courts. (...) The driving force behind these various developments was the international business community, also the principal user of the arbitral process, which found ready audiences in national legislatures and judiciaries anxious to promote international trade and investment by providing workable, effective international dispute resolution mechanisms. It was the combination and active collaboration of these two communities – public and private – that produced the contemporary legal framework for international commercial arbitration" (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 30-31 e 57).

[580] "By the early 1970s, the U.N. system became the center of a series of proposals for change in the global economic system, brought together as the call for a 'New International Economic Order' or NIEO. Like any legislative program, it combined heterogeneous elements. (…) Private international dispute resolution mechanisms of commercial arbitration were to be reformed to eliminate the bias against third world government interests" (KENNEDY, David. The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 116).

[581] GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 4-5.

7.2. Arbitragem e a função de administração de conflitos

Do ponto de vista de sua função institucional, a arbitragem enquadra-se, em primeiro lugar, como uma instituição voltada à *administração de conflitos*. Isso se deve ao seu papel, reconhecido largamente entre profissionais, juristas e legisladores, como meio de coordenação de instâncias conflituosas surgidas no âmbito privado. É o que ressaltam ARNOLDO WALD e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, já mencionados nesta tese, ao considerarem a arbitragem como um "*instrumento de paz social e conciliação econômica*".[582] Veja-se, aliás, a própria redação do artigo 1º da Lei nº. 9.307/96, que fixa como seu objetivo "*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

De acordo com DANI RODRIK, sociedades bem sucedidas empregam uma dezena de diferentes instituições de administração de conflitos. A finalidade dessas instituições é controlar falhas de coordenação social que poderiam gerar incertezas sociais e desperdício de recursos.[583] Ainda segundo esse autor, instituições de administração de conflitos têm duplo propósito: objetivam *(i)* compensar o ganhador na exata medida do que lhe é permitido, ao mesmo tempo em que *(ii)* devem proteger o perdedor contra riscos de violência e expropriação.[584]

O que RODRIK destaca é a importância dessas instituições para garantia da *estabilidade social*. Mais do que apenas reduzir custos de transação ou criar um cenário de segurança para a realização de investimentos, essas instituições voltam-se também a outra função: buscam, através da administração de disputas, controlar os níveis de conflituosidade que poderiam, no limite, comprometer a própria coesão social.

Essas instituições incluem uma gama variada de formatações, tendo como fim a mencionada estabilidade social. Podem, por exemplo, focar na garantia de direitos de propriedade e de marcos legais e contratuais (i.e., a ideia de *rule of law*). Podem, também, franquear a devida representação para grupos de minorias e fortalecer vínculos de

[582] WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Dez anos da Lei de Arbitragem*. Jornal Folha de São Paulo. Seção Opinião. 24.09.2006.
[583] "Social conflict is harmful both because it diverts resources from economically productive activities and because it discourages such activities by the uncertainty it generates" (RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions, and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 161).
[584] RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions, and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 161.

solidariedade e cooperação social. A depender do contexto onde inseridas, essas instituições podem, ainda, prever a independência e autonomia de determinado órgão de relevância estratégica.[585] Repita-se que, por mais variadas que possam ser, essas instituições preocupam-se essencialmente em manter a integridade do tecido social.

Um Poder Judiciário de alta qualidade pertence, segundo RODRIK, a essa categoria institucional. O motivo é justamente porque, por meio dele, os indivíduos têm à disposição um mecanismo de cumprimento de obrigações, capaz de impor o respeito a direitos econômicos e demais compromissos assumidos pelos indivíduos. Como já tratado no Capítulo 05, é esse um dos motivos pelos quais o Banco Mundial e instituições similares têm estimulado a atuação eficiente de cortes de justiça dentro de políticas de desenvolvimento.

Ainda que não referenciada expressamente pelo autor, a arbitragem inclui-se na categoria e nos propósitos mencionados por RODRIK. Mesmo porque, tanto quanto o Poder Judiciário, a arbitragem promove a pacificação social e econômica, contribuindo ao propósito de administração da justiça. De fato, como THOMAS CLAY identifica, apesar das muitas roupagens e particularidades que a arbitragem teve ao longo da história, conforme descrito em tópico antecedente, sua preocupação com a pacificação de conflitos e a realização da justiça sempre esteve presente em todos os momentos e regiões. Parafraseando esse autor, é de se reconhecer que a arbitragem sempre esteve no "*coração da sociedade civil*", auxiliando diretamente na tarefa de contenção dos conflitos.[586]

Posição similar é defendida por BRUNO OPPETIT, para quem a arbitragem, mais do que apenas uma instituição jurídica, comporia verdadeira *instituição de paz*. OPPETIT ainda acrescenta que, do ponto de vista da sociologia do direito, a arbitragem se enquadra entre as formas de "*controle social*", justamente por auxiliar na tarefa de

[585] "Healthy societies have a range of institutions that make such colossal coordination failures less likely. The rule of law, a high-quality judiciary, representative political institutions, free elections, independent trade unions, social partnerships, institutionalized representation of minority groups, and social insurance are examples of such institutions" (RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions, and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 161).

[586] "À bien y réfléchir, l'universalité de l'arbitrage n'étonne guère, compte tenu de sa dimension profondément humaine. Il correspond en effet à l'une des aspirations les plus naturelles de chacun et qui se retrouve à travers de les siècles et les pays: le souci de justice. (...) L'objectif est de restituer l'arbitrage dans sa plénitude historique et de l'envisager à sa véritable place, *c'est-a-dire au coeur de la société civile*" (CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000, p. 9-10).

assegurar a coesão da sociedade.[587]

No Brasil, diante dos muitos entraves que cercam a garantia do acesso à Justiça, esse papel torna-se central. A arbitragem faz parte da terceira onda renovatória de CAPPELLETTI, garantido-se aos cidadãos "*a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas*".[588]

Estatísticas colhidas por SELMA LEMES dão a dimensão da participação da arbitragem na administração da litigiosidade no Brasil. Segundo a autora, em nove anos de pesquisa (2005 a 2013), o número de novos casos de arbitragem passou de 21 para 147 procedimentos instaurados. Em termos de valores envolvidos, isso representou, para o ano de 2013, cerca de R$ 3 bilhões em disputas arbitrais domésticas resolvidas fora do âmbito do Poder Judiciário.[589]

Também importa notar que, além do tratamento processual de conflitos, a arbitragem tem atuação inclusive em *caráter profilático*, prevenindo ou mesmo reduzindo a margem de disputas. É o que ficou demonstrado no teste de campo realizado neste trabalho (Capítulo 06). Com efeito, ao serem questionados a respeito do impacto da arbitragem sobre o índice de litígios entre as partes, cerca de 60% dos respondentes indicaram haver efetivamente algum grau de redução de conflitos decorrente da adoção da previsão de arbitragem (vide resposta Q9, Apêndice 2). Uma economia que o Poder Judiciário, em razão de sua estrutura de incentivos distorcidos e de custos subsidiados, não consegue implementar.

Esses dados teóricos e empíricos confirmam, portanto, a importância da arbitragem como instância de administração de conflitos. Ao agir ao lado do Poder Judiciário e, ainda, acumular a função de reduz do índice de litigiosidade, a arbitragem tem atuado, historicamente, no sentido de controlar os índices de conflituosidade social e

[587] "C'est d'abord la juridicité intrinsèque à l'arbitrage commercial international qui a été mise en cause. On a contesté l'appartenance de la notion au monde du droit en y voyant 'plutôt qu'une institution juridique ... une institution de paix', un 'technique non juridique, un procédure destinée non pas à appliquer le droit, mais à remédier à ses insuffisances'. (...) Dans cette même perspective, l'arbitrage s'insère parfaitement dans la catégorie sociologique du *social control*, entendue comme l'ensemble des moyens e toute sorte par lesquels la socité assure sa cohésion" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 120 e 122).

[588] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem* - Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**.** 1. Ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 24.

[589] LEMES, Selma. Arbitragens envolveram R$ 3 bilhões em 2013. *Valor Econômico*. 27 de janeiro de 2014, p. E1.

servido, na linha de CAPPELLETTI, como ferramenta para garantia e implementação do acesso à justiça.

7.3. Arbitragem e a função de suporte ao mercado

Além de sua finalidade mais imediata de administração de conflitos, a arbitragem também acumula outra função institucional de relevo. Sim, porque como apontado por HA-JOON CHANG, é perfeitamente possível a uma dada instituição atender a mais de uma finalidade ou função, sem que isso represente qualquer distorção.[590]

No caso da arbitragem, para além de sua função de composição e contenção de conflitos, também se atribui a esta instituição o papel de *suporte ao mercado*, estando historicamente atrelada ao destravamento de óbices ao comércio e à criação de condições para o crescimento econômico e o desenvolvimento das sociedades.

A importância que instituições de suporte ao comércio têm para fins de crescimento econômico já foi abordada pelos economistas. AVNER GREIF, analisando o surgimento, durante o século XI, de coalizão comercial no norte da África, chamou a atenção justamente para esse aspecto. Conforme pontuou, instituições de suporte ao mercado detêm papel fundamental para se compreender o processo de crescimento econômico, em especial por fornecerem o pano de fundo institucional necessário ao desenvolvimento do comércio.[591]

Na hipótese da coalizão comercial estudada por AVNER GREIF, o elemento reputacional surgido entre os membros da coalizão desempenhou papel chave para permitir o florescimento de rico comércio entre mercadores locais e agentes encarregados das transações ultramarinas. Foram os laços de confiança, cooperação e reciprocidade gerados

---

[590] "First, one institution could be serving more than one function. For example, budgetary institutions typically serve multiple functions, such as investment in productive assets (e.g., physical infrastructure, R&D facilities), social protection (the welfare state), and macroeconomic stability (e.g., through the 'automatic stabiliser' function). For another example, political institutions could also perform a number of functions such as distillation of different opinions into a decision, conflict resolution, provision of social cohesion, and nation-building. No institution performs only one function" (CHANG, Ha-Joon. Understanding the relationship between institutions and economic development – some key theoretical issues, 2006, p. 02, Disponível em <http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/discussion-papers/2006/en_GB/dp2006-05/>. Acesso em 20.01.2016).

[591] GREIF, Avner. Contract enforceability and economic institutions in early trade: the Maghribi Traders' Coalition. *The American Economic Review*, v. 83, n. 3, jun., 1993, p. 545.

pela coalizão que dinamizaram as relações comerciais na região do Mediterrâneo magrebino, a ponto de prescindir-se até mesmo do auxílio de cortes de justiça para cumprimento das obrigações assumidas.

Assim como ocorrido no comércio magrebino do século XI, no caso da arbitragem é possível pensar-se de forma similar. Isso porque, mais do que apenas buscar celeridade ou apoio em semelhantes para a tarefa decisória, o traço característico da arbitragem notadamente a partir da Idade Média foi ter acompanhado o desenvolvimento do comércio de mercadores, que, à falta de um aparato judicial eficiente, utilizavam-se de foros particulares para a composição de seus conflitos privados.[592]

Isso fica claro na análise de documentos históricos. O Regulamento inglês de arbitragem de 1698, por exemplo, menciona expressamente o propósito de *promoção do comércio* alcançado com a utilização da via arbitral.[593] Também o fortalecimento da *segurança jurídica* é objetivo buscado pela arbitragem desde o período medieval.[594]

É bem verdade que após o advento do Estado Moderno, a arbitragem ficou esquecida, absorvida justamente pela "*preponderância do papel do Estado centralizador*".[595] Mas, na virada do século XIX para o século XX, a função da arbitragem como suporte ao mercado se recolocou como uma das exigências do comércio

[592] "In a legal system so crude that it was almost an invariable habit not to press suits to a conclusion, but to compromise them, in order to escape the consequences, the delays, or the uncertainties of strict law, arbitration was a more attractive resort, in nine cases out of ten, than the ordinary judgment of a regular tribunal" (ADAMS, Henry. The Anglo-Saxon Courts of Law. In: ADAMS, Henry; LODGE, Cabot; YOUNG, Ernest; LAUGHLING, Laurence. *Essays in Anglo-Saxon Law*. New Jersey: The LawBook Exchange, 2004, p. 52-53).

[593] "and in the year 1698, the legislature accordingly interfered and passed the act 9th and 10th Will. III, cap. 15, which enacted that 'promoting trade, and rendering the awards of arbitrators more effectual in all cases, for the final determination of controversies referred to them by merchants and traders, or others, concerning matters of account or trade, or other matters'" (*The Encyclopaedia Britannica*: or, dictionary of arts, sciences and general literature. TRAIL, Thomas Stewart (Coord.). 8th Ed. Edinburgh: Adam and Charles Black, s/a, p. 397. V. 3).

[594] "L'arbitrage, au XXIe siècle comme à l'époque médiévale – XIIe-XVe siècle – est une technique juridique de règlement pacifique des différends. Il permet, en marge des échelons réguliers de la justice, de mettre fin aux discordes opposant des parties, et partant, de rétablir la sécurité dans les relations humaines" (JEANCLOS, Yves. La pratique de l'arbitrage du XII e au XV e siècle éléments d'analyse. *Revue de l'Arbitrage*, ano 1999, v. 3, p. 417).

[595] A expressão é de José Carlos de Magalhães: "A arbitragem é meio privado de soluções de controvérsias dos mais antigos e é surpreendente que tenha sido abandonado por tanto tempo, em todo o mundo. Esse abandono coincide com a preponderância do papel do Estado centralizador e dotado de poder jurisdicional para resolver todas as controvérsias surgidas no âmbito da população" (MAGALHÃES, José Carlos de. A Arbitragem como Forma de Atuação da Sociedade Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, Ano 3, abr.- jun. 2006, p. 166).

internacional e de uma nova *lex mercatoria*.[596] O resultado: a arbitragem voltou a ocupar posição de destaque *no coração da sociedade civil*, de forma ainda mais profissionalizada e organizada.[597]

Tanto que instituições como o Banco Mundial tem reconhecido à arbitragem papel crítico para a integração dos mercados, especialmente por assegurar credibilidade ao cumprimento contratual e legitimidade ao poder dos julgadores. A considerar que nos países em desenvolvimento o Poder Judiciário sofre com ineficiências na administração de disputas, métodos alternativos, como a arbitragem, têm ocupado esse vácuo para reduzir custos de transação, garantir segurança jurídica e assegurar um *enforcement* efetivo aos agentes econômicos.[598]

É o que relata DAVID KENNEDY. A partir da década de 1980, a arbitragem passou a fazer parte da cartilha reformista do Consenso de Washington, se qualificando como instituição de "*private ordering*" em suporte ao comércio global, capaz de garantir, na ausência de um Poder Judiciário confiável, o cumprimento de contratos e de direitos de propriedade.[599] Mais do que apenas um mecanismo de solução de litígios privados, a arbitragem voltava a adquirir papel central na promoção do comércio e dos investimentos.

---

[596] "During the first decades of the 20th century, businesses in developed states made increasingly urgent calls for legislation to facilitate the use of arbitration in resolving domestic and, particularly, international commercial disputes. These appeals emphasized the importance of reliable, effective and fair mechanisms for resolving international disputes to the expansion of international trade and investment" (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 57-58).

[597] "Since the foundation of the ICC Court of Arbitration ('ICC Court') the history of arbitration has been characterized by a dramatic expansion of the caseload, by rising stakes and increasing complexity of the disputes, by growing participation of governments and of parties from non-European countries, and perhaps most importantly by a change in the nature of the procedures away from an informal 'merchants' justice' *towards professionalism, legalism and proceduralization*" (UHLE-BÜHRING, Christian; KIRSCHHOFF, Lars; SCHERER, Gabriele. *Arbitration and mediation in international business*. 2nd Ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, p. 32).

[598] "External enforcement mechanisms, such as judicial systems or third-party arbitration, are critical mechanisms for the development of integrated markets. They allow access to market opportunities for a broader group of market participants. For external enforcement mechanisms to be effective, the legitimacy of the enforcer is vital. (...) In developing countries where judicial systems are ineffective, alternative dispute resolution (ADR) mechanisms can substitute for ineffective formal legal procedures. ADR mechanisms range from informal norm-based mediation to formal arbitration courts based on a simplified legal process (...) Since courts are weaker in developing countries, many international investors rely on international arbitration" (Building Institutions for Market, World Development Report 2002, p. 6, 126 e 159. Disponível em <http://external.worldbankimflib.org/>. Acesso em 20.01.2016).

[599] "International policymarkers should focus on buidling institutions supportive of the global market - on private ordering, the world of international private law, commercial arbitration, and international finance, and to the global institutions supporting that would by stabilizing currency markets and promoting trade" (KENNEDY, David. The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 131).

Não que a arbitragem fosse a única instituição com esse propósito. Naquele momento, a agenda neoliberal de desenvolvimento enfatizava uma série de mudanças estruturais com o objetivo de dar suporte político e normativo às transações no mercado.[600] Mas a arbitragem ocupava posição de destaque nesse movimento reformista. E isso por garantir um mecanismo eficiente de cumprimento contratual, contando, inclusive, com elemento reputacional e cooperativo similar àquele identificado por AVNER GREIF no desenvolvimento do comércio magrebino. Como já mencionado, a arbitragem é considerada uma instituição chave para a estruturação dos mercados internacionais.[601]

Mas não é apenas no âmbito internacional que se depreende essa função institucional da arbitragem. No Brasil também se identifica a função de suporte ao mercado atribuída ao foro arbitral. Basta verificar que sua utilização foi alavancada no contexto do Estado Brasileiro pós-reformas de 1995.

Não é por acaso que a Lei nº. 9.307/96 é conhecida entre a comunidade arbitral como "*Lei Marco Maciel*", apresentada e promulgada dentro do programa de reforma do Estado promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso. É claro que muitos são os fatores que, no Brasil, justificam a maior adesão à arbitragem apenas a partir dos anos 1990. Veja-se o próprio reconhecimento de constitucionalidade da Lei nº. 9.307/96 em 2001 e a adesão do Brasil à Convenção de Nova York no ano de 2002. Ainda que esses fatores tenham relevância no quadro do desenvolvimento da arbitragem no Brasil, não se pode deixar de compreender o processo político-econômico por que passava o país à época.

Tanto assim que CARLOS ALBERTO CARMONA, um dos autores da Lei nº. 9.307/96, tendo acompanhado o trâmite de preparação, debate e promulgação da lei, chega

[600] "Completely new legal regimes were necessary, domestically and internationally, to support markets - financial regimes, intellectual property rights, regimes of commercial law. New statutes and administrative rules were required - to structure the privatization of state-owned enterprised, establish financial institutions, and support new capital markets. Banking and payment systems, insurance schemes - all required a new legal framework. Investment laws, and corporate laws, insurance and securities laws were needed, and were promoted across the developing world through legal reform programs" (KENNEDY, David. The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 138).

[601] "International commercial arbitration, therefore, should be seen as a key institution in the structuring of international markets" (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 07).

a reconhecer na arbitragem "*um produto neoliberal*".[602] Como pontua JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, vencer o poder do Estado como "*titular único da jurisdição e do poder de resolver controvérsias privadas",*[603] que marcava o pensamento processual dos anos 1980 e de um regime militar em andamento, foi um dos primeiros desafios enfrentados pela arbitragem no Brasil.

Como última referência, cabe mencionar que, mesmo hoje, com uma nova conjuntura pós-consenso de Washington, em que se atenuam os traços neoliberais anteriormente acentuados, a arbitragem continua a se associar à função de suporte ao mercado. Conforme estudo realizado por SWARNIM WAGLÉ em 2011, apurou-se que os investimentos estrangeiros diretos são proporcionais à efetividade e à eficiência do foro arbitral.

Nesse estudo, evidenciou-se, através de regressões e análises econométricas colhidas da experiência de 87 países, que a arbitragem é uma das variáveis de *maior impacto* sobre a decisão de investir, motivada, essencialmente, *(i)* pela segurança jurídica e *(ii)* pela autonomia privada que viabiliza aos contrantantes.[604] Essas conclusões estão em linha com as economias contratuais da arbitragem expostas no Capítulo 05. Também vale ainda chamar a atenção para o fato de SWARNIM WAGLÉ ter tomado o uso de arbitragem como um *proxy* indicadora da própria qualidade institucional dos países. Esse

[602] "Pesquisador: Quando saiu a lei eu estava na faculdade - mas eu me lembro que eu comprei o seu livro; na época ele era pequenininho, amarelinho - e naquela época se falava (a gente estava ali na década de 90, aquele período pós-Collor) e era um período em que se falva muito sobre essa abertura comercial. Dá para fazer uma relação mais direta da arbitragem com esse movimento de abertura econômica, esse momento mais 'liberalizante'? Carlos Alberto Carmona: Com certeza, com certeza. A arbitragem é um produto neoliberal" MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009, p. 136).

[603] "Não obstante a compulsoriedade prevista no regulamento 737, de 1850, a arbitragem nunca teve prestigio e foi escassamente utilizada. Mas não apenas em nosso país, em todo mundo a arbitragem passou, no século XIX, para o segundo plano, preponderando sempre o Estado, como titular único da jurisdição e do poder de resolver controvérsias privadas" (MAGALHÃES, José Carlos de. A Arbitragem como Forma de Atuação da Sociedade Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, abr.- jun. 2006, p. 166).

[604] "Investors need to be assured that their investments will not be unjustly expropriated and that in instances of disputes, there is a predictable course for resolution. An effective arbitration regime for FDI mitigates risk by providing legal security to investors (including assurance of contract enforcement rights, due process, and access to justice). It gives parties autonomy to create systems tailored to their disputes. (...) I find that FDI-specific regulations matter significantly for attracting FDI. Using a new, painstakingly prepared data set on FDI regulations across 87 countries, I show that de facto implementation of laws related to the arbitration of commercial disputes and the number of procedures required to set up wholly-owned foreign subsidiaries are strongly associated with high levels of FDI stock. These provisions proxy for the quality of FDI-specific institutions in the country, and affect FDI more directly than measures of the general quality of institutions" (WANGLÉ, Swarnim. *Investing across Borders with Heterogeneous Firms. Do FDI-specific Regulations Matter?* World Bank Policy Research Working Paper 5914, 2011, p. 21-21 e 44).

reconhecimento conduz à terceira função institucional da arbitragem, associada à ideia de aprimoramento institucional.

7.4. Arbitragem e a função de aprimoramento institucional: a teoria do *by-pass* institucional

Como visto, a arbitragem é forma de administração de conflitos que, além de garantir a pacificação dos indivíduos também acumula a função de suporte ao mercado e às transações econômicas. Assim tem atuado especialmente por assegurar um patamar mínimo de segurança e previsibilidade para a assunção de obrigações, o que é feito através da garantia de um acesso jurisdicional neutro e imparcial aos contratantes. É na criação desse *acesso distinto* que o instituto passa a funcionar como importante *by-pass* institucional.

A ideia de *by-pass* institucional é defendida entre autores do desenvolvimento como uma maneira de se evitar problemas de *path dependence.*[605] Parte-se do pressuposto de que modificar instituições custa não apenas recursos financeiros significativos, a serem investidos em programas de reforma e ajuste, mas também representa vencer a própria resistência de grupos de interesse contrários às mudanças. Isso sem mencionar elementos tácitos e culturais presentes em normas informais e de comportamento que muitas vezes podem passar despercebidos, colocando a perder os mais ambiciosos projetos de reforma institucional.

Justamente para contornar esse tipo de problema é que a proposição de um *by-pass* pode se revelar uma opção interessante e eficiente em termos de aprimoramento institucional.

[605] Para definição de path dependence, vide: "In essence, path dependence describes how the reinforcement of a given set of arrangements over time raises the cost of changing them. Applied to institutions, the theory helps to explain how institutions (and networks of institutions) take shape through self reinforcing mechanisms, and why – as a consequence – they are difficult to change" (PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK. Path Dependence, Development, and the Dynamics of Institutional Reform. *University of Toronto Law Journal*, v. 58, v. 3, 2009, p. 350).

Conforme definido por MARIANA MOTTA PRADO, um *by-pass* institucional funciona como uma espécie de *rota de fuga*, sevindo para criar uma *nova forma de acesso*, sem que, para isso, seja necessário reformar ou modificar o traçado inicial.[606]

Segundo a autora, quatro características estão presentes em um *by-pass* institucional. Em primeiro lugar, o *by-pass (i)* preserva intacta a instituição de origem, que continua a ter um funcionamento e uma aplicação normal na vida dos indivíduos. O *by-pass* ainda *(ii)* permite desenvolver uma rota alternativa, seja para a realização de uma tarefa pública, seja para desonerar determinadas funções do Estado. Por princípio, *o by-pass* também *(iii)* pretende ser mais eficiente do que a instituição de origem. Por fim, o *by-pass (iv)* implementa uma mudança específica no sistema tradicional, mas sem que isso signifique a modificação de todo o sistema.[607]

Importante chave conceitual criada por MARIANA PRADO para pensar os diferentes tipos de *by-pass* institucional é a classificação entre *by-pass* públicos e privados. Enquanto o *by-pass* público é notado nas hipóteses em que as duas instituições envolvidas são financiadas e desenvolvidas no âmbito do Estado, um *by-pass* privado ocorre quando ao menos uma das instituições envolvidas é de natureza privada. O exemplo dado pela autora de *by-pass* privado é justamente a arbitragem. [608]

Essa é uma ideia similar àquela de *saída institucional* de ALBERT HIRSCHMAN desenvolvida no Capítulo 05: a arbitragem disponibiliza aos contratantes um foro de disputas *diferente, alternativo e privado* aos quadros estatais, a evitar muita das ineficiências e deficiências da instituição de origem.

---

[606] "One possible alternative for overcoming the difficulties that plague institutional reform efforts is an approach that I call an 'institutional bypass'. An institutional bypass is analogous to a road bypass. A road bypass goes around a town or village, allowing drivers to deviate from the town centre, avoiding the slower speed limits and possibly traffic jams. Similarly, an institutional bypass creates a new pathway around clogged or blocked institutions" (PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011, p. 19. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016).

[607] PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011, p. 19. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016.

[608] "Private arbitration can be considered a bypass because even though the ordinary legal dispute resolution system (state courts) remains in place, the parties can choose to have their legal dispute adjudicated by a private party. Arbitration tribunals could therefore be considered a means for private parties to avoid perceived shortcomings in state judicial systems" (PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011, p. 39. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016).

Essa opção de saída pode ser, inclusive, considerada como um traço histórico da arbitragem. Veja-se que, desde a antiguidade grega, os indivíduos enfrentavam congestionamento nos foros oficiais de solução de disputas, a incentivar, desde aquele momento, o uso de formas alternativas de arbitragem privada.[609] Na Idade Média, a arbitragem também tinha esse mesmo papel de criar uma *rota alternativa* às jurisdições senhoriais oficiais. Naquele período, como já visto, a multiplicidade de jurisdições, somada à inadequação e ineficiência das cortes senhoriais para o trato de questões comerciais, tornavam a arbitragem uma alternativa mais apropriada para a solução dos conflitos comerciais privados.

Ainda que secular, esse mesmo raciocínio continua a fundamentar o uso do instituto nos dias de hoje. De fato, o mecanismo arbitral pode ser empregado com o fim de "*contornar sistemas judiciais frágeis"* dos países emergentes, inclusive como forma de financimento de projetos de infraestrutura.[610]

Esse mesmo raciocínio pode ser empregado no Brasil e também aqui a arbitragem está associada à ideia de um *by-pass* institucional. Exemplos não faltam para se evidenciar essa afirmação. Está presente no voto de ministros que julgaram a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. É o caso do ministro Ilmar Galvão, que expressamente associou a promulgação da Lei nº. 9.307/96 à necessidade de se contornar as ineficiências verificadas na atuação do Poder Judiciário.[611] Também é esse é

[609] "Historical research indicates that ancient Greek courts – like today's courts in many countries – suffered from congestion and back-logs, which led to the use of arbitrators, retained from other city states (rather like foreign engineers or mercenaries), to resolve pending cases" (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009, p. 21).

[610] "To get around weakjudicial systems, poor countries can export the enforcement of contracts. For infra-structure deals in which private investors from rich countries invest in poor countries, for example, international arbitration clauses can be used in cases of dispute" (Building Institutions for Market, World Development Report 2002, p. 18. Disponível em <http://external.worldbankimflib.org/>. Acesso em 20.01.2016).

[611] "(...) o Poder Judiciário passa, atualmente, por crise muito mais aguda do que aquela que assustou o renomado tratadista transcrito [J.X. Carvalho de Mendonça], e que se exprime por uma incapacidade que já se tornou crônica de enfrentar a cada vez mais volumosa avalanche de causas que lhe são apresentadas, decorrendo desse impasse o agravamento sempre crescente de uma morosidade que já extravasa os limites máximos do tolerável. Trata-se de fator que, sem dúvida nenhuma, pode constituir sério desestímulo aos negócios, justamente no momento em que se prognostica um acentuado incremento nas atividades empresariais entre nós, sobretudo em decorrência do festejado fluxo de capitais alienígenas com vista à exploração de novos empreendimentos de natureza econômica. Não surpreende, portanto, que, diante de tal conjuntura, houvesse o legislador brasileiro acenado com a alternativa do Juízo Arbitral como solução para o grave problema, buscando assegurar o desenvolvimento econômico do País" (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Sentença Estrangehria 5206-7-Espanha, Voto Ministro Ilmar Galvão, p. 14-15 [do voto do ministro, correspondente às p. 1133 e 1134 do arquivo completo do julgamento de constitucionalidade da lei de arbitragem]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em 20.01.2016).

entendimento constante em muitos autores e teóricos do assunto, considerando que, no Brasil, a arbitragem veio para buscar uma alternativa às mazelas do Poder Judiciário.[612]

Mais do que apenas uma opção institucional de saída, o que um *by-pass* pode proporcionar a longo prazo é o *aprimoramento institucional* sem necessidade de reformas dispendiosas. E isso porque, em linhas gerais, o *by-pass* não confronta grupos de interesse contrários às mudanças, mas simplesmente coloca à disposição dos indivíduos uma alternativa para fugirem às ineficiências das instituições existentes. Com o tempo, todo o aparato institucional pode ser elevado a um *novo patamar de equilíbrio*, em que o nível geral de satisfação e de eficência é maior.

É nesse sentido que MARIANA MOTA PRADO compara o funcionamento do *by-pass* institucional a uma forma de tecnologia. Segundo a autora, enquanto um novo marco tecnológico provoca inovações e pode trazer, com isso, um incremento de crescimento econômico, o *by-pass* também tem esse mesmo potencial transformador. Ao inovar o traçado original, o *by-pass* pode também promover mudanças sociais capazes de estimular um novo comportamento institucional mais eficiente.[613]

MARIANA MOTA PRADO cita o exemplo do Poupatempo para exemplificar as melhoras institucionais derivadas do emprego de um *by-pass*.[614] Segundo a autora, o fato de o Poupatempo não ter eliminado as instituições burocráticas originais, tendo apenas

---

[612] Defendendo a lei de arbitragem como uma "saída" em relação ao Poder Judiciário, bem como trazendo resenha completa dos autores brasileiros que defendem essa posição, vide MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 67-74.

[613] "(...) the bypass project functions as a kind of technological innovation, which can potentially move the system to a new equilibrium if successful. Just as technological change is a driver of growth in an endogenous model of development economics, with a bypass institutional change can push the institutional arrangement (rather than economic growth) closer to a more desirable level. Instead of replacing it immediately, the new pathway created by an institutional bypass co-exists with the old institutions for a certain period of time (like the new technology co-exists with the old technology). There is no prediction as to whether and how a bypass will work (see section 3.2 below). Like a new technology, it is an attempt to promote change that may or may not produce expected results" (PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011, p. 27. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016). A metáfora entre inovação institucional e inovação tecnológica também é encontrada em Jeffrey Nugent. Institutions, markets, and development outcomes. In: PICCIOTTO, Robert; WIESNER, Eduardo. *Evaluation & Development* - The institutional dimension. New Jersey: Transaction Publishers, 1998, p. 12.

[614] Para melhor referência, o Poupatempo é uma experiência criada em 1997 no Governo do Estado de São Paulo, que implementou um foro administrativo específico para a realização de uma série de serviços públicos de documentação, originalmente distribuídos em inúmeras instâncias institucionais autônomas. O Poupatempo é usado, por exemplo, para emissão de documentos como carteiras de identidade, carteiras de trabalho, registros de habilitação, etc. O objetivo é dar maior celeridade e qualidade a esse serviços de emissão de documentos.

criado um foro alternativo aos indivíduos, evitou o confronto institucional, o desperdício de recursos e a necessidade de ampla reforma da administração pública. Poupou-se, assim, resistência política, garantindo-se o mesmo resultado e eficiência que uma reforma institucional poderia trazer, a um custo inferior.[615] É, em síntese, a combinação do melhor de dois mundos.

Dentro do cenário de análise apresentado por MARIANA MOTA PRADO, um efeito gerado pelo Poupatempo merece ressalva específica. Trata-se da *concorrência* que esse *by-pass* cria sobre as instituições existentes, a forçar, através disso, uma melhora geral no padrão de qualidade das instâncias originais. Conforme reportado pela autora, os novos padrões e exigências de funcionamento estabelecidos pelo Poupatempo provocaram adaptações e inovações significativas em instituições vizinhas, em reforço à ideia de que um *by-pass* pode efetivamente promover mudanças estruturais profundas a longo ou médio prazo. Essa consequência sobre outras instituições é denominada pela autora de "*feedback effect*", por envolver retorno em instâncias conexas e complementares às do *by-pass*.[616]

No caso da arbitragem, vê-se que o emprego dessa forma institucional alternativa tem produzido efeitos semelhantes à experiência do Poupatempo. Em primeiro lugar porque, desde sua declaração de constitucionalidade em 2001, a arbitragem tem gerado no Brasil um benefício direto aos indivíduos, disponibilizando um serviço de

---

[615] "as an institutional bypass, Poupatempo was able to overcome the major obstacles for the implementation of institutional reforms in developing countries mentioned above: lack of resources, culture, political economy and path dependence" (PRADO, Mariana Mota; CHASON, Ana Carolina da Matta. How innovative was the Poupatempo experience in Brazil? Institutional Bypass as a New Form of institutional Change. *Brazilian Political Science Review*, p. 21. Disponível em <http://www.bpsr.org.br/index.php/bpsr/article/view/112 >. Acesso em 20.01.2016).

[616] "One way in which a bypass can change pre-existing institutions is by creating competition among public institutions, which may provide incentives for dysfunctional institutions to improve. Indeed, Poupatempo gave citizens an option to exit the pre-existing bureaucracy and go somewhere else, while at the same time keeping the traditional service provider in place. The increasing numbers of people attending Poupatempo was the main evidence that citizens were happy with it, but the traditional bureaucracy also had the option to become more attractive to these citizens by improving their service. This accorded with the reformers' hope that innovations produced by these reforms would have feedback effects, being later incorporated by the traditional bureaucracy, creating a virtuous cycle of reforms (interview with Daniel Annenberg, 2009). In some cases, this actually happened, such as the digitalization project at the identification card central office. There was at least one case in which changes were drastic: the complete modification of the services of the Company for Urban and Housing Development in São Paulo (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU)) to meet the standards of Poupatempo units. (...) This case suggests that Poupatempo appears to have had some of the expected feedback effects on the traditional bureaucracy, promoting structural changes in the internal structures of the Brazilian State, but further research would be necessary to determine why this happened in this case, but not in other departments" (PRADO, Mariana Mota; CHASON, Ana Carolina da Matta. How innovative was the Poupatempo experience in Brazil? Institutional Bypass as a New Form of institutional Change. *Brazilian Political Science Review*, p. 28-29. Disponível em <http://www.bpsr.org.br/index.php/bpsr/article/view/112>. Acesso em 20.01.2016).

solução de disputas mais eficiente do que o Poder Judiciário. Também a arbitragem tem criado uma concorrência sadia com o Poder Judiciário, inclusive incentivando o progresso na organização das instâncias judiciárias estatais.

É o que apontam CELSO PUGLIESE e BRUNO MEYERHOF SALAMA. Para eles, o advento e adesão cada vez maior à Lei nº. 9.307/96 estimulam um processo de modernização judiciária, notado especialmente em projetos de lei propostos com o fim de recuperar a jurisdição estatal.[617] Muitas dessas reformas processuais se inspiram claramente em valores promovidos pela arbitragem, como é o caso da ênfase dada à agilidade e à celeridade do processo. Note-se, nesse sentido, as próprias modificações previstas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, 16.03.2015).

De fato, um dos eixos principais do novo código está justamente na celeridade e na redução de vias recursais, em linha com alguns dos valores processuais mais importantes da arbitragem. Outra vertente é a desformalização processual, tendo o novo Código de Processo Civil permitido maior flexibilidade às partes e funcionários estatais, em clara alusão à liberdade de formas que a arbitragem admite.

Mais do que mera coincidência, o reconhecimento desse fato demonstra concretamente a função de aprimoramento institucional que a arbitragem tem promovido no Brasil. Além de criar um foro alternativo que escapa às ineficiências do Poder Judiciário e que ainda promove as condições necessárias para o tráfego comercial, a arbitragem tem forçado, em "*feedback effect*", mudanças estruturais profundas em instituições brasileiras vizinhas e complementares à arbitragem.

Note-se que o contraponto apresentado ao uso da arbitragem como um *by-pass* institucional está, paradoxalmente, também associado à questão do aprimoramento institucional. O raciocínio é feito de forma inversa. Como ponderam MICHAEL TREBILCOCK e MARIANA MOTA PRADO, o *by-pass* feito às cortes judiciais estatais pode

[617] "A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade. Não surpreende, portanto, que, no Brasil, o movimento de fortalecimento da arbitragem tenha sido acompanhado por seguidos esforços legislativos de recuperação da jurisdição estatal. Com efeito, diversos projetos de lei foram criados para aumentar a agilidade e a informalidade dos procedimentos judiciais (características típicas da arbitragem), como a implantação dos Juizados Especiais e as seguidas reformas da legislação processual civil" (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Celso Antonio. A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor, *Caderno Direito GV, nº. 7, jan./jun. 2008,* p. 22).

trazer um efeito perverso sobre a qualidade do cenário institucional original, dado que, ao se criar uma rota alternativa a ser usada por apenas uma parcela dos indivíduos, a pressão política por reformas institucionais nos quadros do Poder Judiciário tenderia a diminuir. O resultado no longo prazo seria um cenário de instituições sucateadas e ineficientes para aqueles indivíduos que, sem poderem fugir do Poder Judiciário, dele dependeriam para a pacificação de seus conflitos.[618]

O argumento é apresentado especialmente no confronto entre o uso do foro arbitral internacional por contratantes e investidores internacionais *versus* o uso do Poder Judiciário por indivíduos e partes contratuais locais. Como nota TOM GINSBURG, no longo prazo, essa substituição de instituições locais por instituições internacionais pode criar uma armadilha aos países em desenvolvimento.[619]

Ainda que se reconheça a validade teórica desse argumento, acredita-se que esse entendimento tem menor aplicabilidade no Brasil. E isso diante da presença de elementos concretos que demonstram a pressão político-jurídica por reformas estruturais no Poder Judiciário brasileiro, evidenciando-se que o uso da arbitragem não reduziu as forças, nem o interesse reformista, sobre a instituição de origem. O novo Código de Processo Civil aprovado em 2015 ilustra esse entendimento.

---

[618] "This strategy, reflected in the rise of global law firms, largely bypasses domestic legal institutions (expect for residual risks associated with the enforcement of foreign arbitral awards) and has raised several caveats on that account: it largely removes foreign investors as a political constituency for domestic legal reform while leaving many domestic parties captive to the fragilities of domestic legal institutions, including abuses of human rights beyond the domain of comercial transactions, and risks rendering a transitional strategy the permanent *status quo* (a low-level equilium trap)" (TREBILCOCK, Michael; PRADO, Mariana Mota. *What makes poor countries poor?* Institutional determinants of development. Massachussets: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 116).

[619] "These substitutes, in particular investor-state arbitration mechanisms, have expanded even more rapidly than domestic investments in governance, and allow powerful actors to avoid local judicial institutions. Local judicial institutions, in turn, face insufficient incentives to compete with the global alternatives. In an era of global investment flows, powerful players can exit local jurisdictions with poor institutions. This means that developing countries can find themselves in a trap of low-quality institutions, wherein no political coalition can form to support institutional improvement. Indeed, the presence of international alternatives to adjudicatory or regulatory bodies may reduce local institutional quality under certain conditions. The spread of international institutions may thus explain the intractability of governance" (GINSBURG, Tom. International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance. *International Review of Law and Economics*, vol. 25, issue 1, 2007, p. 107-123. Também publicado em University of Illinois Law & Economics Research Paper Nº. LE06-027, p. 28-29. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=916351>. Acesso em 20.01.2016).

7.5. Síntese das ideias apresentadas

A partir desse breve sobrevoo histórico, feito com o propósito de contextualização temporal e funcional da arbitragem, três premissas puderam ser delineadas.

Em primeiro lugar, fica evidente que a arbitragem contribui à tarefa de *administração de conflitos*, auxiliando os países e sociedades na contenção do grau de litigiosidade, bem como na garantia da coesão e estabilidade das relações sociais. Essa função é desenvolvida não apenas em razão da realização concreta da tarefa jurisdicional, mas tendo em vista, ainda, o efeito profilático e preventivo que a convenção de arbitragem pode deter na redução do nível de litígios.

Além de funcionar como mecanismo de pacificação de conflitos sociais, a arbitragem historicamente conjugou também a função de *suporte ao mercado e às operações econômicas*, criando condições de segurança, previsibilidade, neutralidade e confiança necessárias à realização de negócios e investimentos entre sujeitos desconhecidos.

Terceiro ponto que se quis destacar diz respeito ao funcionamento da arbitragem como *by-pass* institucional. Através de caminhos alternativos, a arbitragem buscou superar óbices que as instituições oficiais da época – seja o congestionamento das cortes gregas, a ausência de mecanismo centralizado de disputas na Idade Média ou a própria ineficiência do Poder Judiciário nos dias atuais –, não permitiam alcançar. Ao atuar como *by-pass*, a arbitragem tem incentivado melhoras no padrão de qualidade das instituições originárias e complementares, em nítido processo de aprimoramento institucional.

Essas diferentes funções institucionais desempenhadas pela arbitragem transcendem a importância desse instituto para além apenas de sua vertente processual. Mesmo porque, não apenas os indivíduos têm à disposição uma via menos congestionada e mais técnica de solução de disputas privadas, como as reformas processuais recentemente adotadas demonstram os efeitos positivos que a complementaridade entre arbitragem e o Poder Judiciário tem trazido em termos de debates reformistas das instituições originais.

Além disso, as próprias decisões de realizar investimentos de longo prazo continuam a ser tomadas à luz da presença da via arbitral. Instituições internacionais de governança continuam a reconhecer a importância da arbitragem para fins da integração dos mercados e como parte estratégica em políticas de desenvolvimento nos países emergentes.

Além dessas conclusões, mais uma vez também se destaca a arbitragem como *categoria histórica*. Sim, porque desde a antiguidade a arbitragem tem evoluído e acompanhado as necessidades sociais, adaptando-se e acumulando novas funções institucionais à medida que a realidade exigia.

De fato, viu-se que a arbitragem teve muitas roupagens históricas: foi forma patriarcal e religiosa de solução de disputas nos povos assírios, hebreus e islâmicos; tornou-se foro de disputas nas cidades-estado gregas e romanas; evoluiu para mecanismo preferencial de solução de controvérsias do comércio medieval; foi endossada pela Igreja Católica para questões religiosas e seculares; ganhou suporte legislativo dos Estados Modernos e passou a ser advogada como "*private ordering*" dentro de uma realidade informacional, global e em rede.

É claro que há, efetivamente, uma inspiração comum a acompanhar o instituto da arbitragem, o que permite inclusive nomeá-la da mesma forma ao longo de tantos séculos. Como mencionado por THOMAS CLAY, essa inspiração comum reside essencialmente na ideia de realização de Justiça e no espaço por ela ocupado no "*coração da sociedade civil*". Mas, reside também na caracterização da arbitragem como um *produto da prática social e econômica*, que se constrói a partir das experiências e necessidades concretas.

Essa capacidade de adaptação tem sido um dos principais fatores a garantir a permanência desse instituto ao longo de tantos anos. Mais do que apenas uma flexibilidade *à vontade das partes* a que a doutrina processualista correntemente se refere, trata-se de verdadeira flexibilidade *ao tempo e às necessidades sociais*, congregando-se, em cada época, o *tempero local* necessário para que a arbitragem florescesse e ganhasse a preferência dos indivíduos.

É o que CAPPELLETTI menciona como o "*novo elemento*" sempre presente no tratamento da arbitragem e de outras forma alternativas de solução de disputas. Mesmo

não se tratando de uma ideia nova, as sociedades constantemente têm redescoberto "*novas razões para preferir tais alternativas*".[620]

Em outras palavras: vê-se nessa instituição uma constante *maleabilidade e permeabilidade social* que lhe tem permitido fugir de formas caricaturais de solução de disputas, dando vazão às necessidades de cada época e em cada sociedade. Em termos de análise institucional, essa permeabilidade social da arbitragem, além de permitir identificar suas diferentes funções institucionais acumuladas ao longo do tempo, também abre espaço para o estudo da arbitragem à luz de conceitos como experimentalismo, aprendizado e conhecimento local. Esses temas são estudados no próximo capítulo, dentro do panorama das economias institucionais que podem ser concretamente associadas à arbitragem.

[620] "Essa idéia não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução dos conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar" (CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, n. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 88).

CAPÍTULO 8

ARBITRAGEM E ECONOMIA INSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 8.1. A economia da arbitragem: funcionalidades institucionais. 8.2. O benefício trazido por instituições fundadas na confiança: a superação de dilemas de coordenação social. 8.3. Segurança jurídica e incentivo ao investimento. 8.4. Complementaridade entre arbitragem e Poder Judiciário. 8.5. Autorregulação de conflitos, voz e empoderamento. 8.6. Experimentalismo, aprendizado e adaptação institucional. 8.7. Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica.

8.1. A economia da arbitragem: funcionalidades institucionais

Assim como na abordagem contratual, entende-se que a arbitragem também pode acumular funcionalidades de caráter institucional a ultrapassar a mera solução de disputas privadas. Como feito na primeira parte desta tese, uma vez identificadas tais potencialidades teóricas no capítulo anterior, passa-se ao mapeamento de aplicações concretas daí extraídas e que se classificam como externalidades positivas por trazerem benefícios que atingem a uma multiplicidade de agentes. Também se verá que muitas dessas funcionalidades de cunho institucional compartilham conceitos e noções já referidas no âmbito das funcionalidades contratuais. Antes de sugerir duplicidade ou repetição de argumentos, o que se busca evidenciar é, em verdade, a conexão havida entre o cenário contratual e institucional, com questões repercutindo nas duas searas, na linha já apresentada por autores da NEI.[621]

Cinco são os eixos de análise investigados: instituições fundadas na confiança e a superação de dilemas de coordenação social (item 8.2); segurança jurídica e o grau de investimento (item 8.3); complementaridade entre arbitragem e Poder Judiciário (item 8.4); autorregulação de conflitos, voz e empoderamento social (item8.5) e o experimentalismo, aprendizado e adaptação institucional (item 8.6).

[621] Vide citações de Brousseau e Williamson nas notas de rodapé 174 e 175.

8.2. O benefício trazido por instituições fundadas na confiança: a superação de dilemas de coordenação social e a criação de uma motivação normativa

O tema da confiança já foi tratado em capítulos anteriores. Viu-se o impacto que esse elemento pode trazer em termos de estabilidade das relações contratuais, a ponto de OLIVER WILLIAMSON e outros autores da NEI terem tomado a confiança como um dos principais vetores a contornar incertezas e oportunismos do mundo dos contratos.[622]

Mas confiança é tema que pode ser analisado para além do eixo meramente contratual. Mesmo porque contratos estão imersos no contexto institucional[623], o que torna confiança contratual e confiança institucional temas mutuamente correlacionados.[624]

Ponto de partida a se pensar o impacto da confiança dentro do ambiente institucional é ROBERT PUTNAM. Para ele, laços de confiança são capazes de justificar diferentes padrões de desenvolvimento econômico e social. A chave no pensamento do autor está no conceito de "*capital social*": um conjunto de valores de confiança e cooperação que auxiliam as sociedades na tarefa de coordenação dos agentes econômicos.[625]

Sim, porque dilemas de coordenação social – ou *collective action* – são inerentes a sociedades complexas e plurais[626], de forma que identificar arranjos sociais capazes de induzir confiança nas relações humanas pode ajudar na superação desses

---

[622] Vide Capítulos 02, 03 e 04.

[623] "Contracts are therefore embedded in institutional framework" (BROUSSEAU, Éric. Contracts: From Bilateral Sets of Incentives to the Multi-Level Governance of Structures. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 38).

[624] "Institutional trust refers to the social and organization context within which contracts are embedded" (WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust and economic organization. *Journal of Law and Economics*, v. 36, nº. 1, 1993, p. 486).

[625] "Social capital here refers to features of social organization, such as trust, norms, and networks, that can improve the efficiency of society by facilitating coordinated actions (...) For political stability, for government effectiveness, and even for economic progress social capital may be even more important than physical or human capital" (PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*: Civic Traditions in Modern Italy. Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 167 e 183).

[626] "Individuals in a society of small groups learn to trust one another by acquiring detailed personal knowledge, this includes the proclivity of each individual to be violent; and includes the belief that through repeated interaction the ongoing relationships create an interest. *In larger groups, no individual has personal knowledge of all the members of the group or society, and so personal relationships alone cannot be used to control violence. Some form of social institution must arise to control violence if societies are to develop larger groups*" (NORTH, Douglass, WALLIS, John Joseph, WEINGAST, Barry. *Violence and social orders*: a conceptual framework for interpreting recorded human history, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 14).

dilemas e intensificar ganhos econômicos. Conforme menciona KENNETH ARROW, a falta de confiança pode estar na raiz de muitas situações de entrave econômico.[627]

Veja-se que a ideia de capital social em PUTNAM em muito se assemelha ao "*capital reputacional*" tratado por KLEIN e já visto em capítulos anteriores: ambos partem da premissa de credibilidade como elemento a facilitar as relações econômicas e sociais. A diferença está essencialmente na dimensão mais ampliativa do conceito de PUTNAM, que pretende sobejar o ambiente apenas contratual e de negociações privadas. Na visão de PUTNAM, são os laços cívicos de confiança e cooperação social que ajudam a explicar diferentes padrões políticos e sociais. O argumento é ilustrado a partir da histórica divergência política entre o Norte da Itália, próspero e mantido via relações políticas horizontais e colaborativas, e o Sul, com relações verticais de dominação, clientelismo e desconfiança.

Além de PUTNAM, outros autores também veem na confiança *ethos* essencial a explicar histórias bem-sucedidas de desenvolvimento. ALAIN PEYREFITTE, já tratado no Capítulo 03, é um deles. Para ele, confiança é "*o pano de fundo de todo o desenvolvimento real e duradouro*".[628] Tanto que os diferentes critérios identificados pelo autor para medir o grau de desenvolvimento ou sub-desenvolvimento das sociedades – entre os quais se destacam os níveis de inovação, a tolerância social, o grau de instrução dos cidadãos, entre outros – têm como raiz comum justamente o princípio de confiança.

FRANCIS FUKUYAMA é outro expoente a considerar a confiança uma virtude necessária à criação de prosperidade e bem-estar social. Assim como PUTNAM, FUKUYAMA também parte do conceito de capital social e de uma *sociabilidade espontânea* para explicar o porquê de economias baseadas nessas virtudes apresentarem melhores desempenhos econômicos no longo-prazo. Indivíduos sociáveis e que confiam uns nos outros tendem a significar negócios menos onerosos, maior capacidade de inovação e custos de transação reduzidos, com efeitos multiplicadores sobre toda a sociedade.[629]

---

[627] "It can be plausibly argued that much of the economic backwardness in the world can be explained by the lack of mutual confidence" (ARROW, Kenneth J. Gifts and Exchanges. *Philosophy and Public Affairs*, v. 1, 1972, p. 357).

[628] PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança*. Madrid: Instituto Piaget Divisão Editorial, 1995, p. 414.

[629] "O capital social tem importantes consequências para a natureza da economia industrial que a sociedade for capaz de criar. Se as pessoas que têm de trabalhar juntas numa empresa confiarem umas nas outras porque estão todas operando de acordo com um conjunto de normas éticas comuns, fazer negócios torna-se menos oneroso. Tal sociedade terá melhores condições de inovar organizacionalmente, uma vez que o o alto

Para esse autores, confiança é, portanto, um *amálgama especial*; uma ética social capaz de alinhar condutas e estimular comportamentos em torno de um mesmo fim de prosperidade e desenvolvimento. Segundo SEN, mesmo sociedades capitalistas devem pautar-se por valores mínimos de confiança e honestidade para conseguirem se desenvolver com sucesso.[630] É graças à confiança que se tenha nos indivíduos e nas instituições por eles criadas[631], que problemas de coordenação social podem ser superados, com melhores desempenhos econômicos, políticos e sociais.

Cabe aqui mencionar o exemplo trazido por ELIONOR OLSTROM a respeito da cooperativa pesqueira de Alanya. Por meio de regras claras de exploração econômica, monitoramento pelos próprios cooperados e punição efetiva em caso de descumprimento foi possível à cooperativa atingir nível eficiente de desenvolvimento, com aprimoramento da confiança e da própria comunicação entre os cooperados.[632] Segundo OLSTROM, as partes puderam implantar regras de conduta capazes de induzir maior confiança entre os indivíduos, permitindo-se, assim, a manutenção de relacionamento de longo prazo em benefício de toda a coletividade. Vale ressaltar que um dos elementos-chave a explicar o sucesso do arranjo foi a presença de um *enforcement* efetivo, confiável e a custos não-proibitivos, a propiciar, segundo o próprio PUTNAM, o necessário capital social a garantir a coordenação de interesses e a superação de estratégias individuais de *free-riding*.[633]

---

grau de confiança permitirá que uma grande variedade de relacionamentos sociais emerja. (...) Em contraste, pessoas que não confiam umas nas outras acabarão cooperando somente num sistema de regras e regulamentos, que têm de ser negociados, acordados, litigiados, e postos em vigor muitas vezes por meios coercitivos. Esse aparato legal, servindo de substituto da confiança, acarreta o que os economistas chamam de 'custos transacionais'" (FUKUYAMA, Francis. *Confiança* - As virtudes sociais e a criação de prosperidade. Rio de Janeiro: Roco, 1996, p. 42-43).

[630] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 316.

[631] Veja-se que para Fukuyama, Putnam e Peyrefitte, a ideia de confiança tem fundo essencialmente subjetivo e cultural. Matriz teórico diverso entende, por outro lado, serem as instituições as responsáveis por introjetar tais valores nos indivíduos. Vide: "In sum, for institutional theorists, explanations of trust in institutions are directly related to the institutions themselves rather than the social characteristics of individuals who evaluate them" (SUH, Chan S., CHANG, Paul Y., and LIAM, Yisook. Spill-Up and Spill-Over of Trust: An Extended Test of Cultural and Institutional Theories of Trust in South Korea. *Sociological Forum*, v. 27, n. 2, 2012, p. 508).

[632] "Alanya provides an example of a self-governed common-property arrangement in which the rules have been devised and modified by the participants themselves and also are monitored and enforced by them. (...) It is thus possible that people can communicate, that they can learn to trust one another and to organize themselves to gain benefits and avoid harm. When individuals have lived in such situations for a substantial time and have developed shared norms and patterns of reciprocity, they possess social capital with which they can build institutional arrangements for resolving CPR dilemmas" (OSTROM, Elinor. *Governing the commons* - The evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 20 e 184).

[633] "Elinor Ostrom has recently demonstrated the value of this approach by carefully comparing cooperative attempts to manage common-pool resources, such as grazing grounds, water supplies, and fisheries. Why, she asks, have some institutions succeeded in overcoming the logic of collective action and others failed?

É possível aplicar à arbitragem racional similar ao de Alanya, especialmente no âmbito de contratos relacionais. Isso porque contratos relacionais podem enfrentar dilemas de coordenação ao longo de sua execução diferida no tempo, tema que se mostra de menor relevância em contratos *spot* ou de curta duração. De fato, em cenários de longo prazo, podem os contratantes se ver diante de estratégias oportunísticas de quebras contratuais que considerem mais eficientes do que a permanência e o respeito contratual. Também contratos relacionais compartilham o elemento de "*comunidade de interesses*" presente em situações como em Alanya, com incentivos semelhantes à *autorregulação de conflitos*, dado que tanto opções de saída, como intervenções externas podem colocar a perder toda a economia gerada às partes. Por fim, é a arbitragem uma ordem jurídica em que as partes substituem os poderes públicos na tarefa de criação, monitoramento e aplicação de normas[634], tal como ocorrido no exemplo de Alanya.

Seja em Alanya, seja no âmbito de contratos relacionais de hoje, a quebra da confiança e a permanência de comportamentos oportunistas podem significar, no âmbito privado, a redução do excedente contratual a ser produzido, em razão da necessidade de coação forçada ou de maiores gastos para verificação e monitoramento do desempenho futuro. [635] Em termos institucionais, esta-se diante de *perdas sociais* derivadas da ausência de uma coordenação apropriada e de uma mentalidade comum entre os indivíduos.

A arbitragem viria, então, no sentido de auxiliar no fortalecimento dessa coordenação social, introjetando nos indivíduos uma *motivação comum* ou *supra-individual*. É o que SIEGWART LINDENBERG e NICOLAI FOSS denominam de *motivação normativa*, em contraposição a uma motivação de ganhos individuais ou hedonistas.[636]

Among the principles of institutional design suggested by her comparisons are that the boundaries of the institution be clearly defined, that affected parties participate in defining the rules, that violators be subject to graduated sanctions, that low-cost mechanisms be available for resolving conflicts, and so on" (PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*: Civic Traditions in Modern Italy. Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 166).

634 "Such orders may fill the vacuum when public institutions fail. They may be the hallmark of a fluid legal universe, with significant elements of self-governance, as the arbitrants themselves, replacing the legislative and executive arms of the state, create norms, and ensure their sanctions" (PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 48).

635 Tema já visto no Capítulo 05.

636 "The overarching goal connected to a supraindividual orientation is the normative goal, and it can best be indicated by the desire to act appropriately in the service of the supraindividual entity. Such a goal can be inhibited (i.e., driven into the cognitive background) by one of two competing overarching goals connected to an individual orientation: the gain goal, which expresses the desire to improve (or preserve) one's resources, and the hedonic goal, which expresses the desire to improve (or preserve) the way one feels right now" (LINDENBERG, Siegwart; FOSS, Nicolai. Managing joint production motivation: the role of goal framing and governance mechanisms. *Academy of Management Review*, v. 38, n. 3, p. 505).

Essas são motivações que concorrem entre si e que justificam, segundo os autores, padrões distintos de colaboração, com reflexos nos resultados a serem obtidos pelo ente supra-individual.

LINDENBERG e FOSS chamam a atenção para o fato de que seres humanos detêm faculdades cognitivas para atuar em cooperação e para gerar tal motivação normativa, mas que essa mentalidade é sujeita a alterações ao longo do tempo. Daí porque criar estruturas capazes de incentivar, constantentemente, essa *motivação comum* importa para a manutenção da coordenação social, evitando-se a prevalência de mentalidades de cunho individualista. A estabilidade desse equilíbrio depende, porém, da *sinalização constante* dos indivíduos, especialmente aqueles em posição de destaque, no sentido de respeito à mentalidade comum, a produzir o que eles denominam de contágio de fim comum – ou *goal contagion effect*, conforme o original.[637]

Mais uma vez o argumento de sinalização de confiança torna a aparecer, a demonstrar a importância desse elemento para a prevalência de comportamentos cooperativos, e, no caso específico em análise, para que a arbitragem seja tomada como uma forma de governança capaz de gerar confiança, coordenação social e uma mentalidade de fins comuns entre os envolvidos.

Portanto, a primeira economia institucional que a arbitragem pode representar também deriva de seu potencial como estrutura capaz de induzir confiança e cooperação nas relações de longo prazo. Mas nesse caso a economia refere-se aos efeitos da confiança irradiados para além dos limites contratuais, funcionando como arranjo apto a auxiliar na própria superação de dilemas advindos da falta de coordenação social.

---

[637] "our conception implies that human beings are especially equipped with coordinated cognitive and motivational faculties that are geared to participating in joint production. (...) If the normative goal frame fails to get sufficient support, gain or hedonic goal frames will take over, or the hedonic and the gain goal frames might effectively prevent the normative goal from becoming focal. The relative weakness of the normative goal can also be gleaned from the fact that even if the normative goal is focal at a given moment, it will tend to decay quite quickly unless it is strengthened by supporting arrangements, such as positive and negative sanctions. (...) a very strong factor influencing the stability of the normative goal frame is the behavior of others (Keizer, Lindenberg, & Steg, 2008), especially those of higher status (Moscovici & Faucheux, 1972). If higher-ups clearly signal that they are in a normative goal frame, this will greatly help to stabilize this goal frame in subordinates (Brown, Treviño, & Harrison 2005; Mühlau & Lindenberg, 2003). By the same token, signals that higher-ups are not in a normative goal frame will weaken this goal frame in subordinates. (...) In short, such "goal contagion" effects (Aarts, Gollwitzer, & Hassin, 2004) can strongly influence the stability of the normative goal frame in both positive and negative directions" (LINDENBERG, Siegwart; FOSS, Nicolai. Managing joint production motivation: the role of goal framing and governance mechanisms. *Academy of Management Review*, v. 38, n. 3, p. 502 e 507).

Isso porque, se do ponto de vista contratual, a arbitragem pode representar o *primeiro passo* – "*first move*" conforme o já mencionado DIEGO GAMBETTA[638] – a exteriorizar um pacto de confiança em relação ao contrato celebrado, no âmbito institucional, a economia daí derivada diz respeito ao alinhamento de interesses em torno de um *mesmo fim comum,* com ganhos de capital social e redução de *free-riding,* a gerar efeitos multiplicadores sobre a sociedade. Em outras palavras, a arbitragem ajudaria na criação de uma *motivação normativa*, sinalizando o respeito e a aderência a uma mentalidade cooperativa.

Como no exemplo de Alanya, essa economia é extraída de três principais fatores. Em primeiro lugar, do potencial de autorregulação privada que surge com a arbitragem, produzindo resultados qualitativamente até superiores do que o processo contencioso em razão da "*posição privilegiada*" que ocupam as partes na identificação da melhor saída ao conflito.[639] A clareza das regras adotadas pela arbitragem e o *enforcement* mais efetivo e custoso que este sinaliza aos contratantes são outros fatores a reduzir a dependência em relação ao uso do poder coercitivo tradicional e a permitir outra dinâmica de cumprimento contratual mais eficiente, efetiva e a menores custos sociais.

Justamente por reduzir o desperdício social e se apoiar na irradiação de confiança é que a arbitragem pode permitir maiores ganhos ao ambiente institucional. Mesmo porque, conforme explicita GAMBETTA, sociedades que empregam mecanimos de confiança tendem a ser melhor sucedidas do que aquelas que se valem apenas de mecanismos de coerção social.[640] Também ao incentivar a criação de uma *comunidade de interesses* a arbitragem tende a introjetar nos indivíduos o respeito a uma mesma motivação normativa, o que fortalece os níveis de coordenação social, gerando círculo virtuoso de estabilidade e segurança.

---

[638] GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: GAMBETTA, Diego (Coord.). *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p. 230

[639] Esse tema já foi tratado em tópicos anteriores, vide GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 4 e CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, nº. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 90, notas de rodapé 467 e 472.

[640] "Societies which rely heavily on the use of force are likely to be less efficient, more costly, and more unpleasant than those where trust is maintained by other means" (GAMBETTA, Diego. Can We Trust Trust?. In: *Trust* - Making and Breaking Cooperative Relations, ed. Diego Gambetta. Oxford: Blackwell, 1988, p. 221).

8.3. Segurança jurídica e investimento

Segunda economia institucional vem em complemento ao aumento de confiança institucional e alinha-se à ideia de segurança jurídica e seus impactos sobre o grau de investimento. Esta é economia que reforça as noções de previsibilidade e calculabilidade contratual já tratadas no Capítulo 05.

O princípio de segurança jurídica pode ser visto como um patamar mínimo de previsibilidade essencial ao Estado de Direito.[641] Sem segurança jurídica, contratos e investimentos tornam-se mais onerosos em razão da majoração de custos de transação que acompanham um ambiente econômico instável.[642]

O papel da arbitragem como elemento de estabilização e promoção de investimentos é há muito reconhecido. Como já mencionado no Capítulo 05, para YVES DEZALAY e BRYANT GARTH, a arbitragem é tomada como uma ferramenta prática para estruturação dos mercados internacionais e garantia de investimentos estrangeiros.[643] GARY BORN caminha no mesmo sentido, entendendo que a arbitragem serve a compensar as incertezas e riscos de se transacionar no ambiente internacional.[644]

Note-se que o apelo à arbitragem como ferramenta de segurança jurídica e atração de investimentos aparece inclusive em documentos legislativos. A Suprema Corte na Índia expressamente declarou ser essa a intenção com a promulgação da lei de arbitragem[645], algo, aliás, bastante similar àquilo que o Regulamento inglês de arbitragem

---

[641] "A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travas relações jurídicas válidas e eficazes" (NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado democrático de direito?, p. 23. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1868/SEGURANCA_JURIDICA_E_CERTEZA_DO_DIREITO_REALIDADE_OU_UTOPIA_NUM_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO>. Acesso em 20.01.2016).

[642] Essa ideia já foi tratada no âmbito da NEI e ECT no Capítulo 02 e no tópico 5.4 do Capítulo 05.

[643] DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 7.

[644] "The central objective of contemporary international arbitration statutes has been to facilitate international trade and investment by providing more secure means of dispute resolution. Recognizing that international transactions are subject to unique legal uncertainties and risks, states have sought to promote the use of arbitration as a way of mitigating such risks" (BORN, Gary. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International: The Netherlands, 2012, p. 22-23).

[645] "To attract the confidence of International Mercantile community and the growing volume of Indias trade and commercial relationship with the rest of the world after the new liberalisation policy of the Government, Indian Parliament was persuaded to enact the Arbitration and Conciliation Act of 1996 in Uncitral model and, therefore, in interpreting any provisions of the 1996 Act Courts must not ignore the objects and purpose

havia feito em 1698, conforme visto no Capítulo 07. Também no preâmbulo da Convenção de Washington de 1965 vê-se associação entre investimento estrangeiro, cooperação e arbitragem, temas que aparecem unificados sob a rubrica comum de *condições para o desenvolvimento econômico*.[646]

No Brasil, a pressão pelo uso da arbitragem acompanhou, nas palavras de PEDRO BATISTA MARTINS, "*o maior envolvimento do país nas transações internacionais*", a evidenciar justamente o papel da arbitragem como ferramenta indutora da própria decisão de investir. A importância da arbitragem como mecanismo de atração de investimentos concretizou-se especialmente no contexto das privatizações, quando leis específicas de setores regulados (telecomunicações, petróleo, lei de concessões, *etc*) passaram a expressamente autorizar seu uso em contratos públicos.[647]

Ainda hoje é de se ressaltar serem a confiança e a segurança da via arbitral fatores decisivos à realização de investimentos no Brasil: somente em 2011, cerca de US$50,4 bilhões entraram no país a título de investimento de capital direto no mercado de capitais. A possibilidade de recurso à arbitragem no âmbito da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) é tomada como um dos principais fatores a ter incentivado tal volume de investimentos.[648]

---

of the enactment of 1996" (Suprema Corte da Índia, Caso Konkan Railway Corpn. Ltd. & Ors vs M/S. Mehul Construction Co on 21 August, 2000. Disponível em <http://indiankanoon.org/doc/116018390/>. Acesso em 20.01.2016).

[646] "Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States; Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases; Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire" (Convenção ICSID. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-preamble.htm>. Acesso em 20.01.2015).

[647] "A partir do maior envolvimento do país nas transações internacionais, sobreleva o desconforto de empresários e investidores estrangeiros com a ausência de um sistema mais célere e, no seu entender, neutro de resolução de conflitos (...) À luz dessa realidade, pode-se afirmar que a arbitragem cristaliza-se como componente ou mecanismo relevante na engrenagem do fluxo de capital estrangeiro para o país e, também, no plano do comércio internacional. E aqui, já concluíndo a vertente retrospectiva, a importância da arbitragem como fator relevante de atração de investimentos estrangeiros afirma-se, clara e nomeadamente, no momento das privatizações" (BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 32, 2012, p. 104).

[648] Veja-se caderno especial publicado em 01.12.2011, no jornal Valor Econômico: " A segurança jurídica e a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos em tempo hábil compõem os principais fatores que levam o investidor a aplicar em um país. Além do instituto jurídico, constam dessa lista de requisitos a atitude amistosa ao capital estrangeiro; ter uma moeda confiável porque o investimento é de médio-longo prazo e a previsibilidade de que as regras do jogo não mudarão no meio do caminho. A afirmação foi de Roberto Teixeira da Costa, presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), em palestra no

Mas, se um tipo de incentivo ao investimento que a previsão de arbitragem pode proporcionar é justamente no sentido do incremento no fluxos financeiros pela maior estabilidade gerada, outra forma igualmente relevante diz respeito aos ganhos econômicos que o próprio mercado da arbitragem pode trazer.

O tema do surgimento de um "*mercado da arbitragem*" já foi tratado em capítulos anteriores, cabendo apenas acrescentar que os ganhos auferidos pelos grandes centros de arbitragem são tanto financeiros, quanto em termos de prestígio e reputação dentro da comunidade arbitral.[649] Na tentativa de quantificar esses ganhos, estudo realizado em Toronto apurou que o benefício trazido à cidade em razão do uso da arbitragem foi da ordem de US$ 256.3 milhões em 2012, subindo para US$ 273.3 milhões em 2013, com impactos que superam o campo apenas jurídico.[650] A pesquisa chegou a esses valores calculando o número de arbitragens realizadas em Toronto e a média de custos envolvidos em cada procedimento.

Ainda que a metodologia aplicada possa ser questionada, especialmente por empregar questionários como fonte para identificação dos custos envolvidos[651] e também ter deixado de lado externalidades de outra natureza no cômputo dos ganhos sociais, é bem verdade que os números expressivos já deixam entrever os ganhos potenciais que a arbitragem pode estimular, a explicar a competição acirrada entre instituições de

---

seminário Arbitragem e Segurança Jurídica no Brasil realizado pelo Valor segunda-feira, em São Paulo. Segundo Costa, a adoção do sistema de arbitragem no Brasil permitiu que o investidor estrangeiro olhasse com mais confiança para o mercado nacional: somente até outubro deste ano, foram recebidos US$ 50,4 bilhões de investimento de capital direto, em comparação a US$ 48,4 bilhões de 2010. A estimativa para 2012 é de US$ 70 bilhões. 'Entre maio de 2004 e julho de 2011, o Novo Mercado mobilizou recursos da ordem de R$ 121 bilhões em IPOs (Initial Public Offering). Em média, 70% das subscrições foram feitas por investidor estrangeiro. Tenho certeza de que sem a cláusula de arbitragem esse volume não teria sido conseguido. A criação da CAM foi instrumento poderoso para o Brasil dar esse grande salto', destacou Costa" (Sistema fez o mercado nacional ser visto com mais confiança, Valor Econômico, edição de 01.12.2011).

[649] "there is increasing recognition of the importance of international arbitration, in terms of both its contribution to global trade and the economic benefit such arbitrations can bring to the host country. Arbitration centres have been set up in many parts of the world. Some of them may have only a nominal existence, but taken as a whole they represent a potential source of revenue (and perhaps of prestige) to a country" (HUNTER, Martin. REDFERN, Alan; BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4. Ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 69).

[650] "Arbitrations generate a variety of accompanying economic activity. Proceedings may use local counsel, experts, and arbitrators, bringing benefits to the local professional services community. Additionally, the proceedings use local legal support services and venues. Counsel and arbitrators from outside the local area are likely to visit for international arbitrations, bringing benefits to the hotel and hospitality industry. In total, the potential impact on the local economy can be significant; moreover, it does not necessarily accrue only to businesses and individuals in the legal industry" (Arbitration in Toronto: An economic study, p. 10. Disponível em <http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/CRA_report.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[651] O risco que se identifica é especialmente de *recall bias*.

arbitragem no mundo todo. Como a própria pesquisa conclui, a arbitragem tornou-se um negócio atrativo tanto ao setor público, quanto privado.[652]

Além desses elementos, fator que cabe ainda destacar, também associado à ideia de maior segurança e investimento, diz respeito ao impacto da arbitragem na redução de ineficiências públicas e de oportunidades de corrupção. Esse argumento é trazido, entre outros, por HERNANDO DE SOTO, para quem a intervenção do Estado na economia tende a perpetuar laços de captura. É bem por isso que para o autor a desregulação e a autorregulação, com indivíduos e organizações assumindo maior controle sobre a economia, são consideradas reformas-chave para melhora do aparato público.[653] Para DE SOTO, a arbitragem é um dos mecanismos aptos a reduzir a imobilidade, a corrupção e a ineficiência que acompanham a atuação estatal direta.

Note-se que o argumento se alinha à estratégia defendida por instituições internacionais de fomento ao desenvolvimento. Ainda hoje, muitos projetos do Banco Mundial continuam a usar o estímulo à arbitragem para alavancar o cenário de investimentos em países emergentes, em razão justamente da maior segurança, dos ganhos de previsibilidade jurídica e da redução de oportunidades de corrupção que essa seara pode representar em comparação às estruturas judiciárias locais.[654]

Portanto, a segunda economia institucional que a arbitragem pode proporcionar vincula-se ao potencial de *incremento dos fluxos financeiros*, criando-se ambiente de maior estabilidade, calculabilidade e segurança para recebimento de recursos

---

[652] "For good reason, arbitration resources tend to agglomerate by location. This tendency is balanced by the need for multiple locations throughout the world to provide additional flexibility and neutrality in disputes. Both factors make arbitration an attractive area for public and private support" (Arbitration in Toronto: An economic study, p. 27. Disponível em <http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/CRA_report.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[653] "This is why it is essential to reform and expand the judiciary, arbitration, the system of justices of the peace and, in general, all institutions which permit order without the immobility, corruption and inneficiency that accompany direct state intervention in economic life (...) Having assigned private individuals, the judiciary and informal organizations these new tasks, the state should then be able to devote more resources to doing those things which private individuals cannot do or do not do well - for instance, conservation of natural resources and public property, protection of the national heritage, personal safety, the control of monopolies and restrictive practices, transport, and education, for none of which the private sector suffices" (DE SOTO, Hernando. *The Other Path* - An economic answer to terrorism. New York: Basic Books, 1989, p. 251).

[654] Vide, por exemplo, projeto Turquia - *Competitiveness and Savings Development Policy Loan Program*, iniciado em 02.05.2012; projeto *Burkina Faso - First Growth and Competitiveness Credit* (GCC-1) iniciado em 26.06.2012, projeto África - *Improved Investment Climate within the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA)*, iniciado em 25.05.2012, Projeto República Democrática do Congo, *Private Sector Development and Competitiveness*, iniciado em 26.03.2008. Consulta feita no website do Banco Mundial. Disponível em <http://www.worldbank.org/projects/>. Acesso em 20.01.2016.

de longo prazo. Em um cenário como esse, novos negócios podem ser realizados, com impactos positivos sobre o excedente econômico e social gerado.

Também ao retirar do Poder Judiciário fatia relevante de conflituosidade, a arbitragem termina por criar um complemento com órgãos estatais de solução de disputas. Essa racional conduz à terceira economia institucional, que se relaciona à complementaridade entre arbitragem e Poder Judiciário.

8.4 Complementaridade entre arbitragem e Poder Judiciário

A ideia de complementaridade institucional parte do pressuposto de que arranjos sociais são mutuamente dependentes e correlacionados entre si, de forma que a presença de uma instituição pode impactar diretamente a eficiência das demais.[655]

Na literatura econômica, dois conceitos de complementaridade institucional são delineados. Um se se vincula à ideia de *reforço* de incentivos similares: duas instituições são ditas complementares quando a presença, eficiência e funcionamento de uma, reforça positivamente a presença, eficiência e funcionamento de outra.[656] Segundo conceito associa-se mais à ideia de compensação do que de reforço: a complementaridade institucional promove antes a compensação de deficiências e falhas encontradas em diferentes arranjos institucionais do que o reforço de características similares.[657]

Nos dois sentidos, a ideia de complementaridade sugere uma dinâmica em que o impacto econômico de instituições não deve ser tomado isoladamente. Ao contrário, diante dos laços de interdependência, as decisões dos agentes econômicos estão

[655] "two institutions can be said to be complementary if the presence (or efficiency) of one increases the returns from (or efficiency of) the other" (HALL, Peter, SOSKICE, David. An introduction to varieties of capitalism. In: HALL, Peter, SOSKICE, David (Eds). *Varieties of Capitalism* - The institutional foundations of comparative advantage. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 17).

[656] "Institutional complementarity is present when the existence or the particular form taken by an institution in one area reinforces the presence, functioning, or efficiency of another institution in another area" (AMABLE, Bruno. *The diversity of modern capitalism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 60).

[657] "But compensation is not just about incentives. It also refers more generally to situations where one institution simply makes up for the deficiencies of another. For instance, Denmark's famous flexicurity institutions enable private employers to easily fire workers but also provide workers with welfare, training and job relocation programmes that help them at such times in ways that improve national economic performance. The point is that for markets to function well institutions must compensate for each other's shortcomings rather than reinforce each other's incentives" (CAMPBELL, John. The US financial crisis: lessons for theories of institutional complementarity. *Socio-Economic Review*, v. 9, 2011, p. 212-213).

inevitavelmente atreladas dentro do ambiente institucional: uma decisão tomada em vista a um determinado arranjo, pode causar reflexos (positivos ou negativos) sobre instituições e agentes que funcionam sob incentivos complementares.[658]

Em termos macroeconômicos, complementaridades institucionais também têm sua importância e podem impactar sobre decisões a serem tomadas pelos agentes econômicos. Isso na medida em que a capacidade (ou incapacidade) de exploração eficiente de complementaridades pode ter efeito direto sobre o desempenho dos mercados e das economia dos países.[659]

Veja-se o exemplo dado por AOKI. Segundo o autor, o sucesso da economia japonesa derivou em grande medida da combinação do sistema financeiro japonês com a organização industrial adotada, que empregava trabalho em times como forma de colaboração intra-firma.[660] O resultado dessa combinação de arranjos foi a criação de incentivos complementares, capazes de alinhar interesses e objetivos de agentes financiadores, empresários e trabalhadores, elevando-se o patamar de desenvolvimento econômico de toda a sociedade. Saber identificar arranjos complementares bem-sucedidos torna-se, portanto, questão chave para o desempenho dos mercados e de estratégias de desenvolvimento.

Dizer que arbitragem e Poder Judiciário são instituições complementares pode soar como lugar-comum. Esse é argumento que tem sido usado pela doutrina para sustentar, por exemplo, a necessidade de uma *interação harmônica*, conforme expressão

---

[658] "It is therefore necessary to consider the influence of institutions on the whole economy not in isolated ways, i.e. by considering one area of the economy after another, but in terms of the joint influence of institutions. Generally conceived, institutional complementarity stems from the interdependence of institutional influences on agents' decision-making" (AMABLE, Bruno. *The diversity of modern capitalism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 59).

[659] "Many political economists argue that market performance depends on the presence of institutional complementarities. The idea is that the more complementary a set of institutions is the better will be a country's economic performance" (CAMPBELL, John. The US financial crisis: lessons for theories of institutional complementarity. *Socio-Economic Review*, v. 9, 2011, p. 212).

[660] "it was suggested that the choice of a financial system ought to depend upon nonfinancial factors including the internal organization and property rights arrangements of the firm, the competitiveness of the labor market and the historical path and development stage of the economy. Specifically, it was pointed out that the emergence of the main bank system in Japan was related to the strongy 'team' nature of the internal organization, while the team oriented organizations were incentive wise supported by the main bank system and the imperfect labor market. There were mutually reinforcing effects". (AOKI, Masahiko. The contingent governance of teams - Analysis of institutional complementarity. *International Economic Review*, v. 35, n. 3, 1994, p. 675).

de LUIZ EDSON FACHIN, entre as duas instituições.[661] Também se trata de apelo feito especialmente em matéria de produção cautelar e probatória, em que o *suporte complementar* do Poder Judiciário torna-se essencial à efetividade da tutela arbitral. Note-se, nesse sentido, as recentes inclusões dos artigos 22-A, 22-B, 22-C na Lei nº. 9.307/96, com a finalidade de regular a atuação conjunta e complementar de árbitros e juízes.

Mas, empregando-se conceito próprio de complementaridade institucional, isso significa dizer que arbitragem e Poder Judiciário têm se reforçado mutuamente no sentido de fornecer uma prestação jurisdicional mais eficiente. Essa eficiência decorre, em primeiro lugar, da própria especialização jurisdicional gerada. Algo que CELSO PUGLIESE, BRUNO MEYERHOF SALAMA[662] e MARIANA MOTA PRADO[663] entendem como consequência direta da própria competição criada entre a prestação jurisdicional pública (pelas cortes estatais) e privada (por meio da arbitragem).

Essa eficiência pode também ser entendida à luz de fenômeno diverso, decorrente da ideia de um *sistema multiportas de solução de disputas*. A possibilidade de escolha entre diferentes métodos de pacificação de conflitos (não apenas arbitragem, mas também mediação, *dispute boards*, conciliação, *etc*), gera maior adaptabilidade processual, além também de um aprimoramento de todos os métodos em resposta à competição estabelecida.[664] Conforme CARLOS ALBERTO CARMONA, um sistema multiportas dá bases

---

[661] FACHIN, Luiz Edson. A relação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Publicação Migalhas, 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI206807,61044-A+relacao+entre+o+Poder+Judiciario+e+o+Tribunal+Arbitral>. Acesso em 20.01.2016.

[662] SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Celso Antonio. A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor, *Caderno Direito GV,* nº. 7, jan./jun. 2008, p. 15-27.

[663] "The success and popularity of a bypass program might force the pre-existing institution to mimic the bypass or to seek other improvements of its own processes. This might happen for one of two reasons: (1) the current institution is inspired by the success and efficiency of the bypass or (2) the fear of becoming obsolete. It can also happen for a mix of both reasons. In the case of the second reason, shaping up becomes a natural outcome of a competitive process, in which the pre-existing institution perceives the bypass as a threat but reacts to it in a positive way by fairly competing in this market for a certain public service and trying to win consumers by offering a product of higher quality" (PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011, p. 43. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016).

[664] "O fórum de múltiplas portas será descrito como um mecanismo que busca selecionar e encaminhar as disputas para diversos métodos de resolução de conflitos e que possui a importante vantagem de poder adaptar amplamente o procedimento ao tipo de controvérsia. Essa adaptação permite utilizar o procedimento mais adequado para a resolução das controvérsias, evitando assim que as desvantagens de meios resolutórios menos adequados, ao mesmo tempo em que aproveita totalmente as qualidades dométodo apropriado. (...) O fórum de múltiplas portas possui grande potencial de aprimorar o Judiciário para que este atinja os objetivos da jurisdição e responda eficientemente aos anseios de nossos cidadãos" (BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual, p. 243-244 e 261. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003).

ao progresso e à evolução econômica e social dos países[665], em argumento que se traduz na ideia de complementaridades institucionais e no impacto sobre melhores desempenhos econômicos.

Ao mesmo tempo em que cria reforço positivo de uma instituição sobre a outra, arbitragem e Poder Judiciário também têm se controlado mutuamente para evitar ineficiências e deficiências. Isso tem sido feito pelo Poder Judiciário especialmente mediante intervenção em sede de ações anulatórias, nos termos previstos pela Lei nº. 9.307/96. Pelo lado da arbitragem, o que se nota é a influência prática e teórica que esse método tem gerado, ao fornecer aos quadros judiciários novos subsídios de reforma a partir de valores de oralidade, simplificação e flexibilidade, conforme já tratado no Capítulo 07.

Portanto, o que se quer chamar a atenção é mais do que apenas a necessidade de harmonia e diálogo entre arbitragem e Poder Judiciário. Uma leitura mais profunda entende complementaridade institucional como a possibilidade de interação e exploração eficiente entre instituições, com alinhamento de objetivos e funções a criar externalidades positivas em benefício das duas instituições. A longo prazo, tal exploração de complementaridades pode levar ao aprimoramento de todo o sistema de solução de disputas, levando-se a novo patamar de equilíbrio capaz de induzir melhores desempenhos econômicos e sociais.

No caso da arbitragem, essa complementaridade com o Poder Judiciário pode inclusive gerar externalidades em relação *a outras áreas* que não apenas a eficiência dos mecanismos de solução de disputas. Como já visto nas seções anteriores, esse impacto pode atingir *(i)* o nível de investimento, *(ii)* a segurança jurídica e *(iii)* os padrões de coordenação social existentes na sociedade. Pode também induzir maior grau de empoderamento social, conforme visto a seguir.

[665] "Em um sistema multiportas, temos mecanismos adequados para determinadas coisas. Então o que estamos fazendo com a arbitragem é abrir portas que antigamente não existiam (...) Então, não estamos falando em desafogar o Judiciário. Estamos falando em criar um país para o futuro. Estamos dizendo que o Brasil vai ser um país como os países evoluídos que têm um sistema multiportas. Isto sim que é evolução" (Entrevista Carlos Alberto Carmona ao Portal Jota - Notícias Jurídicas, em 21.08.2015. Disponível em <http://jota.info/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona>. Acesso em 20.01.2016).

8.5 Autorregulação de conflitos, voz e empoderamento

Na primeira parte desta tese, a arbitragem foi construída como uma opção de *saída* disponível aos litigantes. Essa aproximação foi feita com base em HIRSCHMAN e também reforçada com a caracterização da arbitragem enquanto um *by-pass* institucional, apto a abrir às partes uma nova rota de solução de disputas privadas. Mas, se a arbitragem pode ser construída efetivamente como uma opção de saída, ela pode igualmente ser vista como um instrumento de *voz* e de *empoderamento*.

Para HIRSCHMAN, voz é o mecanismo social usado para aprimorar a qualidade das instituições. Diferente da opção de saída, que dá ao cidadão o poder de escolha entre instituições, no caso da voz o empoderamento se dá pela via do protesto e da manifestação pública.[666]

O mecanismo de voz é visto como essencial para romper laços clientelistas e de dominação.[667] Pode também melhorar o desempenho de serviços públicos, permitindo às instituições responderem com mais agilidade às necessidades e desejos sociais de seus usuários diretos.[668] Voz e protesto podem se manifestar nas urnas, bem como em outros meios como o *lobbying*, o ativismo social e em campanhas informativas.[669] É, de toda maneira, uma das mais importantes formas de *accountability* e de empoderamento do cidadão face aos poderes públicos.

---

[666] "Voice is here defined as any attempt at all to change, rather than to escape from, an objectionable state of affairs, whether through individual or collective petition to the management directly in charge, through appeal to a higher authority with the intention of forcing a change in management, or through various types of actions and protests, including those that are meant to mobilize public opinion" (HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, Voice, and Loyalty*: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge: Harvard University Press, 1970, p. 30).

[667] "Raising poor citizens' voice, through the ballot box and widely available information, can increase their influence with policymakers - and reduce the diversion of public services to the non-poor for political patronage" (World Bank. *World Development Report, Making services work for poor people*, Washington, World Bank, 2004, p. 1. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5986>. Acesso em 20.01.2016).

[668] PAUL, Samuel. Accountability in public services: exit, voice and capture. *Policy, Research and External Affaris. Working Papers*. Country Economics Department. The World Bank, 1991.

[669] "This Report uses the term voice to express the complex relationships of accountability between citizens and politicians. Voice is about politics, but it covers much more. The voice relationship includes formal political mechanisms (political parties and elections) and informal ones (advocacy groups and public information campaigns)" (World Bank. *World Development Report, Making services work for poor people*, Washington, World Bank, 2004, p. 50. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5986>. Acesso em 20.01.2016).

Mecanismos de autorregulação de conflitos, entre eles a arbitragem e outros ADRs podem ser vistos dentro de uma ótica similar de voz e empoderamento. Em primeiro lugar, porque eles ensinam as partes a resolverem seus conflitos por si, o que representa um passo significativo em termos de empoderamento e independência no acesso à Justiça, elemento especialmente relevante em países em que o Poder Judiciário apresenta deficiências de funcionamento.[670] De fato, ao operar fora da esfera judicial, os ADRs obrigam as partes a terem mais contato e melhor compreensão dos demais *stakeholders* envolvidos no processo, além da própria realidade da disputa, para, assim, buscarem uma solução mediada do conflito, o que termina por gerar uma capacitação diferenciada das partes atuantes nesses procedimentos.[671]

Também é de se destacar que a própria cultura dos ADRs estimula a participação, a autonomia e o diálogo, dentro da ideia de uma Justiça coexistencial, em que a manifestação e a voz dos participantes ganham um protagonismo diferenciado. Isso é claramente reconhecido para a arbitragem[672] e também para a mediação[673], vistos como instrumentos de reparação da comunicação rompida entre as partes. A possibilidade de ouvir e ser ouvido, tanto no que se refere ao mérito da disputa, quanto ao procedimento a ser seguido, reforça a confiança entre as partes, a gerar importante fator de legimidade e aceitação dos ADRs.

---

[670] "It is also a way to build a more pacific society, because the use of ADR methods has the implicit objective of teaching people how they can resolve their own conflicts at home, at work, with their neighbors, and with others" (ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; MARTINS, Luciano Luz Badini. The Ministério Público of the State of Minas Gerais and the ADR experience. In: WOUTERS, Jan; NINIO, Alberto; DOHERTY, Teresa; CISSÉ, Hassane (Eds.). *The World Bank Legal Review*, v. 6: Improving Delivery in Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability, 2015, p. 318).

[671] "The ADR process is evidently aligned with the value of voice in the sense of giving affected or disputing parties a chance to express grievances or perspectives outside a court of law, with the intent of reaching some kind of resolution. Reaching a resolution, in its ultimate form, includes a process of understanding the contextual realities in which are situated complex governing laws, for example, the country's constitutional protections and other national laws. Simultaneously, reaching a resolution also involves comprehending and engaging with informal networks of preexisting social relationships, patterns of behavior, and other social norms that are practised among affected stakeholders, communities, or other parties" (WOUTERS, Jan; NINIO, Alberto; DOHERTY, Teresa; CISSÉ, Hassane (Eds.). *The World Bank Legal Review*, v. 6: Improving Delivery in Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability, 2015, p. 22).

[672] "Arbitration is all about communication to generate confidence and enable the heart of the problem to be exposed as quickly and economically as possible, leaving each party whatever the outcome with the feeling that procedurally it obtained a square deal, without successful gamesmanship on the part of the opponents" (SHILSTON, Alan. The Evolution of Modern Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 4, issue 2, 1987, p. 65).

[673] "a mediação, sendo instrumento restaurador da comunicação entre conflitantes, surge como importante ferramenta promotora da participação individual. Isso ocorre em face de seu procedimento baseado na autonomia individual, o qual permite a construção de uma decisão pelas partes, responsabilizando e comprometendo os conflitantes em relação ao cumprimento desta" (GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoriada ação comunicativa de Habermas. *Pensar Fortaleza*, v. 18, nº. 1, jan./abr. 2013, p. 70).

Além desse empoderamento mais imediato no que se refere à solução de disputas, há casos relatados na literatura internacional em que os mecanismos de autorregulação de conflitos foram além do intento de pacificação social, trazendo inclusive benefícios para a integração e a reconciliação após situações de conflito.

É o caso, por exemplo, das "*Cortes de Gacaca*" de Ruanda, mecanismos comunitários de solução de disputas que deram aos cidadãos as condições de transparência, confiança e diálogo para obterem os necessários esclarecimentos a respeito do genocídio ocorrido, levando-se à condenação dos responsáveis. O julgamento por membro da própria comunidade[674] e a proximidade com os indivíduos[675] são identificados como fatores preponderantes à eficiência e aceitação dos julgamentos. As cortes de Gacaca deram tanto empoderamento processual, quanto voz social às vítimas diante de seus perpetradores.[676]

Mesmo em países que não passam por situações de conflito ou guerra civil, esse racional dos ADRs e seu potencial de capacitação social por meio da voz e do protesto continua válido. Como já mencionado no Capítulo 03, os ADRs contêm um "*ingrediente de comunidade*"[677], o que proporciona um sentimento de pertencimento e de proximidade, capazes de, a um só tempo, permitir às partes *(i)* melhor expressão de sua voz e *(ii)* maior empoderamento dentro e fora do processo.

---

[674] "As there were too few lawyers or judges for the trials, and as the courts were intended as community courts, lay members of the community would serve as judges (*inyangamugayo*). In October 2001, the first round of elections for *gacaca* judges began. Legal training was not required to serve as a judge. Instead, judges were selected on the basis of their commitment to justice, truth, and a 'spirit of sharing'" (BREHM, Hollie Nyseth; UGGEN, Christopher; GASANABO, Jean-Damascène. Genocie, Justice and Rwanda's Gacaca Gours. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 30, n. 3, 2014, p. 336).

[675] "Gacaca courts take their origin in the Rwandan culture where people used to sit together in Gacaca and settle their disputes. In relation to the 1994 genocide the Gacaca process is a cornerstone for reconciliation among Rwandans because it discloses the truth about the genocide events and it speeds up genocide trials. It also helps to eradicate the culture of impunity, it enables people to live in harmony and peace once again, and it reconciles and strengthens the unity among Rwandans (...) These experiences also underscore the importance of systems of recourse and dispute settlement that are close to the people" (United Nations Development Programme, Mutual accountability mechanisms: accountability, voice and responsiveness, 2006, p. 15 e 27. Disponível em <http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/capacity-development/drivers-of-change/accountability/mutual-accountability-mechanisms/Mutual-Accountability-cp6.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[676] "The Gacaca process can be a means to provoke a Rwandese society that has been silenced for decades to voice its concerns openly and to begin to question authority. Through such civic participation, the people may begin to channel their animosities through a constructive dispute-resolution process rather than through violence. Furthermore, through contestation the people may begin to hold the Rwandese State accountable and thus begin to chip away at its authoritarian power structure" (WIERZYNSKA, Aneta. Consolidating democracy through transitional justice: Rwanda's Gacaca courts. *New York University Law Review*, v. 79, 2004, p. 1939).

[677] LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro* - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 607.

Ainda que em arbitragens comerciais essa economia seja percebida de forma diversa daquela narrada pelas cortes de Gacaca, visto que o objeto em disputa são direitos patrimonais e disponíveis, há um contexto de aprendizado e de capacitação dentro e fora do processo que não pode ser negligenciado. Esses aprendizado torna os litigantes e partes em arbitragem melhor preparados para expressar seus próprios interesses.

8.6 Experimentalismo, aprendizado e adaptação institucional

Por fim, última economia institucional que se pode atribuir à arbitragem relaciona-se ao potencial de experimentalismo, aprendizado e adaptação que se pode ganhar com o uso do instituto. Esse tema foi introduzido brevemente no final do Capítulo 07, a partir da evidência de evolução da arbitragem. Com efeito, o panorama histórico da arbitragem permitiu demonstrar sua flexibilidade e permeabilidade aos interesses econômicos e sociais, garantindo-se, ao longo do tempo, uma solução de disputas adaptada às necessidades dos indivíduos em disputa.

A ideia de experimentalismo é hoje mais comum no debate institucional. Trata-se do abandono da rigidez de modelos prontos ou fórmulas *blueprint* como solução aos entraves econômicos e sociais. Enquanto o modelo proposto pelo Consenso de Washington partia de grandes princípios, como privatizações, desregulamentação da economia, reforma fiscal, abertura de mercados, a serem universalmente aplicados em projetos de reforma institucional[678], a ideia de experimentalismo mudou a ênfase para *elementos locais* e para o *contexto histórico* como fatores a influenciar experiências bem-sucedidas de desenvolvimento.[679]

---

[678] "The term 'Washington Consensus' was coined in 1989. (...) I made a list of ten policies that I thought more or less everyone in Washington would agree were needed more or less everywhere in Latin America, and labeled this the 'Washington Consensus'. (...) The ten reforms that constituted my list were as follows: 1. Fiscal Discipline (...) 2. Reordering Public Expenditure Priorities (...) 3. Tax Reform (...) Liberalizing Interest Rates (...) 5. A Competitive Interest Rate (...) 6. Trade Liberalization (...) 7. Liberalization of Inward Foreign Direct Investment (...) 8. Privatization (...) 9. Deregulation (...) 10. Property Rights" (WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus. In: SERRA, Narcis and STIGLITZ, Joseph (Eds.). *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance. Oxford:* Oxford University Press, 2008, p. 1, 9-10.

[679] "one-size-fits-all policies are doomed to fail. Policies that work in one country may not work in others. The contrast between the success of the East Asian economies, which did not follow the Washington Consensus, and those that did has become increasingly clear. (...) there is an emerging consensus: countries

É nesse sentido que LINDAUER e PRITCHETT falam inclusive no fim da era das *grandes ideias* e da necessidade de *estratégias de diagnóstico* em que as sociedades descobrem, por si, seus próprios caminhos, aproveitando premissas e princípios gerais, mas experimentando novos arranjos mais adaptados ao contexto local.[680] Ideia similar é encontrada em STIGLITZ ao advogar a necessidade de se ter um olhar global, mas ao mesmo tempo sensível aos particularismos regionais ("*scan globally, reinvent locally"*).[681] A premissa por trás desse raciocínio é a presença de elementos sociais tácitos que se integram às instituições formais, levando à formação de *sistemas híbridos*, que podem não ser percebidos por agentes reguladores e reformadores. Segundo TEDDY BRETT, é em razão dessa interação com elementos tácitos que estratégias de reforma institucional podem se tornar imprevisíveis.[682]

É também nesse sentido que DANI RODRIK coloca a ênfase no conhecimento e no aprendizado local como formas de identificação desses elementos tácitos ou híbridos.[683] CHARLES SABEL chama a atenção ainda para outro elemento: a necessidade de um processo social de contínuo aprendizado, a permitir que as instituições estejam em

---

should be given room to experiment, to use their own judgement, and to explore what might work best for them" (STIGLITZ, Joseph. Is there a Post-Washington Consensus Consensus? In: SERRA, Narcis and STIGLITZ, Joseph (Eds.). *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance. Oxford:* Oxford University Press, 2008, p. 53-54).

[680] "As development academics, we need not aspire to be like physicists, who make predictions to fifteen digits and write mathematical models of which the present universe is a special case. Suppose instead that we want to be as effective as medical doctors in diagnosing and treating problematic conditions. What would we need? First, we would have to ground our advice on a complete, coherent, and causal chain from a recommended decision or action to a desired outcome. This would require some sound general theories and empirical evidence to serve as the basis for choosing the preferred effective policy—not necessarily the single right policy action, but the preferred policy. Second, policy advice would rely less on big ideas (such as government is bad/good or trade is bad/good) and supposedly unvarying growth relationships (such as deficits are bad for growth) and more on a policy decision tree. (...) The road to development is extremely complex, and the ultimate guide to that path must therefore be more complex than an arrow pointing confidently in one direction" (LINDAUER, David; PRITCHETT, Lant. What's the big idea? The third generation of policies for economic growth. *Economia,* v. 3, n. 1, 2002, p. 26 e 28).

[681] "Prudent counsel is to scan globally for best practices but to test them locally, since local adaptation often amounts to reinventing the 'best practice' in the new context. (...) In the context of development, where what is involved is 'social learning' and adaptation, more is entailed: it is not just a matter of being 'open' or 'close' to outside knowledge; it is a matter of being open to outside knowledge in a way that reaffirms one's autonomy" (STIGLITZ, Joseph. Scan globally, reinvent locally. Knowledge infrastructure and the localisation of knowledge. In: STONE, Diane (Ed). *Banking on Knowledge* - The genesis of the global development network. London: Rutledge, 2000, p. 31).

[682] "effective interventions will need to involve hybrid solutions that combine 'western' to 'traditional' institutions in new ways in order to accomodate themselves to local capacities, dispositions and endowments. (...) Hence the development challenge is not to eliminate non-western institutions, but to adapt them to modern needs and to manage the inevitable conflicts that this will generate better thatn we are doing now" (BRETT, A.E. *Reconstructing Development Theory*. London: Palgrave Macmillan, 2009, p. 229).

[683] "Tacitness implies that much of the knowledge that is required is in fact not written down, leaving the blueprints highly incomplete. (...) Institutions need to be developed locally, relying on hands-on experience, local knowledge and experimentation" (RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions, and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 163-164).

constante evolução para, assim, superarem gargalos e obstáculos que se imponham ao longo do tempo.[684]

É com base nessas ideias, especialmente no sentido de um processo contínuo de aprendizado institucional, o ponto comum que se identifica com a arbitragem. Aliás, o próprio estudo histórico do instituto demonstrou justamente esse potencial de adaptabilidade e aprendizado institucional constante, além também da importância do elemento local a calibrar o uso da arbitragem por cada sociedade e em cada época distinta.

São esses elementos de adaptação e aprendizado que justificam a permanência e a adesão à arbitragem durante tantos séculos. Mesmo porque, conforme aponta LISA BERNSTEIN, para que um arranjo privado sobreviva ao longo dos anos é essencial que ele se mantenha mais eficiente do que arranjos alternativos.[685] Vale lembrar que o foco de análise da autora são regras privadas de regulação do mercado de diamantes, incluindo-se o próprio uso da arbitragem como forma de proteção da reputação e garantia de um *enforcement* efetivo e confiável entre os agentes desse mercado.

O cerne do argumento está, portanto, na necessidade de as instituições manterem-se organicamente conectadas e satisfazendo as necessidades sociais. Caso contrário, elas podem terminar substituídas por outras capazes de oferecer melhores resultados a menores custos.[686]

Enquanto categoria histórica presente até os dias de hoje, a arbitragem demonstra ter *potencial* de manter-se permeável aos interesses de cada ambiente e de sociedade em que é empregada. A pergunta é: até que ponto os argumentos teóricos e as

---

[684] "The process or bootstrapping view, in contrast, assumes that even in the absence of market distortions, growth requires continuing social learning. The goal therefore is to create institutions that can learn to identify and mitigate different, successive constraints on growth, including of course such constraints as arise from defects in the current organization of the learning institutions themselves" (SABEL, Charles. Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard. On capitalism. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 307-308).

[685] "extralegal norms trump legal rules in a given market only where market participants find that keeping to the industry norms advances their own self-interest. The private regime must be Pareto superior to the established legal regime in order to survive" (BERNSTEIN, Lisa. Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*. v. 21, n. 1, 1992, p. 117).

[686] "A comprehensive institution endures because it is organically connected and satisfies an essential need of society. It can be suppressed, but it is then driven underground (...) It can be multilated (...) or it can be replaced by a more adequate institution, fulfilling the same function, satisfying the same needs" (Malinowsky 1945, p 53 *apud* BRETT, A.E. *Reconstructing Development Theory*. London: Palgrave Macmillan, 2009, p. 243).

funcionalidades institucionais até aqui apresentadas ainda se sustentam e se confirmam na atualidade?

8.7 Síntese das ideias apresentadas e a necessidade de confirmação empírica

O que visto até agora foram as potenciais economias institucionais que a arbitragem *pode* representar. A ênfase foi colocada sobre cinco vertentes que resumem diferentes formas de incremento econômico e social trazidos pela arbitragem, alinhados em torno da ideia de atingimento de confiança e de melhores padrões de crescimento e desenvolvimento. Mas, tal como no tocante às economias contratuais, muitas dessas funcionalidades parecem relegadas à seara apenas das potencialidades teóricas.

Evidências coletadas a partir da pesquisa empírica tratada no Capítulo 06 explicam o argumento. Veja-se a migração identificada dentro do setor de infraestrutura e construção, substituindo-se a arbitragem pelos *dispute boards* e pela mediação (vide respostas Q36, 37, 39 e 40, Apêndice 2). Isso pode sugerir um cenário Pareto-ineficiente da arbitragem, a indicar, na linha de LISA BERNSTEIN, uma progressiva perda da preferência pela arbitragem.

Também o fato de a arbitragem ter sido avaliada como um método *razoável* para atender as necessidades e particularidades do setor de construção e infraestrutura (vide resposta Q32, Apêndice 2) pode reforçar a perda de eficiência aos olhos de seus usuários, a sugerir uma capacidade diminuída de adaptação social. O risco que se pode enfrentar é o de a arbitragem estar impossibilitada de manter-se permeável às necessidades dos agentes atuantes nesse setor de indústria.

Da mesma forma, a pesquisa de campo apontou uma percepção reduzida a associar a arbitragem a um sinalização de confiança e cooperação (vide respostas Q7 e Q8, Apêndice 2), a impactar o capital social e o potencial de coordenação que a arbitragem poderia atingir. Veja-se, nesse sentido, que o capital social é apenas um benefício potencial, que depende efetivamente de medidas concretas para que se atinja um impacto

em termos de coordenação dos indivíduos.[687] Se a arbitragem não mais se traduz em um método de confiança, o capital social e a comunidade de interesses que dela poderiam resultar tendem a se esvaziar, com a arbitragem passando a se associar apenas a um método tradicional de coerção social, distante da ideia de cooperação, coordenação e aprendizado visto em Alanya.

Além disso, a imprevisibilidade das decisões, o emprego de critérios de justiça e equidade pelo árbitros e a falta de confiança relatada pelos usuários da arbitragem (vide respostas Q27, Q29 e Q34, Apêndice 2) podem significar a repetição na arbitragem de características do Poder Judiciário, com efeitos deletérios sobre a segurança jurídica pretendida pela via arbitral. Cabe destacar pesquisa de ANNA LYGIA COSTA REGO apontando a falta de segurança jurídica e as fragilidades judiciárias como elementos a impactarem a realização de investimentos no país.[688] Transferindo-se o racional para a arbitragem, essa perda de segurança pode terminar por afetar as previsões otimistas de novos investimentos em razão da arbitragem.

Finalmente, a aproximação com a prática judiciária (vide respostas Q24 e Q25, Apêndice 2) e a similaridade crescente entre o procedimento arbitral e judicial pode sugerir uma redução tanto na voz processual das partes, quanto no grau de complementaridade institucional, visto que as duas instituições passam a reger-se por valores idênticos e não mais por uma dialética de reforço e compensação capaz de gerar aprimoramento institucional das duas instituições.

Em suma, a percepção de que a arbitragem pode estar limitada à sua dimensão apenas processual parece também atingir as funcionalidades institucionais. Diante desses questionamentos e para fins de uma investigação dos impactos institucionais que a arbitragem pode significar, utiliza-se a seguir o estudo de caso do Projeto Cairu-2030. O intento é verificar, no âmbito de projeto concreto de desenvolvimento, as reais economias e deseconomias associadas à previsão arbitral.

---

[687] "Social capital represents a potential - a propensity for mutually beneficial collective action. Potential needs to be mobilized, however, and directed toward carefully selected ends (...) But collective action is not the same as collective achievement. To achieve higher benefits, social capital must be harnessed and directed intelligently toward incentives available in the external environment" (KRISHNA, Anirudt. *Active Social Capital:* Tracing the Roots of Development and Democracy. New York: Columbia University Press, 2002, p. 163 e 165).

[688] REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & Investimento Estrangeiro* – Uma análise do ambiente jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Singular, 2013. Veja-se que pesquisa de campo realizada pela autora com agentes reguladores atuantes no mercado de capitais associou a Lei de Arbitragem a elemento favorável à construção de confiança entre investidores.

CAPÍTULO 9

ESTUDO DE CASO: O PROJETO CAIRU-2030

SUMÁRIO: 9.1. Apresentação do Projeto Cairu-2030. 9.2. Metodologia de pesquisa. 9.3. Análise dos resultados. 9.4. Conclusões parciais e desdobramentos da pesquisa.

9.1. Apresentação do Projeto Cairu-2030

Cairu é município-arquipélago, situado no baixo sul da Bahia. Trata-se de municipalidade com características únicas, em razão de sua configuração territorial totalmente insular. É localidade de pequeno porte, com população de cerca de 18.000 habitantes, distribuída entre as inúmeras ilhas do município-arquipélago, entre elas a própria Cairu (sede municipal), Boipeba e Morro de São Paulo. Pesca, extrativismo de recursos naturais (especialmente dendê e fibra de piaçava), e mais recentemente, turismo e exploração de petróleo e gás natural são as principais atividades econômicas da região.[689]

Por influência do WWI – *Worldwatch Institute*, iniciou-se em 1998 estudo a respeito das potencialidades da região. O intuito era apresentar diagnóstico sócio-econômico-ambiental, que unisse aproveitamento econômico e sustentabilidade, e que fosse capaz de também promover melhora nos indicativos sociais de região que, à época, registrava 1/2 de sua população abaixo da linha de pobreza, e desse total, 1/4 em situação de indigência.

Em 2005, a parceria foi ampliada para também incluir o BID, como agente financiador do estudo, e a UMA – Universidade Livre da Mata Atlântica, como parceiro técnico. O resultado foi a produção de amplo plano estratégico de desenvolvimento municipal, realizado por consultoria portuguesa em conjunto com técnicos de Cairu. A premissa do trabalho foi associar o aproveitamento dos recursos naturais e históricos da região ao potencial de exploração sustentável.

Batizado de "Cairu-2030", o projeto previa medidas em quatro áreas de

689 <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=290540&search=||infogr%E1ficos:-informa%E7%F5es-completas>. Acesso em 20.01.2016.

concentração: *(i)* aprimoramento do ambiente institucional e da infraestrutura local; *(ii)* medidas de intervenção ambiental, industrial, logística e transportes; *(iii)* medidas estratéticas em pesca, turismo e diversificação da economia e *(iv)* investimento em capital humano, com ampliação de escolas de formação profissional e de pequenas e médias empresas.[690] Conforme reportado pela prefeitura, Cairu-2030 é um diagnóstico compatível com a noção de desenvolvimento ecológico, aliando crescimento, sustentabilidade e inclusão.[691]

O arranjo adotado buscou inspiração nos objetivos e metas do milênio, tendo sido convertido em lei municipal no ano de 2008 (Lei Municipal nº. 241/2008 e Decreto Municipal nº. 398/2008 - Apêndices 3 e 4). Trata-se da primeira legislação municipal brasileira a expressamente adotar as recomendações do milênio no contexto de um plano de desenvolvimento estratégico.

Além do caráter inovador e de se tratar de experiência legislativa com a chancela da ONU, BID, WWI e UMA, o interesse em Cairu-2030 para este trabalho está no emprego da arbitragem como ferramenta de segurança jurídica, usada para fins de atração de investimentos e de maior cooperação entre os agentes envolvidos na implantação do projeto.

Conforme redação do artigo 6º da Lei Municipal nº. 241/2008 e do artigo 43 do Decreto Municipal nº. 398/2008 (Apêndices 3 e 4), a arbitragem integra o *Programa de Segurança Jurídica* de Cairu-2030, sendo estimulado seu uso para a solução de conflitos surgidos no âmbito do plano. Além da arbitragem, a mediação também integra referido programa, compartilhando o mesmo objetivo de estimular a desjudicialização de conflitos em Cairu-2030.

O plano também prevê investimentos em infraestrutura, com ênfase no setor imobiliário, construção civil, urbanização e logística de transportes[692], o que permite diálogo com a pesquisa empírica tratada no Capítulo 06.

---

[690] Versão sumarizada do diagóstico de Cairu está disponível em <http://www.cairu2030.com.br/snewsMU/home/projeto-cairu-2030/>. Acesso em 20.01.2016.

[691] <http://www.cmcairu.ba.gov.br/memorial/cairu2030.asp>. Acesso em 20.01.2016.

[692] Veja-se que a legislação municipal colocou em andamento três programas voltados ao incentivo à infraestrutura: *(i)* um programa de ordenamento territorial, para fins de regularização fundiária, *(ii)* um programa de criação de infraestrutura, para organizar e formalizar parcerias público-privadas nesse setor, e *(iii)* um programa de intervenção urbana, voltado a questões de definição de urbanização prioritária

Assim, é na combinação *(i)* da teoria apresentada no capítulo anterior, *(ii)* a correlação com pesquisa empírica já feita no setor de construção e infraestrutura e *(iii)* a possibilidade de verificação concreta dos efeitos da arbitragem sobre metas e objetivos de desenvolvimento – por se tratar de projeto em andamento há dez anos –, que se entende ser Cairu-2030 um estudo de caso a trazer esclarecimentos a esta pesquisa.

9.2. Metodologia de pesquisa

O método do estudo de caso foi selecionado para fins de uma "*busca circunstanciada de informações*"[693], objetivando novas descobertas em torno de fenômeno social complexo. Escolheu-se caso que se entende típico a explicar o fenômeno em análise.

Trata-se, ainda, de estudo explanatório[694], identificado a partir de seu potencial explicativo a respeito do papel desempenhado pela arbitragem dentro da engrenagem do Projeto Cairu-2030. Mais especificamente, a pesquisa busca esclarecer se, como e por que a arbitragem tem auxiliado nas metas pretendidas pelo plano.

(Apêndices 2 e 3). Também Cairu-2030 tornou a criação de um "empreendimento imobiliário modelo" como uma das "âncoras" do modelo proposto: "Surgiu, com tal perspectiva e foi qualificado em eventos internacionais, o projeto denominado de 'Terceira Âncora' (empreendimento imobiliário modelo para exploração do potencial patrimonial do território com soluções na fronteira da sustentabilidade). Forma de converter determinadas glebas, estrategicamente posicionadas, em focos de irradiação de conhecimento, assistência técnica e oferta de exemplos de edificações concebidas com o menor impacto ambiental possível. Um laboratório de *real estate*, turismo de excelência e sustentabilidade para iluminar todo o território" (DA LUZ NETO, Manoel Altivo. *Urbanismo Discreto: A Evolução do Financiamento para o Planejamento Turístico-imobiliário e o Desenvolvimento Sustentável de Cairu (Único Município-arquipélago do Brasil) – A Terceira Âncora* – 2007/2012. 12ª Conferência Internacional da LARES. 2012. Disponível em <http://lares.org.br/2012/images/681-963-1-DR.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[693] "o estudo de caso como modalidade de pesquisa é entendido como uma metodologia ou como a escolha de um objeto de estudo definido pelo interesse em casos individuais. Visa à investigação de um caso específico, bem delimitado, contextualizado em tempo e lugar para que se possa realizar uma busca circunstanciada de informações (...) Como nem sempre os casos são selecionados mediante critérios estatísticos, algumas recomendações devem ser seguidas: buscar casos típicos (em função da informação prévia aparentam ser o tipo ideal da categoria); selecionar casos extremos (para fornecer uma idéia dos limites dentro dos quais as variáveis podem oscilar); encontrar casos atípicos (por oposição, pode-se conhecer as pautas dos casos típicos e as possíveis causas dos desvios)" (VENTURA, Magda Maria. O Estudo de Caso como Modalidade de Pesquisa. *Rev SOCERJ* v. 20, n. 5, 2007, p. 384-385).

[694] "Em contraste, questões do tipo 'como' e 'por que' são mais explanatórias, e é provável que levem ao uso de estudos de casos, pesquisas históricas e experimentos como estratégias de pesquisa escolhidas. Isso se deve ao fato de que tais questões lidam com ligações operacionais que necessitam ser traçadas ao longo do tempo, em vez de serem encaradas como meras repetições ou incidências. (...) O estudo de caso é a estratégia escolhida ao se examinarem acontecimentos contemporâneos, mas quando não se podem manipular comportamentos relevantes. O estudo de caso conta com muitas das técnicas utilizadas pelas pesquisas históricas, mas acrescenta duas fontes de evidências que usualmente não são incluídas no repertório de um historiador: observação direta e série sistemática de entrevistas" (YIN, Robert K. *Estudo de Caso* - Planejamento e Método. 2. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 25 e 27).

Duas são as hipóteses de pesquisa. A primeira é no sentido de que a arbitragem tem funcionalidades adicionais a auxiliar na promoção de segurança jurídica, atração de investimentos privados e estímulo à cooperação, confiança e coordenação social ("Hipótese 1"). Hipótese concorrente entende que tais funcionalidades não se verificam na realidade, com a arbitragem restrita apenas às previsões da legislação municipal de Cairu ("Hipótese 2").

Aplicou-se método qualitativo, combinando-se análise de documentos do projeto, realização de entrevistas semi-estruturadas e observação direta em campo. A pesquisa foi realizada de 19 a 29 de outubro de 2015, colhendo-se depoimentos nas cidades de Salvador, Valença e Cairu. Um total de dezenove pessoas foram entrevistadas, correspondendo a indivíduos-chave na concepção, implementação e gestão do projeto, além de agentes e observadores inseridos na realidade do projeto. As entrevistas foram gravadas e encontram-se em posse da autora para eventual certificação.

Além dessas entrevistas, foi possível também participar de audiência pública ocorrida em 27 de outubro de 2015 no Convento de Santo Antônio, em Cairu, em que se reuniram representantes de comunidades quilombolas locais, lideranças de movimentos sociais e autoridades públicas, para discussão de questão conflituosa surgida no município e que, para os fins desta pesquisa, expõe fragilidades da solução de disputas proposta para Cairu-2030. Foram também realizadas interações informais com a sociedade civil em todo o município de Cairu e adjacências, o que ajudou a compor a realidade do projeto e a percepção que dele detêm a população local.

O sigilo foi garantido pela pesquisa, não se divulgando nomes dos entrevistados ou dos contatos feitos durante o trabalho de campo. Apenas para facilitar a apresentação dos resultados, esses indivíduos foram segregados em cinco perfis de análise: *(i)* políticos, *(ii)* gestores do programa, *(iii)* consultores externos, *(iv)* empresários/investidores, e *(v)* sociedade civil. O roteiro-base de perguntas encontra-se disponível no Apêndice 5 e breve memorial fotográfico da região está contido no Apêndice 6.

9.3. Análise dos resultados

9.3.1. O embate entre teoria e realidade: rejeição da Hipótese 1

O estímulo ao uso da arbitragem como parte do Programa de Segurança Jurídica ("PSJ") de Cairu-2030 justificou-se, em primeiro lugar, na garantia de celeridade para a solução de controvérsias, permitindo superação de conflitos de forma ágil e segura, especialmente em razão de Cairu não ser uma comarca judiciária independente: "*o que se buscou no plano foi agilizar as demandas jurídicas e dar segurança jurídica para o empreendedor. A insegurança jurídica é um problema do Brasil como um todo, para qualquer um que quer empreender (...) a lentidão das decisões termina prejudicando o empreendedor. O que a gente propôs foi que o município oferecesse essa segurança jurídica e principalmente a agilidade quando fosse necessária ao empreendedor*" - Político; "*justiça rápida e eficaz, a ideia era essa*" - Gestor. No entendimento de consultores externos, a arbitragem seria como uma espécie de "*válvula de escape para resolver pendências jurídicas e administrativas*" de forma mais alinhada com a evolução social e, em certo sentido, sem "*amarras de legislações caducas que a sociedade não suporta mais*", podendo funcionar como "*acelerador do processo de desenvolvimento sustentável"* - Consultor Externo.

Ainda que se tratasse de medida alinhada às estratégias internacionais do BID (veja-se redação do artigo 43, §1º do Decreto nº. 398/2008) tratou-se de sugestão que partiu dos próprios gestores e consultores locais, influenciados pelo uso crescente da arbitragem no setor privado, tanto no âmbito doméstico, quanto internacional. Em especial, experiência anterior bem-sucedida de alguns dos gestores de Cairu-2030, empregando a arbitragem no contexto de redução de inadimplência em instituições privadas de ensino foi fator a influenciar a escolha da arbitragem para Cairu-2030.[695]

A isso se acresceu o fato de que os gestores do projeto também previam um aumento exponencial no número de negócios e também no grau de litigiosidade em razão dos efeitos da Emenda Constitucional 46/2005, que modificou a titularidade de ilhas

[695] Segundo informado em entrevistas, a aplicação da arbitragem em contratos de prestação de serviços no setor de ensino privado na Bahia foi responsável pela redução do risco de inadimplência contratual de 8% para cerca de 3%.

costeiras com sede municipal, anteriormente pertencentes ao patrimônio da União. Esperava-se que esse novo entendimento constitucional pudesse ser ampliado para as demais ilhas de Cairu (especialmente Morro de São Paulo e Boipeba) e que isso gerasse um aumento nos investimentos imobiliários da região, de forma que garantir um foro célere de solução de questões entre particulares e entre particulares e a prefeitura também motivou a opção pela arbitragem no PSJ. É isso o que foi previsto no artigo 16 do Decreto nº. 398/2008 e confirmado em entrevistas: "*a gente visualizava que uma vez concedido isso [a mudança na titularidade conforme a EC 46], ia haver uma explosão de negócios, com as terras e propriedades nas propriedades da ilha de Tinharé, especialmente em Morro de São Paulo. O instituto da mediação e arbitragem iriam dar esse suporte a esses negócios*" - Gestor.

Além da celeridade, outros dois fatores contribuíram ao uso da arbitragem no contexto de Cairu-2030. O primeiro deles está associado à possibilidade de maior alinhamento estratégico entre os diversos atores sociais. Veja-se que uma das conclusões apresentadas no plano diagnóstico, incorporada ao artigo 5º do Decreto nº. 398/2008, foi a existência de um "*debilidade do tecido empresarial*" em Cairu, com efeitos deletérios sobre toda a economia da região. Em entrevistas, essa debilidade foi alçada à condição de um canibalismo empresarial: "*o projeto Cairu-2030 fala das fraquezas de Cairu e fala disso [canibalismo empresarial]. Há canibalismo? Há. O remédio proposto era a criação de uma agência de desenvolvimento sustentável para Cairu*" - Consultor Externo.

Para estimular uma cultura de composição e de cooperação empresarial, a arbitragem e o PSJ viriam no sentido de estimular um "*pacto social*" e um "*alinhamento cooperativo*" entre os diversos agentes atuantes em Cairu, inclusive visando a uma melhora no relacionamento com o Poder Público. Tal foi expresso pelos gestores do projeto no documento apresentado ao Prêmio Innovare.[696]

[696] Veja-se projeto apresentado para o prêmio Innovare: "*A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM são instrumentos poderosos para geração de um pacto social que permita que, pelos menos, os proprietários urbanos e rurais tenham um alinhamento cooperativo com o Poder Público (...) Ela também viabiliza uma relação sinérgica entre a academia, o governo, as empresas e a sociedade em prol do desenvolvimento sustentável*" Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/arbitragem-no-desenvolvimento-estrategico-de-cairu-unico-municipio-arquipelago-do-brasil/>. Acesso em 20.01.2016.

Por fim, a maior eficiência em relação ao Poder Judiciário foi ainda usada como justificativa para o estímulo ao uso da arbitragem no âmbito PSJ.[697] Segundo gestores de Cairu-2030, todos esses fatores confluiriam no sentido de usar o PSJ e a arbitragem para alavancar o desenvolvimento regional: "*saneada a questão da segurança jurídica o desenvolvimento viria com mais força*" - Gestor.

Vê-se, portanto, uma identificação entre os argumentos a fundamentarem o PSJ e as funcionalidades institucionais da arbitragem apresentadas no Capítulo 08. De fato, Cairu-2030 previa o uso da arbitragem para trazer maior segurança jurídica aos investidores, garantindo foro célere e eficiente para solução de conflitos, capaz de estimular novos investimentos e também garantir um nível de alinhamento estratégico e de cooperação social aptos a permitir o desenvolvimento sustentável da região. Entretanto, dez anos após o início da implantação do projeto, o que se registrou em entrevistas foi a ausência de tais funcionalidades.

(a) A arbitragem não foi considerada como elemento a incentivar o grau de investimento

A unanimidade dos investidores e políticos envolvidos no plano não viram correlação entre a previsão de arbitragem no PSJ e o aumento no grau de investimentos na região. Outros foram os fatores que influenciaram a decisão de investir, com a arbitragem passando ao largo de estratégias concretas nesse sentido: "*na prática, na prática, a arbitragem não influenciou em nada os investimentos. De todos os investidores poucos até conhecem detalhes do Cairu-2030 e do PSJ (...) a influência disso aí foi pouca ou quase nenhuma. (...) a arbitragem é uma coisa boa, mas não influenciou (os investimentos)*" - Político; "*atuei nos maiores investimentos em Cairu e não tenho notícia de nenhum ter sido influenciado pelo PSJ e pela arbitragem. Isso não era um fator discutido, falado, nem como sendo positivo nem negativo. São outros os fatores que influenciam o investimento,*

[697] Veja-se projeto apresentado para o prêmio Innovare: "[A Arbitragem é usada] *há 5 (cinco) anos na iniciativa privada e há 6 (seis) meses no contexto público por força da sanção da Lei Municipal n. 241 de 17/12/2008. Os resultados alcançados no ambiente empresarial são incomparáveis quanto consideradas, por exemplo, às práticas correntes de recuperação de créditos e superação de contendas no âmbito do Direito Patrimonial Disponível*". Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/arbitragem-no-desenvolvimento-estrategico-de-cairu-unico-municipio-arquipelago-do-brasil/>. Acesso em 20.01.2016.

como as riquezas naturais, o clima e a beleza da região principalmente" - Consultor Externo; "*não tenho conhecimento de investimentos feitos por isso [a existência de incentivo ao uso da arbitragem]. O determinante de decisões de investimento no arquipélago de Cairu tem sido a qualidade dos recursos ambientais e paisagísticos, muito mais forte do que qualquer outro fator. Isso passa por cima até de obstáculos como a dificuldade de acesso ao município. (...) A arbitragem em si em um documento ou uma lei não foi determinante. Desconheço que algum empreendimento tenha sido motivado por isso*" - Gestor; "*a arbitragem e o PSJ não foram nem consideradas na minha decisão de investir*" - Investidor; "*a gente [o grupo econômico] passou ao largo disso aí [uso da arbitragem] para investir lá*" - Investidor; "*da nossa parte, não influenciou nada*" - Investidor; "*é muito distante essa relação [arbitragem no PSJ e investimento] (...) não acredito que houve nenhum tipo de investidor veio a Cairu por conta dessa segurança jurídica que Cairu-2030 apresenta, até porque não se tem a prática disso no município"* - Político.

Um único entrevistado entendeu ter havido impacto positivo nesse sentido: "*eu acho que dos grandes investidores quase todos foram influenciados pela arbitragem; a arbitragem e o Cairu-2030 deram um alento ao investidor (...) A existência dessa lei e a tentativa de instalar essas alternativas mais arrojadas, mais modernas e contemporâneas pesaram sim*" - Gestor. Essa percepção, entretanto, se apresentou mais como uma projeção idealizada do que se pretendia inicialmente, não sendo compartilhada pelos investidores ou mesmo por políticos, sociedade civil ou demais observadores do projeto.

Trata-se de percepção relevante para este trabalho, a afastar a influência da previsão de arbitragem como fator de indução de novos investimentos em Cairu-2030. Conforme relatado pela unanimidade dos investidores, o incentivo ao uso da arbitragem não provocou qualquer mudança ou estímulo sobre a decisão de investir na região, não impactando em nada a conduta dos interessados. O PSJ permaneceu como um elemento indiferente nesse processo, contrariando a hipótese teórica de estímulo a novos empreendimentos e novas parcerias público-privadas por meio da previsão de uso da arbitragem.

(b) Arbitragem não foi associada ao aumento de segurança jurídica ou a uma sinalização de confiança

A falta de conhecimento e de divulgação de Cairu-2030 e de seus mecanismos de solução de disputas terminou por não agregar qualquer elemento concreto de segurança jurídica à arbitragem. Poucos investidores ou representantes da sociedade civil conheciam o PSJ ou o que ele buscava estimular na região: "*não percebo divulgação geral do poder público [a respeito do PSJ]*" - Investidor; "*parcela muito grande da sociedade civil não sabe nem o que está discutindo* [em Cairu-2030] *(...) parece até uma intenção de não comunicar*" - Sociedade Civil; "*Cairu-2030 é de duas, três pessoas. Isso não está na visão do legislativo. Os próprios vereadores não sabem o que é, não foram treinados para isso, não fazem programas para que as pessoas entendessem isso*" - Investidor; "*ninguém do munícipio conhece o Cairu-2030. A parte mais interessada, que seria a população, que seria beneficiada direta de Cairu-2030, ninguém conhece. Nem empresários conhecem (...) Cairu-2030 ficou uma coisa restrita a poucas pessoas que compreenderam e perceberam a potencialidade dele*" - Consultor Externo; "*houve a publicidade [de Cairu-2030 e do PSJ] apenas para atender aos ditames legais, publicação em diário oficial (...) não sei se 50 pessoas do município de Cairu conhecem o estudo de planejamento Cairu-2030, e sequer que isso se transformou numa lei municipal [contendo o PSJ]. Acho que é um total desconhecimento e acredito que as pessoas que não participaram da gestão [que implementou Cairu-2030], mesmo muitos servidores públicos municipais e secretários também não conhecem esse planejamento*" - Consultor Externo.

Mesmo aqueles indivíduos que conheciam o PSJ não viram nele qualquer estímulo ou aumento de segurança jurídica por ele proporcionado. Conforme relatado, a região continua a sofrer com grande insegurança em torno da realização de investimentos apesar da presença do PSJ: "*elementos que repelem o investimento hoje são a insegurança do que vai acontecer na hora de investir, a demora do órgão de meio ambiente do estado e o conflito com as ONGs*" - Consultor Externo.

O conflito entre investidores e organismos locais de representação, especialmente ONGs de proteção ao meio ambiente e de direitos de minorias quilombolas e outras comunidades tradicionais são reportados como fatores de grande tensão social a

afastar novos empreendimentos: "*isso está gerando problema de empreendedorismo na região*" - Político; "*essa questão prejudica o investimento. Ninguém vai pra lá hoje nem brincando*" - Investidor; "*esse conflito gera uma insegurança jurídica e segurança jurídica é premissa básica para o investimento. Isso significa menos emprego em Cairu*" - Sociedade Civil; "*um investidor comum, que só olha resultado, isso está assustando sim, cria um ambiente muito ruim para o investidor, é um custo absurdo que vem dessa insegurança (...) a gente pensa duas vezes antes de por algum dinheiro, é um problemaço*" - Investidor; "*os investidores já fugiram de Cairu há muito tempo*" - Consultor Externo. A perda social é também associada a um *moral hazard* surgido em razão da conflituosidade social não resolvida por Cairu-2030: "*A comunidade perde bons investimentos, porque o cara [o investidor] sério acha aqui muito confuso e vai embora. E aqueles [investidores] que têm um instinto mais aguerrido, mais agressivo, esses continuam. Esses não têm medo de fazer de qualquer jeito, de brigar. Aí perde a comunidade*" - Consultor Externo.

Quanto ao aspecto da sinalização de confiança por meio da arbitragem prevista no PSJ, tal foi afastado nas entrevistas: "*a nossa expectativa era que sinalizasse [confiança aos investidores, à população], mas isso acabou não acontecendo*" - Gestor. O fato de investimentos terem sido realizados ao largo do PSJ, considerado como um fator nem positivo nem negativo à realização de novos empreendimentoss, reitera a ausência de sinalização de confiança pela previsão de arbitragem no PSJ.

Aliás, interessante notar a presença de uma sinalização contrária criada em Cairu-2030. Por ter a arbitragem sido prevista no bojo de legislação pública, a percepção retratada foi inclusive no sentido de uma possível desconfiança em relação ao PSJ: "*o cidadão civil, empreendedor ou não, tem dificuldade, uma resistência mesmo de acreditar no serviço público, ainda mais se tratando de municípios pequenos. Para um serviço desse tipo, estimulado pelo município, ser procurado, precisaria de um tempo de maturação para que as pessoas pudessem acreditar nele (...) é preciso que haja o exercício e uma prática para que isto [a arbitragem] se torne um instituto de credibilidade em Cairu*" - Político. Essa confiança sobre a arbitragem e o PSJ foi reportada como ineexistente em Cairu: "*as pessoas não acreditam numa solução que venha de mediação e arbitragem*" - Consultor Externo.

O elemento político foi lembrado também por integrantes da sociedade civil como uma das possíveis causas à falta de utilização dos mecanismos do PSJ: "*Cairu é*

muito politizada para o lado do mau. A associação da arbitragem ao poder do município pode causar uma desconfiança irreversível. Porque lá tem grupos muito divididos. Se você anunciar isso [a arbitragem] associado ao Cairu-2030, que hoje já pertence por decreto a uma prefeitura, na prática as pessoas vinculam isso à prefeitura e não ao município. (...) Pode ter sido esse um equívoco na construção do programa, vincular isso dessa forma [a arbitragem e o PSJ à prefeitura] (...) Usar um organismo neutro para essa veiculação, algo que não cause desconfiança aos demandantes, é uma sugestão que eu deixo na tentativa de retomar o programa" - Sociedade Civil.

A vinculação de Cairu-2030 a determinada força política foi reforçada como elemento a ter gerado afastamento social e desconfiança, inclusive dos empresários e agentes públicos: "*isso [Cairu-2030] não é um projeto de prefeito. Mas muitas pessoas acham que o projeto é de fulano*" - Sociedade Civil; "*os próprios empresários não confiam nesse projeto, porque não se divulga, não se fala, não se tem continuidade. O projeto é mais de cunho político, do que de plano de desenvolvimento*" - Investidor; "*foi desenvolvido o projeto 2030 por pessoas que são grupos e determinado grupo não aceita essa condição que foi feita [pelo grupo rival]*" - Investidor.

Há elemento relevante levantado nas entrevistas de campo a respeito de possível contaminação política da arbitragem e de todo o PSJ, a ter custado a própria confiança social sobre essas ferramentas de Cairu-2030 . O resultado notado é a não utilização desses instrumentos de solução de disputas, que permaneceram restritos apenas ao âmbito da legislação municipal. Tanto quanto na pesquisa realizada no setor de construção e infraestrutura (Capítulo 06), em Cairu também se notou indícios de uma possível inversão nos valores que, em teoria, estariam associados à arbitragem: no âmbito de Cairu-2030 a previsão de arbitragem, estimulada por meio de legislação municipal, terminou por gerar desconfiança social, fato reconhecido pelos próprios políticos responsáveis pela implementação do projeto, investidores e a sociedade civil.

(c) A previsão de arbitragem não trouxe incentivo à coordenação social

Eixo complementar de análise que buscava associar o incentivo da arbitragem à coordenação social também não foi confirmado durante a pesquisa de campo. Quando indagados a respeito do impacto da previsão de arbitragem sobre esse tema, os próprios gestores do projeto reconheceram não ter havido qualquer resultado positivo: "*A simples previsão [de arbitragem no PSJ] não trouxe maior alinhamento estratégico [dos agentes econômicos]*" - Gestor; "*isso [a teoria de que a arbitragem traria maior alinhamento social] acabou sendo mais teórico mesmo*" - Gestor.

Corroborando esse entendimento, investidores reportaram haver ainda um clima de competição acirrada e até mesmo um "*canibalismo"* no arquipélago, especialmente para a disputa dos ganhos com o turismo. Essa desconfiança foi reportada na relação entre concorrentes e até mesmo no trato com consumidores e clientes: "*a maioria dos empresários vive o canibalismo*" - Consultor Externo; "*em Cairu existe um canibalismo desenfreado (...) é uma guerra, uma situação que o cara diz assim 'eu não ganho, mas me contento se ele também não ganhar' (...) isso está impregnado no Morro de São Paulo, que é o terceiro destino turístico da Bahia*" - Investidor.

Esse entendimento traz indícios concretos para afastamento da hipótese de que a previsão arbitragem sinalizaria e estimularia a coordenação social e um maior alinhamento estratégico entre agentes econômicos. Em Cairu, as previsões do PSJ e o estímulo ao uso da arbitragem não mudaram o sentimento de canibalismo social identificado desde o diagnóstico feito em 2005. Conforme relatado em entrevistas, continua a viger em Cairu o sentimento de cada por um si: "*hoje é cada um por si e Deus por todos*" - Investidor; "*a ausência de uma liderança forte [para conduzir Cairu-2030], leva a um salve-se quem puder. Se você não tem uma liderança, não tem um horizonte a perseguir, que seria o Cairu-2030 para que todos convergissem para esse ponto, é cada um por si. É inexorável que seja dessa forma*" - Consultor Externo.

É forçoso reconhecer ter havido uma minoria que não percebeu esse sentimento de competição de forma tão acirrada, mas tal foi registrado apenas por investidores com menor contato direto em Cairu. Entende-se que o distanciamento da realidade de Cairu pode ter levado ao atenuamento desse sentimento, mais vivo entre

observadores e investidores com maior presença e contato local ("*não sei se chega a ser um canibalismo, de um querer destruir o outro, mas acho que é possível sim [existir o sentimento], porque são interesses muitos díspares. Mas eu não tenho tanto contato local*" - Investidor). De toda a forma, a falta de união social foi tomada como um dos maiores problemas verificados na implementação de Cairu-2030: "*o que precisa é unir as pessoas, esse é talvez o maior problema hoje*" - Consultor Externo; "*cada um pensa no seu umbigo*" - Investidor.

Identificou-se também desconfiança social em relação à administração pública, incluindo-se a própria gestão de Cairu-2030, afetada por pelo menos três motivos: *(i)* a crise econômica do país, *(ii)* escândalos de corrupção envolvendo a atual e antigas prefeituras de Cairu[698], além de projetos-âncora de Cairu-2030, conforme identificado em relatório da Controladoria-Geral da União[699], e *(iii)* a ausência de benefícios concretos de Cairu-2030 aos olhos do cidadão-comum. A falta de *accountability* e de informações mínimas a respeito dos gastos públicos municipais foi mencionado pela sociedade civil: "*ninguém sabe como esses dinheiros [do Cairu-2030] são empregados (...) a fortuna que foi gasta ali não está no gibi*" - Sociedade Civil.

Essa percepção de desconfiança entre investidores, de parte da população e em relação ao Poder Público reforça o entendimento teórico trazido no Capítulo 08 a respeito da importância do elemento de confiança como ingrediente fundamental para garantir laços de cooperação e atingimento de melhores desempenhos econômicos e sociais. Em Cairu, *(i)* o canibalismo econômico, associado *(ii)* à conflituosidade social gerada pelo confronto com associações de proteção de minorias e *(iii)* o sentimento de descrédito público gerado por escândalos de corrupção, têm criado uma polarização e um embate social, com reflexos sobre a segurança jurídica e o grau de investimento na região: "*É um desarranjo [social] que você não pode imaginar, o que terminou se agravando com*

---

[698] Veja-se notícia veiculada em mídia local: <http://www.infosaj.com.br/mobile/index/noticias/id-30757/prefeito_da_cidade_de_cairu_no_baixo_sul_baiano_e_denunciado_por_desvios_de_mais_de_r__9_5_milhoes>. Acesso em 20.01.2016.

[699] Veja-se Relatório de Demandas Externas da Controladoria-Geral da União nº. 00205.000307/2012-5. Disponível em <http://sistemas.cgu.gov.br/relats/uploads/6058_%20RDE%2000205%20000307-2012-56%20-%20Cultura%20-%20Cairu-BA%20-%20internet.pdf>. Acesso em 20.01.2016. Conforme relatado em entrevistas: "*o convento de Cairu [Convento de Santo Antônio em Cairu] é um patrimônio incrível, abandonado, onde foi desviado pelo menos R$ 6 a 7 milhões, oficialmente vão dizer R$ 4 milhões, mas como especialista eu digo que foi mais*" - Sociedade Civil; "*foi para o ralo 70% do dinheiro empregado para a reforma [do Convento de Santo Antônio - Primeira âncora de Cairu-2030]. A empresa diz que não usou ou usufruiu do dinheiro, mas quando a CGU fez o levantamento, tinha cheque que não se sabia para onde tinha ido o cheque e nós ficamos a desejar*" - Sociedade Civil.

a questão dos quilombolas" - Gestor. Conforme entrevistas colhidas, a arbitragem e o PSJ nada têm contribuído ao equacionamento dessa conflituosidade social.

(d) A arbitragem não se associou à ideia de desenvolvimento

O salto de qualidade visto no arquipélago de Cairu, que passou de IDH-M 0,437 em 2000 e para 0,627 em 2010[700] foi associado especialmente à descoberta de gás natural na região em 2007-2008 e o início da extração e exploração dessa atividade, com impactos diretos, em termos de recolhimento de *royalties*, sobre a receita do município.

O impacto de Cairu-2030 foi considerado irrelevante sobre essa melhora nos indicativos sócio-econômicos da região: "*Cairu era um lugar muito pobre, que melhorou sua condição por conta da descoberta do gás de Manati, na costa de Cairu, defronte basicamente ao Morro de São Paulo e à praia de Garapuá. Isso fez com que a Petrobras pagasse royalties ao município, o que deu um upgrade nele, que era bastante pobre. Houve então algumas obras de saneamento e infraestrutura no município com esse dinheiro. (...) Sem dúvida esse upgrade não veio de Cairu-2030, que ficou restrito à cabeça de seus idealizadores*"- Sociedade Civil.

Mesmo quando alguma influência foi reconhecida à Cairu-2030, tal foi associado apenas ao aprimoramento no capital humano trazido por oficinas de ensino e de formação veiculadas pelo projeto: "*há um desenvolvimento trazido pelo Cairu-2030, que fez, já na sua fase inicial, oficinas [de ensino, formação, treinamento, capacitação e aprimoramento] realizadas em quase todos os distritos. Essas oficinas se repetiram em pelo menos três momentos nessas localidades. Pode ser difícil de medir isso em termos de receita no caixa da Prefeitura [quando comparado aos royalties do gás]. Mas essas oficinas criaram um conhecimento importante e com isso o capital humano foi desenvolvido e a gente sabe como isso é valioso* (...). *Vimos as associações de moradores, de defesa da cultura, do meio-ambiente saltarem, uma explosão de lideranças comunitárias*" - Gestor.

[700] Informação obtida no ranking PNUD - Brasil, disponível em <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2010.aspx#>. Acesso em 20.01.2016.

A arbitragem e o PSJ não foram lembrados nas entrevistas como tendo algum impacto sobre esse panorama de melhora nos níveis econômicos e sociais do arquipélago. Relevante notar que, ao mesmo tempo em que a arbitragem não se associou ao progresso visto em Cairu entre 2007 e 2010, a incapacidade hoje notada no PSJ de dar conta da conflituosidade social é também um dos entraves ao desenvolvimento atual de Cairu-2030. Em outras palavras: a arbitragem e o PSJ podem não ter contribuído ao desenvolvimento ocorrido no passado, mas paradoxalmente são hoje causas relevantes para o bloqueio verificado no equacionamento de disputas e o deselance de novos investimentos na região. Isso torna o PSJ e os mecanismos nele incentivados temas centrais para se (re)pensar Cairu-2030.

9.3.2. A não utilização da arbitragem: preferência pela negociação, "mediação informal" e pelo Poder Judiciário

A arbitragem foi escolhida para integrar o PSJ em razão da fama do método no contexto doméstico e internacional, e em decorrência de experiências anteriores bem-sucedidas em outros ambientes. A intenção foi dar a Cairu-2030 uma feição de vanguarda, que servisse de modelo para futuros projetos de desenvolvimento sustentável: "*pensamos em usar a arbitragem por ser algo de vanguarda, um passo para frente, olhando para o futuro, a servir até de modelo a outros projetos*" - Gestor; "*isso era, naquele momento, uma ideia inovadora. (...) Investidores começavam a ver o município com outros olhos, porque a gestão pública começou a se desenhar de forma eficiente e também em razão dos royalties do petróleo. Esses conceitos [arbitragem e mediação] foram trazidos nesse momento para o município "* - Consultor Externo.

Mas desde o início do projeto em 2005-2006, nenhum caso de arbitragem foi reportado: "*ainda não foi usada a arbitragem concretamente*" - Político; "*não temos notícia do uso da arbitragem até o momento*" - Gestor; "*em nenhum momento, enquanto acompanhei isso, passou sob o meu crivo alguma demanda do município no sentido de invocar essa lei, 'vamos solucionar conforme o Cairu-2030'. Nunca passou algo nesse sentido*" - Consultor Externo; "*essa discussão é inovadora, mas a prática disso a gente ainda espera que aconteça realmente*" - Político.

A visão do empresariado confirmou essa situação: nenhum deles reportou ter usado, ou tido conhecimento de outros empreendedores empregando qualquer dos mecanimos previstos no PSJ. Entre esses entrevistados foram ouvidos desde pequenos empreendimentos locais até grandes investimentos na área de hotelaria, turismo e infraestrutura. Apesar da diferença entre tais categorias de investidores, a percepção retratada foi a mesma: a arbitragem ateve-se apenas a uma legislação municipal, sem aderência ou aplicação concreta.

Essa foi também a percepção da sociedade civil e de políticos. A falta de um aproveitamento efetivo da arbitragem e a ausência de envolvimento social foram apresentadas como fatores a explicar o distanciamento criado entre a teoria e a prática: "*a prática da arbitragem e da mediação ainda é distante do que poderia ser em termos de aproveitamento; a ideia é louvável e ter apontado no Cairu-2030 foi muito positivo, mas entre isso e uma viabilidade prática, precisaria envolver mais o campo universitário, a sociedade*" - Sociedade Civil; "*há muito ainda para fazer [para implementação de Cairu-2030 e do PSJ], a população precisa conhecer mais o projeto e se apoderar da iniciativa*" - Político.

Isso foi também confirmado pelo fato de conflitos existentes em Cairu serem resolvidos por outras vias fora do PSJ. A arbitragem foi considerada *pouco prática* no contexto de Cairu: "*não vi praticidade [no uso] da arbitragem nesse contexto [de Cairu-2030]*" - Político.

Ao invés dos mecanismos previstos no bojo do PSJ, os meios usados para pacificação social em Cairu são essencialmente a negociação, o Poder Judiciário, além de uma forma de "*mediação informal*" tal como nomeada por um dos gestores do projeto: "*a rigor os conflitos entre prefeitura e investidor praticamente não surgiram, tudo era equacionado antes por diálogo. Entre empreendedores, é a via comum mesmo (Poder Judiciário)*" - Político; *"muitos conflitos são resolvidos por uma mediação informal, digamos assim*" - Gestor. Lideranças locais e comunitárias surgiram para suprir esse papel de composição de conflitos em Cairu, retomando-se antiga prática da região: "*lideranças comunitárias servem hoje de mediadores e juízes. Eu olho para trás e vejo nisso algo que meu pai também fazia; um mecanismo comunitário, como aquele que as sociedades antigas resolviam suas questões*" - Gestor; "*onde eu vivo [Boipeba], as pessoas se resolvem seus problemas entre eles, nada se leva para a Justiça*" - Investidor.

O que essas iniciativas transparecem é um distanciamento entre as previsões do PSJ e as necessidades sociais, que passaram a desenvolver meios próprios e mais adequados ao contexto de Cairu-2030. Mesmo a mediação prevista no PSJ não teve aderência social: não houve casos reportados de mediação ou tentativas de mediação conforme ou a partir do PSJ. Apesar de lideranças políticas, sociais, empresários, consultores externos e gestores do projeto reconhecerem a importância da arbitragem e da mediação e de suas muitas vantagens em relação ao Poder Judiciário, em cerca de dez anos de gestão de Cairu-2030 não houve aplicação concreta do PSJ ou de seus mecanismos. A falta de confiança parece ser questão central a explicar esse quadro: "*imagina se eles [sociedade civil e investidores] vão acreditar de que alguém que não está investido do Poder Judiciário, vai ter autoridade para resolver. É um longo passo. Temos que caminhar muito*" - Consultor Externo.

Alguns fatores foram aventados como possíveis causas a explicar a falta de aderência e de adesão à arbitragem e ao PSJ. Citou-se *(i)* a falta de apoio político para divulgação do PSJ, que terminou por se limitar a um decreto municipal pouco conhecido da sociedade civil e do empresariado; *(ii)* ausência de uma agência de desenvolvimento com atuação efetiva para servir de canal de comunicação, diálogo, alinhamento estratégico e de solução de controvérsias; *(iii)* desconhecimento a respeito do que seja a arbitragem e a mediação; *(iv)* falta de interesse político em dar continuidade ao projeto Cairu-2030; *(v)* falta de uma cultura de arbitragem e de autorregulação de conflitos que estimulasse o uso desse métodos pela população, *(vi)* falta de uma liderança em todo o projeto Cairu-2030, capaz de promover a implementação efetiva do plano; e também *(vii)* a falta de credibilidade sobre os meios previstos no PSJ, por ter ocorrido uma associação entre os mecanismos nele propostos e o Poder Público municipal, a causar desconfiança entre empresários e a sociedade civil a respeito da isenção e neutralidade de tais meios.

Reconhecida a importância de todos esses fatores, chama a atenção em especial a alegação de *falta de confiança* sobre esses meios, a tocar em tema central deste trabalho. Cairu-2030 e os mecanismos previstos no PSJ foram repudiados pela sociedade também em razão da associação feita com o poder político local ("*como a gente vai acreditar num programa que é muito mais do político?*" - Investidor). Na percepção social isso corromperia a neutralidade, a isenção e a imparcialidade de tais mecanismos, além de sinalizar um alinhamento político com o poder municipal. Esse afastamento dá suporte à alegação desta tese a respeito da perda de legitimação da arbitragem uma vez prejudicada

sua base de confiança. Em Cairu-2030 isso foi notado na mensagem comum de empresários e da sociedade civil a respeito do descrédito do PSJ para solução dos conflitos existentes na região.

A ausência de uma cultura de arbitragem e de autorregulação de conflitos também parece contribuir ao cenário de rejeição desse meio como solução preferencial de disputas, apesar de todo o suporte legislativo dado a ela. Conforme reportado em uma das entrevistas: "*você pode ter a ferramenta, mas se você não estiver preparado para usá-la, não vai ter efeito*" - Investidor.

Isso demonstra a importância de um trabalho prévio de divulgação e esclarecimento social a respeito da arbitragem para criar a confiança necessária para sua utilização pelos usuários. Isso é especialmente verdade em situações em que o elemento político possa contaminar a credibilidade do mecanismo. Com base na percepção identificada, tal trabalho de esclarecimento poderia ter atenuado a rejeição e a desconfiança vista em relação ao PSJ, com possível efeitos sobre a própria aceitação de Cairu-2030: "*a falta do conhecimento é algo que tem que ser superado pelo poder municipal. Nunca houve um simpósio, até na própria sede do município ou em Morro de São Paulo, nunca houve uma apresentação [sobre o PSJ e os ADRs]*" - Consultor Externo.

Vê-se aqui elemento de aproximação com a pesquisa realizada no setor de construção e infraestrutura, em que também se identificou a necessidade de desenvolvimento de uma cultura apropriada para esclarecimento dos ADRs (mediação e *dispute boards*).

9.3.3. A ausência de "pertencimento local" de todo o projeto Cairu-2030 e os efeitos sobre o PSJ e a previsão de arbitragem

Apesar da vultuosa quantia investida no projeto – cerca R$ 100 milhões segundo informação prestada –, a percepção comum tanto de parte de investidores e da sociedade civil foi no sentido do insucesso do projeto: "*há um sentimento de desânimo completo em relação a Cairu-2030*" - Investidor; "*Cairu-2030 precisa ser utilizado, precisa entrar em pauta. Hoje é um bagunça*" - Investidor; "*isso aí [Cairu-2030] não saiu*

do papel" - Sociedade Civil; "*se vem o dinheiro, por que não emprega? cadê o 2030? se estamos em 2015, beirando o 2016, ainda não houve grande coisa, daqui para 2030 não vai vir nada*" - Sociedade Civil; "*já se faz 10 anos e pouca coisa foi feita em Cairu-2030. Daqui a pouco vamos chegar no Cairu 2050, 2080 e nada foi feito*" - Investidor. Inclusive forças políticas reconhecem uma implementação falha de Cairu-2030: "*nota dez pela iniciativa, pelo que foi construído [na teoria], e nota zero por entender que há muito a se fazer*" - Político.

Memorial fotográfico apresentado como Apêndice 6 ilustra as condições sociais ainda precárias vistas em Cairu. Também os índices educacionais continuam preocupantes na região: "*aqui nas pesquisas passadas registrou mais de 60% de analfabetismo, dos dois tipos* [absoluto e funcional]" - Sociedade Civil.

Uma das causas associadas a esse sentimento foi a falta de pertencimento local do projeto Cairu-2030. Na visão dos consultores externos, a ideia original era permitir que as comunidades locais se apropriassem das informações recebidas no projeto ("*O projeto original continha 1260 páginas, foi um diagnóstico que nenhum outro município no Brasil já recebeu (...) A ideia era disponibilizar a informação e criar um pertencimento social do projeto, que as pessoas se apropriassem do projeto como se fosse delas. O Projeto Cairu não é um projeto do WWI, do BID ou do UMA, mas do povo de Cairu*" - Consultor Externo). Apesar de o projeto ter sido convertido em lei municipal na tentativa de gerar tal apropriação, o que se alcançou foi apenas um pertencimento político, mas não um pertencimento social.

Conforme reportado em entrevistas, o desenraizamento social se justificaria em dois principais fatores: *(i)* o próprio desconhecimento do projeto pela população, motivado pelo excessivo encapsulamento de Cairu-2030 dentro de sua elite idealizadora e gestora ("*Cairu-2030 é um projeto que vem muito mais envolvido no meio de poucas pessoas. A compreensão da própria comunidade é muito aquém do instrumento. A comunidade nem entende o que é*" - Investidor); e também *(ii)* um descrédito e desconfiança associado à possível contaminação política já mencionada ("*O grande problema é o afastamento da população diante do cenário [de Cairu-2030]. A população se afasta por desconhecimento, por desacreditar no projeto, outra parte se afasta até por ser apartidária e querer se afastar do elemento político (..,) Não há um sentimento de pertença [popular] daquilo ali*" - Sociedade Civil; "*Minha percepção é que não há*

envolvimento e sobretudo entendimento do que seja Cairu-2030" - Sociedade Civil; "*é louvável a ideia [de Cairu-2030], mas faltou um processo de empoderamento na base*" - Sociedade Civil).

A falta de informação a respeito de Cairu-2030 foi queixa comum da sociedade civil e de empresários: "*eu participei da primeira reunião desse projeto, mas de lá pra cá eu não sei o que se desenrolou do projeto, porque é tudo tão sigiloso que a gente não tem acesso (...) falta uma divulgação do que está acontecendo*" - Sociedade Civil; "*não foi divulgado [Cairu-2030] para as comunidades. Nós questionamos muito isso*" - Sociedade Civil; "*o plano deveria ser muito mais divulgado (...) eu não sei até hoje quais os projetos que o Cairu-2030 resolveu*" - Investidor. Os próprios políticos veem na falta de divulgação de Cairu-2030 uma falha de implementação do projeto: "*houve uma pequena falha no decorrer processo de aprovação do projeto (...) não houve discussão tão aberta com a população*" - Político.

A falta do elemento local na formulação de Cairu-2030 foi notada também no tocante à escolha da consultoria estrangeira responsável pelo estudo de diagnóstico: "*os erros começam na licitação. O que acontece é o seguinte: as pessoas não conhecem a realidade do local. Ganham a licitação e vem pra cá, aí o olhar dessas pessoas sobre o que quer seja, é o olhar que desenvolveram lá em Deus-me-livre, em Portugal, na França, mas não é assim. Todos os locais têm características especiais, que se não forem observadas, elas não vão para a frente. Cairu-2030 foi uma coisa fechada*" - Sociedade Civil.

A falta de pertencimento local de Cairu-2030 é um problema que atingiu também o PSJ e a arbitragem, que, como mencionado, perderam preferência social a outras formas consideradas mais confiáveis e adequadas à realidade de Cairu: "*infelizmente [o PSJ] ficou restrito ao texto legal (...) ficou na gaveta*" - Consultor Externo.

Essa percepção confirma a importância do elemento local a garantir a utilidade social das instituições: aquelas que venham impostas de cima para baixo (*top-down*), mesmo que justificadas política, econômica e racionalmente, tendem a perder adesão social diante do desenraizamento verificado. A falta de pertença (*local owernship)* em relação à arbitragem, combinada ao sentimento de desconfiança social e desconhecimento do que seja o PSJ, fez com que outros meios surgissem espontaneamente

no sentido inverso (*bottom-up*) como forma de atender à demanda social para solução de controvérsias. Apesar das diretrizes propostas no PSJ, a população continuou a buscar o Poder Judiciário e suas próprias lideranças comunitárias de confiança para resolver seus conflitos, ignorando estímulos presentes em Cairu-2030.

O paradoxo que se verifica é que a arbitragem e a mediação teriam muitas razões para se desenvolver em Cairu. Em primeiro lugar por lá não ser comarca judiciária, dependendo da cidade de Valença, há cerca de 100 km em estrada vicinal ou por meio de transporte fluvial ainda precário, para acesso ao Poder Judiciário. Trata-se, ainda, de sociedade pequena em que a confiança sobre esses mecanismos poderia ser gerada mais facilmente a partir da divulgação e de uma informação mais adequada a respeito do PSJ, usando-se, por exemplo, as oficinas de aprimoramento utilizadas no início da implantação do projeto. Também já existe na região embrião estimulando o uso de mecanismos de autorregulação de controvérsias para fins de empoderamento social, em razão de iniciativas do IDC – Instituto de Direito e Cidadania em Tancredo Neves[701] promovendo a cultura de diálogo e desjudicialização de disputas em todo o Baixo Sul da Bahia.

Mas, apesar de tais razões, a percepção notada foi oposta: desconhecimento e desconfiança somaram no sentido de afastar a utilidade social do PSJ e da arbitragem, criando-se óbice significativo para a solução de conflitos sociais que, na atualidade, muito contribuem para a paralisia de todo programa Cairu-2030.

9.3.4. A tendência de universalização do uso da arbitragem e a falta de adequação do PSJ aos conflitos existentes

Além da ausência de pertencimento local, outro fator que ajuda a explicar a rejeição social do PSJ é tendência de universalização em relação ao uso da arbitragem em Cairu-2030. Conforme reportado por um de seus idealizadores: "*a gente pensava que era relevante ter um processo de gerar segurança [jurídica], aí veio a ideia de aplicar a*

[701] Informação confirmada em entrevistas e também em website do IDC <http://idcbaixosul.org.br/site/index.php/projetos/nac/projeto-balcao-de-justica-e-cidadania>. Acesso em 20.01.2016.

cultura de arbitragem em todo sentido, capilarizando isso desde brigas de vizinho até o mais estratégico" - Gestor.

A redação do artigo 43, § 2º do Decreto nº. 398/2008 é efetivamente ampliativa, objetivando englobar desde questões empresariais até referidos conflitos de vizinhança, passando por questões cuja aplicação da arbitragem é inclusive questionável: "*as relações contratuais derivadas de atividades econômicas ou patrimoniais a ele [Plano Cairu-2030] vinculadas serão estimuladas legalmente a adotar compromissos de mediação e arbitragem para a solução rápida de contendas nos âmbitos: empresarial; trabalhista; administrativo; sucessório; compras e vendas de qualquer natureza; estabelecimento de limites entre posses ou propriedades; conflitos de vizinhança; eliminação de riscos ou danos ambientais; manutenção e conservação de imóveis urbanos; avaliação de bens e direitos, tudo o mais que for legalmente possível*" (Apêndice 4).

O incentivo ao uso da arbitragem de maneira generalizada, sem ponderações a respeito de eficiência, custo-benefício e da própria natureza dos conflitos, com referência a temas que são, à primeira vista, não arbitráveis – como é o caso de questões trabalhistas, administrativas e sucessórias – pode ter contribuído ao sentimento de inadequação e de falta de praticidade reportado pela liderança política. Também pode advir daí seu afastamento pelo próprio empresariado, principal público-alvo do PSJ.

Veja-se que, na realidade de Cairu, dois entraves foram referidos pelos empresários como óbices enfrentados na implantação do projeto de desenvolvimento. O primeiro deles é o conflito social com comunidades tradicionais, no que se refere à titularidade de terras onde estão localizados grandes empreendimentos da região, hoje paralisados pelo conflito. No total, oito comunidades remanescentes quilombolas reclamam a propriedade de terras dentro das principais áreas de exploração econômica da região. O conflito está judicializado desde pelo menos 2010[702], com episódios de violência relatados pelas comunidades de Batateira, Graciosa e Garapuá.

[702] Veja-se processo administrativo perante o INCRA, para reconhecimento da comunidade quilombola de Batateira, registrado sob o número 54160.003873/2010-41 e processo judicial nº. 0017515.2010.805.0271 perante a Vara Cível e Comercial de Valença, Bahia, em que a reintegração de posse da mesma área foi requerida pelo proprietário. No mesmo sentido, vide o processo administrativo INCRA nº. 54160.003934/2014-01, que trata da regularização fundiária da Comunidade Quilombola de Graciosa e

Segundo óbice empresarial enfrentado em Cairu-2030 diz respeito a entrave administrativo para regularização e licenciamento ambiental de empreendimentos privados. Trata-se de fato relacionado ao problema anterior na medida em que ONGs de defesa ambiental têm atuado em conjunto com representações de defesa de comunidades tradicionais, levando muitas vezes ao travamento desses processos. Essa percepção ficou clara em audiência pública realizada em 27 de outubro de 2015 para discussão do conflito quilombola.

O entendimento de que a arbitragem não tem servido para a solução dos conflitos que afetam a região foi sentimento comum reportado por empresários. Esse é fato também reconhecido pelas lideranças políticas locais: "*tem determinadas questões que fogem aos limites do município e do âmbito da arbitragem. Por exemplo, eu teria que sentar com quem de direito do Patrimônio da União em relação à titularidade [da propriedades em disputa quilombola] e do Estado com relação aos licenciamentos ambientais a partir de determinado nível*" - Político.

O que se nota em Cairu-2030 é, portanto, a mesma tendência de universalização da arbitragem que a pesquisa no setor de construção e infraestrutura (Capítulo 06) também apurou. Nas duas situações, o sucesso do método em outras experiências criou uma *propaganda crescente* a tornar a arbitragem uma espécie de fórmula a ser usada em larga escala. Além do risco de perda de sinalização contratual, em razão do mimetismo gerado, agrega-se também o risco de se comprometer a adesão, a adequação e a utilidade social do instituto.

Tal foi narrado no setor de infraestrutura e também verificado em Cairu, com o afastamento da arbitragem em decorrência de sua pouca utilidade face aos conflitos existentes. A diferença principal entre as duas situações é que, no setor de construção e infraestrutura, a arbitragem já é substituída pela mediação e pelos *dispute boards*, de forma que os conflitos são equacionados por outras vias. Em Cairu-2030, o que se vê acontecer é situação de *paralisia decisória*, tanto em sede judiciária, quanto administrativa, a aumentar a conflituosidade social e os riscos de enfrentamento, inclusive físico, na região.

A tensão notada em reunião de 27 de outubro de 2015 já aponta para nível elevado de desagregação social e conflito. A polarização dos interesses envolvidos criou

---

processo de reintegração de posse para fins de retomada da propriedade ocupada pela comunidade quilombola de Graciosa: Processo nº. 0001748-68.2015.4.01.3301 - Vara Federal de Ilhéus.

situação de rivalidade e de resistência que pode criar dificuldade para negociações futuras, seja com particulares, seja com o poder público.

Esse cenário é ilustrado no mote de alguns desses movimentos sociais: "*quem não aguenta com os quilombos, não assanha seus guerreiros*"; "*se não vem nosso direito, o Brasil perde também*"; "*resistir, lutar, derrubar*". O fato de nenhuma autoridade municipal ou empresarial de relevo ter comparecido à reunião reforçou o sentimento de omissão pública e de desisteresse privado, acentuado-se o espírito de luta e resistência, bem como a rejeição a tentativas de equacionamento negociado: "*acho difícil as comunidades tradicionais aceitarem qualquer composição a essa altura. Na visão desses grupos, uma relativização de direitos é algo muito complicado. Acho difícil sair qualquer acordo*" - Consultor Externo. Observadores de Cairu-2030 entendem que a questão ainda pode piorar e que novos episódios de violência e confrontamento são esperados em Cairu: "*o pior ainda está por vir*" - Consultor Externo; "*o exemplo de Batateira [com conflito e enfrentamento físico entre empresários e moradores] pode se reproduzir em outros lugares e isso é perigosíssimo*" - Sociedade Civil.

A principal conclusão que se tira é a respeito da fragilidade e inadequação do PSJ para o propósito de pacificação social de Cairu-2030. Para além da rejeição da arbitragem por motivo de *(i)* vinculação política ou *(ii)* falta de conhecimento e confiança social, há também *(iii)* motivo de ordem estrutural e jurídica que coloca em xeque a utilidade da arbitragem para atuar nos conflitos pendentes em Cairu. Repensar o modelo do PSJ deve levar em conta esses fatores.

9.3.5. O experimentalismo institucional para o PSJ

A proposta de novo PSJ para Cairu-2030 foge ao escopo original desta pesquisa, cuja finalidade era identificar o papel da arbitragem no contexto de um projeto de desenvolvimento. Entretanto, diante do reconhecimento de que o PSJ tem representado óbice relevante para Cairu-2030, repensar o modelo é tema que afeta a ideia de desenvolvimento por meio da arbitragem.

Diante disso, apresenta-se a seguir dois eixos de análise identificados a partir da pesquisa de campo e que tomam o experimentalismo institucional, tema desenvolvido no Capítulo 08, como principal chave para se repensar o PSJ. A proposta busca unir um *sistema multiportas* de solução de disputas a formatações de *feição híbrida*, capazes de aproximar a fronteira público-privada.

(a) Sistema multiportas

A diversidade dos conflitos existentes em Cairu estimula a adoção de um sistema de múltiplas possibilidades de solução de disputas, que permita ao usuário – ou a um sistema de triagem a auxiliar os indivíduos – escolher o método mais adequado ao conflito existente, sem solução única ou imposição *ex ante* feita pelo agente regulador.

Fugir de respostas automáticas em favor da arbitragem é tão salutar quanto estimular seu uso para conflitos envolvendo grandes investimentos, obras infraestruturantes e parcerias público-privadas, em que o elemento temporal seja parte da dinâmica contratual. Conforme já se aventou em capítulos anteriores, as molduras relacionais são aquelas em que a arbitragem tem maior capacidade de agregar funcionalidades e eficiências contratuais, daí porque seu estímulo especialmente no que toca a tais formatações contratuais. Vale lembrar também a própria finalidade original do PSJ que, nos termos do artigo 6º da Lei Municipal nº. 241/2008, buscava incentivar "*a formalização de parcerias público-privadas infra-estruturantes*". É para esses tipos de parcerias que a arbitragem pode representar um estímulo efetivo ao investimento. Esse é inclusive entendimento defendido em recentes posicionamentos do Poder Judiciário.[703]

Além disso, o novo marco regulatório da mediação (Lei Federal nº. 13.140/2015) é avenida adicional para a solução de disputas em Cairu-2030, especialmente no que se refere a *(i)* conflitos de menor monta, que não justificam o uso da arbitragem;

[703] "Determinados tipos de demandas, que exigem toda uma expertise, cabem melhor na arbitragem. Grandes contratos de infraestrutura, que desafiam uma decisão rápida sobre uma questão que exige conhecimento técnico muito grande... Nesses casos, é mais conveniente a arbitragem, porque ela não paralisa a obra nem dificulta a solução do contrato. A arbitragem funciona muito bem para isso" (Resolução de litígios técnicos é melhor na arbitragem, defende ministro Salomão. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/resolucao-litigios-tecnicos-melhor-arbitragem-ministro>. Acesso em 20.01.2016).

bem como *(ii)* questões envolvendo direitos indisponíveis que admitam transação, como é o caso de muitas das questões referidas no Decreto nº. 398.[704] Estimular o uso da mediação em Cairu-2030 atende ao objetivo de evitar a judicialização de disputas, também mantendo a utilidade da arbitragem para casos específicos. Como o uso de uma "*mediação informal*" já se apresentou como forma preferencial de solução em Cairu, contando com a adesão e a confiança da população, esse é elemento relevante para reaproximar Cairu-2030 de seus destinatários finais.

Mas, importa notar que antes que o uso de ADRs seja estimulado em Cairu-2030, há relevante abismo informacional a ser suprido no que se refere ao esclarecimento social a respeito do que são tais mecanismos. Sem que isso seja corrigido, arrisca-se que o sentimento de desconfiança, descrédito e a falta de aceitação dos ADRs permaneça inalterado em Cairu.

As oficinas de ensino já experimentadas em Cairu, com efeitos positivos em termos de desenvolvimento do capital social da região, são ferramentas relevantes para se criar canal de informação e de diálogo com a população. Conforme reportado em entrevistas, o que falta em Cairu-2030 é um trabalho de "*tradução*" que possibilite às informações chegarem, de forma efetiva, à população: "*o caminho certo seria traduzir, a tradução desse decreto [para a população], com sua ampla publicização. Um cartilha de forma bem didática poderia contribuir inicialmente [para divulgação do PSJ e dos ADRs]. Já a mudança da cultura é algo mais longo, mas tem que iniciar dando o amplo conhecimento*" - Consultor Externo; "*eu percebo fragilidade muito grande na tradução das informações (...) é preciso tornar a comunicação mais fácil*" - Sociedade Civil; "*a população não entende [Cairu-2030], então ele precisaria ser diluído para chegar nas comunidades*" - Sociedade Civil. Referidas oficinas podem funcionar inclusive como gatilho para uma maior participação popular em Cairu-2030.

[704] Cita-se em especial direitos trabalhistas, administrativos, sucessórios e a reparação de riscos ambientais.

(b) Hibridismo na solução de disputas

Também a natureza dos principais conflitos pendentes em Cairu-2030 coloca em destaque a necessidade de se afastarem modelos e fórmulas prontas para o PSJ. Unir, em formato híbrido, formatações públicas e privadas parece ser uma alternativa válida para se obter maior aderência aos conflitos que paralisam Cairu-2030 e que envolvem uma multiplicidade e complexidade de interesses privados, públicos e coletivos.

Concretamente, o que se defende é a possibilidade de expandir e adaptar a experiência bem sucedida alcançada pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, estabelecida pela Portaria nº. 1.287, de 27.09.2007, de forma a permitir também a presença de agentes privados e de associações de representação de direitos coletivos.

Referida câmara iniciou sua atuação para tratamento de controvérsias apenas entre entes da administração federal, mas, em razão dos bons resultados alcançados, ampliou posteriormente seu escopo para entidades e organismos estaduais e municipais. Relevante notar que a CCAF é considerada um foro de *articulação de políticas públicas*, por promover o diálogo e a cooperação entre agentes públicos de diferentes esferas de governo.[705]

Esse formato híbrido pode ser aproveitado para Cairu-2030, representando, na linha defendida por MARIANA MOTA PRADO[706], um novo *by-pass* institucional capaz de fugir dos formalismos e rigores excessivos dos tradicionais meios de solução de disputas, permitindo-se maior celeridade e eficiência no equacionamento de questões que se situam entre o público, o privado e o coletivo.

---

[705] "A CCAF foi criada com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mas, posteriormente, o seu objeto foi ampliado e hoje, com sucesso, resolve controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios (...) A CCAF além de tentar evitar a judicialização de novas demandas também encerra processos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses conflitos. Também ganha cada vez mais força a idéia de que a Câmara de Conciliação possibilita a articulação de políticas públicas, já que os órgãos públicos por meio das reuniões de conciliação são estimulados a dialogarem e cooperarem um com o outro" (Cartilha CCAF, 2012. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16042687>. Acesso em 20.01.2016).

[706] PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016.

Uma câmara dessa natureza pode auxiliar no tratamento de pendências complexas, em especial a definição da propriedade fundiária, a demarcação territorial em razão de identidade cultural quilombola e questões ambientais ligadas a licenciamentos e regularizações em diferentes níveis e esferas de governo. Um foro híbrido de solução de disputas, que permita a participação de entes públicos, privados e coletivos, pode inclusive resgatar o diálogo entre agentes altamente rivalizados em Cairu-2030, servindo para melhor articulação de políticas públicas.

O cabimento dessa proposta, que busca combinar o racional da arbitragem privada da Lei nº. 9.307/96 e o arbitramento público da CCAF pode ser uma resposta eficiente a uma realidade em que a fronteira público-privada se torna cada vez menor.[707] Também modificar a estrutura decisória é medida relatada em entrevistas como necessária seja diante do excesso de trabalho acumulado nas esferas tradicionais, reconhecido em posicionamentos do INCRA na questão quilombola[708] e na própria demora para a concessão de licenciamentos ambientais[709], seja em razão de percepção de desconfiança no tocante à parcialidade de alguns órgãos para julgamento de questões envolvendo delimitação territorial, por exemplo.[710] Criar um novo foro decisório, que não modifique a estrutura existente, mas que viabilize uma arena técnica, neutra e célere de solução de disputas, capaz de unir entes públicos, privados e coletivos, parece alternativa viável e eficiente para contornar tanto a situação de paralisia decisória, quanto a crise de confiança percebida.

---

[707] O intercruzamento da fronteira público-privada e a necessidade de instituições capazes de fazer essa ponte é tratada por FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. 2. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 89-90.

[708] "Senhor defensor, cumprimentando-o cordialmente, em resposta ao ofício supracitado, informamos que tramita nesta Superintendência, como consta em cópia anexada ao presente documento, o processo administrativo nº. 54160.003934/2014-01, que trata da regularização fundiária da Comunidade Quilombola de Graciosa, aberto de 06/10/2014. Outrossim, custa-nos informar a V.Exa. que este, entre outros processos, aguardam o início dos trabalhos de elaboração do RTID - Relatório Técnico de Identificação e de Delimitação - de seu território, e que não há até o momento disponibilidade de equipe técnica. Diante da demanda de mais de 200 processsos abertos, faltam profissionais e infraestrutura administrativa para atender a grande demanda por regularização fundiária, nos encontramos, então, dentro de um contexto que nos impossibilita prever data para início do RTID da Comunidade Quilombola de Graciosa. Sem mais, colocamo-nos à disposição para quaisquer outros esclarecimentos. Atenciosamente. Superintendente Regional Interino - INCRA/BA" (fls 13, processo administrativo nº. 54160.003934/2014-01, INCRA).

[709] Segundo informado em entrevistas, investimentos de grande porte tendem a esperar anos para licenciamento ambiental. Situação paradigmática identificada em Cairu diz respeito a empreendimento aguardando licenciamento ambiental desde 2001 - Processo INEMA nº 2001-015414 / TEC / LL/0046.

[710] "*Sem sombra de dúvida [há desconfiança quanto à parcialidade do julgamento]. A certidão é expedida pela Fundação Cultural Palmares, que até um ano atrás, eles tinham uma meta para bater de certidão. Então teria que se criar números para se atingir uma meta. Isso é esdrúxulo*" - Consultor Externo; "*o interlocutor - INCRA - é passional nesse julgamento. Fica inadministrável isso*" - Sociedade Civil.

Ademais disso, se *dispute boards* surgiram na indústria de construção e infraestrutura como resposta híbrida, entre a arbitragem e a mediação, para conflitos técnicos que exigiam solução imediata, o mesmo racional de técnica, eficiência e celeridade pode ser aplicado a projetos de desenvolvimento, especialmente quando é a própria administração pública, nos termos do artigo 37 da Constituição, a se reger por esses princípios. Experiências bem sucedidas da CCAF em disputas envolvendo entes da administração[711] são indícios relevantes de que o hibridismo na solução de disputas pode ser uma alternativa ao destravamento de óbices existentes em Cairu-2030. Tal alternativa depende, entretanto, de iniciativa e apoio de poderes públicos e políticos para ser implementada, por se tratar de proposta ainda inexistente no ordenamento atual.

(c) Comunicação social qualificada e confiança

Além da necessidade de não se tomar a arbitragem como solução única e automática, o que a experiência de Cairu-2030 acrescenta é a importância da adaptação local e do experimentalismo como formas de se garantir a aceitação social e a adesão de futuros usuários do PSJ. O embrião de autorregulação de disputas já existe no Baixo Sul, sendo esse caminho a ser explorado pelo agente regulador. O papel de lideranças comunitárias locais a servirem como "*mediadores informais*" são contribuições valiosas para que o PSJ ganhe pertencimento local e confiabilidade por parte de seus destinatários finais.

Também a criação de foro de diálogo e de comunicação é demanda comum identificada na pesquisa de campo, a perpassar empresários, comunidades tradicionais e sociedade civil, que veem nessa ausência uma fator de desagregação social. O Convento de Cairu é usado como principal canal de comunicação e palco neutro para assembleias públicas e reuniões da comunidade, faltando efetivamente espaço, mesmo físico, previsto em Cairu-2030 para expressão da sociedade civil e para a composição de interesses divergentes ("*tudo é no Convento. A Câmara agora está cedendo espaço. Mas em peso é no Convento mesmo*" - Sociedade Civil).

[711] SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahlis. Câmara de Arbitragem da AGU e Modelo Arbitral Brasileiro: Aproximações e Distinções. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 35, jul./set. 2012, p. 14-19.

A criação de uma associação comercial foi tentativa privada no sentido de implantar foro dessa natureza, mas a iniciativa não obteve adesão social, mesmo entre empresários ("*depois que conseguimos registrar, criar o CNPJ, não houve uma reunião sequer do empresariado*" - Consultor Externo). Também a prefeitura criou, por meio de projeto de lei nº. 342/2012, a agência de desenvolvimento sustentável de Cairu, o que caiu igualmente em desuso e foi entendida como mais uma estratégia de barganha política da prefeitura. A criação *bottom-up* de canal efetivo de informação, capaz de promover uma "*comunicação social qualificada*" - Sociedade Civil mostra-se demanda relevante para Cairu-2030. Com base na percepção captada, tal foro deve manter-se independente do poder político municipal, para gerar credibilidade e confiança em todos seus usuários.

O Baixo Sul já conta com instituições que, durante a pesquisa realizada, se mostraram isentas e de grande confiabilidade social, como são o IDES – Instituto de Desenvolvimento Sustentável do Baixo Sul da Bahia e a Construir Melhor, ambas associações sem fins lucrativos com atuação em projetos de Cairu-2030. Essas entidades já detêm aderência social e credibilidade, podendo contribuir na tarefa de vocalização de demandas e de contenção da conflituosidade existente em Cairu-2030. A atuação do IDES como instituto de articulação e de criação de governança participativa foi lembrada inclusive por políticos locais: "*o IDES poderia ser uma porta já que não é algo estranho para a população e principalmente para os gestores. É uma instituição que tem o know-how e a experiência e pode facilitar essa nova discussão de Cairu-2030*" - Político.

Com base na pesquisa realizada ficou nítido que repensar Cairu-2030 não admite resposta única. Retomar a confiança, a comunicação social qualificada e o diálogo são medidas que um novo PSJ parece exigir, como medida necessária para o próprio resgate da confiança no plano: "*a gente sabe que hoje, muito mais nesse momento, a população não acredita em mais ninguém aqui*"- Sociedade Civil; "*a questão da desconfiança do empresariado, da população é muito alta mesmo*" - Consultor Externo; "*a população vive desconfiada em todos os sentidos, a classe política vive seu pior momento*" - Político. Como já se disse na introdução desta tese, comunicação e confiança andam *pari passu*.[712] Essa é lição também extraída de Cairu-2030.

[712] "Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada" (LARENZ, Karl. *Derecho civil* - Parte general. IZQUIERDO, Miguel; PICAVEA, Macías. (Trad.). Caracas: Editora Edersa, 1978, p. 59).

9.3.6. PSJ, confiança e desenvolvimento

O estudo de caso de Cairu-2030 foi além da finalidade inicial pretendida. Mais do que explorar o papel da arbitragem no contexto de um projeto de desenvolvimento em andamento, Cairu-2030 ofereceu subsídios concretos para uma análise mais profunda a respeito da própria contribuição de programas de segurança jurídica e de seus mecanismos de solução de disputas para o destravamento – ou a manutenção – de óbices ao desenvolvimento. No caso em questão, foi interessante notar que o PSJ não foi lembrado como fator a contribuir à melhora econômica vista no município nos anos de 2007-2008, mas paradoxalmente segue hoje como um dos elementos de grande fragilidade do plano, a barrar o progresso regional.

A importância da confiança também se evidenciou de forma concreta na pesquisa. A análise de campo confirmou a importância desse elemento para garantir a adesão e a utilidade da arbitragem, bem como para assegurar a comunicação social e, com isso, a própria coordenação entre agentes econômicos.

No diálogo com a pesquisa feita no setor de construção e infraestrutura, reiterou-se a importância de não se tomar a arbitragem como solução única e automática, dado que tal estratégia pode comprometer a adesão social a ela. A necessidade de respeitar-se a premissa de adequação local é critério tão relevante quanto o desenvolvimento de uma cultura de arbitragem a estimular a autorregulação de conflitos. O risco comum é o de não implementação do instituto, seja por desinteresse social, seja por não se saber usar a ferramenta.

Muitos são os impactos e as economias que um PSJ adequado à realidade de Cairu pode desempenhar para o desenrolar de todo o plano e para a ideia de desenvolvimento sustentável. De maneira mais imediata, a regularização fundiária traz consequências para a segurança jurídica tanto de novos empreendimentos privados, quanto para o futuro de comunidades tradicionais existentes na região, com reflexos sobre o nível de tensão social em Cairu. Da mesma forma, a retirada de ilhas costeiras do patrimônio da União, com consequente atribuição definitiva de propriedade seja a agentes privados ou a entidades coletivas, pode refletir sobre o empreendedorismo local, em especial em razão do incentivo ao crédito e ao microcrédito que se torna viável a partir da regularização da

propriedade. Esse é tema com impactos inclusive sobre a própria regularização do recolhimento tributário pelo município, que hoje se encontra em situação *sui generis* de realizar cobrança de IPTU sobre terrenos da União. O destravamento de óbices administrativos para licenciamento ambiental, com redução do tempo de espera para obtenção de licenças para construir, pode servir igualmente de estímulo ao investimento privado na região.

Um PSJ que promova a solução ágil dessas questões, mediante o uso da arbitragem, da mediação ou de um foro público-privado-coletivo é crucial para evitar a paralisia decisória existente. Casos concretos citados na literatura econômica dão conta dos impactos positivos que a regularização jurídica da propriedade e a desobstrução burocrática da administração podem ter sobre os níveis econômicos e sociais de regiões em desenvolvimento.[713] Esses são exemplos que Cairu-2030 pode aproveitar dentro de seu contexto econômico e social.

De maneira mais mediata, uma cultura de autorregulação de conflitos pode estimular a comunicação qualificada, tão carente hoje em Cairu-2030. Isso porque mecanismos de arbitragem e mediação se alinham à ideia de uma Justiça coexistencial e participativa, baseada em valores de oralidade, proximidade e confiança, o que pode abrir um importante canal de diálogo social. O mesmo racional se aplica ao mecanismo híbrido proposto, que parte da premissa de diálogo e cooperação entre agentes de diferentes esferas de atuação. Como Cairu-2030 envolve cenário de *avoidance*, em que não há opção de saída disponível às partes, ou esta é muito custosa em razão dos *sunk costs* envolvidos (seja em razão de investimentos já realizados, seja em razão dos vínculos sociais e familares que impedem a mudança para outro ambiente), tais mecanismos viriam no sentido de agregar proximidade e entendimento social a Cairu-2030.

É com base nesses mesmos elementos que tais mecanismos podem também gerar uma cultura de *accountability* social, com reflexos sobre o sentimento de pertencimento de todo o plano. Por ser Cairu uma sociedade ainda conhecida por vínculos tradicionais de clientelismo e por uma inércia política intencional, estimular mecanismos que criem uma tradição de diálogo, de comunicação e de *accountability social* pode ter efeitos positivos para atenuar vínculos políticos clientelistas, dando à população de Cairu

[713] DE SOTO, Hernando. *The other path* – the economic answer to terrorism. New York: Basic Books, 1989. DE SOTO, Hernando. *The mistery of capital* - why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else. New York: Basic Books, 2000.

uma *opção de saída política*, apesar da impossibilidade de saída física: "*A sociedade, por outro lado, é intelectualmente pobre. Absurdamente pobre. Domina lá o voto de cabresto, vota em fulano porque fulano deu R$ 100, uma cesta básica"* - Consultor Externo; "*existe um interesse em que as coisas não saiam do lugar, um estado de inércia. Essa mesma inércia está nos poderes públicos, principalmente das cidades do interior. Aqui se vota com número. Ninguém sabe em quem você está votando. O vereador trás o número: você vota no 1427, 3728, parece jogo do bicho. Se há um interesse que modifica essas comunidades, que passam a ser comunidades pensantes, com poder de decisão, assimilando o que é falado, a eleição não vai ser assim, já não vai ter tapinha na costa. Há interesse de manter as coisas do jeito que elas são*" - Sociedade Civil). Nesse cenário, mudar a inércia política, através de uma cultura de autorregulação de conflitos, diálogo, informação qualificada e participação pode ter efeitos da mais alta relevância para fins de empoderamento social em Cairu-2030.

Por fim, o reforço ao *aspecto ético* trazido por esses mecanismos de solução de disputas, como tratado em capítulos anteriores, pode ser usado como alavanca para implementação e controle de políticas públicas anti-corrupção, a evitarem novos escândalos em projetos-âncora de Cairu-2030. O elemento ético estimulado por esses ADRs se agrega à cultura de comunicação e diálogo, criando-se uma nova mentalidade de solução de disputas para o plano de Cairu-2030, com efeitos que podem ir além da esfera simplesmente processual. Sim, porque já se defendeu nesta tese a possibilidade de a arbitragem trazer uma mudança de parâmetro ético a incidir sobre todo o desempenho contratual e o cumprimento das obrigações pelos contratantes. Esse mesmo racional é aplicado a Cairu-2030, dessa vez a atingir a perspectiva extra-contratual e institucional.

Vê-se, portanto, serem muitos são os benefícios que uma cultura apropriada de solução de conflitos pode representar para Cairu-2030, especialmente para destravamento de óbices identificados e maior empoderamento social. Resgatar a confiabilidade e a credibilidade social no PSJ, por meio do diálogo, da transparência, da informação qualificada e da inovação institucional, parecem ser passos necessários no sentido de refuncionalizar todo o plano de Cairu-2030.

9.4. Conclusões parciais e desdobramentos da pesquisa

A pesquisa empírica teve o mérito de demonstrar que teoria e prática não estão alinhadas no que se refere ao papel da arbitragem dentro do projeto Cairu-2030.

Se, de um lado, a teoria descrita para o PSJ pressunha à arbitragem a função de alavanca de investimentos público-privados, estímulo à cooperação e coordenação entre agentes econômicos, maior eficiência na solução de disputas e ferramenta permeável às necessidades sociais, o retrato visto em Cairu-2030 evidenciou um PSJ restrito ao texto legislativo municipal. Em dez anos de gestão do plano, a intenção normativa de se gerar segurança jurídica por meio da arbitragem foi substituída por um sentimento de inadequação e de falta de utilidade da arbitragem e de todo o PSJ frente aos conflitos existentes em Cairu.

A falta de confiança foi identificada como tema central em Cairu-2030. Tanto investidores, quanto a sociedade civil mostraram não confiar nos mecanismos propostos pelo PSJ: a previsão da arbitragem no bojo de legislação municipal terminou por contaminar a credibilidade do PSJ, fato agravado pela falta de canal de comunicação e de informação qualificada que pudesse esclarecer a população a respeito dos mecanismos de solução de controvérsias previstos para Cairu-2030.

O desenvolvimento de uma cultura esclarecedora a respeito da arbitragem e demais ADRs mostrou-se tão essencial e necessária para gerar adesão popular à arbitragem, quanto a adaptação ao contexto e a possibilidade de inovação no desenho e formatação do PSJ. O abandono político e social do PSJ é indicativo de um sentimento generalizado de desânimo e de falta de pertença que envolve Cairu-2030.

Para fins de fechamento da pesquisa de campo, as hipótese lançadas no início deste capítulo podem ser assim respondidas:

Hipotese (1): A arbitragem tem desenvolvido funcionalidades adicionais a auxiliar na promoção de segurança jurídica, atração de investimentos privados e estímulo à cooperação, confiança e coordenação social?

Não. Em Cairu-2030 a arbitragem nada tem contribuído ao desenvolvimento dessas funcionalidades adicionais. Há sentimento de insegurança jurídica não contido pela

previsão de arbitragem e motivado pela existência de conflitos sociais não resolvidos pelo PSJ. Além de não ter sido correlacionada ao progresso e desenvolvimento verificado em Cairu-2030 no passado, a arbitragem tem se mostrado um instrumento incapaz – do ponto de vista técnico e social – de dar vazão à conflituosidade existente. Ao lado de questões políticas, a incapacidade da arbitragem e de todo o PSJ gerar condições de estabilidade econômica e social é óbice relevante ao desenvolvimento de Cairu-2030.

Hipótese (2): Estão tais funcionalidades ausentes da realidade, com a arbitragem restrita apenas às previsões na legislação municipal?

Sim. A percepção social unânime é no sentido de inadequação da arbitragem e de todo o PSJ para a realidade de Cairu, muito embora lideranças políticas, sociais, empresários, consultores externos e gestores do projeto reconheçam a importância da arbitragem e de suas vantagens em relação ao Poder Judiciário. A falta de confiança, conhecimento e pertencimento social terminaram por limitar o instituto apenas à legislação municipal e às intenções iniciais postas no documento apresentado ao Prêmio Innovare.

* * *

A mesma ressalva feita no Capítulo 06 é aqui reiterada: as conclusões obtidas nesta pesquisa não podem ser estendidas ou generalizadas, devendo ser compreendidas à luz da realidade e do contexto de Cairu-2030, com suas particularidades econômicas (município com parte significativa de sua população vivendo abaixo da linha da pobreza), políticas (existência de laços de clientelismo) e sociais (elevado grau de analfabetismo e falta de empoderamento social). De toda forma, este estudo agrega no sentido de se compreender o instituto da arbitragem para além de sua dimensão apenas processual. Há efetivamente impacto concreto que a arbitragem pode deter sobre planos de desenvolvimento, tanto no sentido de trazer economias, quanto deseconomias. Essa conclusão torna o instituto da arbitragem uma ferramenta relevante a ser pensada por agentes reguladores no âmbito de políticas públicas de desenvolvimento.

A pesquisa realizada também abre novas frentes de estudo. Uma delas é no sentido de desenhar novo PSJ para Cairu-2030. Rever o papel da arbitragem dentro de Cairu-2030, tomando-a como parte de um sistema multiportas de solução de disputas e não

como ferramenta única é premissa que pode ser levada em conta por agentes reguladores locais. Transformar a fragilidade verificada no atual PSJ, diante de sua incapacidade de solucionar questões conflituosas e administrativas pendentes, em oportunidade de releitura de Cairu-2030, especialmente em vista a conceitos de experimentalismo, pertencimento e participação social, é mensagem que pode ser aproveitada para a formatação de novo modelo de solução de disputas.

Outra frente de pesquisa, de cunho mais teórico, refere-se ao estudo do impacto de mecanismos de segurança jurídica sobre o tema do desenvolvimento, identificando-se histórias de sucesso e de fracasso, para, assim, buscar-se lições comuns a serem aproveitadas em outros contextos. Pensar programas de segurança jurídica mais adaptados e ajustados a cada política concreta é tema que resgata a importância do elemento local na definição dos mecanismos de solução de controvérsias. Fugir de respostas únicas do tipo *blueprint* trazidas de outros contextos sem adaptação, parece ser elemento chave no uso da arbitragem e no desenho de programas de segurança jurídica realmente efetivos.

Por fim, conforme informado à autora, este estudo de caso gerou no município de Cairu a abertura de comissão legislativa para estudo do tema da segurança jurídica na região. Para além dos limites desta tese, este é um dos principais efeitos positivos alcançados por este trabalho, trazendo o assunto de volta à discussão pública em Cairu.

TERCEIRA PARTE:

AS DESECONOMIAS CONTRATUAIS E INSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM

CAPÍTULO 10

ECONOMIAS, DESECONOMIAS E A REFUNCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

SUMÁRIO: 10.1. Economias e deseconomias da arbitragem. 10.2. Quebra da confiança e a perda da sinalização contratual: consequências práticas. 10.3. O *by-pass* que se aproxima da instituição de origem e as tendências de processualização, burocratização e o ativismo arbitral: consequências práticas. 10.4. A perda do elemento local e da preferência dos usuários: consequências práticas. 10.5. Apelo a uma nova lógica funcionalista à arbitragem: retomada do *ethos* de confiança e do aprendizado institucional.

10.1. Economias e desenconomias da arbitragem

A economia da arbitragem é o tema central desta pesquisa. Partiu-se da premissa de que a arbitragem pode *oferecer mais* do que apenas a solução de controvérsias privadas e, assim, explorou-se economias teóricas que a arbitragem pode induzir. A perspectiva contratual foi complementada pela abordagem institucional, com o intuito de se traçar quadro completo a respeito das potencialidades de instituto tão festejado no Brasil e internacionalmente.

Mas a economia da arbitragem, isto é, o estudo das relações econômicas, incentivos e comportamentos que estruturam o instituto, exige necessariamente análise do que aqui se chamou de "deseconomias". Por deseconomias entende-se o lado oposto às potencialidades: as disfuncionalidades, desvios, deficiências, ineficiências e incentivos perversos verificados na prática da arbitragem e que tornam as potencialidades apenas objeto de análise acadêmica.

Não que a vertente teórica tenha pouca relevância. Mas a lente adotada pretendeu unir teoria e prática, e contrapor economias e deseconomias, para, com isso, delinear-se onde o instituto pode evoluir para, a um só tempo, *(i)* melhor se adequar à realidade do mercado da arbitragem e de seus usuários, bem como *(ii)* gerar benefícios e externalidades positivas capazes de extrapolar referido mercado, com efeitos multiplicadores sobre toda a sociedade.

Nesse sentido, uma vez analisadas as economias a partir da literatura aplicada à arbitragem, bem como identificadas as deseconomias a partir dos estudos empíricos realizados, o que se passa a realizar é o confronto efetivo entre essas duas perspectivas. O objetivo é apontar *consequências práticas* associadas aos principais fatores de deseconomia verificados, focando-se a análise em torno de três vetores: a quebra da confiança (item 10.2), a aproximação do *by-pass* em relação à instituição de origem (item 10.3) e a perda do elemento local (item 10.4). Com isso é possível discutir o tema da refuncionalização do instituto, por meio da aplicação do binômio confiança e aprendizado (item 10.5).

10.2. Quebra da confiança e a perda da sinalização contratual: consequências práticas

A confiança foi analisada em vertente dúplice neste trabalho. Estudou-se seu impacto em termos de estabilidade e perenização das relações contratuais, além de sua importância como elemento de coordenação social e aprimoramento de padrões de desenvolvimento. Mas, se é verdade que a confiança pode trazer referidas externalidades, a arbitragem parece pouco contribuir a tais benefícios. E isso em razão da dissociação crescente verificada entre a previsão de arbitragem e uma sinalização de confiança e maior cooperação entre os agentes econômicos. Foi isso o que as duas pesquisas de campo apontaram como conclusão.

A perda de confiança emanada da escolha pela arbitragem traz consequências práticas relevantes. A primeira delas é a mudança progressiva no *ethos* aplicado à arbitragem. Efetivamente, se em teoria a arbitragem viria como estímulo à criação de obrigações de boa-fé, lealdade e *correttezza,* a interconectar todos os envolvidos e aproximar as partes em torno de um micro-cosmos a facilitar o cumprimento das obrigações, vê-se surgir, no lugar disso, traços menos cooperativos na execução do contrato. Tanto é assim que as partes não se mostram capazes de identificar qualquer mudança na forma de execução de contratos com ou sem previsão de arbitragem.[714]

[714] Veja-se tal reconhecimento na pesquisa de campo realizada: "*a arbitragem não muda em nada o comportamento das partes, sabe o que é nada vezes nada*? *não muda o desempenho [no contrato]*" - *cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem)" (vide Q7, Apêndice 2).

Também a simples previsão de arbitragem no bojo de legislação pública pouco tem servido a modificar a conduta concreta de investidores e da sociedade civil, tal como visto no exemplo de Cairu-2030.

De "*partes em colaboração",* alinhadas em boa-fé no intento de cumprimento contratual, conforme mencionado em decisão paradigmática do Tribunal de Justiça do Paraná[715], passa-se, assim, a nenhum impacto efetivo sobre o desempenho dos contratos[716] ou sobre a decisão de investir.[717] No caso da pesquisa no setor de construção e infraestrutura, essa é percepção que se modificou ao longo dos anos de uso da arbitragem no país.

Essa mudança de parâmetro ético não se reflete apenas sobre o grau de cooperação contratual esperado das partes. Toda a economia prevista à arbitragem também é afetada em razão disso: o cumprimento contratual se torna mais oneroso, a preservação de laços contratuais se compromete, a previsibilidade e calculabilidade contratual se tornam mais inseguras e o excedente contratual é perdido em meio a disputas infundadas e gastos com a verificação e monitoramento do desempenho das partes. Isso sem mencionar as perdas sociais em termos de falta de coordenação entre os agentes econômicos e o desperdício de recursos com atividades não produtivas e em razão da conflituosidade social não resolvida. Em suma, funcionalidades contratuais e institucionais tornam-se meramente simbólicas diante de uma confiança comprometida.

No momento do surgimento do conflito, a falta de confiança se reflete especialmente sobre a postura processual adotada pelas partes. Para JAN PAULSSON, essa

---

[715] Trata-se do Agravo de Instrumento nº. 195901-3, 12ª. Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Bellio, j. em 21.06.2005. Tema já tratado no Capítulo 04.

[716] "*Já houve a crença no mercado de que o fato de ter a arbitragem trazia um certo temor na outra parte. Por exemplo: 'é melhor tentar resolver rápido as questões e não deixar chegar na arbitragem'. Hoje eu não vejo as partes temerem a arbitragem dessa forma. Quem tem a disposição de resolver os problemas pari passu à medida que eles ocorrem, o faz independentemente da arbitragem. Não é a arbitragem que tem demovido a intenção de postergar os problemas. Até porque muitas vezes, na arbitragem, essa parte [que posterga a solução das questões] observa o procedimento, vai sentindo primeiro se vai perder ou não, se a falta de prova da outra parte é confortável para ela, vai levando o procedimento, muitas vezes posterga o procedimento, não deixa a outra parte provar, combate exageradamente a outra parte. Então é bom ter [a arbitragem], mas não acho que a arbitragem ajude nesse sentido [de melhorar a performance]*" (Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*a princípio eu até imaginava que a arbitragem deveria servir como um facilitador [do cumprimento do contrato], mas na prática não muda nada o comportamento*" (Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado) (Vide Q7, Apêndice 2).

[717] "*a gente [o grupo econômico] passou ao largo disso aí [uso da arbitragem] para investir lá*" - Investidor; "*da nossa parte, não influenciou nada*" - Investidor; "*é muito distante essa relação [arbitragem no PSJ e investimento] - Político.*

mudança ética é sentida em uma advocacia mais confrontacional e na adoção de táticas e estratégias mais hostis empregadas na atual prática arbitral. Segundo o autor, o resultado disso é a substituição da confiança por uma maior processualização do instituto, justamente como forma de compensar esse novo *ethos* da arbitragem.[718]

A literatura internacional menciona a formação de um "*mercado da arbitragem*" regido por essa nova ética, com alteração na dinâmica do instituto e nos incentivos a moverem os agentes. Como ressaltado por OPPETIT, modificam-se profundamente a coerência e racionalidade da arbitragem.[719] Também se formam *repeat players*: uma nova classe de profissionais da arbitragem que usam a rede de contatos criada e a experiência adquirida como principal estratégia de litígio. Na pesquisa realizada no setor de construção e infraestrutura, esse fator for reconhecido como apto a gerar uma vantagem significativa e determinante no andamento e no resultado dos procedimentos arbitrais (vide resposta Q30, Apêndice 2).

Disso deriva uma segunda consequência, que é o encarecimento da via arbitral. De fato, percentual significativo dos usuários da arbitragem no setor de infraestrutura entendeu que tal ferramenta tem se mostrado proporcionalmente até mais custosa do que a execução contratual (vide resposta Q31, Apêndice 2), com despesas crescentes e a demora apontadas como as principais fraquezas do procedimento arbitral (vide resposta Q34, Apêndice 2). Isso significa que, ao invés de servir como mecanismo de comprometimento crível (*credible commitment*) a induzir comportamentos cooperativos e atuar, tal como previsto por MACNEIL, como método ideal de solução de controvérsias por conseguir evitar o surgimento do conflito, a perda de confiança tende a criar engessamento

[718] "While governments may thus be seen to adopt or adapt ethics and methods which seem the hallmarks of arbitrators, an opposite movement may also be discerned as the stakes involved in arbitration increase, as the lawyering deployed in arbitration becomes correspondingly confrontational and insistent, as awards in a globalized world are even more frequently exposed to the relentless critique of a sometimes hostile foreign environment, and as it then becomes impossible for arbitrators to count on the indulgence of a friendly and respectful audience. In a phrase, *process substitutes for trust*, and so arbitrators are forced to be more formally punctilious even as judges are encouraged to develop empathy, and courts are encouraged to operate in tandem with a variety of parallel, often voluntary mechanisms" (PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration.* The impulse to arbitrate. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 27).

[719] "En s'universalisant à l'ensemble de la planète, l'arbitrage s'est banalisé, affadi, voire même altéré, en s'éloignant de ses origines; désormais à l'abri des menaces planant sur sa survie et au contraire fort prisé tant des gouvernants que des cercles économiques, très bien en cour dans le milieu judiciaire, il est devenu un rouage clé des institutions de lá société merchande: il existe à présent un véritable marché de l'arbitrage, dans tout les sens du terme. Cette nouvelle donne n'a pas été sans conséquences aussi bien en doctrine que dans la pratique. Pour la plupart des auteurs, la systématicité de l'institution, sa cohérence, sa propre rationalité, ne présentent plus le même intérêt qu'autrefois" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 10).

contratual, a muitas vezes beneficiar a própria parte oportunista.

O raciocínio é similar àquele do precedente General Motors *versus* Fisher Body. Usa-se a literalidade do contrato e, nesse caso, da previsão arbitral nele inserida, para forçar posições contratuais não fundamentadas e muitas vezes extrair-se acordos a partir disso. É o que foi também mencionado na pesquisa do setor de construção e infraestrutura, inclusive com referência expressa ao incentivo ao acordo em razão dos custos elevados envolvidos.[720] A correlação também feita entre arbitragem e perfis não-cooperativos e seu emprego para compensar a falta de confiança contratual, reforça esse mesmo entendimento.[721] Inverte-se claramente a lógica e a ética esperadas da arbitragem, que passa a servir de amparo a comportamentos oportunistas no lugar de induzir confiança e proteger as partes justamente contra condutas dessa natureza.

Essa também é consequência derivada da perda crescente de sinalização contratual pela previsão de arbitragem. Conforme previsto na teoria, o uso indiscriminado do sinal modifica o equilíbrio de separação, que não mais permite a segregação entre os diferentes perfis no mercado, seja porque o sinal se popularizou em razão de heurística de comportamento, seja por intenção de camuflagem por parte de agentes oportunistas. Em qualquer cenário, os contratantes deixam de associar a arbitragem a um *primeiro passo* a exteriorizar confiança na transação celebrada, retirando-se da cláusula arbitral qualquer conteúdo econômico de sinalização.

Nesse contexto, os custos arbitrais não mais servem para sinalizar e segregar os diferentes perfis de contratantes. São as partes, então, levadas a buscar meios mais claros e confiáveis – outras formas de solução de disputas, como *dispute boards* e mediação no setor de construção e infraestrutura; e o uso de lideranças comunitárias em Cairu-2030 – para cumprir essa mesma função de sinalização.

---

[720] Veja-se Q7, Apêndice 2: "*uma situação que temos hoje [um conflito em negociação] é de um contrato que tinha cláusula de foro comum e quem pediu para substituir por arbitragem foi justamente a contratante. Por que? Justamente para nos inibir de procurar a arbitragem por causa do alto custo da arbitragem. (...) Foi uma jogada e tanto desse contratante, para a gente não ir para a arbitragem. (...) Eu tenho visto isso acontecer em mais de uma situação" (cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem). Vide Q9 e Q10, Apêndice 2 para a questão da redução da litigiosidade em razão dos custos envolvidos.

[721] Veja-se Q22, Apêndice 2: Índice de 29% associou a escolha da arbitragem a partes contratuais com má reputação no mercado, sob a justificativa de que a arbitragem representaria uma forma de coerção mais efetiva sobre tais perfis.

Isso conduz a um aumento nos riscos de se contratar a arbitragem. Sim, porque diante da perda de segurança e confiança, os riscos de medidas protelatórias, custos excessivos, sentenças imprevisíveis e até mesmo acordos celebrados em decorrência da estratégia de *repeat players* tornam-se maiores. Tudo em detrimento dos valores, da ética e da racionalidade original do instituto.

Ainda dentro da ideia de majoração dos riscos, consequência adicional que se observa é o desgaste que se pode atingir em termos de legitimação e força simbólica da arbitragem. Trata-se de preocupação surgida a partir da identificação de desconforto em razão da proximidade entre atores da arbitragem (vide resposta Q26, Apêndice 2) e em relação à própria conduta dos árbitros e contra-partes (vide resposta Q34, Apêndice 2). Sendo a arbitragem um método historicamente baseado na confiança e, mais do que isso, aceito como forma legítima de adjudicação de disputas em razão da confiança que se deposite no instituto e em seus protagonistas, o risco que se depreende desse cenário é aquele mencionado no Capítulo 03: pouco a pouco a *confiança cognitiva* na arbitragem, uma vez prejudicada por experiências mal-sucedidas, pode passar a afetar a *confiança fiducial* e a legitimação que se tenha sobre a própria instituição. Como já se disse, sem força simbólica, a arbitragem perde eficácia social e legitimação.

O emprego crescente de *dispute boards* e da mediação vem em reforço a esse entendimento (vide respostas Q35 a Q38, Apêndice 2). A confiança emanada desses substitutos em contraposição à reduzida percepção de confiança e sinalização de cooperação em relação à arbitragem é ponto de atenção que pode impactar a um só tempo, a legitimação e a adesão ao instituto. Mesmo porque, como já visto, instituições privadas devem manter-se organicamente conectadas e satisfazendo as necessidades sociais para não serem preteridas na preferência dos indivíduos. Pelo menos no setor de construção e infraestrutura, o emprego crescente de outros meios em que os elementos de confiança e cooperação são mais nitidamente percebidos deixa aparente uma possível descaracterização do *ethos* da arbitragem, com consequente perda de preferência social.

No caso de Cairu-2030, viu-se rejeição social similar também motivada pela falta de confiança no uso da arbitragem, justificada tanto pela contaminação política, quanto pela falta de esclarecimento social a respeito do instituto. Seja como for, a perda de legitimação explica a ascensão de lideranças comunitárias e do próprio Poder Judiciário na tarefa de pacificação de conflitos em Cairu.

Nas duas situações o que está em jogo é, em suma, a credibilidade da própria arbitragem enquanto forma de pacificação de conflitos alinhada a uma ética de segurança, confiança e *correttezza.*

10.3. O *by-pass* que se aproxima da instituição de origem e as tendências de processualização, burocratização e o ativismo arbitral: consequências práticas

A quebra de confiança conduz a uma segunda deseconomia associada à convergência em relação à prática judiciária. Isso é notado, em primeiro lugar, na tendência de processualização já acima referenciada por JAN PAULSSON: o distanciamento de uma ética de confiança torna a arbitragem mais propensa a tornar-se excessivamente processualizada.

PAULSSON justifica tal processualização na necessidade de árbitros precaverem-se contra partes mal-intencionadas. YVES DEZALAY e BRYANT GARTH também chamam a atenção à mudança no perfil dos atuantes em arbitragem como elemento a justificar tal convergência com o processo judicial. Para os autores, a atual geração de litigantes em arbitragem transformou a natureza da arbitragem, com repercussão negativa à imagem do instituto.[722]

É claro que um mínimo procedimentalização parece inevitável para dar bases comuns a litigantes advindos de jurisdições distintas, bem como fazer frente a disputas cada vez maiores e mais complexas.[723] Mas a verdade é que tal mudança parece

[722] "They are willing to create difficulties for their colleagues and the arbitral tribunal and even to damage the image of this justice – which had pretended to be rapid and less costly because informal. One understands the irritation of the founding fathers confronted by these newcomers who permit themselves to transform the nature of arbitration by multiplying the incidents and technical appeals" (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order*, The University of Chicago Press: Chicago, 1996, p. 57).

[723] "international arbitration has undergone a metamorphosis from a 'gentleman's game', where commercial disputes were resolved informally among peers, to a highly sophisticated judicial procedure with amounts at stake that are 10 to 100 times larger than they used to be 30 years ago and where the parties fiercely defend their legal positions. The resulting *proceduralisation* is manifested in protracted battles over procedural technicalities, both within the arbitral proceedings and in parallel, 'collateral' court litigation (...) To a certain extent the proceduralisation is inevitable: in a context where the parties lack a common procedural background it should not come as a surprise that there will be disagreements about what exactly is a fair procedure, and it would seem natural that disputes over the procedure will be resolved in favour of the process that offers the maximum of safeguards to all parties. But the proceduralisation is in large measure also a function of the technical and legal complexity and the enormous amounts at stake, which can severely

antes derivar da transformação de um modo de produção mais artesanal e desenvolvido por grandes professores, cujo carisma pessoal e confiança se sobrepunham como fator de legitimação da arbitragem; para um modo de produção arbitral de viés burocrata, operacional e profissional.[724] Nesse último, a confiança é substituída pelo processo e, infelizmente, também por táticas e medidas protelatórias, conforme notado no setor de construção e infraestrutura.[725] Foi isso o que também reconheceu pesquisa CBar e Ipsos realizada em 2013 a respeito do mercado brasileiro da arbitragem.[726]

Interessante notar que mesmo os autores que reconhecem a processualização como um mal-necessário, veem nisso um elemento de risco ao futuro do instituto em razão de sua substituição por outros métodos que envolvam menores custos de transação.[727] Essa substituição pode ser tomada como *(i)* resultado da profissionalização e rotinização da prática da arbitragem, mas, ao mesmo tempo, *(ii)* causa de seu próprio declínio.[728]

---

affect the financial health even of large corporations or sovereign states, coupled with the fact that there is no appeal on the merits" (BÜHRING-UHLE, Christian. *Arbitration and Mediation in International Business*, 1st. Edition, The Hague: Kluwer, 1996, p. 149).

[724] DEZALAY, Yves, GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order*, The University of Chicago Press: Chicago, 1996, p. 39.

[725] Veja-se Q25, Apêndice 2: "*isso tem tornado as arbitragens muito longas e muito procedimentais, com petições atravessadas quando as partes não deveriam falar, reclamações com frequência, as partes também ficam plantando nulidades. A arbitragem foi criada para outro intuito, para resolver com maior rapidez, muito mais informais. A arbitragem está hoje burocrática. Estamos fugindo de uma arbitragem que antes era feita de maneira mais fácil e mais fluida*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); *"a arbitragem se torna formal, quando deveria ser um ambiente informal, deveria tirar a formalidade do Poder Judiciário. Até onde vi e conheci, a arbitragem ainda está carregando os costumes do Poder Judiciário, muito por causa dos advogados. A arbitragem está perdendo uma das suas qualidades" (cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

[726] Veja Pesquisa CBar-Ipsos apontando 51% dos entrevistados a entender que os advogados tendem a adotar táticas e medidas protelatórias antes, durante ou após o fim da arbitragem (Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 17. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[727] "The fact that for international commerce arbitration assumes the function that litigation performs domestically, and that it is similarly costly and almost as time-consuming, raises the question to which extent these high transaction costs are avoided through amicable settlement at different stages of the proceedings" (BÜHRING-UHLE, Christian. *Arbitration and Mediation in International Business*, 1st. Edition, Kluwer: The Hague, 1996, p. 150-151).

[728] "Competition and rationalization, especially promoted by U.S. litigators leads to the judicialization of international commercial arbitration. Some commentators, especially from the senior generation, see in the evolution toward the judicialization of arbitration the preview – and the cause – of its decline" (DEZALAY, Yves, GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order*, The University of Chicago Press: Chicago, 1996, p. 57).

Parafraseando-se JOAQUIM FALCÃO[729], trata-se de verdadeiro "*paradoxo do sucesso*" da arbitragem: ao se consolidar como meio preferencial das disputas empresariais, seu emprego excessivo combinado à consolidação de um mercado da arbitragem, com *repeat players* atuando de forma estratégica, torna esse método cada vez mais distante das premissas iniciais de seu sucesso.

No Brasil, a problemática também vem à tona. Tanto que a partir dos anos 2000 árbitros e profissionais do mercado da arbitragem iniciaram campanha no sentido de incentivar movimento inverso, isto é, de *arbitralização da arbitragem.* Alegam que o engessamento trazido pelas práticas judiciárias aplicadas à arbitragem comprometem a flexibilidade da instituição[730] e que a arbitragem é uma *forma diferente* de solução de controvérsias, que não pode admitir a simples transposição da lógica processual estatal.[731] Nas palavras de JOSÉ CARLOS MAGALHÃES, o risco dessa tendência é de se retirar da arbitragem seu *grande mérito* – isto é, a objetividade na solução das disputas.[732]

Essa visão se alinha à teoria de LISA BERNSTEIN citada em capítulos anteriores, à ideia de concorrência institucional e aos resultados da pesquisas empíricas realizadas: a substituição da arbitragem por outras formas de solução de controvérsias e a

---

[729] FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a Reforma do Judiciário. In: *Reforma do Judiciário*: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. BOTTINI, Pierpaolo e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23-25.

[730] "A prática vem demonstrando que é muito difícil não se ceder à tentação de cair na processualização. Casos há, e não são poucos, onde instrumentos típicos do processo judicial são trazidos à prática arbitral, engessando procedimentos ou impedindo que estes se desenvolvam com a flexibilidade que lhes é característica. Esses casos devem ser objeto de grande preocupação de todos os que se encontrem envolvidos em procedimentos arbitrais. Faz-se necessário que se moldem as atitudes das partes e, sobretudo, dos árbitros. Quanto a estes, é vital que decidam efetivamente e que exerçam os poderes que lhes foram conferidos por lei. Outra coisa que não se pode aceitar é que, na insegurança natural que ronda o estágio de infância da arbitragem no Brasil, além de processualizada esta se torne judicializada. Portanto, quanto maior for a insegurança em decidir, mais tenderão os árbitros a remeter as partes ao Judiciário, e mais estará a arbitragem judicializada" (NUNES PINTO, José Emílio. *Arbitralização da Arbitragem*. Original publicado em 2004, no website do escritório TozziniFreire Advogados. Atualmente disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20.01.2016).

[731] "É natural, porém, que os advogados – seja por vezo profissional, seja por conta do interesse de seus clientes – queiram impor ao processo arbitral o mesmo ritmo do processo estatal. Trata-se, não é preciso dizer, de uma verdadeira contradição em termos: se as partes optaram por um sistema diferente (arbitragem) não faz sentido a tentativa de usar mecanismos de outro sistema (o processo estatal). Muitas vezes o árbitro acaba enredado nas teias traçadas pelos advogados de uma ou de outra parte (quando não das duas, cada qual com um interesse diverso, esperando um resultado diferente). Na arbitragem interna, a grande ameaça é o Código de Processo Civil, cujos dispositivos vem invocados sem cerimônia, ainda que haja regras expressas em contrário no regulamento adotado" (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 28, jan./mar 2011, p. 53).

[732] "Daí que a processualização da arbitragem, com a adoção de medidas processuais típicas do Judiciário, pode retirar-lhe o grande mérito, que é a objetividade com que atuam os árbitros, interessados em solucionar o mérito e não questões de processo" (MAGALHÃES, José Carlos. Soluções rápidas e objetivas, Publicação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, ano 2, v. 7, fev/mar. 2007, p. 45. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/revista/07/11_ArtigoArbitragem_BC07.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

própria criação *bottom-up* de outros mecanismos de solução de disputas (*dispute boards*, mediação, lideranças comunitárias), evidencia a busca por meios mais eficientes e adequados às necessidades de seus usuários. Demonstra, ainda, a formação de novos *by-passes* diante de o anterior ter passado a incorporar ineficiências da instituição de origem ou estar muito distante da realidade das partes.

Raciocínio semelhante se aplica às tendências de burocratização e ativismo. BRUNO OPPETIT[733] e SIGVARD JARVIN[734] mencionam o formalismo e institucionalização excessivas da arbitragem, com criação de grandes centros de administração de procedimentos espalhados pelo mundo, como potenciais causas de seu engessamento processual e declínio. Isso porque, perde-se o núcleo de flexibilidade, informalidade e maleabilidade que tornaram a arbitragem tão atrativa no passado. Nas palavras de OPPETIT, a arbitragem torna-se vítima de sua própria formalização e burocratização, comprometendo-se sua *utilidade* e *vocação originais*.[735]

No tocante ao ativismo, a pesquisa no setor de infraestrutura e construção apurou preocupação com julgamentos por justiça e equidade, a ameaçar a segurança e previsibilidade da via arbitral (vide resposta Q29, Apêndice 2). Com efeito, se juízes tendem a se valer de critérios de justiça social no momento de decidir, conforme apontam pesquisas de CASTELAR PINHEIRO[736], árbitros têm usado de *salomonismo* para esse mesmo fim.[737] Pesquisa realizada pelo pelo CBAr com o Instituto Ipsos também revelou essa

---

[733] OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 10-11 e 117.

[734] JARVIN, Sigvard. L'obligation de coopérer de bonne foi. Exemples d'application au plan de l'arbitrage international. L'apport de la jurisprudence arbitrale - Actes du séminaire organisé par la Chambre de commerce internationale les 7 et 8 avril 1986. CCI Institut, p. 160 e 17

[735] "l'évolution de l'arbitrage s'est caractérisée ces dernières années par une institutionnalisation croissante, tout spécialement en matière internationale (...) l'arbitrage internationale, victime, comme on lá bien démontré, de la 'déviation processuelle", tend trop souvent à s'engluer dans d'interminables débats de procédures, pré-, para- ou postarbitrale, qui font perdre de vue le règlement du fond du litige, au point que l'on se tourne maintenant parfois vers des méthodes alternatives de règlement des différends... A cet égard, la crise de la justice ne se circonscrit pas aux frontières de la seule justice étatique (...) Cette déviation, dont les plaideurs et leurs conseils sont d'ailleurs, les premiers responsables, pourrait, à terme, si elle n'était pas enrayée, compromettre, par les surcôuts, l'álongement des procédures et les complications inextricable qu'elle suscite, l'utilité et la vocation même de l'arbitrage" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 25 e 32).

[736] Vide Capítulo 05.

[737] Na etapa de entrevistas, esse tema do ativismo veio associado à ideia de um "*salomonismo*" nas decisões: "*para compensar um pouco [a parte perdedora], as decisões foram um pouco permissivas. Não que elas tenham se valido do critério da equidade, mas para dar um pouco de peso [para a parte perdedora] fez-se uma interpretação da cláusula que não casava com o fato. Por exemplo na alocação de risco, mesmo quando estava claro que a parte não deveria responder por aquele risco, que ele estava contratualmente excluído, a decisão imputa esse risco para a parte muito mais por uma decisão salomônica do que propriamente por um julgamento. Ou foi salomônica ou não a sentença não se aprofundou devidamente*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*nos casos de muitos pleitos e*

mesma percepção: 52% dos entrevistados indicaram que os árbitros costumam dar decisões salomônicas.[738] Esse é elemento adicional a aproximar *by-pass* e instituição de origem.

O resultado dessa combinação de fatores preocupa: a prática da arbitragem acaba mergulhada em um emaranhado processual de tecnicalidades transplantadas da prática judicial, presa em uma teia de formalismos e institucionalizações burocráticas criadas pelo mercado da arbitragem e sofrendo dos mesmos vícios, inseguranças e imprevisibilidades que atingem as cortes estatais. Em outras palavras, a arbitragem passa a se afastar cada vez mais dos ideais de celeridade, flexibilidade e eficiência de um suposto "*direito vivo*"[739], a ponto de o *by-pass* passar a exigir novos *by-passes*.[740]

10.4. A perda do elemento local e da preferência dos usuários: consequências práticas

Além das duas deseconomias vistas acima, a perda do elemento local e a incapacidade de adaptação às necessidades dos usuários complementam o tripé das principais disfuncionalidades verificadas na prática atual da arbitragem.

---

muitos claims dos dois lados, o árbitros acabam dividindo a condenação, ao invés de tratar do assunto com mais profundidade como é esperado em arbitragem. Eu já ouvi isso de diretores de empresa e de construtoras. Já tive experiência de ver diretores de construtoras dizer 'vou parar de usar arbitragem, porque senti que o árbitro não avaliou a demanda adequadamente, ele simplesmente fez uma mensuração de valores e dividiu os custos da condenação, não fez uma análise precisa da responsabilidade de cada parte' (...) Esse é o ponto mais delicado, porque a empresa tem a sensação ao final de que a decisão foi julgada de forma mais política do que de direito" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Também o salomonismo foi citado como um fator de preocupação por outro entrevistado com experiência em arbitragem (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito)" (Vide Q29, Apêndice 2).

[738] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 21. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

[739] "A arbitragem não é modismo, nem panacéia, muito menos mera privatização da jurisdição. Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em pequena escola, com a Paz Social, eliminando, de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto" (FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura, in LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista (coord.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.)

[740] "L'arbitrage, lui même alternative à la justice publique, soulève parfois certaines réserves en raison des divers dysfonctionnements qui l'affectent: la dérive processuelle, la tutelle judiciaire, l'alourdissement continue des coûts, le formalisme, l'allongement des délais, contrairient incontestablement les attents des utiliateurs. Aussi assiste-t-on aujourd'hui, par l'effet d'une loi de substitution si souvent vérifiée dans la vie des institutions juridiques, au développment des modes de règlement alternatifs à l'arbitrage lui-même" (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 34).

Veja-se que desde sua consagração no âmbito internacional a partir dos anos 1970 e, no Brasil, desde sua declaração de constitucionalidade em 2002, o sucesso alcançado pela arbitragem deveu-se, em grande medida, a sua capacidade de entregar decisões em tempo hábil, pacificando conflitos sociais e resolvendo disputas de maneira adequada e eficiente. Muito antes disso, conforme recomposição histórica já apresentada, a arbitragem era utilizada graças a seu caráter espontâneo, nascida e adaptada às exigências de um dado contexto econômico e social. Justamente o *timing* decisório, o caráter espontâneo e a adaptabilidade ao contexto têm se perdido entre as deseconomias acima referidas.

De fato, em resposta a partes excessivamente litigiosas, árbitros têm preferido a cautela da processualização da arbitragem, com reflexos sobre o tempo e os custos envolvidos no procedimento. De outro lado, as próprias partes passam a adotar estratégias de litígio que envolvem a processualização e a judicialização da arbitragem, com procedimentos paralelos e questionamentos empregados muitas vezes com propósito apenas diversionista. Câmaras de arbitragem passam a impor rigores institucionais, criando uma burocracia que, ao pecar pelo excesso de formalismo, termina por criar, conforme WEBER, um enjaulamento desnecessário de liberdades.[741] Também o receio de incertezas processuais, aliada à praticidade da zona de conforto, tem feito árbitros, partes e advogados permitirem pouca inovação à arbitragem[742], replicando-se automaticamente modelos e fórmulas prontas que tendem a tirar da arbitragem sua capacidade de ajuste e adaptação às necessidades de cada caso concreto.

Do ponto de vista pré-processual, nota-se tendência similar. Agentes reguladores tendem a estimular o uso de fórmulas prontas para a solução de disputas, como se tal fosse garantia de sucesso automático e de segurança jurídica. Pouco se vê uma análise prévia de adequação e mesmo de cabimento legal da arbitragem diante da realidade social e dos potenciais conflitos a serem gerados.

Esses fatores afetam a ótica de aprendizado institucional e o aprimoramento que se poderia alcançar com o instituto. Dentro de um modelo de pluralismo normativo e

[741] Weber trata da burocracia transformada de "manto protetor" em "prisão de ferro" na conclusão do livro A Ética Protestante. Vide WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 140.
[742] Veja-se Q25, Apêndice 2, citando faltar na arbitragem uma "*inovação na forma de lidar com questões tradicionais*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

de acirrada competição entre ordens jurídicas, a consequência é ainda mais problemática. Isso porque, como já se afirmou, ordens privadas se não forem úteis aos seus usuários acabam repudiadas e substituídas por outras que melhor representem a dinâmica social, justamente como se viu acontecer nas pesquisas realizadas. É bem por isso que PAULSSON defende que a arbitragem deve permanecer *ambiciosa,* para, assim, manter-se *útil* a seus usuários.[743]

Entretanto, ambição e utilidade parecem comprometidas na prática atual da arbitragem no Brasil. O que se vê são modelos procedimentais similares àqueles do Poder Judiciário ou próprios de outros contextos sendo replicados em arbitragens domésticas, mesmo quando particularidades locais e setoriais exigiriam um olhar mais sensível às necessidades das partes, do contexto e da disputa.

Dentro da máxima de *one-size-fits-all*, momentos como a assinatura do termo de arbitragem e a formulação de programas de segurança jurídica parecem ser tornar repetições de molduras consagradas, deixando-se de lado adaptações e calibrações que poderiam, no longo prazo, proporcionar o aprimoramento da instituição e o acúmulo de aprendizado. Em síntese, flexibilidade e informalidade são conceitos debatidos e festejados na doutrina, tidos como uma das principais vantagens da arbitragem[744], mas ainda timidamente aplicados no que se refere à prática concreta da arbitragem.

Isso é sentido na avaliação da arbitragem como meio razoável de solução de disputa, usado especialmente em razão da ausência de outra forma de adjudicação capaz de atender aos agentes econômicos (vide resposta Q32, Apêndice 2).[745] Mas *dispute boards*,

---

[743] "Arbitration will survive only if it adjusts to a type of dynamic tension akin to the force that propulses a catamaran as it knifes through roiling waters in a stiff breeze. If the crew is timorous, the vessel stalls; if they seek too much power, it capsizes. Just so, private orderings must be ambitious in order to be useful; but if they overreach, repudiation is likely to replace tolerance" (PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions, *LSE Law, Society and Economy Working Papers,* v. 2/2010, London School of Economics and Political Science Law Department, 2010, p. 32. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[744] Veja-se conclusão da pesquisa CBar-Ipsos: "Dentre as três principais vantagens da arbitragem, o tempo e o caráter técnico continuam com destaque dentre as mais mencionadas. Mas a 'flexibilidade e informalidade do procedimento', apontada apenas por 4% dos entrevistados como a principal vantagem da arbitragem, é indicada por 34% deles como uma das três principais vantagens, aparecendo como terceiro atributo mais mencionado" (Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 12. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[745] "*arbitragem é necessária e enquanto não houver uma especialização do Judiciário sobre o tema e uma celeridade, não tem outro caminho para as obras de grande porte do que recorrer à arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Outros entrevistados apresentaram a mesma percepção. A respeito da transposição do contencioso estatal, foi mencionada a aplicação da mesma "*cultura judiciária à arbitragem*", com "*relação de autoridade entre árbitros e partes" e "sem uma visão*

mediação e lideranças comunitárias passam a cada vez mais ocupar o vácuo deixado pelas deseconomias da arbitragem.

10.5. Apelo a uma nova lógica funcionalista à arbitragem: retomada do *ethos* de confiança e do aprendizado institutional

As deseconomias apresentadas revelam que o processo de profissionalização e rotinização da prática da arbitragem no Brasil pode ter custado parte de sua própria essência, suprimindo-lhe traços de confiança, flexibilidade e adequação que caracterizavam o instituto desde seus primeiros usos na Antiguidade. Para não ser vítima de seu próprio sucesso, perdendo espaço a outros meios ou iniciando sua rota rumo ao declínio, a arbitragem precisa ser, então, *re-funcionalizada*, voltando a servir a seus propósitos originais de pacificação de conflitos segundo predicados de *tempestividade, adequação e efetividade*.[746]

Segundo BOBBIO, função é uma "*prestação continuada*" que um órgão dá à conservação e ao desenvolvimento de um organismo inteiro.[747] No caso das instituições de solução de disputas, o próprio autor reconhece que parte dessa função é garantir segurança

---

pragmática de questões processuais" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito). A "*sobrecarga de trabalho dos árbitros*" e "*o volume maior do que a capacidade*" foi apontado como outro fator de ineficiência, a impedir "*a atenção que gostaríamos nos casos*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). No mesmo sentido: "*entre a teoria e a prática, a arbitragem poderia ser mais eficiente. Fechou um círculo muito pequeno de advogados-árbitros que concentram uma quantidade muito grande de casos na mão e a consequência disso é não se aprofundar como deveria e estender muito o prazo*" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

[746] "seja lembrado o lúcido pensamento de Kazuo Watanabe, que associa a essa tutela a necessidade de três predicados - sem os quais ela não é satisfatória e talvez sequer chegue a ser autêntica tutela - a saber, os predicados da tempestividade, da adequação e da efetividade. Esses são legítimos parâmetros para uma comparação entre o processo por árbitros e o judicial" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e seu controle jurisdicional,* p. 21. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003).

[747] "Deixo de lado as dificuldades que advêm do emprego de um termo multi-uso como 'função' (acerca do qual já foram gastos rios de tinta). Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana como o organismo animal, e no qual por 'função' se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo" (BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007, p. 103).

social.[748] Entende-se que, para a arbitragem, a retomada dessa função exige, antes de mais nada, um processo de resgate de sua *ética de confiança*.

A ênfase na confiança como primeiro passo no sentido de refuncionalização da arbitragem se justifica no elevado potencial transformativo que se atribui a esse elemento. Como ressaltado ao longo deste trabalho, estruturas de governança fundadas na confiança são *saídas contratuais inteligentes*[749], capazes de reduzir o oportunismo e de lidar com riscos, incertezas e complexidades inerentes ao mundo dos contratos. Custos de transação são assim reduzidos, novos negócios podem ser firmados e os próprios limites do mundo dos contratos podem ser expandidos. Essa nova *sociabilidade* também permite melhora na coordenação de condutas individuais, com superação de desafios de *collective action*, ganhos de capital social e reputacional, e melhores desempenhos a longo e médio-prazo.

Além desses fatores, a ênfase dada à confiança se justifica também no fato de ela ter se revelado, nas pesquisas de campo, como elemento crucial cuja ausência pode trazer deseconomias a afetar relações econômicas e sociais. Daí porque a necessidade de sua presença no contexto do processo de refuncionalização aqui defendido.

Em contratos relacionais o reforço de confiança vem no sentido de aumentar a cooperação contratual e os incentivos de autorregulação de conflitos, conduzindo a maiores excedentes distribuídos às partes, economia de custos de monitoramento e *enforcement*, além de estabilidade e perenização de relações de longo-prazo. Em políticas de desenvolvimento, o emprego de estruturas de confiança também representa ganhos de cooperação e coordenação social, alinhando interesses em torno de objetivos comuns. Como pondera PRANAB BARDHAN, a ausência de confiança no compartilhamento de custos e benefícios pode colocar a perder políticas de longo-prazo, mudando-se a dinâmica para estratégias de ganhos imediatos, ou "*bird-in-hand*", conforme menciona o autor.[750]

---

[748] "Mais especificamente, a função de segurança e a de solução de conflitos não estão uma ao lado da outra, mas estão, se posso me expressar dessa forma, uma dentro da outra, já que, com certeza, uma das maneiras pelas quais o direito exerce a função e garantir a segurança social é também um modo eficaz de solucionar os conflitos – talvez o mais eficaz, em última instância" (BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007, p. 106).

[749] A expressão de Benjamin Hermalin, já citada na introdução deste trabalho (HERMALIN, Benjamin. Holdup: implications for investment and organization. *California Management Review*, v. 52, n. 2, 2010, p. 136).

[750] "When groups don't trust one another in the sharing of costs and benefits of long-term reform, there is the inevitable tendency to opt instead for the 'bird-in-hand' short-run subsidies and government handouts, which

No que se refere à arbitragem, o retorno a esse *ethos* de confiança vem para resgatar o potencial de sinalização que a previsão arbitral pode acumular. Isso porque, sem que a dimensão de confiança seja recuperada, a tendência é a de que os custos da arbitragem terminem por se transformar em elemento a alimentar o próprio oportunismo contratual. Vale lembrar que os custos de arbitragem têm sido mencionados como elemento a forçar acordos e a sustentar posições não fundamentadas, a sugerir tendência já notada nesse sentido.

Mas, para que o conteúdo de sinalização seja efetivamente retomado é essencial que esse *ethos* de confiança modifique parâmetros de conduta que, na atualidade, afetam a própria *confiança fiducial* sobre o instituto. Restabelecer a confiabilidade nos árbitros e na capacidade destes manterem a arbitragem dentro de sua ética original significa, conforme sugere PAULSSON, resgatar a própria ideia de arbitragem.[751]

O mercado da arbitragem, a profissionalização e institucionalização da prática não precisam desaparecer para que o *ethos* de confiança se restabeleça. O que se exige é uma recalibração de finalidades a evitar engessamento do instituto às custas de sua própria *utilidade e vocação originais*, para empregar expressão de OPPETIT.[752] Também como já se defendeu, essa retomada também passa por uma substituição de uma ética de utilidade individual por uma *ética de compromisso institucional*, em que valores da instituição – entre os quais se destacam a confiança, a cooperação, a flexibilidade, a segurança e previsibilidade – são priorizados sobre estratégias e interesses individuais de litígio.[753]

Em chave conceitual diversa, trata-se da própria diferença proposta por LINDENBERG e FOSS[754] a respeito de uma motivação normativa *versus* uma motivação de ganhos individuais aplicada à arbitragem: a refuncionalização que se defende requer

---

pile up as an enormous fiscal burden" (BARDHAN, Pranab. *Awakening Giants*: Feet of Clay. Assessing the Economic Rise of China and India. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 134).

[751] "the very idea of arbitration, which I define as follows: a binding resolution of disputes likely to be accepted with serenity by those who bear its consequences because of their special trust in a chosen decision-maker" (PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions, *LSE Law, Society and Economy Working Papers,* v. 2/2010, London School of Economics and Political Science Law Department, 2010, p. 32. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

[752] OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 32.

[753] PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Arbitragem e risco: o impacto causado pela ética dos protagonistas. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial*. Ano I. Número 1 - Semestral, jul./ dez. 2014, p. 71-97.

[754] LINDENBERG, Siegwart; FOSS, Nicolai. Managing joint production motivation: the role of goal framing and governance mechanisms. *Academy of Management Review*, v. 38, n. 3, p. 500-525.

substituição de motivações individualistas por uma motivação supra-individual que beneficie a *comunidade de interesses* já mencionada neste trabalho. O exemplo a ser dado por agentes de destaque dentro da arbitragem importa de forma especial a esse processo, por influenciarem o efeito de contágio referido por LINDENBERG e FOSS.

Daí porque a refuncionalização é tarefa a incidir, em primeiro lugar, sobre os árbitros, tanto como forma de retomada da própria *ideia de arbitragem* mencionada por PAULSSON, como em decorrência da *posição de destaque* que estes ocupam. Nesse contexto vale a referência de que 57% dos entrevistados em pesquisa CBar-Ipsos revelaram ausência de aplicação de sanções e penas de litigância de má-fé por parte dos árbitros.[755] Mudar esse percentual de permissividade processual vem no sentido de auxiliar a retomada da ética da arbitragem, forçando mudanças de condutas e de motivações que hoje comprometem o mercado da arbitragem.

Para além dos árbitros, essa tarefa também incide sobre advogados e partes. Estes podem inclusive atuar anteriormente ao surgimento do conflito: enquanto árbitros podem agir durante o curso do procedimento arbitral, impondo às partes padrões processuais mais alinhados à ética da arbitragem; partes e advogados têm sua capacidade de atuação expandida também para a etapa pré- e pós-processual, contribuindo duplamente para o processo de retomada da sinalização pela arbitragem.

Assim, na linha já exposta de EDUARDO SILVA DA SILVA[756], essa mudança ética deve atingir não apenas o momento de surgimento do conflito, mas deve também retroagir à gênese de contratação da arbitragem e ao início do cumprimento do contrato. Com isso, as economias teóricas analisadas podem ser resgatadas, com redução de custos de transação e, nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA, ganhos de "*integração econômica, eficiência e desenvolvimento*".[757] Dessa forma, a própria função de *segurança social* mencionada por BOBBIO pode ser finalmente alcançada pela arbitragem.

---

[755] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 21. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

[756] "A cláusula compromissória é, desde sua gênese, um pacto ético" (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 153).

[757] "quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica, de eficiência e desenvolvimento, cabendo às instituições, portanto, a tarefa de reduzir a insegurança e promover a confiança" (COSTA, Judith Martins. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro

É de se lembrar aqui a contribuição dos profissionais do direito na necessária adaptação dos institutos. Parafraseando-se COMPARATO, a função do jurista não se esgota na análise ou mera classificação das instituições, já que o Direito não se equipara à botânica ou à matemática. Em verdade, cabe a estes manterem-se atentos ao *aspecto funcional* dos institutos, como forma de permitir adequação e permeabilidade das instituições à vida social. Trata-se de imperativo imposto pela *evolução histórica* e pela necessidade de manutenção da *utilidade social dos institutos*.[758]

O entendimento de COMPARATO aproxima-se da própria ótica de aprendizado institucional já defendida: tanto a premissa de (re)funcionalização de COMPARATO, quanto o apelo à adaptação e adequação das instituições buscam manter a evolução, a eficiência e a permeabilidade das instituições, para assim evitar sua substituição na preferência social.

No caso da arbitragem isso significa reconhecer que, sendo esta um método *diferente*[759], cujo sucesso reside em sua *flexibilidade ao tempo e às necessidades sociais*, impor-lhe fórmulas prontas é criar uma "*prisão de ferro*", um enjaulamento de processualização e burocracia a suprimir-lhe o elemento espontâneo e de adaptabilidade que, historicamente, justificam a preferência social pela arbitragem. Isso significa também recuperar a confiança na instituição, com resgate de uma mentalidade normativa em seus protagonistas, para, assim, evitar-se que o paradoxo do sucesso custe a essência do instituto. Por fim, é ainda através do resgate da ética de confiança e de aprendizado institucional que tanto as potencialidades adormecidas da arbitragem, quanto sua própria utilidade e função social podem ser recuperadas.

---

semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego" adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 852, out 2006, p. 95).

[758] "Pode-se dizer hoje em dia que fugindo não só ao esplêndido idealismo das doutrinas puras do direito, como ao desprezo sistemático pelas categorias jurídicas formais manifestado pelos práticos, a cultura jurídica tende a encaminhar-se no sentido de uma compreensão global do mundo do Direito: não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional. É evidente que o direito real, o contrato ou a obrigação delitual são categorias que subsistem malgrado a diferença de sistemas econômicos e de regimes políticos; e o jurista, por ser justamente jurista, tem por missão definir tais categorias, integrá-las num sistema e aprimorar-lhes a expressão formal. Mas isto não significa que sua tarefa se esgote neste trabalho de pura análise e classificação, como se sua ciência fosse comparável à botânica ou à matemática. Cumpre-lhe também não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta toda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana" (rodapé 23) (COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 470-471).

[759] "Espero ter convencido o leitor, em conclusão, de que arbitration *is different*" (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 28, jan./mar 2011, p. 63).

Portanto, confiança e aprendizado institucional tornam-se binômios essenciais para que a arbitragem siga seu curso na preferência social. Trata-se de rota necessária para que as economias e externalidades positivas identificadas em teoria sejam, de fato, concretizadas. Só assim parece ser possível à arbitragem *oferecer mais* do que apenas a solução privada de conflitos individuais.

Árbitros e advogados detêm papel primordial nessa trajetória, seja enquanto integrantes e beneficiários do mercado da arbitragem, seja em razão de sua função enquanto profissionais do direito, responsáveis pela devida adaptação social dos institutos. No âmbito macroeconômico, cabe a agentes reguladores darem vazão à máxima de *scan globally, reinvent locally*, evitando-se que a arbitragem se transforme em forma caricatural de solução de disputas, rejeitada pela própria sociedade a que ela deveria atender.

Interessante notar que o argumento de refuncionalização não exige mudança de cunho legislativo. A priorização de uma ética de confiança e de aprendizado institucional encontra amparo no princípio de autonomia das partes e dos árbitros na condução dos procedimentos (artigos 2º e 21, *caput* da Lei nº. 9.307/96), no dever de diligência dos árbitros a manter os princípios da arbitragem (artigo 13, §6º da Lei nº. 9.307/96) e na própria prerrogativa dos julgadores de fixar penas de litigância de má-fé em sendo verificada quebras de confiança e de deveres de colaboração (artigo 27 da Lei nº. 9.307/96). No âmbito contratual, a refuncionalização dialoga com os ideais de especialização flexível, boa-fé, inovação, cooperação e plasticidade do atual modo de produção contratual relacional e da própria terceira onda renovatória de acesso à Justiça.

Portanto, a mudança proposta é apenas de mentalidade e de motivação. As consequências, por outro lado, podem significar diferença crucial entre uma realidade de economias ou de deseconomias associadas à arbitragem.

CONCLUSÕES, IMPLICAÇÕES E A ÓRBITA DAS ESTRELAS

SUMÁRIO: Conclusões parciais e gerais. Implicações jurídicas e políticas. Olhando para a órbita das estrelas?

Conclusões parciais e gerais

Cada vez mais "*a tônica do novo direito global é ser um direito periférico, espontâneo e gerado pela sociedade. Private government, private regulation and private justice tornam-se fontes centrais desse direito*".[760]

A arbitragem reúne essas três características mencionadas por TEUBNER: trata-se de forma privada de autorregulação de conflitos localizada fora da seara estatal, gestada a partir das necessidades econômicas e sociais e historicamente caracterizada por seu caráter espontâneo, sua adaptabilidade e flexibilidade ao tempo e aos interesses sociais.

Na parte teórica deste trabalho, viu-se que essas características da arbitragem são capazes de induzir o desenvolvimento de funcionalidades adicionais, a tornar a arbitragem mais do que apenas um mecanismo processual de solução de disputas privadas.

Sob o aspecto contratual, o ponto de partida foi o reconhecimento de que a maioria das contratações detêm hoje traços relacionais, a tornar a estabilidade, a perenidade e a cooperação temas da grande relevância às partes. Com isso em mente, foi possível atribuir à previsão de arbitragem o papel de perenização dos vínculos contratuais, capaz de criar um *refúgio contratual* e uma *comunidade de interesses*, aptos a tornar a execução das obrigações mais cooperativa, com reflexos sobre o excedente a ser gerado às partes. Isso foi defendido à luz de autores da NEI, por meio da expansão de argumentos trazidos por WILLIAMSON, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN e MACNEIL.

No âmbito institucional, a previsão de arbitragem foi alçada à condição de cláusula indutora de melhores padrões de desenvolvimento econômico e social, por incentivar, de um lado, a coordenação social e a segurança jurídica, e, de outro, os níveis

[760] TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*, Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 110.

de investimento, o empoderamento social e o aperfeiçoamento de instituições de pacificação de conflitos. A defesa do entendimento foi feita com fundamento em conceitos como experimentalismo, aprendizado e complementaridade institucional.

Em comum, essas duas lentes encontraram na ideia de *confiança* a chave a se pensar o instituto da arbitragem, por se tratar de elemento capaz de alinhar interesses e reduzir oportunismos, e também por ser esta, historicamente, característica a acompanhar a ética da arbitragem e a justificar muito do sucesso e da adesão social ao instituto.

Mas, se a teoria mostrou um cenário de potencialidades e funcionalidades à arbitragem, as pesquisas empíricas revelaram uma realidade diferente: cada vez menos a previsão de arbitragem é associada a uma cláusula de estabilização dos relacionamentos, pouco representando em termos de uma ética de confiança e de cooperação contratual. Mesmo em contratos relacionais, a cláusula de arbitragem é antes empregada por hábito e mimetismo, seja das partes contratantes, seja de agentes reguladores, ou por ainda não haver alternativa jurisdicional mais adequada ao Poder Judiciário.

Teoria e prática, portanto, se desencontraram neste trabalho. Ao mesmo tempo em que litigantes ocasionais demonstraram deter uma percepção teórica a respeito das potencialidades da arbitragem, litigantes habituais, acostumados ao jogo arbitral, revelaram que tais potencialidades não se verificam na realidade do setor de construção e infraestrutura. Em Cairu-2030, a teoria a respeito das funcionalidades da arbitragem está prevista no documento submetido ao prêmio *Innovare*, mas entrevistas de campo revelaram percepções no sentido inverso.

Outro desencontro diz respeito àquilo que a arbitragem tem oferecido às partes *vis-à-vis* a real necessidade social. Tal é revelado pelo emprego de alternativas à alternativa (ou de *by-passes* ao *by-pass*). *Dispute boards* e mediação são usados no setor de construção e infraestrutura justamente para preencher o vácuo deixado pela arbitragem. Em Cairu-2030, lideranças comunitárias surgem para suprir a demanda social de pacificação de conflitos na região, sendo o próprio Poder Judiciário uma alternativa mais segura e confiável do que a arbitragem.

Ainda que as pesquisas realizadas tenham se limitado a setor específico de indústria e a experiência concreta de desenvolvimento, as conclusões obtidas ao longo deste trabalho podem oferecer relevantes subsídios para se repensar o futuro e a evolução

do instituto da arbitragem no Brasil.

Em primeiro lugar, ainda não há clareza nem de agentes econômicos, nem de entes reguladores a respeito das razões para escolha da arbitragem. Quando há alguma lógica envolvida nesse processo, as partes tendem a escolher a cláusula de arbitragem em razão de argumento notadamente processual e com base em lógica de custo-benefício de curto-prazo. O uso crescente da arbitragem, seja por modismo, hábito, tendência de mercado, padronização contratual ou heurística de comportamento, tem tornado esse mecanismo um opção preferencial a uma classe crescente de disputas, sem entendimento ou compreensão a respeito das funcionalidades e potencialidades que poderiam advir – às partes, ao contrato e à sociedade – em caso de emprego mais racionalizado do instituto. Essa escolha automática tem comprometido a sinalização contratual pretendida pela previsão de arbitragem, além de também impactar adversamente o grau de confiança e o *ethos* associado à arbitragem.

Segundo, mostra-se cada vez mais nítida a falta de adequação entre arbitragem e a realidade social, com distanciamento entre um suposto direito "*vivo*", espontâneo e gerado pela sociedade. Tanto no setor de construção e infraestrutura, quanto em Cairu-2030, a concorrência surgida com outras formas de solução de disputas surgidas espontaneamente na sociedade (mediação, *dispute boards* e lideranças comunitárias) apresenta-se como indício relevante da progressiva perda de utilidade social da arbitragem.

Terceiro, litigantes habituais no setor de infraestrutura e construção, e agentes públicos e privados diretamente envolvidos em Cairu-2030 revelaram percepções mais claras a respeito da inadequação da arbitragem frente às necessidades sociais, a evidenciar um quadro em que as deseconomias tendem a suplantar as economias associadas à arbitragem.

A preocupação de profissionais da arbitragem já manifestada no sentido de recuperar a essência do instituto – veja-se o movimento de *arbitralização da arbitragem* mencionado no Capítulo 10 – coloca em destaque a conclusão final deste trabalho: a necessidade de refuncionalização do instituto, com resgate de sua adequação e utilidade social. Mediante recuperação de uma ética de confiança e de aprendizado o que se quer evitar é a repetição, para a arbitragem, de processo de descrédito, engessamento e obsoletização por que passa atualmente o Poder Judiciário.

Implicações jurídicas e políticas

Implicação jurídica

Duas ordens de implicações derivam deste trabalho. Sob o ângulo jurídico, o principal ponto a se destacar diz respeito ao impacto decorrente da mudança nas características e práticas da arbitragem sobre a formação das novas gerações de profissionais da arbitragem.

Não é de hoje que a formação jurídica é motivo de controvérsia. Em 1955, SAN TIAGO DANTAS já apontava falhas no ensino jurídico do país, colocando em evidência a incapacidade das universidades brasileiras de formarem profissionais habilitados para resolver conflitos práticos, dado o excesso de lições de caráter puramente descritivo e expositivo.[761] O quadro atual do ensino jurídico brasileiro padece ainda desse mal[762] e no caso da arbitragem, a preocupação que se tem é quanto à somatória de deficiência acadêmica e vezo profissional.

YVES DEZALAY e BRYANT GARTH mencionaram as mudanças éticas trazidas à arbitragem internacional entre a primeira geração de *grandes notáveis* – "*grand old men*" – e a segunda geração, que profissionalizou e rotinizou a prática, influenciados especialmente pela ótica norte-americana de litígio. Segundo os autores, criou-se aí fissura qualitatitiva a modificar a essência da prática da arbitragem.[763]

Aplicado o mesmo raciocínio ao Brasil, o risco que se corre hoje é de

[761] "Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático de instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático. (…) A didática tradicional parte do pressuposto que, se o estudante conhecer as normas e instituições, conseguirá, com seus próprios meios, com a lógica natural do seu espírito, raciocinar em face de controvérsias, que lhe sejam amanhã submetidas. O resultado dessa falsa suposição é o vácuo que a educação jurídica de hoje deixa no espírito do estudante já graduado, entre os estudos sistemáticos realizados na escola e a solução ou a apresentação de controvérsias, que se lhe exige na vida prática" (SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. A educação jurídica e a crise brasileira. Publicado originalmente na Revista Forense n. 159, 1955. Reproduzido em *Cadernos FGV – Direito Rio*, n. 3, fev/2009, p. 16-17).

[762] UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil, *Cadernos FGV Direito Rio*, Texto para discussão n. 01, nov/2005, p. 26-27.

[763] DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. Tema já tratado no Capítulo 03.

mácula sobre a formação da nova geração de profissionais da arbitragem, por estarem acostumados e, de certa forma, já contaminados pelas deseconomias e vícios da prática atual da arbitragem.

O risco identificado é, em outras palavras, de *path dependence*, isto é, perpetuação de círculo vicioso dentro do mercado da arbitragem no Brasil a manter ineficiências e deseconomias, e a custar, no longo prazo, a formação de futuras gerações e a própria racionalidade da instituição.

Nesse contexto, é de se ponderar que a formação e o treinamento no exterior de profissionais da arbitragem auxilia no desenvolvimento de raciocínio e massa crítica a contornar tal círculo vicioso. Mas é essencial não se perder de vista o *elemento local* e a *necessidade de adaptação* de discussões, para não se criar, como já visto em capítulos anteriores, distanciamento indevido entre teoria e necessidades sociais, ou o engessamento do instituto por meio de práticas transplantadas de outras realidades distintas da brasileira.

A chave está em aproveitar práticas adotadas no exterior ou em outras esferas mas permitindo-se experimentação de novos arranjos que melhor se ajustem ao contexto de cada disputa concreta. Incentivar a inovação, a especialização flexível, o aprendizado institucional e a importância do elemento local são questões centrais na superação de *path dependence* instalado tanto no mercado de arbitragem, quanto na formação de seus profissionais.

Portanto, o apelo é no sentido de se repensar o ensino da arbitragem no Brasil e a forma de treinamento a ser dado às futuras gerações de seus profissionais. Tal qual o engessamento processual da arbitragem, seu *engessamento intelectual* é igualmente danoso à evolução do instituto.

Implicação política

A principal implicação política deste trabalho é permitir-se pensar a arbitragem no bojo de projetos de desenvolvimento estratégico, especialmente no âmbito do setor de infraestrutura.

Lembre-se que, do ponto de vista contratual, a arbitragem integra a equação econômico-financeira do contrato celebrado. Uma vez respeitada sua ética própria, trata-se de elemento do negócio a exercer importantes funções dentro da economia dos contratos. Ampliando-se o argumento para o âmbito de projetos de desenvolvimento, isso significa atribuir à arbitragem também uma função na economia desses projetos. Essa economia, como já se viu, diz respeito essencialmente à sua capacidade de gerar confiança e, com isso, aumentar a coordenação social, o grau de investimentos e o nível de segurança jurídica.

Esse racional é levado em conta por organizações e agentes financiadores internacionais (Banco Mundial, BID, FMI), que, ainda hoje, associam a arbitragem a um *by-pass* capaz de contornar incertezas de cortes domésticas, inclusive com redução nos níveis de corrupção.

Principalmente em setores como infraestrutura, que envolvem contratos de longa duração, conhecimento especializado e técnico, elevadas somas de investimento e índices críticos de corrupção[764], a arbitragem pode somar no sentido de trazer maior economia a esses projetos, justamente por compensar tais características. De fato, o resgate da ética de confiança da arbitragem pode vir de encontro a essa finalidade, auxiliando a disciplinar setor sujeito a tantas fragilidades estruturais e riscos de capturas que parecem inerentes à própria organização desse setor.[765]

Isso porque, ao se consolidar como cláusula ética de confiança dentro do setor de infraestrutura, a arbitragem pode criar referido *refúgio contratual* e *comunidade de interesses* a aproximar agentes públicos e privados em torno de estratégias comuns de desenvolvimento. Dada a importância da infraestrutura sobre o desempenho das sociedades[766], inclusive com possibilidade de empoderamento e rompimento de antigos

[764] Veja-se relatório do DIFD inglês, em que o setor de infraestrutura é tomado como um exemplo de corrupção (DIFD - Department for International Development. *Making connections*: Infrastructure for poverty reduction, 2002, p. 5). Também relatório da *Transparency International* avalia que o setor de construção e obras públicas como aquele com o maiores índices de incidência de propina e corrupção (Transparency International. Bribe payers index. Berlin, 2009).

[765] PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *Corruption by design and the management of infrastructure in Brazil: reflections on the Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC)*. Dissertação apresentada à London School of Economics and Political Science, MSc. Development Management, 2014-2015 e que concluiu no sentido de existirem brechas para corrupção insculpidas no próprio desenho do PAC. Artigo em análise para publicação.

[766] ESFAHANIM, Hadi S.; RAMÍREZ, María Teresa. Institutions, infrastructure and economic growth. *Journal of Development Economics*, v. 70, 2003, p. 443-477. EUSTACHE, Antonio. Infrastructure and development: a survey of recent and upcoming issues. In: BOURGUIGNON, François; PLESKOVIC, Boris.

vínculos exploratórios[767], a combinação entre arbitragem e o setor de infraestrutura pode criar novos nichos para exploração eficiente de *complementaridades institucionais*, com alinhamento de objetivos estratégicos e criação de externalidades cruzadas ainda pouco exploradas.

Diante dos elevados déficits brasileiros de infraestrutura e de recentes escândalos de corrupção identificados no setor, aproveitar essas complementaridades entre arbitragem e infraestrutura é implicação política relevante desta pesquisa. Pode a arbitragem, nesse contexto, servir como *saída contratual inteligente*, a integrar programas de segurança jurídica pensados para projetos de desenvolvimento, com possibilidade de se induzir, no longo prazo, melhores desempenhos econômicos e sociais.

Cairu-2030 traz indícios de que essa estratégia pode ser bem-sucedida, desde que acompanhada de um política prévia de transparência, esclarecimento a respeito dos benefícios da arbitragem e não esquecida a importância da adequação e do elemento local na caracterização do instrumento.

Também aqui não se exige mudança legislativa, na medida em que parcerias público-privadas e concessões já admitem o uso da arbitragem. Mas diante do caráter confidencial da arbitragem e dos elevados riscos de captura do setor, a retomada da ética de confiança torna-se imperativo central a viabilizar o uso da arbitragem nesse contexto.

Olhando a órbita das estrelas?

Esse trabalho buscou contrapor teoria e realidade, para evitar visão excessivamente otimista ou já datada a respeito do instituto da arbitragem. Mantendo-se a coerência da pesquisa, é necessário agora voltar a esse embate: a *ideia fixa* da autora, tomada como ponto de partida deste trabalho, terminou por transformar-se em *olhar fixo*

Rethinking Infrastructure for Development. World Bank Conference on Development Economics - Global. The World Bank: Washington, 2008, p. 47-82.

[767] Veja-se estudo de Maveshi Shami, mencionando como a construção de uma rodovia ligando uma antiga área isolada trouxe mudanças em termos de empoderamento popular e rompimento de antigos laços de clientelismo político: SHAMI, Mahvish. The impact of market exposure on public goods provision. Institute of Food and Resource Economics, University of Copenhagen, 2010 (FOI Working Paper; No. 2010/13). Disponível em <http://curis.ku.dk/ws/files/33816883/WP_2010_13_market_exposure_on_public_goods.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

para a órbita das estrelas? Em outras palavras: está-se atribuindo e esperando da arbitragem função demasiadamente hercúlea e desapegada da realidade, indo desde ferramenta de cooperação contratual a instrumento indutor do próprio desenvolvimento?

A alegoria das estrelas é adaptada de CANOTILHO. Após ter defendido as inúmeras potencialidades da Constituição Dirigente, o autor fez uma necessária reavaliação de seu argumento. Concluiu que, tal como Tales de Mileto, estava muitas vezes a perder-se olhando a órbita das estrelas, preocupado antes em "*captar o mundo das estrelas do que a olhar para as coisas da terra*".[768]

Este trabalho buscou, antes de mais nada, olhar para as *coisas da terra*, para que a realidade não se perdesse entre meandros teóricos. Daí justamente a preocupação com as pesquisas de campo realizadas e com a combinação entre economias e deseconomias da arbitragem. Mas, é preciso reconhecer, os olhos estiveram muitas vezes voltados para as estrelas.

Olhar o *mundo das estrelas*, porém, deu ambição a este trabalho, permitindo-se ampliar a visão apenas processualista da arbitragem. Como se disse na introdução desta tese, buscava-se perspectiva contra-intuitiva, não-dogmática, multifacetária e funcional a respeito do instituto e entende-se que tal foi atingido por meio do emprego das lentes contratual e institucional.

Olhar para a órbita das estrelas também deu ambição *à própria arbitragem*. Retomando-se a ideia de PAULSSON, se não for ambiciosa, a arbitragem arrisca perder seu lugar na preferência social. Ao se atribuir à arbitragem as funcionalidades e potencialidades aqui estudadas, espera-se ser possível a retomada do caminho de refuncionalização, com confiança e flexibilidade retornando à essência do instituto e dos profissionais envolvidos no mercado da arbitragem.

Como nota final, espera-se que a ambição mencionada não seja apenas de parte dos integrantes desse mercado, buscando benefício próprio e imediato; mas que seja antes no sentido de resgate da essência e da ética original de instituição que, historicamente, tem se mostrado tão relevante na superação de óbices econômicos,

[768] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 5, abr.-jun. 1996, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 8.

políticos e sociais.

Em síntese, pode-se ter efetivamente olhado para a órbita das estrelas. Mas apenas na medida necessária para se tentar corrigir a rota terrestre.

Esta tese também abre novas perspectivas de pesquisa, entre elas o aprofundamento das relações entre arbitragem e o desenho contratual e institucional, comparando-se, concretamente, os benefícios trazidos pela arbitragem em contraposição àqueles potencialmente gerados por outros meios de solução de disputas. Medir esses resultados e também comparar o desenho de contratos em diferentes situações e mercados, pode contribuir ao debate de economias e deseconomias, com reflexos sobre a opção e a preferência acerca dos meios de solução de disputas. Também a ênfase no estudo das complementaridades entre a previsão de arbitragem e o setor de infraestrutura, especialmente no âmbito de programas de segurança jurídica, projetos de desenvolvimento e políticas anti-corrupção é segunda etapa a derivar desta pesquisa. Qualquer que seja o encaminhamento que se dê a este trabalho, espera-se que a órbita das estrelas não seja esquecida, de forma a permitir sempre *novas ambições à arbitragem*.

* * *

Arcadas, Janeiro de 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Caroline Sampaio. *A cláusula compromissória arbitral*: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013.

ALVAREZ-URÍA, Fernando; VARELA, Julia. *Genealogía y sociología, materiales para repensar la modernidad.* Buenos Aires: Ediciones El cielo por asalto, 1997.

ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação***.** v. 7, out.-dez. 2005, p. 109-126.

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970, p. 488-500.

AMABLE, Bruno. *The diversity of modern capitalism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Coord.). *Niklas Luhmann*: do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301-344.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Notas sobre a metodología de investigationes empíricas en derecho. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley* – Ensayos sobre metodología de la investigación juridica. Madrid: Trotta, 2006, p. 299-319.

AOKI, Masahiko. The contingent governance of teams - Analysis of institutional complementarity. *International Economic Review*, v. 35, n. 3, 1994, p. 657-676.

AOKI, Masahiko. *Toward a comparative institutional analysis*. Cambridge: MIT Press, 2001.

Arbitration in Toronto: An economic study. Disponível em <http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/CRA_report.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; MARTINS, Luciano Luz Badini. The Ministério Público of the State of Minas Gerais and the ADR experience. In: WOUTERS, Jan; NINIO, Alberto; DOHERTY, Teresa; CISSÉ, Hassane (Eds.). *The World Bank Legal Review*, v. 6: Improving Delivery in Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability, 2015, p. 313-323.

ARROW, Kenneth J. Gifts and Exchanges. *Philosophy and Public Affairs*, v. 1, 1972, p. 343-362.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, 1998, p. 113-120.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, v. 9, set.-dez. 1999, p, 40-44.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, n. 33, jan/mar. 2011, p. 79-94.

BAKER, George; GIBBONS, Robert; MURPHY, Kevin J. Relational contracts and the theory of the firm. *Quarterly Journal of Economics*, v. 117, issue 1, 2002, p. 39-84.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e Internacional*. São Paulo: Ed. LexMagister, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 35, jan.-mar. 2013, p. 199-218.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual, p. 243-262. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003.

BARDHAN, Pranab. *Awakening Giants*: Feet of Clay. Assessing the Economic Rise of China and India. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 1. Ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2010.

BECKER, Gary. MURPHY, Kevin. A theory of advertising as good or bad. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 108, n. 4, Nov. 1993, p. 941-964.

BENVENUTI, Ronaldo. Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras. Dissertação de Mestrado. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2010.

BERNSTEIN, Lisa. Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*. v. 21, n. 1, 1992, p. 115-157.

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, issue 3, 2009, p. 293-302

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Brussels: Kluwer Law International, 2009.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration - Cases and Materials*. Brussels: Kluwer Law International, 2011.

BORN, Gary. *International Arbitration:* Law and Practice. Kluwer Law International: The Netherlands, 2012.

BORN, Gary. *International arbitration and forum selection agreements*: drafting and enforcing. 4th Edition. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico***.** TOMAZ, Fernando (Trad.). 10. Ed. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2007.

BREHM, Hollie Nyseth; UGGEN, Christopher; GASANABO, Jean-Damascène. Genocie, Justice and Rwanda's Gacaca Gours. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 30, n. 3, 2014, p. 333-352.

BRESSONE, Darcy. *Do contrato*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BROUSSEAU, Éric. Confiance ou contrat, confiance et contrat. In: AUBERT, Francis; SYLVESTRE, Jean-Pierre. Confiance et rationalité. Paris: INRA, 2001. Disponível em <http://brousseau.info/pdf/EBConfINRA.pdf>. Acesso em 20.01.2016).

BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts* – theories and applications. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2002.

BROUSSEAU, Éric. Contracts: from bilateral sets of incentives to the multi-level governance of relations. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 37-66.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, v. 12, out.-dez. 2012, p. 169-225.

BRETT, A.E. *Reconstructing Development Theory*. London: Palgrave Macmillan, 2009.

BÜHRING-UHLE, Christian. *Arbitration and Mediation in International Business*. 1st. Ed. The Hague: Kluwer, 1996.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem***.** São Paulo: RT, 2011.

CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. *A concise economic history of the world* – from Paleolitch times to the present. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CAMPBELL, John. The US financial crisis: lessons for theories of institutional complementarity. *Socio-Economic Review*, v. 9, 2011, p. 211-234.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 5, abr.-jun. 1996, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7-17.

CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, n. 74, ano 19, abr.-jun., 1994, p. 82-97.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993,

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – Um comentário à Lei nº. 9.307/96. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 28, jan./mar 2011, p. 47-63.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. 1 v.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada* – A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Unesp, 2004.

CHANG, Ha-Joon. Understanding the relationship between institutions and economic development – some key theoretical issues, 2006. Disponível em <http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/discussion-papers/2006/en_GB/dp2006-05/>. Acesso em 20.01.2016.

CHERN, Cyril. *Chern of Dispute Board*. 2. Ed. Oxford: Wiley-Blackweel, 2011.

CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm. *Journal of Law and Economics,* v. 26, n. 1, 1983, p. 1-21.

CHEUNG, Steven N. S. Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements. *Journal of Law and Economics*, 1961, p. 23-46.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2000.

COASE, Ronald. The New Institutional Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 140, 1984, p. 229-231.

COASE, Ronald. the nature of the firm: origins. *Journal of Law, Economics, & Organization,* v. 4, nº. 1, 1988, p. 3-17.

COASE, Ronald. The nature of the firm: Influences. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, nº. 1, 1988, p. 33-47.

COASE, Ronald. The nature of the firm. In: WILLIAMSON, Oliver; WINTER, Sydney (Coord.). *The nature of the firm – origins, evolution, and development*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 18-33.

COASE, Ronald. The New Institutional Economics. *The American Review*, v. 88, n. 2, 1998, p. 72-74.

COMMONS, John R. Institutional economics. *The American Review*, v. 21, n. 4, 1931, p. 648-657.

COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.

COMPARATO, Fabio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. In: COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 270-291.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CROCKER, Keith J.; MASTEN, Scott E. Mitigating contractual hazards: unilateral options and contract length. *The RAND Journal of Economics*, v. 19, n. 3, 1988, p. 327-343.

CROKER, Keith J.; REYNOLDS, Kenneth. The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of air force engine procurement. *The RAND Journal of Economics*, v. 24, n. 1, 1993, p. 126-146.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. Ed. Pearson: Boston, 2012.

CROUCH, Colin. Complementarity. In: Morgan, Glenn et al (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 117-138.

COUTINHO, Diogo R. *O Direito nas Políticas Públicas*. Disponível em <http://sociologiajuridica.wordpress.com/direito-e-politicas-publicas>. Acesso em 20.01.2016.

DALMÁCIO, Flávia Zóboli. *Mecanismos de Governança e Acurácia das previsões dos analistas do Mercado brasileiro*: uma análise sob a perspectiva da teoria da sinalização. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2008.

DA LUZ NETO, Manoel Altivo. Município-arquipélago estruturado como "Shopping Center Ecológico" e "Campus Universitário" – diferenciais competitivos turísticos e imobiliários. 10ª Conferência Internacional da LARES. 2010. Disponível em

<http://lares.org.br/2010/anais2010/images/416-490-1-RV.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

DA LUZ NETO, Manoel Altivo. *Urbanismo Discreto: A Evolução do Financiamento para o Planejamento Turístico-imobiliário e o Desenvolvimento Sustentável de Cairu (Único Município-arquipélago do Brasil) – A Terceira Âncora* – 2007/2012. 12ª Conferência Internacional da LARES. 2012. Disponível em <http://lares.org.br/2012/images/681-963-1-DR.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

DA LUZ NETO, Manoel Altivo. O PDDU (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano): Instrumento Emergencial de Sustentabilidade Tributária – Cairu – 2007/2013. 13ª Conferência Internacional da LARES. 2013. Disponível em <http://lares.org.br/Anais2013/artigos/813-999-1-RV.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

DA LUZ NETO, Manoel Altivo. O Desenvolvimento Sustentável no Âmbito Imobiliário e a Erradicação da Pobreza no Baixo Sul da Bahia. 14ª Conferência Internacional da LARES. 2014. Disponível em <http://lares.org.br/Anais2014/artigos/990-1245-1-DR.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

DE SOTO, Hernando. *The other path* – the economic answer to terrorism. New York: Basic Books, 1989.

DE SOTO, Hernando. *The mistery of capital* - why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else. New York: Basic Books, 2000.

DIFD - Department for International Development. *Making connections*: Infrastructure for poverty reduction, 2002.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue:* International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

DI GIORGI, Rafaelle. O Direito na Sociedade do Risco. In: DI GIORGI, Rafaelle (org). *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 223-239.

DI GIORGI, Rafaelle. O Risco na Sociedade Contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1, mar./jun. 2008, p. 37-49.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e seu controle jurisdicional.*p. 21. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003, p. 19-33.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro* – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 2 v.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Courts: The Lex Mundi Project. *Quarterly Journal of Economics*, v. 118, issue 2, 2003, p. 453-517.

DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society*. New York: Free Press, 1964.

Entrevista Carlos Alberto Carmona ao Portal Jota - Notícias Jurídicas, em 21.08.2015. Disponível em <http://jota.info/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona>. Acesso em 20.01.2016.

ESFAHANIM, Hadi S.; RAMÍREZ, María Teresa. Institutions, infrastructure and economic growth. *Journal of Development Economics*, v. 70, 2003, p. 443-477.

EUSTACHE, Antonio. Infrastructure and development: a survey of recent and upcoming issues. In: BOURGUIGNON, François; PLESKOVIC, Boris. *Rethinking Infrastructure for Development*. World Bank Conference on Development Economics - Global. The World Bank: Washington, 2008, p. 47-82.

EVANS, Peter. The eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization. *World Politics*, v. 50, n. 1, 1997, p. 62-87.

FACHIN, Luiz Edson. A relação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Publicação Migalhas, 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI206807,61044-A+relacao+entre+o+Poder+Judiciario+e+o+Tribunal+Arbitral>. Acesso em 20.01.2016.

FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a Reforma do Judiciário. In: *Reforma do Judiciário*: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. BOTTINI, Pierpaolo e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23-25.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo, Saraiva, 2011.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem - uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, abr.-jun. 2006, p. 277-303.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula A. A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010.

FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura, in LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista (coord.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 11-124.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança:* as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). *Direito & Economia* – Análise econômica do direito e das organizações. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-136.

GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review,* v. 9, n. 1, 1974. p. 95-160.

GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, v. 19, 1981, p. 1-47.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria* – storia del diritto commerciale. Bologna: Il Mulino, 1993.

GAMBETTA, Diego. *Trust* - making and breaking cooperative relations. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoriada ação comunicativa de Habermas. *Pensar Fortaleza*, v. 18, nº. 1, jan./abr. 2013, p. 47-71.

GIOVANNINI, Teresa. The Psychological Aspects of Dispute Resolution Commentary. In: VAN DEN BERG, Albert Jan van den Berg. (Coord.). *International commercial arbitration*: important contemporary questions. ICCA Congress Series, 2002, v. 11, 2003, p. 348-352.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 321-333.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a globalização. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270-279.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, 1981, p. 1089-1150.

GOLDBERG, Victor; ERICKSON, John R. Quantity and price adjustment in long-term contracts: a case study of petroleum coke. In: WILLIAMSON, Oliver; MASTEN, Scott (Coord.). *The economics of transaction costs.* Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 1999, p. 321-350.

GOLDBERG, Victor P. Regulation and Administered Contracts. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n. 2, 1976, p. 426-448.

GOMES, Orlando. *Contratos*. THEODORO JR., Humberto (Atual.). 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GREIF, Avner. Contract enforceability and economic institutions in early trade: the Maghribi Traders' Coalition. *The American Economic Review*, v. 83, n. 3, 1993, p. 525-548.

GREIF, Avner. Historical and comparative institutional analysis. *The American Economic Review*, v. 88, n. 2, 1998, p. 80-84.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

HALL, Peter, SOSKICE, David. An introduction to varieties of capitalism. In: HALL, Peter, SOSKICE, David (Eds). *Varieties of Capitalism* - The institutional foundations of comparative advantage. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 1-68..

HART, Oliver; MOURE, John. Incomplete contracts and renegotiation. *Econometrica*, v. 56, n. 4, 1988, p. 755-785.

HART, Oliver; HOLMSTROM, Beng. The Theory of Contracts. Manuscrito original apresentado no Massachusetts Institute of Tecnology – MIT, working paper department, HB31.M415 n. 418, 1986. Disponível em <http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/64265/theoryofcontract00hart.pdf?sequence=1>. Acesso em 20.01.2016.

HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. NBER Working Paper Series, 1998. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w6726>. Acesso em 20.01.2016.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and ownership: some new thoughts. *The American Economic Review*, v. 97, n. 2, 2007, p. 182-186.

HAUSMANN, Ricardo; RODRIK, Dani. Economic Development as Self-Discovery. *Journal of Development Economics*, v. 72, 2003, p. 603-633. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w8952>. Acesso em 20.01.2016.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty* – Rules and Order. Chicago: The Chicago University Press, v. 1, 1973.

HENDEL, Clifford. Third Party Funding. *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 9, 2010, p. 67-81.

HERMALIN, Benjamin. Holdup: implications for investment and organization. *California Management Review*, v. 52, n. 2, 2010, p. 132-137.

HENRY, Marc. Les obligations d'independence et d'information de l'arbire à la lumière de la jurisprudence recente. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2, 1999, p. 193-224.

HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, Voice, and Loyalty*: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

HODGSON, Geoffrey M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. XL, n. 1, 2006, p. 1-25.

HVIID, Morten. Long-term contracts and relational contracts. *The Encyclopaedia of Law and Economics*, v. III. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Coord.).

Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 46-72). Disponível em <http://www.encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

JARVIN, Sigvard. L'obligation de coopérer de bonne foi. Exemples d'application au plan de l'arbitrage international. L'apport de la jurisprudence arbitrale - Actes du séminaire organisé par la Chambre de commerce internationale les 7 et 8 avril 1986. CCI Institut.

JEANCLOS, Yves. La pratique de l'arbitrage du XII e au XV e siècle éléments d'analyse**.** *Revue de l'Arbitrage*, issue 3, 1999, p. 417-474.

JESSOP, Bob. *Narrating the future of national economy and national State? Remarks on remapping regulation and the reinventing governance*. Department of Sociology, Lancaster University, Lancaster LA1 4YN. Disponível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

JOSKOW, Paul. The role of transaction cost economics in antitruste and public utility regulatory policies. *Journal of Law, Economics and Organizations*, n. 7, Special Issue, 1991, p. 53-83.

JOSKOW, Paul L. New institutional economics: a report card. In: BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (Coord.). *New Institutional Economics* – A guidebook. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 1-19.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, p. 297-326.

KLEIN, Benjamin; LEFFLER, Keith B. The role of market forces in assuring contractual performance. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981, p. 615-641.

KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. *Economic Inquiry*, v. 34, n. 3, 1996, p. 444-463.

KLEIN, Benjamin. The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships. *Revue d'Économie Industrielle*, n. 92, 2000, p. 67-80.

KLEIN, Benjamin. General Motors and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, 2000, p. 105-142.

KOROBKIN, Russell. Behavioral economics, contract formation and contract law. In SUSTEIN, Cass R (Coord.). *Behavioral Law & Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116-143.

KRISHNA, Anirudt. *Active Social Capital:* Tracing the Roots of Development and Democracy. New York: Columbia University Press, 2002.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia.* São Paulo: Elsevier, 2007.

LANGLOIS, Richard N. Transaction-cost Economics in real time. *Industrial ans corporate change*, v. 1, n. 1, 1992, p. 99-127.

Law Commission of Canada. *Transforming relationships through participatory justice*, 2003. Disponível em <www.lcc.gc.ca>. Acesso em 20.01.2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro* – Princípios da Independência e Imparcialidade. Abordagem no Direito Internacional, Nacional e Comparado. Jurisprudência. São Paulo: LTr Editora, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação da sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem* - temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 449-462.

LADEUR, Karl-Heinz. The emergence of a global administrative law and transnational regulation. *History and Theory of International Law Series***,** IILJ – International Law and Justice Working Paper 2011/1. Disponível em <www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

LINDAUER, David; PRITCHETT, Lant. 'What's the big idea? The third generation of policies for economic growth'. *Economia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 1-28.

LINDENBERG, Siegwart; FOSS, Nicolai. Managing joint production motivation: the role of goal framing and governance mechanisms. *Academy of Management Review*, v. 38, n. 3, p. 500-525.

LISBOA. Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LLEWELLYN, Karl. What price contract? As essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 704-751.

LOBEL, Orly. *The Renew Deal: The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought.* University of San Diego School of Law. Legal studies research paper series. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em 20.01.2016.

LOPES DE ALMEIDA, Fábio Portela. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa, p. 175-199. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Coord.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2, Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Campus Universitário, Asa Norte, Brasília, 2003.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro* - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 599-626).

LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceiros. *Revista do Direito do Consumidor,* n. 28, out./dez.1998, p. 22-58.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. FRADERA, Vera Maria Jacob (Trad.). São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, 2000, p. 9-38.

LUHMANN, Niklas. The future cannot Begin: temporal structures in Modern Society. *Social Research*, 43:1, 1976, p. 130-152.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACAULAY, Stewart. Changing a continuing relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers and the legal system. *Wisconsin Law Review*, n. 483, 1965, p. 3-212.

MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 465-482.

MACAULAY, Stewart. The new versus the old legal realism: 'Things ain't what they used to be'. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2005, p. 365-403.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007.

MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil* – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2009.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. Ed. Paris: Dalloz, 2008.

MACLEOD, Bentley. Reputations, relationships and contract enforcement. *Journal of Economic Literature*, v. 45, n. 3, 2007, p. 595-628.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1977-1978, p. 854-905.

MACNEIL, Ian. *The new social contract*: a social inquiry into modern contractual relations. New Haven: Yale University Press, 1980.
MACNEIL, Ian. Exchange revisited: individual utility and social solidarity. *Ethics – Chicago Journals*, v. 96, n. 3, 1986, p. 567-593.

MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory as Sociology: a reply. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 143, 1987, p. 272-290.

MACNEIL, Ian. The new social contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 127-152.

MACNEIL, Ian. Restatement (Second) of Contracts and Presentiation. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 182-187.

MACNEIL, Ian. A primer of contract planning. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 199-253.

MACNEIL, Ian. Essays on the nature of contract. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 265-269.

MACNEIL, Ian. Barriers to the idea of relational contracts. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 298-310.

MACNEIL, Ian. Relational contract theory as sociology: a reply to professors Lindenberg and de Vos. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 310-325.

MACNEIL, Ian. Contracting worlds and essential contract theory. In: CAMPBELL, David (Coord). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil,* Sweet & Maxwell: London, 2001, p. 335-332.

MACNEIL, Ian; GUDEL, Paul. *Contracts* – exchange transactions and relations. Cases and materials. 3. Ed. New York: Foundation Press, 2001.

MAGALHÃES, José Carlos. Soluções rápidas e objetivas, Publicação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, ano 2, v. 7, fev/mar. 2007. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/revista/07/11_ArtigoArbitragem_BC07.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia* – princípios de micro e macroeconomia. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

MARCONDES, Fernando Mello. Os Dispute Boards e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Coord.). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 123-139.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato* – Estudo sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007, p. 17-86.

MARTINS, Pedro Batista. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. A arbitragem e a atração de investimentos no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, v. 32, jan.-mar. 2012, p. 101-108.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexos sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

COSTA, Judith Martins. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego" adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 852, out./dez. 2006, p. 87-126.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-66.

MASTEN, Scott; CROCKER, Keith. Efficient adaptation in long-term contracts: take-or-pay provisions for natural gas. In: WILLIAMSON, Oliver; MASTEN, Scott (Coord.). *The economics of transaction costs.* Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 1999, p. 351-361.

MASTEN, Scott E. Contractual choice. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=142934>. Acesso em 20.01.2016.

MASTEN, Scott. Long-term contracts and short-term commitments: price determination for heterogeneous freight transactions. *Journal of the American Law and Economics Association*, v. 11, n. 1, 2009, p. 79-111.

MATTLI, Walter. Justice in a global economy from litigation to arbitration. *International Organization*, v. 55, nº. 4, 2001, p. 919-947.

MCCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong. *Research methods for law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, Organization & Management*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992.

MNOOKIN, Robert; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, 1979, p. 950-997.
MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do mundo pós-moderno. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 44, out./dez. 2013, p. 67-86.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexos sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 283-321.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: Nanni, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 224-294.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista AASP*, v. 116, 2012, p. 88-97.

NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 502 a 556.

NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e construção civil. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 2003. Disponível em <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrage_construccion_civil.php>. Acesso em 20.01.2016.

NEVES, Flávia Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? *Revista Brasileira de Arbitragem,* v. 9, jan.-mar. 2008, p. 30-39.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado democrático de direito?, p. 23. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1868/SEGURANCA_JURIDICA_E_CERTEZA_DO_DIREITO_REALIDADE_OU_UTOPIA_NUM_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO>. Acesso em 20.01.2016.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Serie Political Economy of Institutions and Decisions. New York: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass, WALLIS, John Joseph, WEINGAST, Barry. *Violence and social orders*: a conceptual framework for interpreting recorded human history, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

NOTTAGE, Luke. The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the Lex Mercatoria - A View from the Periphery. *Arbitration International*, v. 16, issue 1, Kluwer Law International, 2000, p. 53-78.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of new legal realism: can a new world order prompt a new legal theory? *Cornell Law Review*, v. 95, 2009 p. 61-137. Disponível em <http://ssrn.com/absctract=1405437>. Acesso em 20.01.2016.

NUNES PINTO, José Emilio. Jurisprudência comentada. Contrato de Adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato. *Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 10, jul.-set. 2006, p. 234-242.

NUNES PINTO, José Emilio. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 25, jan.-mar. 2010, p. 8-28.

NUNES PINTO, José Emilio. *A importância da ética na arbitragem*. Disponível em <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=13>. Acesso em 20.01.2016.

NUNES PINTO, José Emilio. *Arbitralização da Arbitragem*. Original publicado em 2004, no website do escritório TozziniFreire Advogados. Atualmente disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20.01.2016.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia* – introdução ao Direito Econômico.7. Ed. São Paulo: RT, 2013.

OCDE/ECLAC. *Latin American Economic Outlook*, 2012.

OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998.

OSTROM, Elinor. An agenda for the study of institutions. *Public Choice*, v. 48, n. 1, 1986, p. 3-25.

OSTROM, Elinor. *Governing the commons* - The evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute boards*: procedures and practice. London: Thomas Telford Publishing, 2008.

PAUL, Samuel. Accountability in public services: exit, voice and capture. *Policy, Research and External Affaris. Working Papers*. Country Economics Department. The World Bank, 1991.

PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. *Stochholm International Arbitration Review*. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, v. 2, 2008, p. 1-20.
PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. *LSE Law, Society and Economy Working Papers,* v. 2/2010, London School of Economics and Political Science Law Department, 2010, p. 18. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

PAULSSON, Jan. Moral hazard in International Dispute Resolution. Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

PAULSSON, Jan. Why Good Arbitration Cannot Compensate for Bad Courts – Freshfields Hong Kong University Arbitration Lecture. *Journal of International Arbitration*, v. 30, issue 4, 2013, p. 345-360.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PENTEADO, Luciano Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, jul.-set. 2006, p. 252-278.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 3 v.

Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 17. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança*. Madrid: Instituto Piaget Divisão Editorial, 1995.

PHILLIPS, Jim. Ethics in Today's World of DRBs: Disconnect Between Project Activity and the Utility of the DRB, p. 6. Disponível em <http://www.drb.org/newsletter/Forum8-08Color.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

PICCIOTTO, Robert; WIESNER, Eduardo. *Evaluation & Development* - The institutional dimension. New Jersey: Transaction Publishers, 1998.

PILGER, Márcia Ester Castro. Da arbitragem como ferramenta de gestão nas empresas do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2013.

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. Ed. São Paulo: Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. A (i)rracionalidade hermenêutica das instituições. *Revista Insight Inteligência*, jul.-set. 2011, p. 25-30.

POLANYI, Karl. *A grande transformação* – As origens da nossa época. 8. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.
POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas* - nos pactos, contractos, convenções, &c. CORREA TELLES, José Homem (Trad.). Lisboa: Typografia de Antonio José da Rocha, 1849, t. I.

POSNER, Eric. *Law and Social Norm*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PRADO, Mariana Mota. What is law and development? *Revista Argentina de Teoria Juridica,* v. 11, n. 1, 2010, p. 1-20.

PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: an Alternative for Development Reform*, 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em 20.01.2016.

PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK. Path Dependence, Development, and the Dynamics of Institutional Reform. *University of Toronto Law Journal*, v. 58, v. 3, 2009, p. 341-379.

PRADO FILHO, Jose Inacio Ferraz de Almeida. *Concorrência, ordem jurídica e a Nova Economia Institucional:* uma análise custo-transacional na formação da política econômica antitruste. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2011.

PRADO, Maria da Glória Ferraz de Almeida. *A admissibilidade e a conveniência da exclusão do controlador em S.A*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2015.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Arbitragem e risco: o impacto causado pela ética dos protagonistas. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial*. Ano I. Número 1 - Semestral, jul.-/dez 2014, p. 71-97.

PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*: Civic Traditions in Modern Italy. Princeton: Princeton University Press, 1993.

PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone.* The collapse and revival of American community. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito. 17. ed.* São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 2.

REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & Investimento Estrangeiro* – Uma análise do ambiente jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Singular, 2013.

REY, Fernando Luis González. *Pesquisa qualitativa em psicologia* – caminhos e desafios. SILVA, Marcel Aristides Ferrada (Trad.). 1. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

RIPPE, Siegbert. El arbitraje como medio alternativo de solución de controvérsias comerciales. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 371-387.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. 1 v.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 3 v.

RODRIK Dani. *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions, and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009.

ROZAS, José Carlos Fernández. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David Arias (Coord.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 413-449.

SABEL, Charles. Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard. On capitalism. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 305-342.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Celso Antonio. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Caderno Direito GV*, n. 7, jan.-jun. 2008, p. 15-27.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 382-390.

SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a premier. 2. Ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem - Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, jan.-mar. 2011, p. 65-82.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. A educação jurídica e a crise brasileira. Publicado originalmente na Revista Forense n. 159, 1955. Reproduzido em *Cadernos FGV – Direito Rio*, n. 3, fev/2009, p. 9-38.

SANTOS, Boaventura Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim (Coord.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980, p. 107-117.

SANTOS, Boaventura Sousa. Introdução à sociologia da administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº, 21, 1986, p. 11-44.

SANTOS, Boaventura Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura Sousa. Poderá o Direito ser Emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, 2003, p. 3-76.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1948.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2013.

SCOTT, Elizabeth S.; SCOTT, Robert E. Mariage as a relational contract. In: MACNEIL, Ian; GUDEL, Paul J. *Contracts* - exchange transactions and relations. Cases and materials. 3. Ed. New York: New York Foundation Press, 2001, p. 219-240.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. *Case Western Reserve Law Review*, v. 56, issue 1, 2005, p. 1-15.

SEARLE, John R. *The Construction of Social Reality.* London: Allen Lane, 1995.

SEARLE, John R. What Is an Institution?. *Journal of Institutional Economics, v.* 1, n 1, 2005, p. 1–22.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAMI, Mahvish. The impact of market exposure on public goods provision. Institute of Food and Resource Economics, University of Copenhagen, 2010 (FOI Working Paper; No. 2010/13). Disponível em <http://curis.ku.dk/ws/files/33816883/WP_2010_13_market_exposure_on_public_goods.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

SHAVELL, Steven. The design of contracts and remedies for breach. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 99, n. 1, 1984, p. 121-148.

SHILSTON, Alan. The Evolution of Modern Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 4, issue 2, 1987, p. 45-76.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa* – Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahlis. Câmara de Arbitragem da AGU e Modelo Arbitral Brasileiro: Aproximações e Distinções. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 35, jul./set. 2012, p. 7-27.

SIMON, Herbert A. *Models of man*. New York: Wiley, 1957.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, v. 33, jan.-mar. 2008, p. 307-342.

SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, ago. 1973, p. 355-374.

SPENCE, Michael. Signaling in retrospect and the informational structure of markets. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, 2002, p. 434-459.

SPIER, Kathryn. Incomplete contracts and signalling. *RAND Journal of Economics*, v. 23, nº. 3, 1992, p. 432-443.

STIGLITZ, Joseph. Scan globally, reinvent locally. Knowledge infrastructure and the localisation of knowledge. In: STONE, Diane (Ed). *Banking on Knowledge* - The genesis of the global development network. London: Rutledge, 2000, p. 24-43.

STIGLITZ, Joseph. Whither reform? Towards a new agenda for Latin America, *CEPAL Review* n. 80, 2003, p. 8-37.

STIGLITZ, Joseph. Is there a Post-Washington Consensus Consensus? In: SERRA, Narcis and STIGLITZ, Joseph (Eds.). *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance. Oxford:* Oxford University Press, 2008, p. 41-56.

STONE, Katherine Van Wezel. The Post-War Paradigm in American Labor Law. *The Yale Law Journal,* v. 90, n. 7, 1981, p. 1509-1580.

SUH, Chan S., CHANG, Paul Y., and LIAM, Yisook. Spill-Up and Spill-Over of Trust: An Extended Test of Cultural and Institutional Theories of Trust in South Korea. *Sociological Forum*, v. 27, n. 2, 2012, p. 504-526.

SUSTEIN, Cass R (Coord.). *Behavioral Law & Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 22., abr.-jun. 2005, p. 250-276.

TAMANAHA, Brian Z. The primacy of Society and the failures of Law and Development. *Cornell International Law Journal*. v. 44, 2011, p. 209-247.

TERCIER, Pierre. La légitimité de l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, issue 3, p. 653-668.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TÉVAR, Nicolás Zambrana. Las cláusulas de estabilización en el arbitraje de inversiones. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, v. 06, issue 02, 2013, p. 377-396.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-179.

TIROLE Jean. Incomplete contracts: where do we stand? *Econometrica*, v. 67, n. 4, 1999, p. 741-781.

TIROLE Jean. Cognition and incomplete contracts. *The American Review*, v. 99, n. 1, 2009, p. 265-294.

Transparency International. Bribe payers index. Berlin, 2009.

TREBILCOCK, Michael; PRADO, Mariana Mota. *Path dependence, development and the dynamics of Institutions Reform*, 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1415040>. Acesso em 20.01.2016.

TREBILCOCK, Michael; PRADO, Mariana Mota. *What makes poor countries poor?* Institutional determinants of development. Massachussets: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

TRUBEK, David M; TRUBEK, Louise G. New governance & Legal regulation: complementarity, rivalry and transformation. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2007, p. 2-26.

TSHUMA, Lawrence. The political economy of the World Bank's legal framework for economic development. *Social and Legal Studies, v.* 8, n. 1, 1999, p. 75-96.

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil, *Cadernos FGV Direito Rio*, Texto para discussão n. 01, nov/2005, p. 16-38.

United Nations Development Programme, Mutual accountability mechanisms: accountability, voice and responsiveness, 2006. Disponível em <http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/capacity-development/drivers-of-change/accountability/mutual-accountability-mechanisms/Mutual-Accountability-cp6.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

VEBLEN, Thorstein B. The Limitations of Marginal Utility. *Journal of Political Economy,* v. 17, n. 9, 1909, p. 620-636.

VENTURA, Magda Maria. O Estudo de Caso como Modalidade de Pesquisa. *Rev SOCERJ* v. 20, n. 5, 2007, p. 383-386.

VINCENT-JONES, Peter. The reception of Ian Macneil's work on contract in the U.K. In: CAMPBELL, David (Coord.). *The relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil.* London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 67-85.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso* - Planejamento e Método. 2. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha, et al. (Coord.). *The Backlash against Investment Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bica (Coord.). *Função social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 52-68.

WALD, Arnoldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 42. jul.-set 2014, p. 133-144.

WANG, Margaret. Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce? *Arbitration International*, v. 16, issue 2, 2000, p. 189-212.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *Série Cadernos do CEJ*, v. 22, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 43-50.

WEBER, Max. *História Geral da Economia*. 1. Ed. São Paulo: Centauro, 2006.

WEBER, Max. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe (Trad.). *Direito e Sociedade* - Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UnB, 2012. v. 1.

WENDEL, Bradley. Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation. Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper nº. 01-8 September 2001.

WIERZYNSKA, Aneta. Consolidating democracy through transitional justice: Rwanda's Gacaca courts. *New York University Law Review*, v. 79, 2004, p. 1934-1969.

WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus. In: SERRA, Narcis and STIGLITZ, Joseph (Eds.). *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance. Oxford:* Oxford University Press, 2008, p. 7-23.

WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, Oliver. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981, p. 548-577.

WILLIAMSON, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism*. Londres: Collier Macmillan Publishers, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. The Economic Analysis of Institutions and Organisations - in General and with respect to country studies. *OECD Economics Department Working Papers,* nº. 133, OECD Publishing, 1993. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/802045548530>.

WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust and economic organization. *Journal of Law and Economics,* v. 36, n. 1, 1993, p. 453-486.

WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMSON, Oliver. The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, 2000, p. 595-613.

WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. *The American Economic Review,* v. 92, n. 2, 2002, p. 438-443.

WILLIAMSON, Oliver. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, 2002, p. 171-195.

WORLD BANK. Building Institutions for Market, World Development Report 2002. Disponível em <http://external.worldbankimflib.org/>. Acesso em 20.01.2016.

World Bank. *World Development Report, Making services work for poor people*, Washington, World Bank, 2004. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5986>. Acesso em 20.01.2016.

WOUTERS, Jan; NINIO, Alberto; DOHERTY, Teresa; CISSÉ, Hassane (Eds.). *The World Bank Legal Review*, v. 6: Improving Delivery in Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). *Direito & Economia* – Análise econômica do direito e das organizações. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

* * *

APÊNDICES

Apêndice 1: Questionário de pesquisa - Setor de construção e infraestrutura

Apêndice 2: Detalhamento das respostas obtidas - Setor de construção e infraestrutura

Apêndice 3: Lei nº. 241/ 2008 - Prefeitura Municipal de Cairu

Apêndice 4: Decreto nº. 398/2008 - Prefeitura Municipal de Cairu

Apêndice 5: Roteiro-base de perguntas - Projeto Cairu-2030

Apêndice 6: Memorial fotográfico Cairu

Apêndice 1: Questionário de pesquisa - Setor de construção e infraestrutura

Questionário de Pesquisa - Tese de Doutorado USP

1. Qual o cargo que você ocupa?

- ◯ Cargo jurídico
- ◯ Cargo não-jurídico

2. Os contratos negociados por sua empresa têm longa duração? Entende-se por longa duração os contratos que se prorrogam no tempo, não sendo instantâneos.

- ◯ Sim, predominantemente têm longa duração
- ◯ Não, predominantemente têm curta duração

3. Você conhece o método de solução de disputas contratuais denominado Arbitragem?

- ◯ Sim
- ◯ Não

4. Qual a quantidade de procedimentos arbitrais em que você já esteve envolvido (seja diretamente, seja assessorando Departamento Jurídico ou escritório de advocacia externo)?

- ◯ Menos de 5 procedimentos
- ◯ De 6 a 10 procedimentos
- ◯ De 11 a 30 procedimentos
- ◯ Mais de 30 procedimentos
- ◯ N/A

5. Nas arbitragens de que você participou, sua atuação se deu como parte contratante (i.e., empresa tomadora do serviço) ou como parte contratada (i.e., empresa prestadora do serviço)?

- ◯ Somente como parte contratante
- ◯ Somente como parte contratada
- ◯ Predominantemente como parte contratante
- ◯ Predominantemente como parte contratada
- ◯ N/A

6. Qual o percentual de vitória nos procedimentos arbitrais de que você participou?

- ◯ Menos de 10%
- ◯ Entre 10% e 30%
- ◯ Entre 30% e 60%
- ◯ Em mais de 60%
- ◯ N/A

7. Na sua percepção e experiência, a inclusão de uma cláusula de Arbitragem nos contratos pode ser tomada como um sinal da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações pelos contratantes?

- ◯ Sim, trata-se de um sinal extremamente forte da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações pelos contratantes
- ◯ Sim, trata-se de um sinal muito forte da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações pelos contratantes
- ◯ Sim, trata-se de um sinal forte da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações pelos contratantes
- ◯ Sim, trata-se de um sinal relativamente forte da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações pelos contratantes
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer

- ◯ Não há correlação entre os temas

8. Você nota alguma mudança na conduta das partes durante a etapa de cumprimento contratual se há previsão de Arbitragem no contrato?

- ◯ Sim, há um incentivo à cooperação no cumprimento do contrato
- ◯ Sim, mas a mudança não se relaciona ao aumento da cooperação no cumprimento do contrato
- ◯ Não, a previsão de Arbitragem não muda em nada o comportamento durante o cumprimento do contrato
- ◯ Não saberia dizer

9. Na sua percepção e experiência, a previsão de Arbitragem reduz o índice de litígios entre as partes?

- ◯ Sim, reduz significativamente
- ◯ Sim, reduz muito
- ◯ Sim, reduz moderadamente
- ◯ Sim, reduz um pouco
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre os temas

10. Na sua percepção e experiência, o custo dos procedimentos de Arbitragem é fator determinante sobre o grau de cooperação contratual entre as partes durante o cumprimento do contrato?

- ◯ Sim, é fator extremamente determinante
- ◯ Sim, é fator muito determinante
- ◯ Sim, é fator moderadamente determinante
- ◯ Sim, é fator um pouco determinante
- ◯ Não

- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre esse dois temas

11. Na sua percepção e experiência, contratos com previsão de Arbitragem estimulam a criação de um ambiente contratual de maior estabilidade, a auxiliar a conservação dos laços contratuais entre as partes?

- ◯ Sim, intensamente
- ◯ Sim, muito
- ◯ Sim, moderadamente
- ◯ Sim, um pouco
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre os temas

12. Na sua percepção e experiência, se os custos dos procedimentos de Arbitragem sofressem elevação substancial, haveria impacto sobre o grau de cooperação contratual durante o cumprimento do contrato?

- ◯ Sim, um impacto muito significativo
- ◯ Sim, um impacto significativo
- ◯ Sim, um impacto moderado
- ◯ Sim, um impacto reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre os temas

13. Na sua percepção e experiência, a inclusão de uma cláusula de Arbitragem reforça a confiança na parte contrária e no cumprimento do contrato?

- ◯ Sim, em grau muito intenso

- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre esse dois temas

14. Na sua percepção e experiência, a previsão de Arbitragem cria um ambiente mais propício à regulação de divergências diretamente pelas partes envolvidas?

- ◯ Sim, em grau muito intenso
- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre esse dois temas

15. Em caso de resposta positiva, por que você entende que isso ocorre?

16. No seu entendimento, a escolha da Arbitragem está associada a quais fatores abaixo identificados (é possível marcar mais de uma alternativa):

- ☐ Celeridade
- ☐ Confidencialidade
- ☐ Neutralidade
- ☐ Maior segurança do que o Poder Judiciário

- [ ] Maior eficiência do que o Poder Judiciário
- [ ] Conhecimento especializado do julgador
- [ ] Possibilidade de escolha do julgador
- [ ] Possibilidade de escolha da lei aplicável
- [ ] Reputação das partes
- [ ] Flexibilidade do procedimento de arbitragem
- [ ] Maior previsibilidade dos julgamentos arbitrais

17. Na sua percepção e experiência, a escolha da Arbitragem a um determinado contrato obedece a alguma avaliação prévia pelas partes envolvidas?

- ◯ Sim, há critérios específicos para se decidir pela inclusão de Arbitragem em um contrato
- ◯ Não, a Arbitragem é a forma preferencialmente empregada aos contratos da minha empresa
- ◯ Não saberia dizer

18. Em caso de resposta positiva, os valores envolvidos no contrato influenciam essa escolha em favor da Arbitragem?

- ◯ Sim
- ◯ Indiferente
- ◯ Não saberia dizer

19. Em caso de resposta positiva, a duração do contrato influencia essa escolha em favor da Arbitragem?

- ◯ Sim
- ◯ Indiferente
- ◯ Não saberia dizer

20. Em caso de resposta positiva, a necessidade de previsibilidade nas sentenças e decisões influencia essa escolha em favor da Arbitragem?

- ◯ Sim
- ◯ Indiferente
- ◯ Não saberia dizer

21. Em caso de resposta positiva, a reputação da parte contrária influencia essa escolha em favor da Arbitragem?

- ◯ Sim
- ◯ Indiferente
- ◯ Não saberia dizer

22. De que maneira a reputação dos contratantes influencia essa escolha?

23. Na sua percepção e experiência, a popularização da Arbitragem nos últimos anos tornou a escolha em favor da Arbitragem mais comum para os contratos no seu setor de indústria?

- ◯ Sim
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer

24. Na prática atual da Arbitragem, você nota proximidade entre o processo de Arbitragem e a prática judicial?

- ◯ Sim, em grau muito intenso
- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não

- ◯ Não saberia dizer

25. Você entende que essa aproximação da Arbitragem com a prática judicial é positiva?

- ◯ Sim, é positiva
- ◯ Não, é negativa
- ◯ Não saberia dizer

26. O fato de a Arbitragem, especialmente em setores específicos, envolver um grupo reduzido de profissionais atuantes (árbitros, advogados, câmaras de arbitragem, assistentes técnicos e peritos) gera algum tipo de insegurança quanto à credibilidade e neutralidade da Arbitragem?

- ◯ Sim, grau muito elevado de insegurança
- ◯ Sim, grau elevado de insegurança
- ◯ Sim, grau moderado de insegurança
- ◯ Sim, grau reduzido de insegurança
- ◯ Não há qualquer insegurança por esse motivo
- ◯ Não há correlação entre os temas
- ◯ Não saberia dizer

27. Na sua experiência, você já vivenciou situações em que se optou pela realização de acordo com a parte contrária, mesmo com a avaliação favorável a respeito do mérito debatido na Arbitragem, por motivo de insegurança e imprevisibilidade quanto à decisão a ser proferida pelos árbitros?

- ◯ Sim, em praticamente todas as vezes
- ◯ Sim, em muitas vezes
- ◯ Sim, mas em poucas vezes
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer

28. Na sua experiência, você já vivenciou situações em que se optou pela realização de acordo com a parte contrária, mesmo com a avaliação favorável a respeito do mérito debatido na Arbitragem, por motivo de demora quanto à decisão a ser proferida pelos árbitros?

- ◯ Sim, em praticamente todas as vezes
- ◯ Sim, em muitas vezes
- ◯ Sim, mas em poucas vezes
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer

29. Você já vivenciou situações em que a sentença arbitral decidiu com base em um senso genérico de justiça e/ou equidade ao invés de aplicar as previsões contratuais e/ou legais?

- ◯ Sim, em praticamente todas as vezes
- ◯ Sim, em muitas vezes
- ◯ Sim, mas em poucas vezes
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer

30. Na sua percepção e experiência, a participação repetida em procedimentos de Arbitragem gera alguma vantagem sobre partes que tenham menor vivência e menor experiência em Arbitragem?

- ◯ Sim, uma vantagem muito significativa e muito determinante sobre o resultado final da arbitragem
- ◯ Sim, uma vantagem significativa e determinante sobre o resultado final da arbitragem
- ◯ Sim, porém uma vantagem pouco significativa e pouco determinante sobre o resultado final da arbitragem
- ◯ Não
- ◯ Não saberia dizer
- ◯ Não há correlação entre os temas

31. Na sua percepção e experiência, o que normalmente tem consumido mais recursos, tempo e energia: a realização do objeto do contrato ou a defesa em processos de Arbitragem?

- ◯ A realização do objeto do contrato consome mais recursos, tempo e energia do que os processos de Arbitragem
- ◯ A Arbitragem tem se mostrado proporcionalmente mais custosa (recursos, tempo e energia) do que a própria realização do objeto contratual

32. Dentro da indústria de construção e infraestrutura, qual sua avaliação geral a respeito da Arbitragem?

- ◯ Tem superado as expectativas e se mostrado um mecanismo muito eficiente para atender às necessidades e particularidades desse setor
- ◯ Tem atingido as expectativas e atendido às necessidades e particularidades desse setor
- ◯ Tem atingido razoavelmente as expectativas e atendido razoavelmente às necessidades e particularidades desse setor
- ◯ Comparativamente com o passado, a Arbitragem não tem mais atendido às necessidades e particularidades desse setor
- ◯ Nunca atendeu às necessidades e particularidades desse setor

33. De forma geral, qual é o impacto positivo trazido pela arbitragem na sua empresa?

34. O que você entende ser, hoje, a principal fraqueza da Arbitragem dentro da indústria de construção e infraestrutura? (é possível marcar mais de uma alternativa)

- ☐ Demora até uma sentença final
- ☐ Imprevisibilidade das decisões dos árbitros
- ☐ Falta de confiança na parte contrária
- ☐ Falta de confiança nos árbitros
- ☐ Falta de confiança nos peritos

- [ ] Falta de confiança nas instituições e câmaras de arbitragem
- [ ] Custos da Arbitragem
- [ ] Dificuldade de encontrar árbitros especialistas na matéria em disputa
- [ ] Advogados com pouco conhecimento em temas técnicos de engenharia/construção para condução da arbitragem

35. Você entende que, para a indústria de construção e infraestrutura, os Dispute Boards são um substituto à Arbitragem?

- ◯ Sim, totalmente
- ◯ Sim, parcialmente e apenas para algumas disputas
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que são Dispute Boards

36. Você entende que a inclusão de uma cláusula de Dispute Board nos contratos serve de estímulo à cooperação contratual e aumenta a confiança entre as partes durante o cumprimento do contrato?

- ◯ Sim, em grau muito intenso
- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que são Dispute Boards
- ◯ Não há correlação entre os temas

37. Você entende que a presença de um Dispute Board, a acompanhar toda a execução da obra, reduz o índice de conflituosidade dos contratos de forma mais eficiente do que a Arbitragem?

- ◯ Sim, em grau muito intenso
- ◯ Sim, em grau intenso

- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que são Dispute Boards
- ◯ Não há correlação entre os temas

38. Você entende que, para a indústria de construção e infraestrutura, a Mediação é um substituto à Arbitragem?

- ◯ Sim, totalmente
- ◯ Sim, parcialmente e apenas para algumas disputas
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que é Mediação

39. Você entende que a inclusão de uma cláusula de Mediação nos contratos serve de estímulo à cooperação contratual e aumenta a confiança entre as partes durante o cumprimento do contrato?

- ◯ Sim, em grau muito intenso
- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que é Mediação
- ◯ Não há correlação entre os temas

40. Você entende que a proximidade e a participação direta das partes na Mediação reduz o índice de conflituosidade dos contratos de forma mais eficiente do que a Arbitragem?

- ◯ Sim, em grau muito intenso

- ◯ Sim, em grau intenso
- ◯ Sim, em grau moderado
- ◯ Sim, em grau reduzido
- ◯ Não
- ◯ Não sei o que é Mediação
- ◯ Não há correlação entre os temas

41. Quer adicionar algum comentário ou opinião que entenda relevante?

Concluído

Ativados pela SurveyMonkey®
Veja como é fácil criar um questionário.

Apêndice 2: Detalhamento das respostas obtidas

Setor de construção e infraestrutura

Q1: Qual o cargo que você ocupa?

Do total da Amostra Válida, a proporção entre advogados e não advogados foi de 28,93% (com formação jurídica) para 71,07% (sem formação jurídica). Esse número respeitou a proporção inicial de questionários que já continha maior número de perfis não-jurídicos.

Como primeiro filtro de análise, a formação do entrevistado apontou diferença de percepção a respeito da previsão de arbitragem. As diferenças concentraram-se, notadamente, no entendimento dos elementos da teoria da sinalização. Esse tópico será abordado ao longo das próximas respostas.

Q2: Qual a natureza jurídica dos contratos negociados por sua empresa?

A natureza jurídica dos contratos foi usado como segundo filtro da pesquisa. Dentro do total de questionários que demonstraram conhecimento da arbitragem, 82,72% revelaram que os contratos negociados tinham longa duração, ao passo que 17,28% mostraram experiência com contratos de curta duração.

Esse percentual está em linha com a premissa inicial do trabalho de que contratações com traços relacionais têm maior abrangência dentro do quadro geral dos negócios realizados no setor de construção e infraestrutura. A análise das respostas revelou diferenças de percepção entre esses respondentes, conforme abaixo sumarizado:

- percentual mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *curta duração* a optar pelas respostas residuais "N/A" ou "não saberia dizer";

- quantitativo 14% mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *longa duração* que identificaram a imprevisibilidade como fator que influencia a escolha da arbitragem (vide resposta Q20), a tornar esse critério majoritário dentro dessa categoria de respondentes;

- quantitativo 24% mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *curta duração* que identificaram a aproximação da

arbitragem com a prática judicial como sendo positiva (vide resposta Q25);

- quantitativo 10% mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *longa duração* que revelaram algum sentimento de insegurança pela proximidade entre os atores da arbitragem nesse setor de indústria (vide resposta Q26);

- quantitativo 16% mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *longa duração* a revelarem que a arbitragem tem proporcionalmente consumido mais recursos e energia do que os próprios contratos de origem (vide resposta Q31);

- quantitativo entre 15% e 20% mais elevado de respondentes com experiência em contratos de *curta duração* que revelaram não saber o que são *dispute boards* (vide respostas Q35-36-37).

A diferença de percepções foi confirmada na etapa de entrevistas, corroborando-se a existência de uma dinâmica contratual diferente em relações de longa duração. Aventou-se que a duração dos contratos "*traz a certeza de que problemas ocorrerão*" e que "*por mais que as partes sejam eficientes e experientes, e tentem prever, antecipar e evitar os problemas, a tendência é ter dificuldades*" (Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Em outras palavras, foi mencionada a ideia de que "*um planejamento é um exercício de previsão e que tudo vai sair diferente*" (Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

É por isso que, nesses cenários, caberia às partes "*encontrar uma governança adequada no contrato para solucionar essas dificuldades*" (Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado), "*ir tratando os desvios ao longo do contrato*" (Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%), visto que essas contratações são *"quase um casamento. (...) se o negócio desanda, é importante ter um modo de solução rápido" (cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Também foi ressaltado que, em razão da maior interação entre as partes, o inadimplemento de uma impacta sobre as obrigações da outra, aumentando-se as chances de conflito: "*há muito mais interação entre as partes e o não cumprimento por um lado pode*

criar diversas consequências para o outro lado (...) também como há obrigações no tempo, num cronograma, há muito mais campo para conflito se o contrato não for bem administrado" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Apenas um entrevistado entendeu que não haveria uma dinâmica distinta entre contratos de longa e de curta duração (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Diante da importância do elemento temporal nesse setor de indústria, a pesquisa optou, para garantia da representatividade da amostra, por focar apenas sobre os respondentes com experiência em contratos de longa duração, para melhor refletir o cenário buscado na análise.

Q3: Você conhece o método de solução de disputas denominado Arbitragem?

Dentro do total de questionários respondidos, 86,87% mencionaram conhecer a arbitragem como forma de solução de controvérsias, enquanto 13,13% disseram desconhecê-la. Apesar de analisados individualmente, os questionários que mostraram desconhecimento da arbitragem foram descartados da Amostra Válida para evitar comprometimento dos resultados da pesquisa. Nesse sentido, o teste empírico se concentrou sobre a análise de 121 questionários, que registraram deter *(i)* conhecimento sobre a arbitragem, *(ii)* experiência em contratos de longa duração e *(iii)* atuação no setor de infraestrutura e construção.

Q4: Qual a quantidade de procedimentos arbitrais em que esteve envolvido?

Dentro dos 121 perfis selecionados, a maior representatividade dos respondentes atuou em menos de 5 procedimentos (43,33%), o que significa uma preponderância de litigantes ocasionais ("*one shotters*") sobre litigantes habituais ("*repeat players"*). Os litigantes ocasionais respeitaram a seguinte proporção: 26,92% com cargo jurídico e 73,08% com cargo não-jurídico.

Os litigantes habituais foram considerados aqueles com participação superior a 11 procedimentos (ie.: de 11 a 30 e acima de 30 casos), correspondendo a 11,67% do total da amostra. Os litigantes habituais respeitaram a seguinte proporção: 57,14% com formação jurídica e 42,86% com cargo não-jurídico.

Uma faixa intermediária, com atuação entre 6 e 11 procedimentos de arbitragem, foi ocupada por 10% dos respondentes. Também aqui houve participação de sujeitos com formação mista: 75% com cargo jurídico e 25% com cargo não-jurídico. Como se verifica nas próximas respostas, a experiência em arbitragem revelou diferenças de percepção entre tais categorias de respondentes:

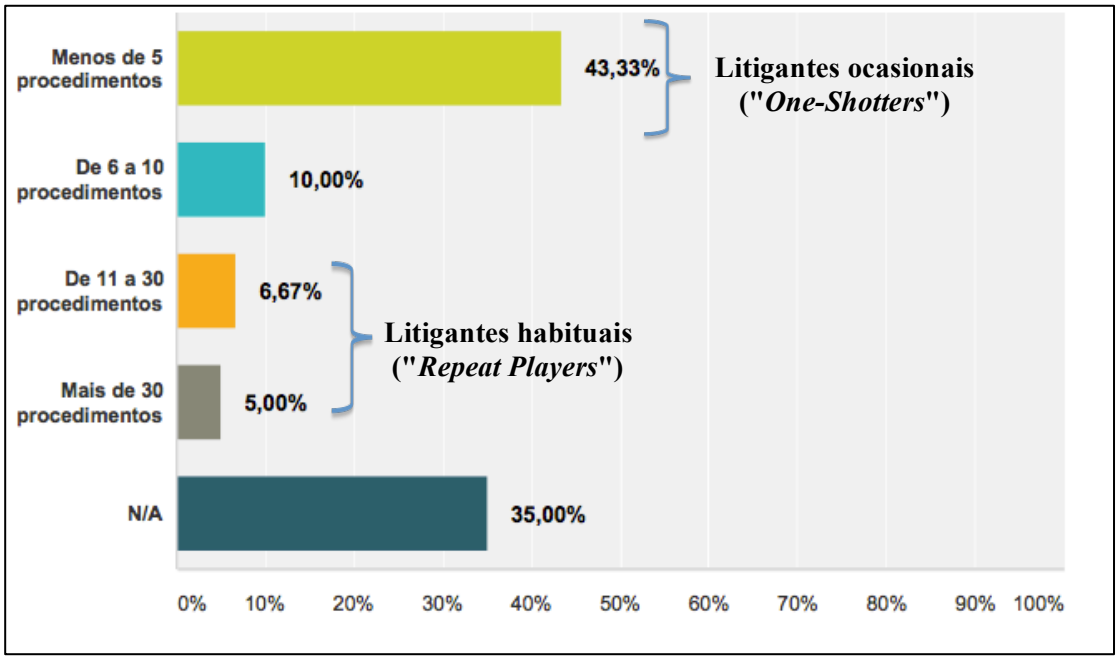


Figura 1: Q4

Para esclarecer o porquê de cerca de 1/3 dos respondentes (35%) não ter revelado a experiência em arbitragem, levou-se a questão para questionamento durante a etapa de entrevistas.

Os motivos aventados para a ausência dessa informação foram *(i)* o desconhecimento do número, por não haver atuação direta do respondente na etapa de arbitragem; e *(ii)* o fato de a empresa ainda não ter experiência prática em arbitragem. Alguns questionários já haviam revelado, em campos explicativos da pesquisa, que *(iii)* as respectivas empresas conseguem resolver seus litígios preponderantemente de forma amigável e negociada, apesar de existir previsão de arbitragem em seus contratos. Entende-se serem esses os principais motivos para a ausência dessa informação em alguns dos questionários.

Q5: Atuação preponderante como parte contratante ou parte contratada?

Maior parte dos respondentes (42,15%) não apresentou resposta, o que sugeriu pouca relevância desse critério para a percepção buscada na pesquisa. Em relação às demais

opções de resposta, a divisão foi equitativa: atuação somente ou preponderantemente como parte contratante (31,40%); atuação somente ou preponderantemente como parte contratada (26,45%).

Analisando comparativamente os questionários desses perfis, não se notou diferença de percepção que segregasse qualitativamente os respondentes categorizados como parte contratante ou como parte contratada. As diferenças percebidas pareceram antes decorrer da própria composição da amostragem: 68,42% dos respondentes identificados como partes contratantes tinham formação não-jurídica; ao passo que a maioria dos respondentes categorizados como parte contratada (56,25%) tinham formação jurídica.

Sem prejuízo disso, ressaltam-se a seguir as divergências identificadas:

- Q20: *partes contratadas* apontaram a previsibilidade nas decisões como fator a impactar a escolha da arbitragem (55,56% dessa amostra), enquanto *partes contratantes* mostraram tal critério como sendo indiferente ou não impactante para o processo de escolha (53,33% dessa amostra). Em termos percentuais, isso representou uma diferença de cerca de 19% sobre a preferência do critério de previsibilidade;

- Q25: cerca de 35% mais de respondentes categorizados como *parte contratante* identificaram a aproximação da arbitragem com a prática judicial como sendo positiva --- o que está coerente com a amostragem composta, em sua maioria, por respondentes sem formação jurídica;

- Q30: cerca de 14% a mais das *partes contratantes* não identificaram ou não correlacionaram a existência de uma vantagem trazida pela participação repetida em processo de arbitragem --- o que está coerente com a amostragem composta, em sua maioria, por respondentes sem formação jurídica;

- Q31: cerca de 13% mais de respondentes identificados como *parte contratada* revelaram que a arbitragem tem proporcionalmente consumido mais recursos e energia do que os próprios contratos de origem --- o que está coerente com a amostragem composta, em sua maioria, por respondentes com formação jurídica.

Para esclarecimento da percepção, levou-se a dúvida para a etapa de entrevistas, indagando se a posição ocupada no pólo contratual alteraria, de alguma maneira, a percepção sobre os temas pesquisados. Em todas as entrevistas, essa diferença foi afastada, a confirmar não ser esse um filtro explicativo da pesquisa.

Q6: Qual o percentual de vitória nos casos de que participou?

Como na pergunta anterior, grande parte dos respondentes (55,83% da Amostra Válida) não respondeu a essa pergunta. Em relação aos demais critérios de pesquisa, notou-se maior representatividade entre os percentuais superiores de êxito: mais de 60% de êxito (26,67% dos respondentes); entre 30-60% de êxito (14,17% dos respondentes); menos de 30% de êxito (3,34% dos respondentes), a sugerir uma amostra com respondentes acumulando resultados bem sucedidos em arbitragem.

Para esclarecer o porquê de grande parte dos respondentes não ter preenchido o percentual de êxito indagado na pesquisa, levou-se a questão para questionamento durante a etapa de entrevistas. Os motivos aventados para a ausência dessa informação foram *(i)* o desconhecimento dos resultados, *(ii)* o fato de as arbitragens ainda se encontrarem em curso, e *(iii)* a falta de experiência concreta em arbitragem. Alguns questionários já haviam revelado, em campos explicativos da pesquisa, que *(iv)* as respectivas empresas conseguem resolver seus litígios preponderantemente de forma amigável e negociada, apesar de existir previsão de arbitragem em seus contratos. Entende-se serem esses os principais motivos para a ausência dessa informação em alguns dos questionários.

O percentual de vitória não impactou a percepção apresentada, o que foi confirmado pelos entrevistados: "*eu poderia até ter 100% de êxito, mas você sabe que pode acabar levando mais pela estratégia do que por justiça mesmo, por ter um mérito forte, então independentende de êxito, a visão apresentada é a mesma" (cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Os demais entrevistados apontaram percepção similar.

Q7: A Arbitragem pode ser tomada como um sinal da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações?

Na apuração da Amostra Válida, 56,67% dos respondentes indicaram que a previsão arbitral traria algum elemento de sinalização da intenção de cumprimento contratual. Mas o número absoluto exige segregação entre perfis advogados e não-advogados.

Enquanto **35,29%** dos advogados veem na arbitragem a presença de elementos da teoria da sinalização (variando desde um sinal extremamente forte a um sinal relativamente forte na intenção de cumprimento voluntário das obrigações), cerca de 61,77% entendem não ser esse o caso ou não relacionam a arbitragem a esse tema. É praticamente o inverso do que o número absoluto havia apontado, mostrando que, na percepção dos advogados, a previsão de arbitragem representa um impacto sobre o desempenho contratual à razão próxima de 1/3 (identificação de algum elemento de sinalização) para 2/3 (afastamento de qualquer sinalização).

Para o caso dos entrevistados sem formação jurídica, o número supera o absoluto: **65,12%** entendem que arbitragem carrega algum tipo de sinalização de cumprimento espontâneo das obrigações (variando desde um sinal extremamente forte a um sinal relativamente forte), enquanto 30,23% entendem não ser esse o caso ou não relacionam a arbitragem a esse tema. É uma razão praticamente inversa àquela dos perfis jurídicos: 1/3 (afastam qualquer sinalização) para 2/3 (identificam algum elemento de sinalização).

Tem-se, portanto, uma primeira diferença de percepção quanto ao primeiro questionamento da teoria de sinalização:

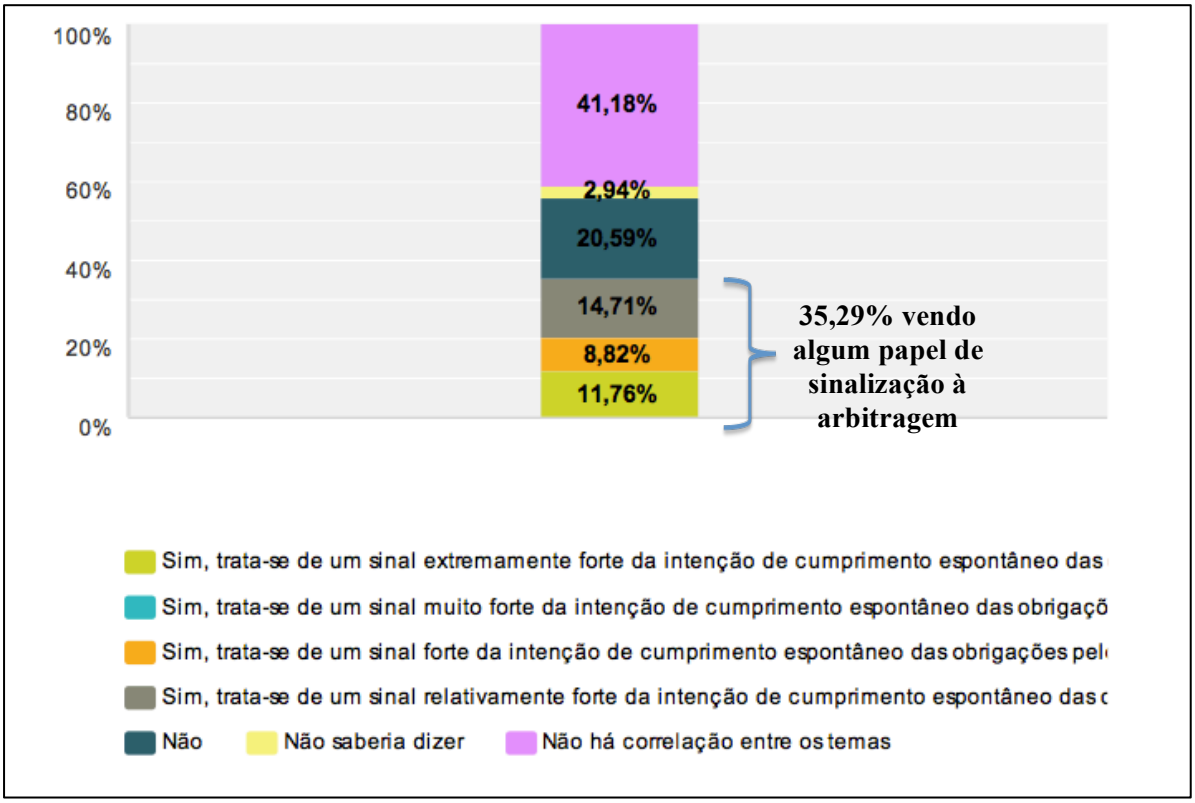


Figura 2: Q7 (a) Percepção Advogados

***

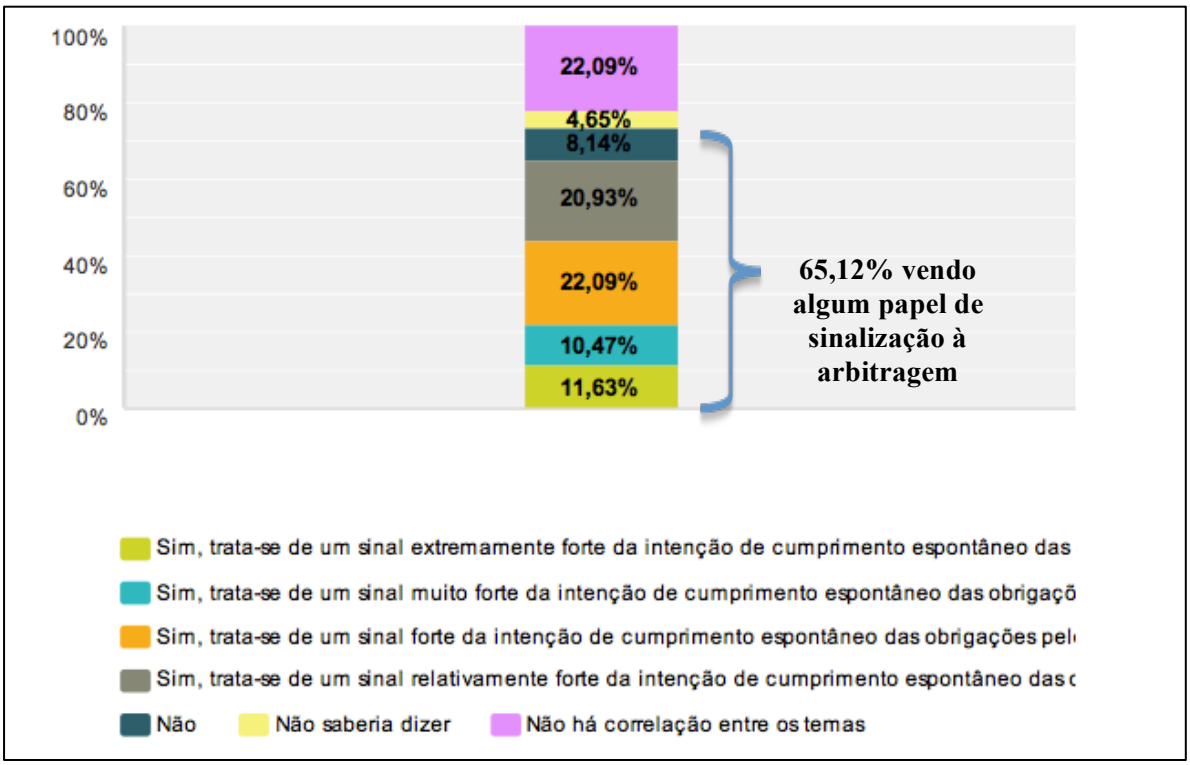


Figura 3: Q7 (b) Percepção Não-Advogados

Com base na composição amostral de cada sub-grupo, viu-se que os perfis não-jurídicos apresentaram uma visão mais teórica e idealizada acerca da arbitragem, possivelmente em razão da menor experiência prática nesses procedimentos. Dentro desse perfil, 89,42% dos respondentes são compostos por litigantes ocasionais e sem experiência concreta em arbitragem.[769] Portanto, o primeiro contraponto entre teoria e prática da arbitragem é obtido ao se confrontar, ao longo das respostas dadas, a visão jurídica *versus* a visão não-jurídica.

Segundo contraponto entre teoria e prática da arbitragem está na comparação das respostas dadas por litigantes habituais *versus* os litigantes ocasionais. No caso dos primeiros, o percentual registrado é próximo ao índice absoluto: 57,15% dessa amostra entende que a arbitragem carrega algum tipo de sinalização de cumprimento espontâneo das obrigações (variando desde um sinal extremamente forte a um sinal relativamente forte). No caso dos litigantes ocasionias, o percentual sobe para 60,78%:

	Arbitragem é sinal extremamente ou muito forte	**Arbitragem é sinal forte**	**Arbitragem é sinal relativamente forte**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Litigantes habituais	14,29%	14,29%	28,57%	42,86%	0%
Litigantes ocasionais	19,60%	19,61%	21,57%	35,29%	3,92%

Figura 4: Q7 (c) Critérios múltiplos

***

	Arbitragem é vista com algum grau de sinalização sobre a intenção de cumprimento contratual	**Não ou não há correlação de temas**
Litigantes habituais	57,15%	**42,86%**
Litigantes ocasionais	60,78%	**35,29%**

Figura 5: Q7 (d) Critério binário

Os respondentes com percentual de êxito acima de 60% registraram números similares à percepção absoluta: 54,83% dessa amostra veem na arbitragem a presença de

[769] Os perfis não-jurídicos têm a seguinte composição amostral: 44,71% (menos de 5 procedimentos), 3,53% (6 a 10 procedimentos), 2,35% (11 a 30 procedimentos), 4,71% (mais de 30 procedimentos), 44,71% (N/A).

elementos da teoria da sinalização (variando desde um sinal extremamente forte a um sinal relativamente forte na intenção de cumprimento voluntário das obrigações), enquanto 45,16% entendem não ser esse o caso ou não relacionam a arbitragem a esse tema.

Nesses três casos, o percentual de rejeição da arbitragem como mecanismo de sinalização do desempenho contratual (ie., as respostas "*não"* ou *"não há correlação de temas*") foi próximo de 40%, índice superior àquele reportado pelos entrevistados não-advogados. Como o índice apontado pelos litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% apresentou percentuais próximos entre si, a percepção desse tema não foi impactada significativamente pela experiência em arbitragem ou pela margem de êxito obtida nos procedimentos.

Na etapa de entrevistas, identificou-se que a associação da arbitragem a um sinal da intenção de cumprimento contratual, quando está é feita pelo respondente, diz respeito essencialmente a uma facilidade de cumprimento contratual gerada pela arbitragem. Foi mencionado que, no caso de haver a previsão arbitral, "*as partes se propõem a cumprir com mais facilidade o contrato, para evitar que haja um litígio no futuro*" (Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Esse tema apareceu vinculado à intenção de evitar litígios e também à natureza da arbitragem e seu *enforcement* mais efetivo e crível sobre as partes. Nesse sentido, mencionou-se que "*a arbitragem vai mais a fundo na discussão técnica*" e "*se resolve em menor tempo do que o Poder Judiciário"*, o que altera a forma de cumprimento contratual, especialmente porque as partes passam a "*pensar mais antes de levar as questões para disputa*" e também "*insistir mais no processo de negociação e renegociação de questões contratuais*" (Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

O *enforcement* mais efetivo da arbitragem foi ainda associado a uma menor resistência no cumprimento das obrigações pelas partes: "*a percepção de uma solução mais ágil faz com que as partes negociem mais de boa-fé, tenham menos resistência no cumprimento das obrigações. Com a arbitragem as partes são mais racionais e mais sensatas, e procuram uma solução mais objetiva e menos passional*" (Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Em posição intermediária, identificou-se que a mudança no comportamento das partes em razão da arbitragem se traduziria especialmente em uma preocupação em torno da documentação do caso, tendo em vista os requisitos probatórios exigidos em arbitragem:

"*arbitragem é uma forma de as partes tentarem não apenas fazer cumprir os contratos, mas principalmente em contratos de longa duração, eu noto as partes mais preocupadas com a documentação, porque na arbitragem os árbitros vão mais a fundo na documentação" (cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*mudança sensível não há [no desempenho contratual], só quem trabalha diretamente na adminitração do contrato se preocupa com os registros e documentação, que ficam mais incisivos*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Os respondentes que não veem na arbitragem uma sinalização de cumprimento contratual indicaram não haver qualquer mudança efetiva de comportamento das partes ("*a arbitragem não muda em nada o comportamento das partes, sabe o que é nada vezes nada*? *não muda o desempenho [no contrato]*" - *cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem). Para esses entrevistados, o cumprimento de contratos com previsão de foro judicial e com previsão de arbitragem não apresenta diferença relevante. A única distinção percebida foi quanto à decisão de iniciar o litígio, por ensejar uma avaliação de êxito diferente em caso de foro arbitral ou judicial (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

Percepção também ressaltada nas entrevistas foi a perda desse poder de sinalização da arbitragem ao longo do tempo, que hoje não mais demoveria as partes da prática de condutas oportunistas: "*Já houve a crença no mercado de que o fato de ter a arbitragem trazia um certo temor na outra parte. Por exemplo: 'é melhor tentar resolver rápido as questões e não deixar chegar na arbitragem'. Hoje eu não vejo as partes temerem a arbitragem dessa forma. Quem tem a disposição de resolver os problemas pari passu à medida que eles ocorrem, o faz independentemente da arbitragem. Não é a arbitragem que tem demovido a intenção de postergar os problemas. Até porque muitas vezes, na arbitragem, essa parte [que posterga a solução das questões] observa o procedimento, vai sentindo primeiro se vai perder ou não, se a falta de prova da outra parte é confortável para ela, vai levando o procedimento, muitas vezes posterga o procedimento, não deixa a outra parte provar, combate exageradamente a outra parte. Então é bom ter [a arbitragem], mas não acho que a arbitragem ajude nesse sentido [de melhorar a performance]*" (Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Nessa mesma linha, mencionou-se que a arbitragem teria perdido o papel de facilitador dentro do contrato: "*a princípio eu até imaginava que a arbitragem deveria servir como um facilitador [do cumprimento do contrato*], *mas na prática não muda nada o*

comportamento" (Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Posição preocupante foi mencionada no sentido de usar-se a arbitragem como forma intencionalmente escolhida por muitos contratantes para inibir o direito de ação da parte contrária: "*uma situação que temos hoje [um conflito em negociação] é de um contrato que tinha cláusula de foro comum e quem pediu para substituir por arbitragem foi justamente a contratante. Por que? Justamente para nos inibir de procurar a arbitragem por causa do alto custo da arbitragem. (...) Foi uma jogada e tanto desse contratante, para a gente não ir para a arbitragem. (...) Eu tenho visto isso acontecer em mais de uma situação" (cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem).

Essas percepções transparecem uma perda progressiva de sinalização contratual pela previsão de arbitragem, que não mais se associa exclusivamente a partes imbuídas de uma intenção de cumprimento do contrato: cerca de 60% dos perfis jurídicos e 40% dos litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% não identificaram na arbitragem um sinal de comprometimento contratual. Essa rejeição indica uma ambiguidade na interpretação do sinal, na linha do que foi apresentado como hipótese no Capítulo 04. O *enforcement* mais efetivo da arbitragem é o principal elemento que parece incentivar a performance contratual, especialmente em decorrência de um racional de custo-benefício associado à existência de litígios. Esse é um racionício de curto prazo, que não coincide com a lógica de longo prazo pretendida pela teoria de sinalização.

Q8: A Arbitragem está associada a alguma mudança na conduta das partes durante a etapa de cumprimento contratual?

Nesse critério, a maioria absoluta da Amostra Válida não percebeu impacto da previsão de arbitragem sobre o comportamento contratual, tampouco associou a arbitragem a uma cooperação maior durante a etapa de cumprimento contratual. Também o número de respondentes que não soube apresentar sua percepção reforça a inexistência de associação direta entre a previsão de arbitragem e um potencial sinal de cooperação contratual no futuro. Há uma aproximação entre as percepções de respondentes com formação jurídica e sem formação jurídica:

	Previsão de arbitragem traz impacto sobre a cooperação contratual	Mudança trazida pela previsão de arbitragem não se relaciona à cooperação	Previsão de arbitragem não muda em nada comportamento das partes	Não sabe dizer
Formação Jurídica	20,59%	20,59%	47,06%	11,76%
Sem Formação Jurídica	14,46%	13,25%	48,19%	24,10%

Figura 6: Q8 (a) Critério múltiplo

A análise binária dos critérios mostra outro aspecto relevante: uma resistência superior por parte dos respondentes com formação jurídica quando focada a percepção de que a arbitragem não muda o comportamento das partes, nem traz reforço de cooperação contratual:

	Previsão de arbitragem traz impacto sobre a cooperação contratual	Previsão de arbitragem não muda comportamento das partes, nem se associa a um aumento na cooperação contratual
Formação Jurídica	20,59%	**67,65%**
Sem Formação Jurídica	14,46%	61,44%

Figura 7: Q8 (b) Critério binário

Há aqui uma confirmação da percepção dos respondentes com formação jurídica de que a arbitragem não é claramente associada a elementos que impactam o desempenho contratual futuro. O índice registrado é de quase 70% sem identificar correlação entre os temas. Em contrapartida, para entrevistados sem formação jurídica, que haviam anteriormente relacionado a previsão de arbitragem a um sinal da intenção de cumprimento contratual (vide resposta Q7), a redução desse percentual de impacto sugere não existir, para tais respondentes, uma conexão direta entre arbitragem e a ideia de cooperação contratual.

Na etapa de entrevistas, esclareceu-se que o incentivo trazido pela arbitragem em torno do cumprimento contratual não deve ser visto necessariamente como um sinônimo de cooperação contratual, mas apenas como uma intenção objetiva de desempenho conforme o acordado para, assim, evitar-se a arbitragem (*cf* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Tal se identifica à ideia de *pacta sunt servanda*, que, segundo

apresentado por alguns entrevistados, pode ser estimulada pela arbitragem em razão notadamente de seu *enforcement* mais efetivo (especialmente custos superiores).

Os entrevistados que viram na arbitragem uma forma de estímulo à cooperação mencionaram especialmente a fuga a estímulos negativos trazidos pelo Poder Judiciário: "*sim, vejo maior cooperação, porque elas [as partes] não se valem da morosidade do Judiciário, principalmente em grandes contratos. Então elas [as partes] sabem, orientadas até por seus advogados, que não adianta assumir aquela postura, porque daqui 1,5 a 2 anos ela vai ter uma resposta e não em 10 anos. Eu já notei que mesmo um diretor de empresa, um gerente de projeto, quando o processo não tem arbitragem, a gente vê que a pessoa conta que aquilo vai demorar para resolver e que vai cair no esquecimento. Quando termina, a pessoa não está mais na empresa, já tem outra posição no mercado, já se aposentou. Quando tem arbitragem, como vai ter uma volta muito rápido para a empresa, ele fica mais propenso para dialogar e achar uma solução. (...) A arbitragem é um fator de segurança para nós"* (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Mesmo entrevistados que haviam reconhecido na arbitragem um sinal de mudança no comportamento das partes, associaram a cooperação a outros métodos de disputas: "*outros métodos de resolução de disputas levam mais a essa cooperação do que a arbitragem em si, como é o caso dos dispute boards. Principalmente o dispute board permanente leva muito mais a essa postura de cooperação das partes. A arbitragem leva as partes a tentarem se documentar melhor do que a uma ideia de cooperação em si" (cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

A percepção de litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% também não associou a previsão de arbitragem a um impacto no grau de cooperação contratual ou a qualquer mudança no comportamento das partes. Os percentuais registrados foram respectivamente de **71,42%**, 61,22% e 73,33% nesse sentido.

O percentual acima de 70% registrado entre os litigantes habituais sugere que a prática da arbitragem possa tornar tais partes *menos sensíveis* aos critérios da teoria da sinalização, deixando de associar a arbitragem aos principais elementos dessa teoria, como é o caso da cooperação contratual ou a uma performance mais confiável.

Há aqui uma inversão na lógica que se esperaria de litigantes habituais acaso a teoria de sinalização fosse efetivamente aplicável para a arbitragem: em teoria, os litigantes

habituais deveriam vincular, com mais facilidade, a arbitragem a uma intenção de cooperação contratual, mas não é isso o que ocorre.

Os respondentes com êxito acima de 60% também não perceberam uma associação da arbitragem com o desempenho contratual, acompanhando a percepção dos litigantes habituais.

Q9: A previsão de Arbitragem reduz o índice de litígios?

Maioria da Amostra Válida identifica que a previsão de arbitragem reduz, em algum grau, o índice de litígios entre as partes. As percepções foram similares entre respondentes com formação jurídica e sem formação jurídica, com proporção próxima de 2/3 (redução de litígios pela previsão de arbitragem) para 1/3 (sem redução de litígios pela previsão de arbitragem):

	Reduz de forma significativa ou muito	**Reduz de forma moderada**	**Reduz um pouco**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	17,64%	17,65%	26,47%	35,29%	2,94%
Sem Formação Jurídica	27,38%	11,90%	17,86%	30,95%	11,90%

Figura 8: Q9 (a) Critérios múltiplos

***

	Reduz litígios em algum grau	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	61,76%	35,29%
Sem Formação Jurídica	57,14%	30,95%

Figura 9: Q9 (b) Critério binário

A percepção de litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registrou percentuais ligeiramente mais elevados (respectivamente de 64,29%, 62% e 67,73%) no que se refere ao papel da arbitragem como um fator de redução de litígios.

Isso significa que, apesar de a sinalização não ser majoritariamente reconhecida pelos respondentes (vide respostas Q7 e Q8), a arbitragem é percebida, mesmo assim, como um fator de redução de litígios.

Em entrevistas realizadas, esse tema veio associado preponderantemente ao *enforcement* mais efetivo da arbitragem (com aproximação das ideias de maior celeridade, maior expertise e custos superiores incorridos pelas partes), a impactar sobre o grau de litigiosidade das partes e inclusive estimular a realização de acordo entre as partes.

Apesar de o resultado prático ser similar (i.e., a redução da litigiosidade), essa percepção não foi associada a uma estratégia intencional de cooperação contratual a longo prazo, mas apenas a uma lógica de custo-benefício imediata, o que enfraquece a aplicação da teoria de sinalização para a arbitragem.

Q10: O custo do procedimento de Arbitragem impacta sobre o grau de cooperação das partes durante o cumprimento do contrato?

Tanto respondentes com formação jurídica, quanto respondentes sem formação jurídica apontaram existir impacto do custo do procedimento de arbitragem sobre o grau de cooperação contratual: 58,83% dos entrevistados-advogados viram algum impacto dos custos sobre o grau de cooperação contratual (variando desde fator determinante a fator um pouco determinante), enquanto 52,94% dos entrevistados não-advogados identificaram essa mesma percepção:

	Custo da arbitragem é fator extremamente ou muito determinante sobre cooperação	**Custo da arbitragem é fator moderadamente determinante sobre cooperação**	**Custo da arbitragem é fator um pouco determinante sobre cooperação**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	20,59%	20,59%	17,65%	41,18%	0%
Sem Formação Jurídica	20%	21,18%	11,76%	28,23%	18,82%

Figura 10: Q10 (a) Critérios múltiplos

A análise binária dos critérios de pesquisa apontou que o percentual de respondentes-advogados afastando o impacto dos custos de arbitragem sobre o grau de cooperação contratual (41,18%) é bastante superior ao mesmo percentual identificado pelos entrevistados não-advogados (28,23%):

	Custo da arbitragem impacta em algum grau sobre a cooperação contratual	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	58,83%	**41,18%**
Sem Formação Jurídica	52,94%	**28,23%**

Figura 11: Q10 (b) Critério binário

Essa resposta reforça a percepção de que a previsão de arbitragem não é relacionada a um sinal claro de comprometimento contratual, de forma que o custo envolvido no procedimento também não é percebido pelos respondentes-advogados como um elemento a sinalizar a cooperação entre as partes.

A percepção de que a arbitragem reduz o índice de litígios, conforme visto na resposta Q9, e o impacto de 58,83% dos custos de arbitragem sobre o grau de cooperação contratual mostrado nessa resposta parece ser mais um reflexo econômico e racional dos respondentes-advogados (tendo em vista um método com *enforcement* mais efetivo), do que propriamente uma aplicação segura de elementos da teoria de sinalização.

A percepção de litigantes ocasionais e com êxito acima de 60% registrou percentuais similares (respectivamente de 58,82% e 54,84%), identificando, portanto, algum grau de impacto dos custos de arbitragem sobre a cooperação contratual. Os litigantes habituais, por outro lado, registraram um percentual com razão inversa: **57,15%** entendem que os custos de arbitragem *não teriam impacto* sobre o grau de cooperação ou não haveria correlação entre os temas.

Há nova inversão na lógica que se esperaria de litigantes habituais acaso a teoria de sinalização fosse efetivamente aplicável para a arbitragem: em teoria, os litigantes habituais deveriam vincular, com mais facilidade, o custo de arbitragem à cooperação contratual, mas o que se vê é uma situação oposta a esta.

Identifica-se, assim, outro indício de que a prática da arbitragem torna os litigantes habituais *menos sensíveis* aos critérios da teoria da sinalização, deixando de associar a arbitragem aos principais elementos de identificação dessa teoria, como é o caso do custo como indutor de cooperação contratual.

Na etapa de entrevistas, perfis distintos apontaram que o "*esforço de caixa*" exigido no caso da arbitragem é mais concentrado, mas que isso não significa necessariamente custos mais elevados da arbitragem (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%; *cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito; *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante habitual, êxito não informado). Apesar do exercício teórico similar feito por tais entrevistados, nenhum deles soube comparar efetivamente os custos da arbitragem e os custos judiciais de grandes *claims* de sua empresa para concluir concretamente qual método representaria custos superiores.

Também alguns entrevistados associaram os custos da arbitragem a um serviço de melhor qualidade, especialmente em razão da especialidade dos julgamentos e do conhecimento das particularidades desse setor pelos árbitros (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%; *cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%; *cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem; *cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado; *cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Mas tais entrevistados ressaltaram que cada caso é uma situação distinta e que pode haver exceções no que toca à qualidade das decisões arbitrais. Um entrevistado ponderou que pelo preço cobrado, a arbitragem tem deixado a desejar em termos de celeridade: "*de melhor qualidade sim, mas pelo valor que é pago, demora-se muito, a expectativa é de que fossem processos mais ágeis*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Para outros, a própria premissa da indagação foi apontada como equivocada, seja porque a arbitragem não está associada a decisões necessariamente de melhor qualidade ("*se eu vejo mais qualidade nas decisões da arbitragem e se eu vejo o custo da arbitragem como sinônimo de qualidade? Não, porque a premissa de sua pergunta não é verdadeira*" - *cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito); seja porque essa correlação entre custos e a qualidade do serviço não é feita ("*a arbitragem está associada a um serviço de melhor qualidade, mas não necessariamente porque eu pago mais, mas porque ela é um ambiente privado, escolhido pelas partes, o que a torna sujeita a regras de competição*

que forçam a qualidade do serviço" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

A partir dessas respostas, vê-se indício de que os custos da arbitragem não são necessariamente percebidos como uma hipótese de "*price premium*" mencionado no Capítulo 04, o que também enfraquece a verificação dos pressupostos da teoria de sinalização sobre a arbitragem, na medida em que o custo pode não se relacionar à qualidade do serviço prestado.

Q11: Arbitragem estimula a criação de um ambiente de maior estabilidade, a incentivar a conservação dos laços contratuais?

Tanto respondentes com formação jurídica, quanto respondentes sem formação jurídica apontaram impacto da arbitragem para a criação de um ambiente de maior estabilidade contratual: 55,89% dos entrevistados-advogados veem algum impacto da arbitragem nesse sentido (variando desde um fator de estímulo intenso a um fator de estímulo reduzido), enquanto 65,88% dos entrevistados não-advogados identificam essa mesma percepção.

Os percentuais reforçam o entendimento de que respondentes sem formação jurídica percebem na previsão de arbitragem um sinal mais claro de impacto sobre o desempenho das partes, registrado uma margem de rejeição (respostas "*não*"e "*não há correlação de temas*") menor:

	Estímulo extremamente ou muito determinante	**Estímulo moderadamente determinante**	**Estímulo um pouco determinante**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	14,71%	17,65%	23,53%	38,24%	5,88%
Sem Formação Jurídica	23,53%	23,53%	18,82%	29,41%	4,71%

Figura 12: Q11 (a) Critérios múltiplos

***

	Arbitragem traz estímulo em algum grau sobre a estabilidade contratual	Não ou não há correlação de temas
Formação Jurídica	55,89%	38,24%
Sem Formação Jurídica	65,88%	29,41%

Figura 13: Q11 (b) Critério binário

A percepção de litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registrou percentuais intermediários entre aqueles acima referidos: 57,15%, 64,71% e 54,84%, respectivamente, entendem que a arbitragem traz algum estímulo à estabilidade contratual. O percentual de rejeição foi próximo de 1/3, respectivamente de 35,71%, 31,38% e 41,93% para esses perfis.

Em entrevistas realizadas, tanto litigantes habituais, quanto ocasionais tenderam a não correlacionar esse tema, não identificando um aumento de estabilidade contratual ou a preservação de laços trazida pela previsão de arbitragem. O tema da conservação de laços foi associado apenas à mediação (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%) ou à mediação e aos *dispute boards* (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Como nas respostas anteriores, o percentual de êxito não tem criado viés que se poderia esperar de partes que têm obtido bons resultados nos procedimentos. Os respondentes com margem de vitória acima de 60% têm mantido percepção próxima àquele dos perfis habituais e ocasionais, o que afasta a possibilidade de esses respondentes terem desenvolvido uma visão mais favorável em razão das vitórias alcançadas em arbitragem. Todos os entrevistados indicaram que o percentual de êxito não altera a percepção. Também nessa resposta, o percentual de rejeição apresentado por perfis jurídicos, litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% foi próximo de 1/3.

Q12: Uma elevação substancial nos custos da arbitragem impactaria o grau de cooperação contratual?

Tanto respondentes com formação jurídica, quanto respondentes sem formação jurídica apontaram impacto da elevação de custos da arbitragem sobre o grau de cooperação contratual: 67,65% dos entrevistados-advogados veem algum impacto nesse sentido (variando

desde um impacto significativo a um impacto reduzido), enquanto 59,04% dos entrevistados não-advogados identificam essa mesma percepção. As duas categorias se mostraram sensíveis a um aumento significativo dos custos da arbitragem, o que é coerente ao entendimento dado na resposta Q10:

	Elevação de custos causa um impacto extremamente ou muito determinante sobre cooperação	**Elevação de custos causa impacto moderadamente determinante sobre cooperação**	**Elevação de custos causa impacto um pouco determinante sobre cooperação**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	23,53%	26,47%	17,65%	26,47%	5,88%
Sem Formação Jurídica	33,74%	14,46%	10,84%	28,92%	12,05%

Figura 14: Q12 (a) Critérios múltiplos

***

	Elevação de custos impacta em algum grau sobre cooperação contratual	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	67,65%	26,47%
Sem Formação Jurídica	59,04%	28,92%

Figura 15: Q12 (b) Critério binário

A percepção dos litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registrou percentuais de **71,44%,** 70% e 54,84%, respectivamente, no sentido de que haveria algum reflexo sobre a cooperação contratual em caso de aumento significativo nos custos. No caso dos litigantes habituais, o percentual mais elevado demonstra que a experiência em arbitragem torna esses litigantes habituais *mais sensíveis* a um aumento significativo nos custos de arbitragem:

	Elevação de custos causa um impacto extremamente ou muito determinante sobre cooperação	Elevação de custos causa impacto moderadamente determinante sobre cooperação	Elevação de custos causa impacto um pouco determinante sobre cooperação	Não ou não há correlação de temas	Não sabe dizer
Litigantes habituais	35,72%	21,43%	14,29%	14,28%	14,29%
Litigantes ocasionais	38%	24%	8%	26%	4%
Êxito acima de 60%	32,26%	16,13%	6,45%	38,71%	6,45%

Figura 16: Q12 (c) Critérios múltiplos

***

	Elevação de custos impacta em algum grau sobre cooperação contratual	Não ou não há correlação de temas
Litigantes habituais	**71,44%**	14,28%
Litigantes ocasionais	70%	26%
Êxito acima de 60%	54,84%	38,71%

Figura 17: Q12 (d) Critério binário

Como usuários habituais da arbitragem, esse percentual mais elevado mostra-se coerente com partes contratuais que fazem uso desse método de disputas em caráter frequente. Tendo em vista as respostas anteriores, não se identifica nesse percentual uma indicação da presença de elementos da teoria da sinalização sobre a arbitragem.

Q13: A cláusula de Arbitragem reforça a confiança na parte contrária e no cumprimento do contrato?

Tanto respondentes com formação jurídica, quanto respondentes sem formação jurídica apontaram reforço da confiança na parte contrária e no cumprimento do contrato em decorrência da previsão de arbitragem. Mas há diferença nos percentuais apurados: 50% dos entrevistados-advogados veem algum reforço nesse sentido (variando desde um reforço muito

intenso a um reforço reduzido), enquanto 67,86% dos entrevistados não-advogados identificam essa mesma percepção.

Os percentuais estão coerentes com o fato de entrevistados sem formação jurídica e, portanto, com uma visão mais teória e idealizada da arbitragem, enxergarem com mais facilidade elementos de sinalização na cláusula de arbitragem, a impactar sobre o desempenho contratual e sobre a confiança contratual. Da mesma forma, o percentual elevado de rejeição apresentado por respondentes-advogados, negando à arbitragem esse mesmo papel ou afastando a vinculação de temas (44,12%) reforça a percepção de que esse perfil vê dificuldade em identificar elementos da teoria de sinalização à arbitragem:

	Arbitragem traz reforço de confiança em grau extremamente ou muito intenso	**Arbitragem traz reforço de confiança em grau moderadamente intenso**	**Arbitragem traz reforço de confiança em grau reduzido**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	5,88%	23,53%	20,59%	44,12%	5,88%
Sem Formação Jurídica	20,24%	30,95%	16,67%	27,38%	4,76%

Figura 18: Q13 (a) Critérios múltiplos

***

	Arbitragem traz reforço em algum grau sobre a confiança no contrato e na parte contrária	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	50%	**44,12%**
Sem Formação Jurídica	67,86%	27,38%

Figura 19: Q13 (b) Critério binário

Apesar de tanto perfis jurídicos, como não-jurídicos não terem associado diretamente a arbitragem a uma mudança em termos de reforço da cooperação contratual (vide resposta Q8), tais perfis vincularam com mais facilidade a arbitragem ao tema da confiança contratual. De toda maneira, o índice de rejeição superior a 40% para respondentes-advogados não pode ser negligenciado.

A percepção de litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registrou percentuais intermediários entre aqueles acima referidos: 64,29%, 64% e 61,29%, respectivamente, entenderam que haveria algum reforço de confiança decorrente do uso da arbitragem:

	Arbitragem traz reforço de confiança em grau extremamente ou muito intenso	**Arbitragem traz reforço de confiança em grau moderado**	**Arbitragem traz reforço de confiança em grau reduzido**	**Não ou não há correlação de temas**	**Não sabe dizer**
Litigantes habituais	14,29%	28,57%	21,43%	28,58%	7,14%
Litigantes ocasionais	16%	28%	20%	32%	4%
Êxito acima de 60%	16,13%	22,58%	22,58%	35,49%	3,23%

Figura 20: Q13 (c) Critérios múltiplos

***

	Arbitragem traz reforço em algum grau sobre a confiança no contrato e na parte contrária	**Não ou não há correlação de temas**
Litigantes habituais	64,29%	**28,58%**
Litigantes ocasionais	64%	**32%**
Êxito acima de 60%	61,29%	**35,49%**

Figura 21: Q13 (d) Critério binário

São números mais próximos da percepção dos não-advogados e que também estão coerentes com o percentuais apresentados para esses perfis na resposta Q7. Note-se que mesmo para os litigantes habituais e com êxito acima de 60%, o percentual médio de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação entre os temas*") é próximo de 1/3.

Na etapa de entrevistas, essa confiança foi defendida mais no sentido de confiabilidade sobre o método do que em termos de confiança no adimplemento do contrato. A associação foi feita no sentido de se tratar de método baseado na vontade e na escolha das partes, e que, portanto, dependeria dessa aceitação prévia e também da confiança das partes

para ser reconhecida como uma jurisdição válida (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%) e para continuar eleita pelas partes (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Foi ainda mencionado que a presença de uma cláusula de arbitragem aumenta a confiança na forma de documentação usada no contrato (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Chamou a atenção o fato de que, mesmo entrevistados que haviam visto na arbitragem um sinal da intenção de cumprimento contratual, entenderam que "*as empresas brasileiras precisam evoluir na questão da confiança*" e que "*a cláusula de arbitragem não transmite muito essa ideia de confiança*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). No âmbito internacional a vinculação da arbitragem enquanto um sinal de confiança no cumprimento contratual é reconhecida com mais facilidade ("*vejo no âmbito internacional a confiança mais aflorada, [e eleger a arbitragem] é uma forma de mostrar que eu quero cumprir [o contrato] e o que eu estou escrevendo ali é para valer*" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado), o que se alinha à pesquisa de campo feita por JEAN-MARIE CODRON, MAGALI AUBERT e ZOUHAIR BOUHSINA, já mencionada no Capítulo 04.[770]

Isso evidencia indício adicional de perda progressiva de sinalização pela arbitragem: há amostragem relevante de pelo menos 1/3 de respondentes não correlacionado a arbitragem à ideia de confiança no adimplemento contratual.

Q14: A previsão de Arbitragem cria um ambiente para propício para a autorregulação?

A percepção de que a arbitragem estimula a autorregulação de conflitos é distinta entre respondentes com formação jurídica e respondentes sem formação jurídica. No caso dos primeiros, 47,05% veem na arbitragem a criação de algum incentivo à autorregulação (variando desde um incentivo muito intenso a um reforço reduzido), enquanto 65,27% dos entrevistados não-advogados identificaram essa mesma percepção:

[770] CODRON, Jean-Marie; AUBERT, Magali; BOUHSINA, Zouhair. *Les relations de dépendance dans le commerce international des fruits et légumes frais. Le cas des exportations du Chili vers l'Europe*. Disponível em <http://www1.montpellier.inra.fr/bartoli/moisa/bartoli/download/moisa2009_pdf/WP_6_2009.pdf>. Acesso em 20.01.2016

	Arbitragem traz estímulo à autorregulação em grau extremamente ou muito intenso	Arbitragem traz estímulo à autorregulação em grau moderadamente intenso	Arbitragem traz estímulo à autorregulação em grau grau reduzido	Não ou não há correlação de temas	Não sabe dizer
Formação Jurídica	23,52%	17,65%	5,88%	50%	2,94%
Sem Formação Jurídica	26,19%	29,76%	8,33%	25%	10,71%

Figura 22: Q14 (a) Critérios múltiplos

***

	Arbitragem traz estímulo, em algum grau, à autorregulação	Não ou não há correlação de temas
Formação Jurídica	47,05%	**50%**
Sem Formação Jurídica	64,28%	**25%**

Figura 23: Q14 (b) Critério binário

A análise binária coloca em evidência outro dado relevante: o percentual elevado de respondentes com formação jurídica (50%) que não associam a arbitragem a um reforço nos mecanismos de autorregulação de conflitos. Esse percentual é reduzido para metade (25%) para os respondentes sem formação jurídica, que conseguem ver com mais clareza a função da arbitragem como mecanismo de estímulo à regulação de divergências diretamente pelas partes.

Os litigantes habituais, ocasionais e com percentual de êxito acima de 60% tiveram percepção similar àquela revelada pelos perfis sem formação jurídica: 64,29%, 62% e 67,75%, respectivamente, entenderam que a arbitragem traz algum estímulo em termos de autorregulação de divergências.

Comparando-se litigantes habituais e litigantes ocasionais, nota-se que a resistência enfrentada pela arbitragem como foro de autorregulação foi maior entre os primeiros. Ainda que a diferença em números percentuais não seja elevada – 30% dos litigantes ocasionais não relacionam a arbitragem a um estímulo de autorregulação, enquanto o percentual correspondente para os litigantes habituais é de 35,71% – é possível ver aí outro indicativo de que a experiência em arbitragem torna os litigantes habituais *menos sensíveis* a

critérios da teoria da sinalização. Nesse caso, isso está representado pela não vinculação da previsão de arbitragem a um ambiente mais propício à solução de controvérsias pelas partes. Para os litigantes com êxito acima de 60%, esse percentual de resistência é de 32,26%,

Também nesse critério, os litigantes habituais e com êxito acima de 60% registraram percentual médio de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação entre os temas*") próximo de 1/3.

Q15: Por que você entende que a Arbitragem cria o estímulo de autorregulação? (aberta para resposta livre dos entrevistados)

Foram obtidas 58 respostas, de entrevistados com e sem formação jurídica, mas 3 delas tiveram que ser descartadas em razão de a percepção comunicada pelo questionado não ter sido compreendida pela autora.

Dentro da totalidade válida de respostas, a maioria (49%) entendeu que o estímulo à autorregulação decorre da maior eficácia associada à arbitragem, o que está vinculado essencialmente ao seu maior custo, menor tempo e à maior segurança até a solução final. Também aqui o caráter técnico dessa instância foi apontada como critério de estímulo criado pela arbitragem. Esses fatores foram combinados sob a denominação comum de um "*enforcement mais efetivo*", para empregar nomenclatura já usada no Capítulo 05.

Por outro lado, para 20% dos respondentes, esse poder de estimular a autorregulação seria algo naturalmente esperado da arbitragem, em razão de uma predisposição das partes ao entendimento e ao diálogo quando celebram uma previsão de arbitragem. Essa percepção veio associada à própria caracterização da arbitragem enquanto método privado e voluntário de solução de disputas, que depende do acordo de vontade das partes para sua formação e desenvolvimento.

Percentual menor, de 16%, associou esse traço da arbitragem à criação de um ambiente contratual de boa-fé, boa-vontade, seriedade e de maior confiança para equacionamento de disputas surgidas.

Percentual residual, de 15%, vinculou essa característica da arbitragem a outros fatores, como o desejo de preservar os laços comerciais, a intenção de evitar decisões

imprevisíveis, a transparência, a liberdade dos contratantes e o fato de o acordo representar uma estratégia melhor do que a pendência de um processo:

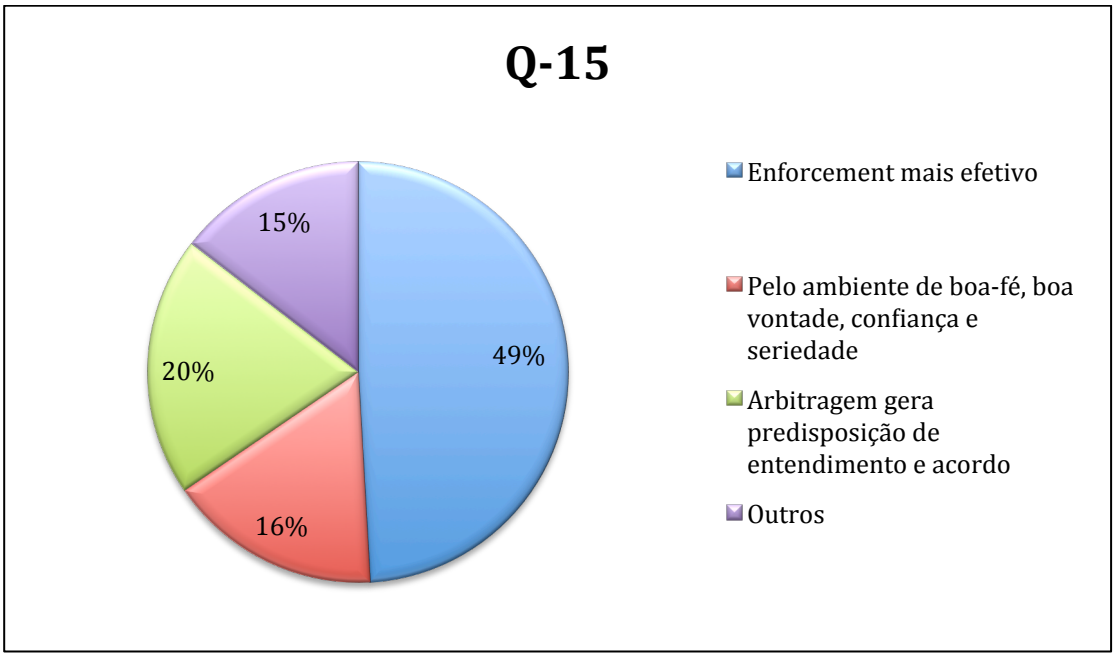


Figura 24: Q15

Dentro do percentual de 16% acima referido identificou-se, com maior clareza, a percepção de que a arbitragem pode estar associada a perfis cooperativos e de boa-fé. Isso está em linha com os pressupostos da teoria de sinalização. Alguns posicionamentos chamaram a atenção, mas cabe lembrar terem sido *minoritários* entre as respostas colhidas:

> "Porque a relação contratual deve prevalecer, e o fato de ter previsão de arbitragem, cria uma consciência colaborativa das partes na solução de conflitos" (Questionário # 4, perfil jurídico, litigante ocasional, não informou percentual de êxito)
>
> ***
>
> "Porque a adesão à cláusula de Arbitragem demonstra um perfil de boa fé das partes, o que, em geral, é fator de facilidade para sanar outras divergências" (Questionário # 27, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)
>
> ***
>
> "Suprime a conduta de má-fé, estimulando o bom senso para dirimir conflitos e dúvidas" (Questionário # 94, perfil não-jurídico, litigante ocasional, não informou percentual de êxito)
>
> ***

> "Porque demonstra boa vontade e a não necessidade de discussão na justiça" (Questionário # 106, perfil não-jurídico, não informou número de procedimentos ou percentual de êxito)
>
> ***
>
> "Porque cria um ambiente que regula confiança" (Questionário # 119, perfil não-jurídico, litigante habitual, 30%-60% de êxito)

A reforçar os entendimentos anteriores, perfis não-jurídicos tiveram maior preponderância do que perfis jurídicos nessa percepção de boa-fé, boa-vontade, confiança e seriedade.

A análise das respostas dadas pelos litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% não permitiu extrair nenhuma percepção específica para esse grupo de respondentes, por ter havido respostas diversificadas, sem um padrão que induzisse uma conclusão própria para esse grupo de indivíduos.

A etapa de entrevistas confirmou a percepção majoritária, vendo na arbitragem uma forma de *enforcement* mais efetivo sobre as partes a estimular a autorregulação. Para alguns entrevistados, o custo é o principal motivador do entendimento das partes ("*o ponto é único: é o custo*" - *cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem).

Também foi identificado como critério a motivar a autorregulação das partes a característica da irrecorribilidade das decisões arbitrais. Mencionou-se que esse fator "*gera uma sensação de incerteza*" e estimula o entendimento direto entre os contratantes, como uma forma de redução do risco de uma decisão "*one-shot desfavorável*" (*cf.* Entrevistado #2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

Notou-se, ainda, percepção no sentido de que esse potencial de autorregulação ainda não ser explorado como deveria: "*deveria ter mais negociação, a arbitragem deveria ser evitada em mais casos. Em alguns casos temos visto arbitragens que não têm a menor razão de ser, que as partes deveriam tentar se compor*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Q16: A escolha da Arbitragem está associada a quais fatores?

Tanto a análise absoluta, quanto a análise segregada de perfis com ou sem formação jurídica apontaram a celeridade como o principal fator para escolha da arbitragem, o que confirma pesquisa realizada em 2013 pelo CBar em parceria com o Instituto Ipsos.[771] A fator de maior eficiência do que o Poder Judiciário também foi mencionada por esses perfis.

A diferença ficou por conta do papel desempenhado pela expertise do julgador, ressaltado em maior grau pelos respondentes com formação jurídica. A reputação das partes não teve participação relevante na escolha dos respondentes, a evidenciar não se tratar de critério ponderado pelas partes no momento de escolha em favor da arbitragem:

	Celeridade	**Maior eficiência do que o Poder Judiciário**	**Expertise do julgador**	**Reputação das partes**
Análise absoluta	77,21%	63,56%	50,85%	9,32%
Formação Jurídica	76,47%	55,88%	70,59%	5,88%
Sem Formação Jurídica	77,38%	66,67%	42,86%	10,71%

Figura 25: Q16 (a)

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% mostraram percepção similar acerca da importância de tais fatores, apontando os seguintes percentuais:

	Celeridade	**Maior eficiência do que o Poder Judiciário**	**Expertise do julgador**	**Reputação das partes**
Litigantes habituais	78,57%	71,43%	71,43%	14,29%
Litigantes ocasionais	74%	56%	52%	10%
Êxito acima de 60%	83,87%	58,06%	51,61%	6,45%

Figura 26: Q16 (b)

[771] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 13. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

Os litigantes habituais foram aqueles que mais valorizaram a confidencialidade (57,14% dessa amostra) e a flexibilidade do procedimento (42,86% dessa amostra). Esses fatores registraram entre 20% e 40% da preferência nos demais perfis. Em comparação aos demais critérios, a busca por maior segurança registrou uma preferência reduzida dos respondentes, com cerca de 24%, na média, para os perfis analisados.

A *menor relevância* dada ao valor de segurança não coincide com as conclusões apresentadas nas pesquisas de RONALDO BENVENUTI e de MÁRCIA ESTER CASTRO PILGER mencionadas no Capítulo 05, a sugerir que, na amostragem analisada nesta pesquisa, a arbitragem não foi prioritariamente associada a uma função contratual de redução de riscos e de ganhos em termos de segurança jurídica.

Q17: A escolha da Arbitragem obedece a alguma avaliação prévia pelas partes envolvidas?

Tanto a análise absoluta, quanto a análise segregada de perfis com ou sem formação jurídica indicaram existir critérios para a escolha da arbitragem:

	Sim, há critérios para escolha da arbitragem	**Não, a arbitragem é empregada como método preferencial**	**Não sabe dizer**
Análise absoluta	64,96%	22,22%	12,82%
Formação Jurídica	75,76%	24,24%	0%
Sem Formação Jurídica	60,71%	21,43%	17,86%

Figura 27: Q17 (a)

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% mostraram percepção similar, indicando haver uma racionalidade para a escolha da arbitragem:

	Sim, há critérios para escolha da arbitragem	Não, a arbitragem é empregada como método preferencial	Não sabe dizer
Litigantes habituais	64,29%	**35,71%**	0%
Litigantes ocasionais	72%	22%	6%
Êxito acima de 60%	61,29%	35,48%	3,23%

Figura 28: Q17 (b)

O maior percentual encontrado na pesquisa a considerar o emprego da arbitragem como *método preferencial* de solução de disputas pertence aos litigantes habituais (35,71%). Entende-se que esse percentual espelha a sinalização reduzida percebida pelos litigantes habituais, a tornar a arbitragem um método de uso mais generalizado e automático pelas partes nesse setor de indústria.

Q18: Os valores envolvidos influenciam a escolha da Arbitragem?

Tanto a análise absoluta, quanto a análise segregada de perfis com ou sem formação jurídica indicaram que os valores envolvidos influenciam a escolha da arbitragem:

	Sim	Indiferente	Não sabe dizer
Análise absoluta	68,81%	20,18%	11,01%
Formação Jurídica	84,38%	12,50%	3,13%
Sem Formação Jurídica	62,34%	23,38%	14,29%

Figura 29: Q18 (a)

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% mostraram percepção similar, indicando que o valor do contrato influencia a escolha da arbitragem:

	Sim	Indiferente	Não sabe dizer
Litigantes habituais	71,43%	28,57%	0%
Litigantes ocasionais	76,09%	21,74%	2,17%
Êxito acima de 60%	67,86%	28,57%	3,57%

Figura 30: Q18 (b)

Q19: A duração do contrato influencia a escolha da Arbitragem?

Tanto a análise absoluta, quanto a análise segregada de perfis com ou sem formação jurídica indicaram que a duração do contrato é indiferente na decisão de escolha da arbitragem:

	Sim	Indiferente	Não sabe dizer
Análise absoluta	41,12%	45,79%	13,08%
Formação Jurídica	46,88%	50%	3,13%
Sem Formação Jurídica	38,67%	44%	17,33%

Figura 31: Q19 (a)

As percepções de litigantes ocasionais e com êxito acima de 60% foram similares, ao passo que os litigantes habituais mostraram um empate 50%-50% entre *(i)* aqueles que entenderam haver impacto decorrente da duração do contrato e *(ii)* aqueles que entenderam não haver impacto:

	Sim	Indiferente	Não sabe dizer
Litigantes habituais	**50%**	**50%**	0%
Litigantes ocasionais	41,30%	52,17%	6,52%
Êxito acima de 60%	42,86%	53,57%	3,57%

Figura 32: Q19 (b)

O fato de as seis categorias terem apontado percentual elevado de indiferença quanto a esse critério, além de terem mostrado índice não correlacionado os temas, sugere a ausência de uma percepção segura quanto ao papel da duração contratual no processo de escolha da arbitragem, a evidenciar o uso da arbitragem não se correlaciona diretamente a contextos relacionais.

Q20: A necessidade de previsibilidade influencia a escolha da Arbitragem?

Houve divergência entre a percepção de perfis jurídicos e não-jurídicos quanto à previsibilidade como critério de escolha da arbitragem. Para os respondentes com formação legal, a previsibilidade é indiferente no processo de escolha (48,28% dessa amostra), enquanto para entrevistados sem formação legal a previsibilidade foi apontada como critério que influencia a decisão de eleição da arbitragem (45,07% dessa amostra). Os números registrados mostram percepções opostas entre tais perfis:

	Sim	**Indiferente**	**Não sabe dizer**
Análise absoluta	42%	38%	20%
Formação Jurídica	34,48%	**48,28%**	17,24%
Sem Formação Jurídica	**45,07%**	33,80%	21,13%

Figura 33: Q20 (a)

Essa percepção está em linha com o entendimento mostrado em questões anteriores de que os respondentes-advogados não veem na arbitragem outras funções para além da resolução processual de controvérsias. No caso dos respondentes sem formação jurídica, outras funções são vislumbradas, como é o caso da contenção de margem de imprevisibilidade das decisões. A identificação de funções adicionais atribuídas à arbitragem tem sido percebida com maior intensidade pelos perfis não-jurídicos, confirmando-se as respostas Q7, Q8, Q11 e Q14.

Os litigantes ocasionais e com êxito acima de 60% mantiveram índices mais próximos ao absoluto. Os litigantes habituais registraram o *maior percentual de indiferença* à necessidade de previsibilidade das decisões, 57,14%:

	Sim	Indiferente	Não sabe dizer
Litigantes habituais	42,86%	**57,14%**	0%
Litigantes ocasionais	46,34%	41,46%	12,20%
Respondentes com êxito acima de 60%	42,31%	50%	7,69%

Figura 34: Q20 (b)

Entende-se haver mais um indício de que a prática da arbitragem torna os litigantes habituais *menos sensíveis* aos critérios da teoria de sinalização. Em teoria, o esperado era que os litigantes habituais vissem com maior clareza a função adicional da arbitragem no sentido de contornar incertezas e imprevisibilidades contratuais. Mas a percepção revela o inverso disso: para os litigantes habituais e com maior experiência prática em arbitragem esse elemento não altera o processo de escolha em favor da cláusula arbitral.

Na etapa de entrevistas, a arbitragem foi inclusive dissociada da ideia de previsibilidade, o que foi defendido especialmente ante a ausência de uma jurisprudência arbitral: "*o discurso que legitima as escolhas pela cláusulas compromissórias é o de conferir maior segurança jurídica, mas na prática tenho a impressão de que a arbitragem tem déficits graves de previsibilidade, na medida em que não há jurisprudência aberta, os tribunais arbitrais no Brasil são ainda muito opacos na divulgação das decisões*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito); "*a previsibilidade tem a ver com uma jurisprudência e isso ainda é difícil de ter na arbitragem, é um ponto que tem que evoluir*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado); "*a arbitragem traz segurança através da maior qualidade das decisões, mas o que tem de pecado hoje é não ter um repertório de jurisprudência da arbitragem, que ajudaria a traçar um norte. Às vezes ficamos às cegas para definir um caminho, alguma estratégia. (...) Só conseguimos rever nossos processos, nossos métodos a partir da nossa sentença arbitral. Eu não consigo já definir uma nova tendência, que me permitisse prever isso nos próximos contratos, quantificar isso no aspecto econômico também. A gente só vai descobrir depois. Mas ainda assim minha percepção é de que [a arbitragem] é mais seguro e mais estável do que o Judiciário*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

De outro lado, entrevistado sem experiência prática em arbitragem viu na previsibilidade um elemento a induzir a escolha da arbitragem: "*Na arbitragem jamais vai ter*

função social do contrato. Isso para mim é muito importante. Isso dá a tal segurança jurídica que a gente não tem no Judiciário" *(cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem).

A previsibilidade, portanto, não é uma função contratual percebida majoritariamente pelos perfis analisados. Esse resultado está em linha com a resposta Q16, que mostrou a segurança com um índice reduzido na preferência dos respondentes. Essa conclusão também confirma resultado da pesquisa realizada pelo CBar e Instituto Ipsos, indicando que a previsibilidade do conteúdo das decisões é tomada por apenas 6% dos entrevistados como uma das vantagens da escolha da arbitragem. Tais entrevistados na pequisa CBar-Ipsos tinham todos formação jurídica e significativa participação em arbitragem.[772]

Q21: A reputação da parte contrária influencia a escolha da Arbitragem?

Tanto a análise absoluta, quanto a análise segregada de perfis com ou sem formação jurídica indicaram que a reputação da parte contrária é indiferente na decisão de escolha da arbitragem.

Nos três casos, há percentual relevante não correlacionado os temas (respostas "*indiferente*" ou "*não sabe dizer*"), o que sugere a ausência de uma percepção segura quanto ao papel da reputação contratual nesse processo de escolha da arbitragem:

	Sim	**Indiferente**	**Não sabe dizer**
Análise absoluta	31,96%	47,42%	20,62%
Formação Jurídica	22,22%	62,96%	14,81%
Sem Formação Jurídica	35,71%	41,43%	22,86%

Figura 35: Q21 (a) Critério Múltiplos

***

[772] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 13. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

	A reputação é levada em conta durante o processo de escolha da arbitragem	Indiferente ou não sabe dizer
Formação Jurídica	22,22%	**77,77%**
Sem Formação Jurídica	35,71%	64,29%

Figura 36: Q21 (b) Critério binário

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% mostraram percepção similar, com índices elevados de indiferença e não correlacionando os temas:

	A reputação é levada em conta durante o processo de escolha da arbitragem	Indiferente ou não sabe dizer
Litigantes habituais	38,46%	61,54%
Litigantes ocasionais	33,33%	66,67%
Êxito acima de 60%	28%	72%

Figura 37: Q21 (c) Critério binário

Como os seis cenários indicaram que a escolha da arbitragem foi feita sem consideração ou autoconsciência a respeito do papel da reputação nessa decisão, há indícios de que a arbitragem não mais sirva como critério de segregação entre os perfis bons e ruins de contratantes, negando-se premissa central de toda a teoria de sinalização.

Na etapa de entrevistas, a reação obtida quando questionado a respeito do perfil da parte no processo de escolha foi apenas no sentido de influenciar a escolha da sede e da câmara de arbitragem: "*o tipo da parte influencia o tipo de câmara e o tipo de arbitragem que usaremos, se vai ser no Brasil ou não*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Maioria dos entrevistados, porém, não correlacionou diretamente a reputação à escolha da arbitragem. Apenas um entrevistado entendeu que a reputação influenciaria a escolha da arbitragem, mas em sentido inverso àquele que a teoria de *signaling* determinaria e, ainda assim, reconhecendo que a arbitragem seria a escolha automática: "*reputação do cliente é importante, você pesquisa no mercado, vê o comportamento no mercado e nesses casos [de reputação ruim] prefiro usar a arbitragem. Mas, na verdade, hoje, na atual conjuntura vai ser*

muito difícil a empresa que trabalho assinar um contrato que não tenha clásula de arbitragem" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Esses percentuais evidenciam que o perfil reputacional das partes contratuais não tem sido levado em conta na escolha da arbitragem, o que enfraquece a aplicação do efeito de sinalização para a arbitragem.

Q22: Em caso de resposta positiva, de que maneira a reputação da parte contrária influencia a escolha da Arbitragem? (aberta para resposta livre dos entrevistados)

38 respondentes responderam a essa pergunta, mas desse total 9 respostas reafirmaram que a reputação não é critério a influenciar a escolha da arbitragem. Também 5 respostas tiveram que ser descartadas, em razão de não se ter compreendido a percepção expressada ou o questionado não ter endereçado o tópico em questionamento.

Dentro da amostra remanescente (24), a maioria das respostas relacionou esse tema a questões difusas, especialmente à ideia de confidencialidade, sigilo, celeridade e neutralidade do foro arbitral como forma de proteção à reputação das partes. Também alguns respondentes apresentaram expressões sinônimas de boa reputação, tais como credibilidade e confiabilidade, também mencionado que a reputação reduziria o risco envolvido, mas sem correlacionar efetivamente esse impacto dentro do processo de escolha da arbitragem.

Índice de 29% associou a escolha da arbitragem a partes contratuais com má reputação no mercado, sob a justificativa de que a arbitragem representaria uma forma de coerção mais efetiva sobre tais perfis. Essas respostas estão destacadas a seguir:

> "Histórico do contencioso que o contratante possui aliado a conduta no mercado" (Questionário # 2, perfil não jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%)
>
> ***
>
> "A influência somente ocorreria se a reputação não fosse boa, havendo a necessidade se ter uma coerção ao seu cumprimento" (Questionário # 6, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%)
>
> ***
>
> "Má reputação reforça a escolha da arbitragem" (Questionário # 10 - perfil não-jurídico, litigante ocasional, não informou percentual de êxito)
>
> ***

"Na medida em que uma empresa tenha reputação suspeita ou abaixo do que seria normalmente aceitável, torna-se necessário mais mecanismos de proteção para eventuais disputas" (Questionário # 23 - perfil não-jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito)

***

"O histórico de número considerável de ocorrência de litígios de uma das partes poderia influenciar de forma direta a opção por inclusão de cláusula arbitragem pela outra parte" (Questionário # 30, perfil não jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito)

***

"Tratando-se de uma empresa cuja prática sabida de levar contendas ao judiciário, devemos tomar o cuidado de incluir a Arbitragem a fim de que possamos ter maior racionalidade nas relações" (Questionário # 62, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)

***

"Histórico de litígios" (Questionário # 99, perfil não-jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito)

Em menor percentual (17%), foram identificadas respostas associando o uso da arbitragem a perfis cooperativos, em linha com a previsão da teoria de sinalização. A seguir a transcrição dessas respostas:

"Boa reputação favorece cláusula de arbitragem" (Questionário # 53, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%

***

"Qto mais positiva a imagem dos contratantes, mais facilidade haveria para a contratação" (Questionário # 81, perfil não-jurídico, litigante ocasional, 30%-60% de êxito)

***

"A meu ver, se os contratantes já têm, entre si, experiências bem sucedidas de contratos anteriores, a cláusula de arbitragem é adotada com mais facilidade" (Questionário # 84, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)

***

"Quando a reputação da outra parte é positiva, há redução do risco de procedimentos pouco ortodoxos na Arbitragem" (Questionário # 117 - perfil não-jurídico, não informou quantidade de procedimentos ou percentual de êxito)

O gráfico a seguir é representativo da percepção obtida nessa questão:

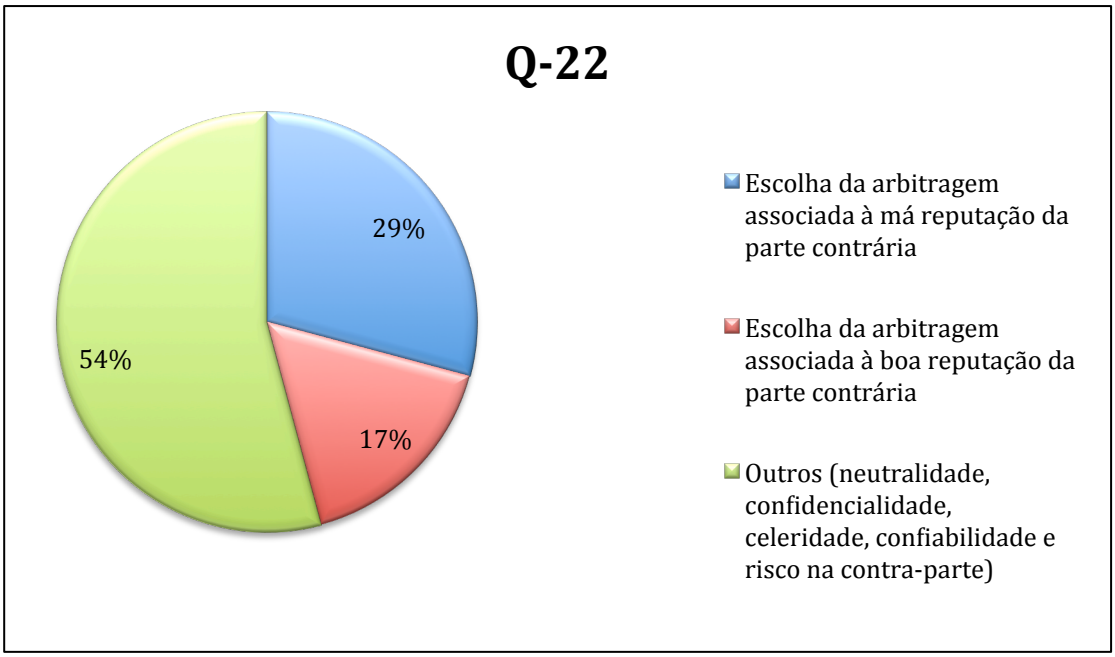


Figura 38: Q22

Essa percepção majoritária, associando a arbitragem a perfis não-cooperativos ou nem sequer correlacionando esse temas, evidencia uma inversão na lógica da teoria de sinalização. A confidencialidade do procedimento é a principal motivação mencionada pelos respondentes quando há alguma preocupação em termos de reputação das partes envolvidas.

Tanto a percepção de que a reputação é secundária na escolha da arbitragem, quanto o entendimento de que a arbitragem é usada para contornar perfis não-cooperativos foi confirmada na etapa de entrevistas. Em muitas entrevistas, os respondentes nem sequer conseguiam ver alguma lógica na pergunta feita, sendo o tema da reputação pouco relacionado à escolha da previsão de arbitragem.

Q23: A popularização da Arbitragem tornou sua escolha mais comum no seu setor de indústria?

Perfis com e sem formação jurídica reconheceram o fenômeno de popularização da arbitragem e seu emprego mais comum no setor de indústria analisado. No caso dos entrevistados-advogados, essa percepção foi de cerca de 76%:

	Sim	Não	Não sabe dizer
Formação Jurídica	**76,47%**	14,71%	8,82%
Sem Formação Jurídica	51,19%	22,62%	26,19%

Figura 39: Q23

Esse é um dado relevante em reforço aos anteriores, indicando que a arbitragem não aparece mais associada a perfis específicos de contratantes (ver resposta Q21 e Q22), nem a situações específicas de contratos de longa duração (ver resposta Q19), passando a ser empregada de forma preferencial nesse setor de indústria. Esse indício sustenta a hipótese de existência de uma heurística de imitação de comportamentos, com a arbitragem sendo replicada nos contratos como o método mais aplicado para a solução de controvérsias dentro do setor de construção e infraestrutura.

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registraram índices intermediários entre aqueles acima referidos, respectivamente de: 64,29%, 74%, **77,42%** no sentido de reconhecer o fenômeno de popularização da arbitragem.

Chamou a atenção o índice elevado registrado pelos respondentes com êxito acima de 60%. Nesse caso, esse percentual não se justifica pela composição amostral desse grupo. Mesmo com a etapa de entrevistas, não há elementos seguros para concluir qualquer correlação entre o percentual de sucesso e a maior sensibilidade ao fenômeno da popularização da arbitragem registrada por esse perfil.

Ainda na etapa de entrevistas, quando indagados a respeito desse fenômeno, foi apresentada a influência internacional como fator a justificar esse movimento pró-arbitragem, especialmente porque "*o mercado internacional prefere esse meio de resolver conflitos*" (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

O tema também veio associado à existência de um "*modismo*", a aumentar a adesão a esse método. Mencionou-se um "*ativismo"* e *"propaganda*" em torno da arbitragem, além de uma "*estratégia de defesa da instituição pelos expoentes que atuam profissionalmente em arbitragem*", o que termina por estimular seu uso pela maioria das empresas desse setor (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito). Esse entrevistado entendeu não haver uma reflexão clara para avaliação objetiva dos prós e contras da arbitragem

em cada situação concreta e que "*hoje se colhe as consequências dessa imprudência*", ao se referir ao fenômeno de popularização e uso generalizado da arbitragem.

O tema também foi apresentado como decorrência de uma tendência de mercado ("*É uma tendência do mercado ser arbitragem hoje. Poucos contratos são assinados sem arbitragem. Tirando [aqueles regidos pela] Lei 8.666 que não tem como colocar, a maioria vai para a cláusula arbitral porque é o que é mais rápido*" - *cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). A arbitragem foi ainda apresentada como uma questão contratual padrão: "*é uma questão padrão mesmo, contrato de determinado porte nós incluímos a arbitragem. (...) são poucas as empresas que não incluem a cláusula hoje*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado); "*hoje também a forma é geral, a maioria dos contratos têm a cláusula de arbitragem (...) hoje na empresa que trabalho 100% dos contratos com clientes têm arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Maioria dos entrevistados justificou a popularização da arbitragem em razão de um cenário judicial que não consegue garantir celeridade e expertise nos julgamentos, sendo que a arbitragem mostra-se melhor, nesses aspectos, do que o Poder Judiciário. Como apresentado no Capítulo 04, a popularização no uso da arbitragem nesse setor aumenta as chances de ambiguidade na interpretação do sinal, o que corrobora a percepção anterior no sentido de perda de potencial de sinalização contratual pela arbitragem.

Q24: Você nota proximidade entre o processo de Arbitragem e a prática judicial?

Tanto respondentes com formação jurídica, quanto respondentes sem formação jurídica apontaram haver proximidade e similaridade do processo de arbitragem em relação à prática judicial estatal: 82,35% dos entrevistados-advogados veem alguma proximidade nesse sentido (variando desde uma proximidade muito intensa a uma proximidade reduzida), enquanto 61,44% dos entrevistados não-advogados identificam essa mesma percepção:

	Há proximidade, em grau intenso ou muito intenso	Há proximidade, em grau moderado	Há proximidade, em grau reduzido	Não há proximidade	Não sabe dizer
Formação Jurídica	14,71%	35,29%	32,35%	11,76%	5,88%
Sem Formação Jurídica	10,84%	37,35%	13,25%	14,46%	24,10%

Figura 40: Q24 (a) Critérios múltiplos

***

	Há proximidade, em algum grau, entre processo arbitral e processo judicial	Não há proximidade
Formação Jurídica	82,35%	11,76%
Sem Formação Jurídica	61,44%	14,46%

Figura 41: Q24 (b) Critério binário

Os litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registraram percepções até mais elevadas do que aqueles acima referidos, respectivamente de: 85,71%, 86,28%, 84,87% no sentido de reconhecer uma proximidade da arbitragem com o processo judicial:

	Há proximidade, em grau intenso ou muito intenso	Há proximidade, em grau moderado	Há proximidade, em grau reduzido	Não há proximidade	Não sabe dizer
Litigantes habituais	14,28%	42,86%	28,57%	14,29%	0%
Litigantes ocasionais	18%	42%	26%	10%	4%
Êxito acima de 60%	19,35%	41,94%	22,58%	12,90%	3,23%

Figura 42: Q24 (c) Critérios múltiplos

***

	Há proximidade, em algum grau, entre processo arbitral e processo judicial	Não há proximidade
Litigantes habituais	**85,71%**	14,29%
Litigantes ocasionais	**86%**	10%
Êxito acima de 60%	**84,87%**	12,90%

Figura 43: Q24 (d) Critério binário

Esse é um primeiro fator de deseconomia empregado como filtro da pesquisa. Com base nos índices avaliados, há impacto entre moderado e intenso no sentido de aproximação e similaridade entre a prática da arbitragem e as práticas judiciárias. É possível identificar nesse elemento indício de uma possível tendência de processualização da prática da arbitragem, reconhecida especialmente pelos perfis jurídicos, litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60%.

Q25: Você entende que essa aproximação é positiva?

Nesse tema, viu-se situação de empate nas respostas dadas pelos perfis com formação jurídica. Para os perfis não-jurídicos, a aproximação do processo de arbitragem com a prática judicial é vista como positiva. Na qualificação dessa aproximação como negativa, os perfis com formação jurídica registraram quase o dobro do percentual percebido pelos entrevistados sem formação jurídica:

	Sim, é positiva	Não, é negativa	Não sabe dizer
Formação Jurídica	**41,18%**	**44,12%**	14,71%
Sem Formação Jurídica	**41,67%**	**27,38%**	30,95%

Figura 44: Q25 (a)

Os litigantes ocasionais e com êxito acima de 60% perceberam como positiva a proximidade da arbitragem com o processo judicial. Litigantes habituais, por sua vez, reconheceram esse impacto como sendo negativo. O índice registrado foi de 57,14%:

	Sim, é positiva	Não, é negativa	Não sabe dizer
Litigantes habituais	35,71%	**57,14%**	7,14%
Litigantes ocasionais	**60%**	22%	18%
Êxito acima de 60%	**48,39%**	38,71%	12,90%

Figura 45: Q25 (b)

Na etapa de entrevistas, buscou-se refinamento do entendimento para entender o porquê de se interpretar essa aproximação como positiva ou negativa.

O justificativa para a primeira percepção foi especialmente a semelhança entre as jurisdições arbitral e judicial, o que permitiria essa aproximação de práticas comuns. Foi mencionado que "*os trabalhos são semelhantes e afins, com os mesmos objetivos"* (*cf.* Entrevistado #1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%) e que "*o procedimento é necessário e não é negativo usar as práticas do Judiciário dentro da arbitragem. Acredito que para muitos advogados isso faz diferença. Por serem inseguros quanto à arbitragem, por nunca terem passado pela experiência, quando veem que têm muitas coisas similares, veem que a arbitragem não é um bicho de sete cabeças e acabam aderindo*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Um entrevistado compreendeu o termo "proximidade" empregado na pergunta como sinônimo de complementaridade entre a arbitragem e o Poder Judiciário, considerando esta como positiva, para garantir a efetividade da arbitragem. Quando indagado a respeito da transposição de métodos e procedimentos judiciais para a arbitragem, ponderou que esse aproveitamento não incomoda desde que não represente demora similar aos quadros judiciais: "*acho positiva [a aproximação da arbitragem com o Judiciário] na percepção do cumprimento da decisão, da efetivação. (...) mas não me incomoda [seguir um processo similar ao Judiciário], desde que não leve o mesmo tempo do Poder Judiciário" (cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

A visão como negativa decorre da perda de flexibilidade do processo de arbitragem, com emprego de regras do processo estatal. Também foi mencionada a aplicação pelos árbitros da mesma "*postura de autoridade*" do Poder Judiciário, sem abertura para "*inovação na forma de lidar com questões tradicionais*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito). O medo excessivo dos árbitros em relação a ações de

anulação de sentenças arbitrais foi apontado como um dos potenciais motivos para o excesso de processualização da arbitragem. Os advogados também foram apontados como causadores dessa processualização excessiva.

A demora e a processualização foram apontados como as principais consequências dessa proximidade: "*isso tem tornado as arbitragens muito longas e muito procedimentais, com petições atravessadas quando as partes não deveriam falar, reclamações com frequência, as partes também ficam plantando nulidades. A arbitragem foi criada para outro intuito, para resolver com maior rapidez, muito mais informais. A arbitragem está hoje burocrática. Estamos fugindo de uma arbitragem que antes era feita de maneira mais fácil e mais fluida*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

O tema apareceu também com a denominação de um excesso de formalidade, com a arbitragem refletindo os mesmos costumes do Poder Judiciário: *"a arbitragem se torna formal, quando deveria ser um ambiente informal, deveria tirar a formalidade do Poder Judiciário. Até onde vi e conheci, a arbitragem ainda está carregando os costumes do Poder Judiciário, muito por causa dos advogados. A arbitragem está perdendo uma das suas qualidades" (cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

O fato de litigantes habituais terem percebido, com mais intensidade, essa aproximação como negativa é coerente com a prática adquirida em processos arbitrais, que consegue identificar na flexibilidade e inovação as principais vantagens da arbitragem, mas ao mesmo tempo entende que tais características têm se tornado menos frequentes.

Q26: A proximidade entre os atores da arbitragem nesse setor de indústria (árbitros, advogados, câmaras de arbitragem, assistentes técnicos e peritos) gera algum tipo de insegurança quanto à credibilidade e neutralidade de Arbitragem?

Os respondentes com formação jurídica mostraram-se mais sensíveis aos efeitos da proximidade entre os atores da arbitragem, com 64,71% – isto é, quase 2/3 do total – registrando algum tipo de insegurança em razão disso (variando desde um grau muito elevado de insegurança a um grau reduzido de insegurança). No caso dos respondentes sem formação jurídica, o grau de desconforto é menor (de 35,71%):

	Grau muito elevado e elevado de insegurança	Grau moderado de insegurança	Grau reduzido de insegurança	Não há insegurança ou não há correlação de temas	Não sabe dizer
Formação Jurídica	20,59%	20,59%	23,53%	35,29%	0%
Sem Formação Jurídica	5,95%	17,86%	11,90%	54,76%	9,52%

Figura 46: Q26 (a) Critérios múltiplos

***

	Algum grau de insegurança em razão da proximidade dos atores da arbitragem	Não há insegurança ou não há correlação de temas
Formação Jurídica	**64,71%**	35,29%
Sem Formação Jurídica	35,71%	54,76%

Figura 47: Q26 (b) Critério binário

Quando a ênfase é colocada sobre os litigantes habituais e litigantes ocasionais, o percentual de insegurança se reduz, mas ainda é de cerca de 50%. Para os litigantes habituais, vê-se um cenário de empate entre *(i)* o percentual que identifica algum grau de insegurança e *(ii)* os respondentes que não percebem qualquer insegurança ou correlação entre os temas:

	Grau muito elevado e elevado de insegurança	Grau moderado de insegurança	Grau reduzido de insegurança	Não há insegurança ou não há correlação de temas	Não sabe dizer
Litigantes habituais	21,43%	14,29%	14,29%	49,99%	0%
Litigantes ocasionais	8%	28%	16%	46%	2%

Figura 48: Q26 (c) Critérios múltiplos

***

	Algum grau de insegurança em razão da proximidade dos atores da arbitragem	Não há insegurança ou não há correlação de temas
Litigantes habituais	**50,01%**	**49,99%**
Litigantes ocasionais	**52%**	46%

Figura 49: Q26 (d) Critério binário

Os perfis com margem de êxito acima de 60% registraram o menor índice de desconforto: 41,93% dessa amostra entendeu haver algum tipo de insegurança *versus* 58,06% dessa amostra afastou qualquer insegurança ou correlação entre os temas.

O tema foi levado para esclarecimento em entrevistas. Para os entrevistados que sentem insegurança com essa proximidade, foi ressaltado ser essa "*uma característica que acompanha esse mercado no Brasil*", o que foi tomado como "*um problema grave*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito). A proximidade entre os profissionais da arbitragem foi ainda descrita como gerando uma "*confusão muito grande de papeis*", visto que esses profissionais ocupam posições rotativas, como árbitros, advogados, peritos, *etc*, a criar relações sociais próprias entre eles. O relacionamento entre os atores da arbitragem foi tomado como exemplo de "*promiscuidade na relação do grupinho que dominou esse negócio que é a arbitragem*", o que se nota inclusive na figura de "*árbitros cativos*" de determinadas empresas (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

De outro lado, aqueles que não veem motivo para preocupação, ressaltaram a isenção e a independência desses profissionais quando julgam seus pares. Foi ponderado que, apesar da proximidade que pode existir na prática da arbitragem nesse setor, esses profissionais sabem separar as relações sociais das relações de trabalho, não havendo "*nenhuma contaminação desses profissionais*" (*cf.* Entrevistado #1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Foi mencionado que o fato de essas pessoas se conhecerem, as torna inclusive mais formais umas com as outras, como forma de garantir a isenção desses profissionais: "*as pessoas nesse mercado se conhecem, mas por se conhecerem elas são muito zelosas em manter um formalismo, ninguém invade o espaço do outro ou deixa o outro em situação de desconforto. Há um código de ética que é respeitado por todos. (...) Porque mais do que a*

relação individual, há algo permanente a ser preservado" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Entrevistado sem prática concreta em arbitragem ressaltou nunca ter cogitado esse problema, mas que a reputação seria um balizador natural das condutas dos árbitros: "*Eu nunca parei para pensar nisso. Mas, eu não me preocuparia, porque de qualquer forma é a reputação do árbitro que está em jogo. Se ele quiser continuar nesse mercado, tem que garantir essa reputação*" *(cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem). Esse foi argumento também usado por litigantes ocasionais: "*pela reputação das pessoas que vi até hoje, são pessoas que sabem separar o papel delas na arbitragem, sabem ser imparciais e profissionais. São pessoas de renome que não vão se expor por pouca coisa*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado); *"até o momento não percebi isso. (...) e na arbitragem as partes elegem [os profissionais atuantes], não é determinado, as pessoas são indicadas e são aceitas, não são impostas como no Judiciário e isso é muito bom*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Posição intermediária foi identificada no sentido de perceber nessa proximidade "*um ponto de atenção que pode virar um problema no futuro*", mas que ainda não seria sentido como um motivo de desconfiança. Foi dito que, no momento em que essa relacionamento social "*passar a gerar troca de favor entre esse grupo*", a arbitragem deixará de ser usada, como reflexo "*da competitividade desse mercado"* e da liberdade de escolha desse método, que se mantém pela confiança nos árbitros ("*o dia em que eu não tiver confiança de ir para a arbitragem, eu simplesmente não elejo a arbitragem ou não elejo aquela pessoa*". (...) "*Todo mercado pode querer ir para o lado da corrupção, pode ser que aconteça, mas aí temos que ver se o problema é institucional ou pessoal*" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

No mesmo sentido, apesar do incômodo gerado por esse fator, ressaltou-se o caráter ético da arbitragem e o fato de o setor de construção envolver inevitavelmente um círculo pequeno de profissionais especializados: "*essa proximidade é um incômodo, mas a arbitragem tende a ser mais ética, porque se pode recusar, uma hora ou outra, se houver conflito de interesses. Mas o mercado, por inteiro [de engenharia e construção], acaba sendo um círculo pequeno. Quem entende, entende, não tem muito como fugir, mesmo se fosse no método tradicional de justiça. E se houver desconforto, solicita para que a pessoa seja*

afastada, impugnada, o que inclusive dá mais segurança ao sistema" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado)

Na linha do reconhecimento do círculo reduzido de profissionais nesse setor, litigante habitual indicou não ter preocupação com essa proximidade, mas ponderou que o mercado reduzido pode trazer problemas com disponibilidade para atuar nos casos: "*isso não me traz desconforto, desde que o árbitro tenha disponibilidade para dar atenção adequada ao caso. (...) não me gera falta de confiança nesses profissionais, meu ponto que me preocupa mesmo é a falta de disponibilidade*" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Também em entrevistas, os respondentes confirmaram que o percentual de êxito em arbitragem não muda a percepção que registraram sobre os temas em análise.

O índice de insegurança, especialmente elevado entre os perfis jurídicos (64,71% dessa amostra) e os litigantes habituais (50,01% dessa amostra) e ocasionais (52% dessa amostra), sugere outro indício de deseconomia associada à prática atual da arbitragem e que se relaciona ao tema da falta de confiança entre os atores da arbitragem, a possivelmente comprometer um dos principais alicerces de sustentação da arbitragem. Também esse tema coloca em evidência a potencial criação de um "*mercado de arbitragem*", com laços estreitos entre seus integrantes, a criar uma dinâmica pessoal e profissional própria entre aqueles que atuam como *repeat players*.

No tema da criação de um mercado de arbitragem, as entrevistas também mostraram essa percepção dos usuários, notada tanto na forma de propaganda feita por instituições de arbitragem ("*câmaras vem vender o serviço aqui na empresa, apresentando os regulamentos e os serviços*" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado), quanto na criação de "*árbitros cativos*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

Q27: Você já vivenciou situações de realização de acordo por motivo de insegurança e imprevisibilidade em torno da decisão a ser proferida?

Os respondentes com formação jurídica mostraram-se mais sensíveis aos efeitos de insegurança e imprevisibilidade das decisões, revelando maior número de situações em que realizaram acordo para contornar tais efeitos. No caso dos respondentes sem formação

jurídica, mais da metade deles (53,01% dessa amostra) nunca passou por uma situação dessa natureza e também percentual elevado não soube informar sua percepção (25,30% dessa amostra):

	Em praticamente todas as vezes	Em muitas vezes	Em poucas vezes	Não	Não sabe dizer
Formação Jurídica	5,88%	14,71%	20,59%	38,24%	20,59%
Sem Formação Jurídica	0%	6,02%	15,66%	53,01%	25,30%

Figura 50: Q27 (a) Critérios múltiplos

A análise binária traz elementos adicionais de percepção: para os perfis com formação jurídica, o percentual de situações de acordo por insegurança e imprevisibilidade (ainda que em poucas vezes) supera o percentual de não realização de acordo por esse mesmo motivo:

	Já fez acordo por esse motivo	Nunca fez acordo por esse motivo
Formação jurídica	**41,18%**	38,24%
Sem formação jurídica	21,68%	53,01%

Figura 51: Q27 (b) Critério binário

Os litigantes ocasionais registram índices intermediários entre aqueles acima referidos. Não se identificou nenhuma particularidade de entendimento para esse perfil de respondentes. Por outro lado, os litigantes habituais e com êxito acima de 60% mostraram percepções próprias.

Para os primeiros, mais de 40% dessa amostra já enfrentaram alguma situação de realização de acordo por motivo de insegurança e imprevisibilidade da futura decisão. No caso dos litigantes com êxito acima de 60%, vê-se uma situação de empate entre *(i)* aqueles que já fizeram acordo e *(ii)* aqueles que nunca fizeram acordo com esse motivo. A análise binária facilita a identificação dessa percepção:

	Em praticamente todas as vezes	Em muitas vezes	Em poucas vezes	Não	Não sabe dizer
Litigantes habituais	0%	14,29%	28,57%	50%	7,14%
Êxito acima de 60%	3,23%	6,45%	32,26%	41,94%	16,13%

Figura 52: Q27 (c) Critérios múltiplos

***

	Já fez acordo por esse motivo	Nunca fez acordo por esse motivo
Litigantes habituais	**42,86%**	50%
Êxito acima de 60%	**41,94%**	**41,94%**

Figura 53: Q27 (d) Critério binário

O fato de mais de 1/3 dos litigantes habituais e daqueles com percentual elevado de vitória já terem feito acordo como forma de contornar insegurança e imprevisibilidade sugere mais um indício de deseconomia associada à prática atual da arbitragem. Especialmente para esses litigantes mais experientes, a arbitragem deixa de se associar a um mecanismo seguro e previsível de solução de disputas, inclusive motivando o uso de acordos para redução da exposição contratual. Essa percepção mostra índices similares com aqueles colhidos na resposta Q20, evidenciando-se que tais perfis de litigantes habituais mostram-se *menos sensíveis* em atribuir à arbitragem uma função de contorno de incertezas e imprevisibilidades.

Na etapa de entrevistas, litigante ocasional mostrou menor preocupação com o tema da imprevisibilidade das decisões: "*participamos do processo, algumas vezes sentimos sim insegurança do julgamento, da decisão que será dada pelos árbitros, mas não a ponto de nos levar a propor acordos, vamos até o fim*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%). De outro lado, para litigantes mais experientes, a arbitragem foi considerada como uma instância "*que oferece até menos previsibilidade do que o Poder Judiciário*", em razão da falta de uma jurisprudência clara e consolidada (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito). As respostas Q26 e Q27 mostram uma

percepção de comprometimento gradual dos valores de confiança e segurança em torno da arbitragem.

Q28: Você já vivenciou situações de realização de acordo por motivo de demora em torno da decisão a ser proferida?

Tanto os perfis jurídicos, quanto não-jurídicos apontaram percentuais elevados de não realização de acordo por motivo de demora do processo de arbitragem. Litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% registraram percepção similar. Notou-se que os litigantes habituais foram aqueles que apontaram *o maior índice de rejeição* nesse sentido:

	Em praticamente todas as vezes	**Em muitas vezes**	**Em poucas vezes**	**Não**	**Não sabe dizer**
Formação jurídica	0%	2,94%	17,65%	61,76%	17,65%
Sem formação jurídica	0%	8,43%	10,84%	56,63%	24,10%
Litigantes habituais	0%	7,14%	14,29%	**78,57%**	0%
Litigantes ocasionais	0%	12,24%	16,33%	51,02%	20,41%
Êxito acima de 60%	0%	6,45%	16,13%	64,52%	12,90%

Figura 54: Q28

Esse é um indício a demonstrar que a duração dos processos de arbitragem *não* é percebido como um fator de deseconomia, especialmente por serem os próprios litigantes habituais da arbitragem a apontarem a ausência de impacto desse fator.

Na etapa de entrevistas, a demora foi minimizada, reconhecendo-se a "*complexidade e trabalho dos casos*" e "*a própria demora das partes em apresentar suas alegações*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Mas foi ponderado que "*esse não é um prazo que atende plenamente o mundo empresarial e o*

próprio mercado hoje já tem outras formas de solução, como os DRBs, os DABs" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Na mesma linha, mostrando que a demora da arbitragem tem trazido impacto sobre a solução das pendências contratuais: "*discutimos [nas disputas de construção], a grande maioria, acima de 70%, impacto de prazo e, como consequência disso, o custo. Se tem impacto em prazo e a solução demora mais ainda, o impacto fica cada vez pior*" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). A demora, porém, não foi registrada nas entrevistas como um fator a induzir a realização de acordos.

Q29: Você já vivenciou situações em que a sentença arbitral decidiu com base em um senso genérico de justiça e/ou equidade ao invés de aplicar as previsões legais e/ou contratuais?

A maioria dos perfis jurídicos e não-jurídicos afastou a ocorrência de situações nesse sentido. Mas a análise binária revelou que a incidência de decisões com senso genérico de justiça/equidade é sentida em maior grau pelos perfis jurídicos. Para esses, há situação de quase *empate* entre *(i)* o número de respondentes que já vivenciaram uma situação assim e *(ii)* que nunca passaram por tal vivência:

	Em praticamente todas as vezes	**Em muitas vezes**	**Em poucas vezes**	**Não**	**Não sabe dizer**
Formação Jurídica	2,94%	14,71%	23,53%	44,12%	14,71%
Sem Formação Jurídica	1,20%	3,61%	13,25%	54,22%	27,71%

Figura 55: Q29 (a) Critérios múltiplos

***

	Já viveu experiência de sentença arbitral com senso genérico de justiça/equidade	**Nunca viveu uma situação assim**
Formação jurídica	**41,18%**	**44,12%**
Sem formação jurídica	18,06%	54,22%

Figura 56: Q29 (b) Critério binário

Índices que chamaram a atenção são relativos especialmente aos litigantes habituais. Nesses, **mais de 70%** indicaram já ter passado por situação de sentença arbitral aplicando senso genérico de justiça/equidade. No caso dos respondentes com êxito acima de 60% essas experiências já atingiram mais de 50% desses perfis:

	Em praticamente todas as vezes	**Em muitas vezes**	**Em poucas vezes**	**Não**	**Não sabe dizer**
Litigantes habituais	0%	14,29%	57,14%	28,57%	0%
Litigantes ocasionais	4,08%	4,08%	16,33%	53,06%	22,45%
Êxito acima de 60%	3,23%	6,45%	41,94%	38,71%	9,68%

Figura 57: Q29 (c) Critérios múltiplos

***

	Já viveu experiência de sentença arbitral com senso genérico de justiça/equidade	**Nunca viveu uma situação assim**
Litigantes habituais	**71,43%**	28,57%
Litigantes ocasionais	24,49%	53,06%
Êxito acima de 60%	**51,62%**	38,71%

Figura 58: Q29 (d) Critério Binário

Ainda que o percentual mais relevante esteja no quesito "poucas vezes", entende-se existir indício adicional de deseconomia associada à prática da arbitragem, a sugerir uma percepção em torno da existência do fenômeno do "*ativismo arbitral*". Os percentuais elevados de respondentes relatando sentenças julgando com senso genérico de justiça/equidade corrobora o sentimento de falta de previsibilidade e insegurança a motivar decisões de acordo, conforme visto na resposta Q27.

Na etapa de entrevistas, esse tema do ativismo veio associado à ideia de um "*salomonismo*" nas decisões: "*para compensar um pouco [a parte perdedora], as decisões foram um pouco permissivas. Não que elas tenham se valido do critério da equidade, mas para dar um pouco de peso [para a parte perdedora] fez-se uma interpretação da cláusula*

que não casava com o fato. Por exemplo na alocação de risco, mesmo quando estava claro que a parte não deveria responder por aquele risco, que ele estava contratualmente excluído, a decisão imputa esse risco para a parte muito mais por uma decisão salomônica do que propriamente por um julgamento. Ou foi salomônica ou não a sentença não se aprofundou devidamente" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*nos casos de muitos pleitos e muitos claims dos dois lados, o árbitros acabam dividindo a condenação, ao invés de tratar do assunto com mais profundidade como é esperado em arbitragem. Eu já ouvi isso de diretores de empresa e de construtoras. Já tive experiência de ver diretores de construtoras dizer 'vou parar de usar arbitragem, porque senti que o árbitro não avaliou a demanda adequadamente, ele simplesmente fez uma mensuração de valores e dividiu os custos da condenação, não fez uma análise precisa da responsabilidade de cada parte' (...) Esse é o ponto mais delicado, porque a empresa tem a sensação ao final de que a decisão foi julgada de forma mais política do que de direito"* (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Também o salomonismo foi citado como um fator de preocupação por outro entrevistado com experiência em arbitragem (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito).

Como já dito em outras respostas, o grau de vitória e sucesso em arbitragem não mostrou viés de percepção que poderia ser esperado de partes que têm obtido êxito processual. As entrevistas também corroboraram que a margem de vitória não modifica a percepção dada. Em linha com as respostas Q26 e Q27, aqui também há uma percepção de comprometimento gradual dos valores de confiança e segurança em torno da arbitragem.

Q30: A participação repetida em processo de arbitragem gera alguma vantagem sobre partes menos experientes?

As percepções obtidas foram diferentes para perfis jurídicos e perfis não jurídicos. Enquanto 47,06% dos respondentes-advogados viram na participação repetida uma vantagem significativa e determinante, o percentual apresentado pelos respondentes não-advogados para esse mesmo critério foi inferior a 1/3 disso (13,25%). Maioria absoluta do perfil não-jurídico não soube dizer ou entendeu não haver vantagem ou correlação entre esses temas (56,63% dessa amostra):

	Uma vantagem muito significativa e determinante	Uma vantagem significativa e determinante	Uma vantagem pouco significativa e determinante	Não ou não há correlação entre os temas	Não sabe dizer
Formação Jurídica	8,82%	**47,06%**	17,65%	14,70%	11,76%
Sem Formação Jurídica	7,23%	**13,25%**	22,89%	**28,92%**	**27,71%**

Figura 59: Q30 (a) Critérios múltiplos

A comparação dos percentuais apresentados pelos litigantes habituais, ocasionais e com êxito acima de 60% também revelou percepções interessantes.

Esperava-se, como hipótese, que apenas os litigantes habituais conseguissem reconhecer essa vantagem competitiva trazida pela experiência em arbitragem, mas os percentuais mostraram que também os litigantes ocasionais souberam reconhecer esse fenômeno. Há diferença de cerca de 7% superior atribuída aos litigantes habituais, mas isso pareceu pouco representativo dentro da análise do quadro completo.

Comparado-se os dois perfis acima, os respondentes com êxito superior a 60% viram com menor intensidade a vantagem trazida pela prática em arbitragem. Essa diferença parece derivar antes da composição de sua amostragem, com percentual superior de integrantes com perfil não-jurídico:

	Uma vantagem muito significativa e determinante	Uma vantagem significativa e determinante	Uma vantagem pouco significativa e determinante	Não ou não há correlação entre os temas	Não sabe dizer
Litigantes habituais	0%	**42,86%**	28,57%	21,43%	7,14%
Litigantes ocasionais	**14,29%**	**22,45%**	22,45%	22,45%	18,37%
Êxito acima de 60%	3,23%	25,81%	**32,26%**	25,80%	12,90%

Figura 60: Q30 (b) Critérios múltiplos

Portanto, a percepção majoritária é no sentido de reconhecimento de vantagem significativa e determinante advinda da prática e experiência em arbitragem, o que é visto com menos intensidade por perfis não-advogados.

Na etapa de entrevistas foi explorado o quanto essa vantagem significativa e determinante repercute sobre a decisão final da arbitragem. Nesse sentido, reconheceu-se que "*alguém que está mais bem armado tem mais chances de influenciar o resultado dessa guerra*". O mesmo entrevistado mencionou que os litigantes habituais em arbitragem sabem "*explorar alguns viéses da arbitragem",* usando estratégias de "*criar dificuldade para vender um acordo no meio do caminho*" e inclusive aproveitando do "*salomonismo das decisões arbitrais*" para conseguir melhores resultados para suas partes contratuais (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito).

A maioria viu nessa experiência repetida em arbitragem uma vantagem estratégica que impacta sobre a chance de êxito, em razão especialmente do conhecimento que se tem sobre as particularidades desse meio: "*um escritório [de advocacia] experiente faz toda a diferença, mas uma parte experiente nem tanto*" - *cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*a arbitragem estando cada vez mais em evidência, tem muita gente que tenta entrar, mas não se prepara adequadamente para isso. Então um escritório que tem experiência em arbitragem, que tem conhecimento em arbitragem faz muita diferença" (cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Um entrevistado ressaltou que a experiência em arbitragem torna as partes mais articuladas no momento de documentação de futuros casos, o que se converte em uma vantagem a impactar a chance de êxito (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

O que foi ponderado é que, com o tempo, essa vantagem estratégica tende a desaparecer com o aumento no número de profissionais atuantes nesse setor: "*há uma vantagem que vem com a experiência em fazer, mas é um aprendizado que ao longo tende a desaparecer (...) portanto, no curto prazo essa é uma verdade, mas isso não será uma verdade no longo prazo, porque a arbitragem cada vez mais vai ser utilizada e todo mundo terá adquirido essa experiência*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Outro entrevistado se limitou a ver apenas uma vantagem processual: "*a vantagem tem na forma como levar o procedimento arbitral, mas tecnicamente isso não influi tanto*" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Q31: O que tem consumido proporcionalmente mais recursos, tempo e energia: o objeto contratual ou a arbitragem?

Tanto a categoria jurídica, quanto não-jurídica indicaram que o objeto contratual tem consumido proporcionalmente mais recurso, tempo e energia. Mas notam-se percepções diferentes. No caso dos perfis advogados, 44,12% dessa amostra indicaram que a arbitragem tem se mostrado proporcionalmente mais custosa do que o contrato de origem. Esse percentual cai quase 15% entre os perfis não-jurídicos (29,17% dessa amostra):

	Contrato é proporcionalmente mais custoso	**Arbitragem é proporcionalmente mais custosa**
Formação Jurídica	55,88%	**44,12%**
Sem Formação Jurídica	70,83%	**29,17%**

Figura 61: Q31 (a)

Litigantes habituais e ocasionais apresentaram percepção intermediária entre os números acima referidos. Nessas duas categorias, a razão obedecida foi próxima de 2/3 (entende que a execução do contrato é mais custosa) para 1/3 (entende que arbitragem tem se mostrado proporcionalmente mais custosa):

	Contrato é proporcionalmente mais custoso	**Arbitragem é proporcionalmente mais custosa**
Litigantes habituais	64,29%	**35,71%**
Litigantes ocasionais	67,39%	**32,61%**

Figura 62: Q31 (b)

Mostra-se relevante o índice refletido para os litigantes habituais, com 1/3 desses respondentes apontando a arbitragem como fonte de custos proporcionalmente maior do que a execução contratual. Essa percepção revela indícios de que a arbitragem esteja com uma margem de eficiência reduzida, o que é especialmente sentida por seus *repeat players*.

Os perfis com êxito acima de 60% apresentaram entendimento diferente: 73,33% mostraram que o contrato é mais custoso, enquanto 26,67% registraram que a arbitragem estaria proporcionalmente mais custosa. É uma proporção diferente daquelas

mostradas anteriormente, próxima nesse caso de 3/4 (entende que a execução do contrato de origem é mais custosa) para 1/4 (entende que arbitragem tem se mostrado proporcionalmente mais custosa). Essa percepção pareceu derivar da composição de sua amostragem, com percentual superior de integrantes do grupo de não-advogados.

Na etapa de entrevistas, o excesso de custos da arbitragem foi associado aos fenômenos de formalização e processualização: "*se a gente não tivesse uma arbitragem tão longa e tão burocrática, nós teríamos soluções mais rápidas e eficientes. (...) E não é só o dinheiro investido na arbitragem, mas a falta de solução. O quanto isso não traz [de prejuízo] para o negócio?*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Q32: Qual sua avalição da arbitragem dentro do seu setor de indústria?

Tanto a categoria jurídica, quanto não-jurídica indicaram percepção semelhante a respeito da avaliação de desempenho da arbitragem: a maioria entende que a arbitragem tem atendido *razoavelmente* as expectativas, necessidades e particularidades do setor de construção e infraestrutura. Os percentuais foram bastante similares entre os perfis analisados:

	Superado as expectativas e se mostrado um meio muito eficiente	**Atendido expectativas, necessidades e particularidades do setor**	**Atendido razoavelmente as expectativas, necessidades e particularidades do setor**	**Em comparação com o passado, não tem mais atendido o setor**	**Nunca atendeu o setor**
Formação Jurídica	6,06%	27,27%	48,48%	12,12%	6,06%
Sem Formação Jurídica	10,14%	24,64%	46,38%	8,70%	10,14%

Figura 63: Q32 (a)

Essa percepção se repete, com pequena variação, para litigantes ocasionais e com êxito acima de 60%. Para o caso dos litigantes habituais, os índices se mostraram mais favoráveis à arbitragem, com registro de 25% dessa amostra entendendo que a arbitragem supera as expectativas e necessidades do setor:

	Superado as expectativas e se mostrado um meio muito eficiente	Atendido expectativas, necessidades e particularidades do setor	Atendido razoavelmente as expectativas, necessidades e particularidades do setor	Em comparação com o passado, não tem mais atendido o setor	Nunca atendeu o setor
Litigantes habituais	**25%**	8,33%	58,33%	8,33%	0%
Litigantes ocasionais	6,38%	29,79%	53,19%	4,26%	6,38%
Êxito acima de 60%	10,71%	25%	50%	3,57%	10,71%

Figura 64: Q32 (b)

Apesar de se ter identificado fatores de deseconomia associados à arbitragem e captados especialmente pelos litigantes habituais (aproximação da arbitragem com a prática judicial --- Q24, insegurança pela proximidade dos atores da arbitragem --- Q26, imprevisibilidade --- Q27, sentenças com margem elevada de ativismo --- Q29 e arbitragem até mais custosa do que a execução contratual --- Q31), a avaliação de desempenho ainda se mantém razoável a respeito do atendimento das necessidades e particularidades do setor. Essa foi a percepção ressaltada nas entrevistas: "*arbitragem é necessária e enquanto não houver uma especialização do Judiciário sobre o tema e uma celeridade, não tem outro caminho para as obras de grande porte do que recorrer à arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Outros entrevistados apresentaram a mesma percepção.

Mesmo assim, revelou-se também que a arbitragem tem repetido vícios do contencioso estatal. Foi mencionada a aplicação da mesma "*cultura judiciária à arbitragem*", com "*relação de autoridade entre árbitros e partes" e "sem uma visão pragmática de questões processuais"* (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito).

A "*sobrecarga de trabalho dos árbitros*" e "*o volume maior do que a capacidade*" foi apontado como outro fator de ineficiência, a impedir "*a atenção que gostaríamos nos casos*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). No mesmo sentido: "*entre a teoria e a prática, a arbitragem poderia ser mais eficiente. Fechou um círculo muito pequeno de advogados-árbitros que concentram uma quantidade muito grande de casos na mão e a consequência disso é não se aprofundar como*

deveria e estender muito o prazo" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Foram também apresentadas como questões problemáticas na arbitragem "*o uso de muita medida cautelar*" e "a *utilização da perícia de forma muito exagerada*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%), além também da demora para uma solução final ("*a própria arbitragem deveria ser mais ágil, até porque o ambiente que se vive nesse meio, de grandes contratos, exige uma solução rápida e imediata. Há muitos intervalos durante o procedimento*" - *cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). A demora foi inclusive apontada como fator de aumento dos custos da arbitragem: "*pelo fato da demora aumenta o custo, porque você deixa pessoas voltadas para isso dentro da empresa, essas pessoas não podem nem ser disponibilizadas para o mercado, porque elas detêm o conhecimento dos fatos, é muito difícil passar esses processos [de arbitragem] para outras pessoas"* (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Litigante habitual ponderou que a percepção sobre a eficiência da arbitragem mudou ao longo do tempo, apesar de ainda ser um método bastante usado nesse setor: "*o primeiro contato [com a arbitragem] foi de que a arbitragem era algo muito interessante, para ajudar a desafogar o Judiciário e ter uma decisão mais específica, com especialistas no assunto em disputa. Com o tempo o que eu vi é que existe isso sim, mas tem vários outros pontos que você tem que prestar a atenção, para a arbitragem não ficar muito mais cara do que a disputa, também essa questão da imprevisibilidade e da disponibilidade dos árbitros*" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Q33: Qual o impacto positivo gerado pela arbitragem na sua empresa? (aberta para resposta livre dos entrevistados)

Foram recebidas 71 respostas, mas desse total 3 tiveram que ser descartadas em razão de não se ter compreendido a percepção exposta. Também 10 respostas foram apresentadas no sentido de confirmar que a arbitragem não traz nenhum impacto positivo. Um questionado apresentou percepção negativa, considerando que a arbitragem tem decepcionado, por existirem poucos árbitros, "*todos integrantes de um grupo fechado, que conduzem muitas arbitragens ao mesmo tempo*" (Questionado # 107, Perfil jurídico, litigante habitual e êxito de 30%-60%).

Dentro da amostragem remanescente, a celeridade da arbitragem foi o fator preponderante de percepção, registrando 70% da preferência. Os 30% restantes ficaram divididos da seguinte forma:

(i) 14% vincularam a arbitragem à segurança jurídica e ao aumento da confiabilidade nas decisões;

(ii) 7% registraram que a arbitragem traz estímulo ao acordo; e

(iii) 9% apresentaram outros temas, entre eles a especialidade dos julgamentos, a redução do risco de usar o Poder Judiciário, a maior racionalidade das discussões e um menor desgaste gerado entre as partes. O gráfico a seguir registra essa percepção:

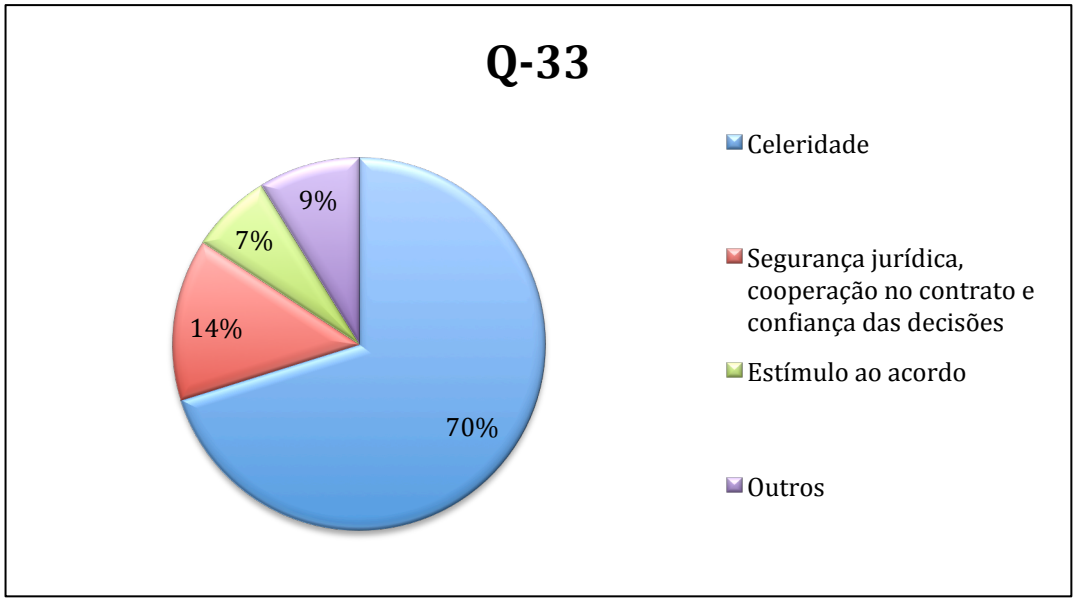


Figura 65: Q33

Apesar da indicação de que a arbitragem resolve-se em menor tempo, com maior segurança e de forma mais técnica do que o Poder Judiciário, entre as respostas analisadas, cabe chamar a atenção para as seguintes percepções negativas:

> "A arbitragem é mais técnica, portanto os fatos apresentados pelas partes são muito expressivos para o processo. No Brasil a Arbitragem ainda leva muito tempo, em função da conduta dos Advogados, isso tem que melhorar com urgência" (Questionado # 2, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)

***

> "Traz a segurança jurídica para a solução das pendências contratuais, ainda que onerosa e não tão célere quanto se desejaria. A judicialização do procedimento, principalmente quanto à exacerbação do direito a ampla defesa e ao contraditório, tem onerado e alongado os prazos das Arbitragens" (Questionado # 6, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%)

***

> "Temos notado apenas ganhos em termos de celeridade (e ainda assim, com severa piora ao longo do tempo) e sigilo. Há problemas graves em termos de tráfico de influência e deficiência técnica em temas específicos, tal qual ou pior que o Judiciário" (Questionado # 114, perfil jurídico, 6 a 10 procedimentos, êxito em mais de 60%)

Essas respostas estão em linha com os percentuais a indicarem a presença de deseconomias na prática atual da arbitragem, especialmente a excessiva aproximação da arbitragem com as práticas judiciais (Q24) e a insegurança decorrente da convivência próxima entre os atores da arbitragem (Q26).

Q34: Quais as fraquezas da arbitragem no setor de construção e infraestrutura?

O custo de arbitragem é a principal fraqueza associada ao uso da arbitragem no setor de infraestrutura e construção. O resultado está em linha com a conclusão obtida na pesquisa realizada pelo CBar em parceria com o Instituto Ipsos.[773] Apesar do percentual majoritário registrado para esse critério em todos os perfis analisados, notou-se diferença de percepção no que se referente a outras fraquezas da arbitragem:

	Custos da Arbitragem	**Dificuldade de encontrar árbitros**	**Advogados com pouco conhecimento técnico em engenharia**	**Demora até uma sentença final**	**Imprevisibilidade das decisões**
Formação Jurídica	67,65%	50%	32,35%	**41,18%**	**44,12%**
Sem Formação Jurídica	52,70%	41,89%	43,24%	20,27%	16,22%
Litigantes habituais	50%	42,86%	35,71%	**42,86%**	**35,71%**
Litigantes ocasionais	62,50%	43,75%	31,25%	29,71%	31,25%
Êxito acima de 60%	50%	43,33%	43,33%	26,67%	33,33%

Figura 66: Q34 (a)

[773] Separata Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr-Ipsos, 2013, p. 14. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 20.01.2016.

Esses percentuais mostram uma percepção coerente com a resposta obtida na Q27, indicando que perfis com formação jurídica e litigantes habituais são *mais sensíveis* ao tema da imprevisibilidade das decisões enquanto fator de realização de acordos. Também a demora dos procedimentos é fator que causa *maior sensibilidade* de percepção a esses mesmos perfis, apesar de esse critério ainda não ter se tornado motivador de acordos, conforme visto na resposta Q28.

As questões de confiança merecem análise individual. Conforme percentuais apurados, esse é tema que registra margem de desconforto entre todos os perfis. Os respondentes com êxito acima de 60% são aqueles *menos sensíveis* a essa questão e aqueles com percepção *mais sensível* são os litigantes ocasionais:

	Falta de confiança na parte contrária	**Falta de confiança nos árbitros**	**Falta de confiança nos peritos**	**Falta de confiança nas instituições e câmaras de arbitragem**
Formação Jurídica	14,71%	**20,59%**	8,82%	8,82%
Sem Formação Jurídica	18,92%	12,16%	16,22%	12,16%
Litigantes habituais	0%	**14,29%**	7,14%	0%
Litigantes ocasionais	**25%**	**14,58%**	**16,67%**	8,33%
Êxito acima de 60%	13,33%	10%	10%	6,67%

Figura 67: Q34 (b)

Ainda que o percentual mais elevado registrado nesse tocante tenha sido inferior a 30% (vide o percentual de 25% para a desconfiança na parte contrária registrada pelos litigantes ocasionais), há novamente indícios de um processo de comprometimento paulatino de confiança sentida pelos usuários da arbitragem nesse setor, o que já havia aparecido na resposta Q26. Isso é notado especialmente quando se identifica 20,59% dos perfis jurídicos mostrando desconfiança em relação aos árbitros. Os menores índices são marcados por aqueles com êxito acima de 60%.

Os percentuais em torno do índice de confiança sobre os atores da arbitragem caminha no sentido de reforçar o quadro de deseconomias já avaliado em questões anteriores, especialmente no que se refere ao aumento da insegurança em torno das decisões arbitrais.

Na etapa de entrevistas, a perda de confiança foi percebida em percentual minoritário dos entrevistados, em linha com os índices acima referidos. Para aqueles que registraram desconforto, esse tema foi associado à questão da proximidade dos atores da arbitragem (tratada na Q26) ou à perda de previsibilidade das decisões (tratada na Q20 e Q29). Conforme reportado por esses entrevistados, essa desconfiança compromete o uso da arbitragem em contratos futuros: "*se repensa com seriedade em fugir da arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% êxito); "*no caso de empresas e de empresários, ficam mais receosos em inserir a arbitragem, por conta de experiências negativas que tiveram nesse sentido [de ativismo dos árbitros]*" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Nessas situações o que se vê acontecer é aquilo mencionado no Capítulo 03: é a *confiança cognitiva* na arbitragem, uma vez prejudicada por experiências concretas desastrosas, a afetar, ainda que lentamente, a *confiança fiducial* que se deposite sobre a própria instituição.

Q35: Para o setor de construção e infraestrutura, os dispute boards são substitutos à arbitragem?

Todos os perfis identificaram os *dispute boards* como substitutos parciais à arbitragem. A principal diferença foi o elevado percentual de respondentes sem formação jurídica e entre os litigantes ocasionais que não sabem o que são os *dispute boards*. Para os primeiros, esse índice é próximo de 50% dessa amostra:

	Totalmente	**Parcialmente e apenas para algumas disputas**	**Não**	**Não sei o que são *Dispute Boards***
Formação Jurídica	9,09%	63,64%	12,12%	15,15%
Sem Formação Jurídica	9,76%	31,71%	9,76%	**48,78%**
Litigantes habituais	**28,57%**	**57,14%**	7,14%	7,14%

Litigantes ocasionais	**6,25%**	**47,92%**	10,42%	**35,42%**
Êxito acima de 60%	**12,90%**	**54,84%**	12,90%	19,35%

Figura 68: Q35

Os maiores índices de reconhecimento dos *dispute boards* como substitutos parciais ou totais da arbitragem foram registrados para os respondentes com formação jurídica, litigantes habituais e com êxito acima de 60%.

Em entrevistas, o termo "*substituto à arbitragem*" foi corrigido, indicando-se que o *board* funcionaria antes como "*um complemento diferente que, quando bem sucedido, pode evitar a arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). No mesmo sentido: "[*o dispute board*] *não é um substituto, é complementar, no sentido de tê-los funcionando para resolver problemas imediatos que, se não resolvidos, podem tomar proporções gigantescas*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*ele não seria um substituto da arbitragem, vejo um conjunto bom nesse sentido [arbitragem + dispute boards*]" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Q36: Você entende que a inclusão de dispute boards estimula a cooperação contratual e o aumento da confiança entre as partes?

Todos os perfis identificaram que os *dispute boards* têm potencial elevado de estímulo à cooperação contratual e ao aumento da confiança entre as partes. Entre os litigantes habituais, os respondentes a identificar um grau intenso ou muito intenso de estímulo foi de 57,14%. Novamente, os perfis sem formação jurídica e os litigantes ocasionais apontaram índices elevados de desconhecimento dos *dispute boards*:

	Em grau intenso ou muito intenso	**Em grau moderado**	**Em grau reduzido**	**Não ou não há correlação entre os temas**	**Não sei o que são *Dispute Boards***
Formação Jurídica	38,24%	26,47%	11,76%	5,88%	17,65%
Sem Formação Jurídica	17,08%	17,07%	4,88%	13,42%	**47,56%**

Litigantes habituais	**57,14%**	21,43%	7,14%	7,14%	7,14%
Litigantes ocasionais	24,49%	22,45%	4,08%	12,24%	**36,73%**
Êxito acima de 60%	38,71%	25,81%	6,45%	9,68%	19,35%

Figura 69: Q36 (a) Critérios Múltiplos

A análise binária aponta índices acima de 70% para os respondentes com formação jurídica, litigantes habituais e com êxito acima de 60%. Além disso, os percentuais de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação de tema*") registrados para esses perfis mostraram percentuais pouco representativos:

	***Dispute Boards* estimulam, em algum grau, a cooperação e a confiança contratual**	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	**76,47%**	**5,88%**
Sem formação Jurídica	39,03%	13,42%
Litigantes habituais	**85,71%**	**7,14%**
Litigantes ocasionais	51,02%	12,24%
Êxito acima de 60%	**70,97%**	**9,68%**

Figura 70: Q36 (b) Critério Binário

Quando esses percentuais são comparados àqueles apresentados para a arbitragem nas respostas Q7 e Q8, duas percepções surgem: *(i)* a capacidade de sinalização dos *dispute boards* é superior à arbitragem, especialmente quando analisados os respondentes com formação jurídica e os litigantes habituais; *(ii)* os índices de rejeição da arbitragem marcam percentuais próximos de 40%, quase cinco vezes do que a média identificada para os *dispute boards*. Esse é indício relevante de que o equilíbrio de separação (*separating equilibrium)* conforme prevê a teoria de sinalização é mais presente nos *dispute boards.*

Assim, há indício relevante a considerar que os *dispute boards* conseguem ser percebidos, por todos os perfis, como um sinal de cooperação e confiança contratual. Essa percepção é mais clara do que aquela identificada para a arbitragem. A dificuldade encontrada pelos perfis não-jurídicos decorre antes do desconhecimento do que são os *dispute boards.*

Em entrevistas realizadas, os *dispute boards* foram apontados como "*o grande futuro no gerenciamento de obras de infraestrutura*", já que os *dispute boards* buscam "*resolver as divergências na medida em que surgem*", prevenindo o aumento do litígio (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%). Mencionou-se também que "*a temperatura da disputa é outra nos dispute boards*", porque "*enquanto na arbitragem o incentivo é estressar ao máximo a situação das partes*", não há esse "*efeito bola de neve*" nos *boards*, o que "*cria constrangimento a comportamento oportunísticos das partes*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

A ideia de cooperação e confiança foi mencionada pelos entrevistados, que viram no *board* um elemento de sinalização mais clara, identificando-se na sua previsão uma disposição de querer resolver os conflitos de forma cooperativa e sem oportunismos. Para exemplificar: "*aí eu volto na sua outra pergunta de confiança: hoje a manifestação de confiança seria escolher um board, porque num dispute board você transfere para um terceiro uma decisão de conflito e isso exige confiar no sistema e abdicar de um 'poder de cliente' de discordar para não pagar mais, mesmo quando há razoabilidade no pleito contrário. (...) Vejo uma resistência no setor em emplacar os boards porque as partes ainda querem usar esse 'poder de cliente'"* (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado); "*só o fato de a parte estar aberta a esse diálogo, de se submeter a uma terceira pessoa, já mostra outra intenção. Pode ser uma cláusula colocada pelo advogado que redigiu o contrato, colocou de outro cliente e aplicou lá, e às vezes as partes nem sabem o que aquilo é, mas a gente vê como positivo [a inclusão de uma cláusula de dispute board], dá um conforto" (cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

A confiança presente no uso dos *dispute boards* foi defendida novamente com base em uma confiança institucional: "*Nos dispute boards, delegar para um terceiro, um técnico, a decisão requer confiança nas pessoas, mas confiança no próprio processo*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Foi ressaltado, ainda, que os casos de *boards* mal sucedidos estão muito vinculados à falta de respeito nas pessoas indicadas para integrar o *board,* a retomar a ideia de fidúcia e confiança como elemento chave para o sucesso nos *boards*: "*os membros do comitê não conseguiram o respeito das partes e tudo era questionado pelas partes e terminou em arbitragem*" (*cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

A tendência reportada nas entrevistas é no sentido de os *dispute boards* ganharem cada vez mais o espaço da arbitragem: "*os dispute board têm a tendência de ficar*

mais eficientes do que a arbitragem, por a arbitragem estar tão engessada e demorada. O board tem a tendência de ser mais objetivo, porque ele trabalha enquanto os assuntos estão acontecendo, não deixa acumular tudo ao final" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Grande parte dos entrevistados mencionou a falta de um incentivo ao uso dos *dispute boards*, inclusive como uma política para gerar maior confiança nos contratos. Foi falado da falta de divulgação desse método, sentida desde as universidades, além também de uma resistência no uso pelo próprio mercado: "*já tentamos, mas temos encontrado resistência na utilização dos dispute boards. A estratégia ainda é empurrar os pleitos para o final do contrato" (cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Mencionou-se, ainda, a falta de dados precisos acerca da economia de custos gerada pela presença dos *dispute boards*, como forma de estimular seu uso pelas partes: "*falta uma divulgação maior e as partes não têm ainda os números estatísticos do quanto representa em economia a implantação de um dispute board em um projeto, faltam esses dados"* (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

Também foi dito que as experiências ruins com *boards* estão muito relacionadas ao fato de as partes não entenderem a função do mecanismo: "*a experiência no Brasil em relação aos boards até hoje não é muito relevante, e a gente não teve boas experiências, mas pelo fato de as partes não entenderem o mecanismo e não conseguirem utilizar isso de forma proveitosa, diferente do que gente vê nos EUA, por exemplo, que os boards são utilizados há muitos anos, com excelentes resultados (...) as duas partes têm que estar comprometidas em utilizar essa ferramenta, não basta só colocar no contrato e achar que isso vai ser suficiente se a direção da empresa não entender que é um método que pode ser vantajoso para ela*" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

A falta de uma cultura em torno dos *dispute boards* se refletiu também em visões caricatas e até superficiais desse meio de solução de disputas, a mostrar uma necessidade de esclarecimento dos agentes econômicos: "*o dispute board só serve para resolver naquele momento uma determinada situação,* ***mas sempre em prol do contratante****. Vai resolver, momentaneamente, mas quem realmente vai decidir com um ponto final é na arbitrage*m" *(cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem).

Um esclarecimento do setor a respeito das funções e potencialidades dos *dispute boards* mostra-se fundamental, especialmente diante da posição unânime de que esse mecanismo é percebido como uma forma de governança que estimula a confiança e a cooperação contratual.

Q37: Você entende que a presença de um dispute board, a acompanhar toda a execução da obra, reduz o índice de litígios de forma mais eficiente do que a Arbitragem?

Todos os perfis identificaram que os *dispute boards* têm potencial elevado de redução da litigiosidade quando comparados com a arbitragem. Entre os litigantes habituais, o índice de respondentes a identificar um grau intenso ou muito intenso de estímulo foi de 64,28%. Novamente, os perfis sem formação jurídica e os litigantes ocasionais apontaram índices elevados de desconhecimento dos *dispute boards*:

	Em grau intenso ou muito intenso	**Em grau moderado**	**Em grau reduzido**	**Não ou não há correlação entre os temas**	**Não sei o que são *Dispute Boards***
Formação Jurídica	45,45%	24,24%	6,06%	9,09%	15,15%
Sem Formação Jurídica	18,30%	18,29%	9,76%	7,32%	**46,34%**
Litigantes habituais	**64,28%**	0%	21,43%	7,14%	7,14%
Litigantes ocasionais	22,92%	31,25%	6,25%	6,25%	**33,33%**
Êxito acima de 60%	35,48%	29,03%	6,45%	9,68%	19,35%

Figura 71: Q37 (a) Critérios Múltiplos

Como na questão anterior, a análise binária revela índices acima de 70% para os respondentes com formação jurídica, litigantes habituais e com êxito acima de 60%. Também os percentuais de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação de tema*") foram pouco significativos:

	***Dispute Boards* promovem redução, em algum grau, da litigiosidade de maneira mais eficiente do que arbitragem**	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	**75,75%**	**9,09%**
Sem formação Jurídica	46,35%	7,32%
Litigantes habituais	**85,71%**	**7,14%**
Litigantes ocasionais	60,42%	6,25%
Êxito acima de 60%	**70,96%**	**9,38%**

Figura 72: Q37 (b) Critério Binário

Identifica-se mais um indício a considerar que os *dispute boards* conseguem ser percebidos, por todos os perfis, como um mecanismo redutor da litigiosidade. Essa percepção é mais clara do que aquela identificada para a arbitragem na resposta Q9.

Tanto os questionários, quanto as entrevistas realizadas confirmaram que a presença dos *dispute boards* a acompanhar a execução da obra é o principal elemento a garantir a redução do índice de conflituosidade contratual. E isso especialmente porque o *board* "*mantém maior proximidade com o negócio e com o caso*", fazendo parte da mesma realidade das partes ("*nos dispute boards o comitê vai viver a mesma história comigo, enquanto na arbitragem eu vou precisar contar a história para alguém de fora, sobre algo que já aconteceu*" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Um entrevistado inclusive considerou que o grau de intimidade gerado com os membros dos *dispute boards* serviria "*para minimizar o moral hazard*" (*cf.* Entrevistado # 2, perfil jurídico, 6-10 procedimentos, 30%-60% de êxito).

Foi nesse sentido que litigante habitual considerou o *board* permanente até mais eficiente do que comitês *ad hoc*, justamente por acompanharem a obra antes do surgimento do conflito: "*eu entendo que os boards previnem o conflito se usados adequadamente. Um board ad hoc, que só é instaurado quando existe uma divergência entre as partes não é tão eficaz porque as partes já estão num ânimo de disputa, diferente de um board permanente que eles já se envolvem no contrato antes mesmo de surgir uma divergência (...) porque nesse caso [board permanente] os membros do board vão ganhando a confiança*

das partes e conseguem evitar até que uma pequena divergência de opiniões vire um conflito de fato" (cf. Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Elemento mencionado foi também a participação das partes nas discussões com os *boards,* a fortalecer os vínculos de confiança entre as partes e reduzir litígios: "*no boards, é uma coisa mais próxima, é algo que mais na sua mão resolver"* (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

O fato de não se protelar a solução dos conflitos para o fim da obra foi outro elemento de destaque apontado para caracterização da eficiência dos *boards*: "*você tem uma diminuição de conflitos. São conflitos pontuais, com solução imediata, não empurrar tudo para o final e lá decidir se entra ou não com o processo arbitral. Estatiscamente todos os projetos vão atrasar e vão ter algum aumento de custo. Se você faz essa gestão periódica de conflitos, você vai mitigar problemas que surgem com o andamento do projeto*" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado); "*a utilização do dispute board no curso do contrato é importante para você sanear o contrato e manter um bom rumo. Construção é uma atividade de alto risco e se você começa a ter um desvio financeiro na obra, a chance de um prejuízo final é muito grande. (...) A junta [técnica] é uma forma de, no curso do contrato, resolver isso de maneira objetiva e racional" (cf.* Entrevistado # 7, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Ponto comum registrado de forma unânime pelos entrevistados é a capacidade dos *dispute boards* de prevenir o surgimento dos conflitos ou, ao mesmo, evitar seu agravamento ao longo do tempo, o que se mostrou essencial para esse setor de indústria. Foi inclusive ressaltado a função dos *boards* em levar para arbitragem um menor volume de conflitos: "*um conflito que não foi solucionado [pelos boards], porque uma das partes não reconheceu [o pleito], esse processo já chegaria resumido dentro da arbitragem e com uma quantidade muito menor de fatos envolvendo o que precisa ser tratado, chegaria para a arbitragem mais específico. Isso seria muito bom para a arbitragem no nosso mercado (...) aproximadamente 90% dos conflitos são resolvidos no dispute board, é muito pouco o que vai para a arbitragem"* (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

A percepção mostrada foi, portanto, no sentido de ver nos *dispute boards* uma ferramenta contratual eficiente para, na linha de MACNEIL, evitar o próprio surgimento dos conflitos.

Q38: Para o setor de construção e infraestrutura, a mediação é um substituto à arbitragem?

Todos os perfis identificaram que a mediação pode ser vista como um substituto parcial à arbitragem O maior percentual a considerar a mediação como um substituto total à arbitragem foi apresentado pelos litigantes habituais:

	Totalmente	**Parcialmente e apenas para algumas disputas**	**Não**	**Não sei o que são *Dispute Boards***
Formação Jurídica	6,06%	69,70%	24,24%	0%
Sem Formação Jurídica	14,46%	67,47%	9,64%	8,43%
Litigantes habituais	**28,57%**	57,14%	14,29%	0%
Litigantes ocasionais	14,29%	73,47%	10,30%	2,04%
Êxito acima de 60%	16,13%	70,97%	9,68%	3,23%

Figura 73: Q38

Comparativamente à percepção dos *dispute boards*, a mediação registrou índices ligeiramente superiores de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação de tema*"). Também se nota que o percentual de desconhecimento é zero para os respondentes com formação jurídica e litigantes habituais. Esses índices são reduzidos para os demais perfis.

Na etapa de entrevistas, identificou-se que alguns respondentes não vincularam a mediação a um substituto da arbitragem em decorrência de a mediação não ser um método adjudicativo de solução de disputas, o que, do ponto de vista conceitual, não permitiria à mediação ser considerada um substituto *stricto sensu* da arbitragem (*cf.* Entrevistado #2, perfil jurídico, 6-11 procedimentos, 30%-60% de êxito; *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado). Esse viés de linguagem empregado no questionário pode ter contribuído à margem de rejeição dessa pergunta ("*não"* ou *"não há correlação de tema*").

Grande parte dos entrevistados também mencionou uma falta de cultura de mediação capaz de fomentar seu uso no Brasil e reduzir o ceticismo quanto à eficiência desse meio. Na percepção dos entrevistados, a visão que o setor tem da mediação ainda é muito simplista perto do que ela realmente poderia trazer de benefícios às partes. A mediação foi

destacada especialmente como meio de preservar os interesses comerciais e não romper o vínculo para negócios futuros.

Nesse contexto, foi mencionado que a aprovação da nova legislação de mediação à época das entrevistas ainda em discussão na Câmara (Projeto de Lei 7.169/2013, posteriormente convertido na Lei Federal nº. 13.140/2015) poderia suprir essa falta de cultura em torno da mediação: "*com a aprovação da lei, talvez isso mude [a falta de uso da mediação], porque o projeto de lei está para ser votado*" (*cf.* Entrevistado # 9, perfil não jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%).

A falta de uma cultura de mediação ficou clara em uma das entrevistas, mostrando-se ainda um espírito muito contencioso e caricato na construção desse método de solução de disputas: "*se as partes querem se compor, não haveria a necessidade da mediação. Para mim a mediação é mais barata do que a arbitragem, mas não tanto assim. Só que ela não é vinculativa. E o que acontece? Se [a mediação] não for a meu favor, eu vou buscar meu direito na arbitragem. Só vai ser uma etapa a mais, com um custo a mais. (...) É isso que me deixa em dúvida na mediação, que não me deixa confortável*" *(cf.* Entrevistado # 6, perfil jurídico, sem experiência prática em arbitragem).

O esclarecimento do setor a respeito das funções e potencialidades da mediação mostrou-se fundamental, especialmente quando a mediação se apresenta como uma ferramenta a colaborar para a contenção da litigiosidade contratual.

Q39: Você entende que a inclusão de mediação estimula a cooperação contratual e o aumento da confiança entre as partes?

Todos os perfis identificaram que a mediação estimula a cooperação contratual e o aumento da confiança. O critério de maior adesão escolhido pelos respondentes foi a respeito do grau moderado de impacto trazido pela mediação.

No caso dos litigantes habituais, mais de 1/3 considerou que o impacto seria de grau intenso ou muito intenso:

	Em grau intenso ou muito intenso	Em grau moderado	Em grau reduzido	Não ou não há correlação entre os temas	Não sei o que é mediação
Formação Jurídica	20,59%	32,35%	20,59%	26,47%	0%
Sem Formação Jurídica	24,10%	28,92%	20,48%	19,28%	7,23%
Litigantes habituais	**35,71%**	14,29%	35,71%	14,29%	0%
Litigantes ocasionais	22%	42%	24%	10%	2%
Êxito acima de 60%	22,58%	32,26%	22,58%	19,35%	3,23%

Figura 74: Q39 (a) Critérios Múltiplos

A análise binária aponta índices acima de 70% para todos os perfis. Os percentuais de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação de tema*") são mais elevados para os respondentes com formação jurídica:

	Mediação estimula, em algum grau, a cooperação e a confiança contratual	Não ou não há correlação de temas
Formação Jurídica	73,53%	**26,47%**
Sem formação Jurídica	75,50%	19,28%
Litigantes habituais	**85,71%**	14,29%
Litigantes ocasionais	88%	10%
Êxito acima de 60%	77,42%	19,35%

Figura 75: Q39 (b) Critério Binário

Comparado aos *dispute boards*, a mediação apresenta índices de desconhecimento reduzidos. Para os litigantes habituais, o impacto representado pela mediação dentro da análise binária (85,71% dessa amostra) é o mesmo daquele apresentado na análise binária dos *dispute boards* (85,71%, dessa amostra, vide Q36). Mas os *dispute boards* mostraram uma representatividade maior no que se refere ao índice de estímulo intenso ou muito intenso de cooperação e confiança contratual.

No cotejo entre a arbitragem, a mediação e os *dispute boards*, os dois últimos detêm uma sinalização mais intensa do que a arbitragem. No cotejo apenas entre mediação e *dispute boards*, o último detém uma sinalização mais intensa na percepção dos respondentes.

Na etapa de entrevistas, a mediação também foi associada a um sinal de cooperação e confiança: "*quando a gente fala em confiança, as partes pensam em métodos mais rápidos e nesse caso a mediação é puramente confiança, porque quando as partes não veem um ambiente [de confiança] que propicia o diálogo, a parte se retira das negociações*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%); "*a mediação sim seria mais cooperativa e focada numa solução, a arbitragem é ainda muito formal nesse sentido*" (*cf.* Entrevistado # 5, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Também acompanhando a percepção dos questionários, as entrevistas apontaram que a mediação já está um passo mais próximo da disputa, em comparação aos *dispute boards*: "*eu entendo o board como um primeiro passo, a mediação já é um passo caminhando para a disputa e a arbitragem já quando existe um conflito fechado*" (*cf.* Entrevistado # 8, perfil jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Q40: Você entende que a proximidade e participação direta das partes na mediação reduz o índice de conflituosidade dos contratos de forma mais eficiente do que a Arbitragem?

A maioria dos perfis identificou haver redução moderada da conflituosidade pela mediação. No caso dos litigantes habituais, houve diferença de percepção: 42,85% dessa amostra consideraram que essa redução da litigiosidade é de grau intenso ou muito intenso:

	Em grau intenso ou muito intenso	**Em grau moderado**	**Em grau reduzido**	**Não ou não há correlação entre os temas**	**Não sei o que é mediação**
Formação Jurídica	26,47%	29,41%	20,59%	23,53%	0%
Sem Formação Jurídica	22,89%	32,53%	19,28%	18,07%	7,23%
Litigantes habituais	**42,85%**	14,29%	35,71%	7,14%	0%
Litigantes ocasionais	26%	36%	20%	16%	2%

Êxito acima de 60%	29,03%	29,03%	25,81%	12,90%	3,23%

Figura 76: Q40 (a) Critérios Múltiplos

A análise binária mostra índices bastante representativos da percepção majoritária: **92,85%** dos litigantes habituais veem na mediação uma forma mais eficiente de redução de conflitos do que a arbitragem. Para os demais perfis, o impacto é menor, porém sempre superior a 74%:

	Mediação promove redução, em algum grau, da litigiosidade de maneira mais eficiente do que arbitragem	**Não ou não há correlação de temas**
Formação Jurídica	76,47%	23,53%
Sem formação Jurídica	74,70%	18,07%
Litigantes habituais	**92,85%**	7,14%
Litigantes ocasionais	82%	16%
Êxito acima de 60%	83,87%	12,90%

Figura 77: Q40 (b) Critério Binário

Comparativamente à percepção dos *dispute boards*, a mediação registrou índices ligeiramente superiores de rejeição ("*não"* ou *"não há correlação de tema*"). Também se nota que o percentual de desconhecimento é zero para os respondentes com formação jurídica e litigantes habituais.

Em comparação com a arbitragem, a mediação registra uma percepção de sinalização mais intensa quanto ao aspecto da redução da conflituosidade. A mediação foi considerada nas entrevistas como "*um cenário de ganha-ganha*" (*cf.* Entrevistado # 1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Elemento comum mencionado pelos entrevistados foi a comunicação e o diálogo como sendo as principais armas da mediação, a facilitar o entendimento entre as partes e, assim, garantir a redução do índice de conflituosidade contratual. A proximidade com as partes foi também mencionada como elemento a justificar essa capacidade (*cf.* Entrevistado #

1, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%), mas esta não foi percebida de forma unânime ("*a mediação não tem o elemento de 'ser parte' como nos boards*" - *cf.* Entrevistado # 3, perfil jurídico, litigante ocasional, êxito não informado).

Foi ainda lembrado o fato de na mediação a decisão ser gestada diretamente pelas próprias partes, o que aumentaria sua eficiência: "*as partes criam uma solução que as atenda, o que é o principal na mediação*" (*cf.* Entrevistado # 4, perfil não-jurídico, litigante habitual, êxito acima de 60%).

Essa percepção mostra que a mediação tem espaço para atender dentro desse setor de análise, funcionando como complemento da arbitragem na redução dos litígios.

Q41: Quer adicionar algum comentário ou opinião que entenda relevante? (aberta para resposta livre dos entrevistados)

Foram obtidas 24 respostas de comentários finais. A maioria foi no sentido de indicar a necessidade de maior divulgação da arbitragem, mediação e dos *dispute boards*, tanto no meio profissional, quanto nas universidades e escolas de formação. Também se confirmaram percepções anteriormente apresentadas:

> "Precisamos divulgar melhor os benefícios da inclusão de uma cláusula de Dispute Board nos contratos" (Questionado # 2, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)
>
> ***
>
> "Acho que a prática destes institutos está muito atrasada, seja pela cultura do país, seja pelo desconhecimento profundo dos potenciais contratantes, e consequente insegurança. Acho também que a Mediação tem potencial de aceitação muito superior ao da Arbitragem" (Questionado # 27, perfil não-jurídico, litigante ocasional, êxito acima de 60%)
>
> ***
>
> "Dentre os modelos de resolução de conflitos apresentados nessa pesquisa, acredito que o Dispute Boards melhor atende contratos na área de construção e infraestrutura, haja vista que a lei deixa muitas aberturas que favorecem as empresa contratadas, deixando todo o risco de um contrato com alto investimento para a contratante" (Questionado # 37, perfil não-jurídico, não informado número de procedimentos ou percentual de êxito)
>
> ***

"A mediação deveria ser mais utilizada nos contrato uma vez que existe uma relação continuada entre as partes. Além de ser muito mais barata que a Arbitragem e mais rápida" (Questionado # 52, perfil não-jurídico, litigante ocasional, não informado percentual de êxito)

***

"Entendo que procedimentos como Dispute Boards e Mediação sempre existiram não com estes rótulos, pois conflitos técnicos sempre tiveram que ser resolvidos no passado também. Hoje os maiores conflitos em contratos de construção se referem a Custos Extras (Aditivos Contratuais) e Cumprimento de Prazos diante de dificuldades não calculadas e/ou necessidades de serviços extras não previstos em orçamentos. Estes tipos de conflitos em geral acabam sendo administrados por acordos" (Questionado # 60, perfil não-jurídico, não informado número de procedimentos ou percentual de êxito)

***

"Os processos de arbitragem tornaram-se muito onerosos" (Questionado # 115, perfil não-jurídico, litigante ocasional, não informado percentual de êxito)

***

"Mediação por ser mais rápida, menos custosa é sempre uma alternativa a ser preferida. A Arbitragem é melhor do que o Judiciário" (Questionado # 117, perfil não-jurídico, não informado número de procedimentos ou percentual de êxito)

***

"Arbitragem substitui eficientemente o Judiciário mas a Mediação e o DB são melhores meios de solução de controvérsias" (Questionado # 119, perfil não-jurídico, litigante habitual, 30%-60% de êxito)

O *feed-back* recebido foi positivo, com incentivo à pesquisa e à continuação do trabalho em outras frentes. Registrou-se apenas uma crítica acerca do número elevado de perguntas no questinário.

Apêndice 3: Lei nº. 241/ 2008 - Prefeitura Municipal de Cairu

LEI Nº.241 DE 17 DE DEZEMBRO DE 2008.

Define as diretrizes para o planejamento de longo prazo, no contexto territorial e tributário, integrando à administração pública municipal o PLANO DE DESENVOLVIMENTO ESTRATÉGICO CAIRU 2030, a consecução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU – Organização das Nações Unidas, os procedimentos legais de mediação e arbitragem, e dá outras providências.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CAIRU, ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições:

Faço saber que a Câmara Municipal aprova e eu sanciono a seguinte Lei:

Art.1º. – A administração pública do Município de Cairu assume, através desta Lei, conforme produção técnica patrocinada pelo BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento e pela UMA – Universidade Livre da Mata Atlântica, o PLANO DE DESENVOLVIMENTO ESTRATÉGICO CAIRU 2030 como referência para o planejamento governamental de longo prazo e definição de estudos e projetos prioritários de cunho institucional e estruturante.

§ 1º. – A regulamentação desta lei limitará, precisamente, as áreas rurais prioritárias para urbanização no Município, equacionando a exploração das oportunidades territoriais de interesse social, econômico e ambiental, reconhecendo:

I - as vocações turísticas em todas as suas vertentes e segmentos;
II- o potencial sustentável de desenvolvimento imobiliário;
III- as necessidades de conservação e preservação das áreas urbanas e rurais;
IV- os econegócios potenciais;
V- os meios legais de prevenir ou resolver rapidamente eventuais conflitos;
VI- os riscos de criação de favelas e os impactos ambientais derivados;
VII- os fluxos migratórios desejáveis e indesejáveis;
VIII- a importância da educação para geração de riquezas e eliminação da pobreza.

§ 2º - Os perímetros expandidos dos núcleos urbanos e as zonas de expansão urbana prioritárias do Município de Cairu passam a ser definidos a partir de referência própria, estabelecida com base em marco configurado a partir do eixo longitudinal dos respectivos atracadouros públicos e a interseção com a atual linha de preamar.

Art.2º. – Os setores de círculos terrestres que definem os perímetros expandidos dos núcleos urbanos e as zonas de expansão urbana prioritárias terão, para cada localidade do Município de Cairu, seus marcos georeferenciados e extensão dos raios próprios estabelecidos na regulamentação desta Lei pelo Poder Executivo.

Art.3º. – As áreas definidas pelos setores circulares terrestres serão, obrigatoriamente, excluídas dos zoneamentos ecológicos e econômicos das Áreas de Proteção Ambiental, configurando regiões de uso e ordenamento do solo disciplinado pelo PDDU – Plano de Diretor de Desenvolvimento Urbano e, especificamente, pela legislação urbanística própria.

Art.4º. – Serão definidas na regulamentação desta Lei as ações e prioridades governamentais, para o quadriênio 2009 / 2012, no contexto do desenvolvimento territorial e urbanístico de longo prazo, sob a perspectiva do esgotamento futuro das atuais reservas de gás natural e petróleo geradoras dos *royalties* e do incremento da atividade econômica com impactos finitos nas receitas municipais.

Art.5º. – A visão estratégica municipal estará baseada em ações de planejamento dirigidas no sentido de se atingirem os objetivos de diversificação da economia, da qualificação urbana, ambiental, social e econômica levadas a efeito de forma abrangente e integrada e a uma conservação e gestão ambiental financeiramente sustentada.

Art.6º. – Os desdobramentos desta Lei são, no contexto territorial, a formalização de parcerias público-privadas infra-estruturantes, o combate à informalidade, os zoneamentos ecológicos e econômicos integrados para todo o arquipélago, a superação de pontos fracos e ameaças e, por conseqüência, a potencialização de pontos fortes e oportunidades identificados no "Plano Cairu 2030", a serem destacados na regulamentação desta Lei.

§ 1º – O poder público municipal poderá utilizar e fomentar a utilização da Lei Federal n. 9.307, através de mediações e arbitragens, para superação de quaisquer conflitos, litígios e óbices que impeçam, no âmbito do Direito Patrimonial Disponível, e, no contexto dos negócios públicos e privados, o desenvolvimento territorial, a defesa do meio ambiente e o fortalecimento institucional do governo local.

§ 2º – Os recursos legais de mediação e/ou a arbitragem serão aplicados, contratualmente, com destaque, no fortalecimento das finanças municipais, através da recuperação de créditos tributários, e, conseqüentemente, na promoção da segurança jurídica exigida para captação e qualificação de investimentos estruturantes e defesa ambiental.

Art.7º. – Todas as pessoas jurídicas estabelecidas no município, os proprietários rurais e todos os projetos de investimentos voltados para exploração do potencial imobiliário, turístico, comercial, industrial ou de prestação de serviços serão obrigados, sob pena de multa, a demonstrar, para licenciamento público no âmbito municipal, a integração dos seus negócios privados ao planejamento de longo prazo balizado pelo Plano Cairu 2030.

§ 1º– Esta iniciativa de cadastramento estratégico tem como finalidades precípuas o fomento ao esforço coletivo, rotineiro e sistêmico de defesa ambiental e a elaboração de projeções precisas sob a perspectiva de fortalecimento das finanças públicas municipais de forma independente da recepção dos royalties advindos da exploração de petróleo e gás.

§2º – Tal integração estratégica será disciplinada através do decreto que regulamenta a aplicação desta Lei e das normas emitidas pela Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Econômico ou outra instancia ou departamento que a suceda no âmbito das normas derivadas.

Art.8º. – O prefeito municipal poderá, mediante decreto, declarar de utilidade pública as zonas estabelecidas para requalificação e/ou expansão urbana prioritária e os projetos de restauração e revitalização dos monumentos históricos situados no município, na condição de âncoras do desenvolvimento socioambiental e econômico.

Art.9º. - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Gabinete do Prefeito Municipal de Cairu, Estado da Bahia, 17 de dezembro de 2008.

Hildécio Antonio Meireles Pinho
Prefeito Municipal

Apêndice 4: Decreto nº. 398/2008 - Prefeitura Municipal de Cairu

ESTADO DA BAHIA
PREFEITURA MUNICIPAL DE CAIRU
GABINETE DO PREFEITO

DECRETO N.398 / 2008

Define o espectro de regulamentação da Lei nº 241, de 17 de dezembro de 2008, institui o Programa do Modelo Institucional, as bases de referência pública do Plano de Desenvolvimento Estratégico CAIRU 2030 e as diretrizes prioritárias para o planejamento municipal de longo prazo, no âmbito do desenvolvimento territorial e das finanças públicas; determina as providências administrativas diretas, afins e correlatas.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CAIRU – ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições legais, especificamente, considerando os Artigos 1°, 4°, 5° e 7° da Lei n. 241 de 17 de dezembro de 2008,

CONSIDERANDO as seguintes definições do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística contidas no Ofício DGC nº 06 de 19 de janeiro de 2007:

I) O Município de Cairu é um conjunto de ilhas costeiras relacionadas à área do continente que lhes é adjacente, ambientalmente homogêneo e ecologicamente integrado, que constitui um caso excepcional entre os municípios brasileiros, uma vez que é formado por ilhas separadas por canais e rios, que estão subordinados a uma única administração;
II) O Município de Cairu é uma ocorrência geográfica excepcional e particular, composto de várias ilhas, que diferentemente de outros que possuem áreas insulares agregadas, administrativamente, a um território situado no continente, o que justifica o tratamento especial do caso único e particular, por parte da SPU Secretaria do Patrimônio da União, frente à Emenda Constitucional nº 46;
III) E, portanto, recomenda que a Prefeitura Municipal de Cairu solicite da SPU análise mais criteriosa, quanto à sua condição geográfica e administrativa, de forma a resguardar a preservação da unidade tanto política quanto ambiental do Município.

CONSIDERANDO que a administração pública do Município de Cairu ao assumir o Plano de Desenvolvimento Estratégico Cairu 2030 como referência para o planejamento governamental, reconhece:

I) A importância fundamental da educação para a geração de riqueza e eliminação da pobreza;

I) A importância fundamental da educação para a geração de riqueza e eliminação da pobreza;
II) As vocações turísticas em todas as suas vertentes;
III) O potencial sustentável de desenvolvimento imobiliário;
IV) As necessidades de conservação e preservação das áreas urbanas e rurais;
V) A ocorrência de fluxos migratórios indesejáveis;
VI) Os riscos de criação de favelas e os impactos ambientais conseqüentes;
VII) Os meios legais de prevenir ou resolver rapidamente eventuais conflitos de base patrimonial.

DECRETA:

ART. 1° – A regulamentação do planejamento de longo prazo no Município de Cairu está baseada nas seguintes ações previstas no Plano de Desenvolvimento Estratégico Cairu 2030:

I) a criação de um modelo institucional;
II) o ordenamento territorial;
III) a infraestruturação básica do município;
IV) a articulação com o Plano de Manejo e Gestão da APA Tinharé-Boipeba;
V) a intervenção de qualificação urbana;
VI) a intervenção ambiental;
VII) a criação de plataforma industrial e logística;
VIII) as acessibilidades e os transportes;
IX) a pesca, o extrativismo e a diversificação da economia;
X) o desenvolvimento do turismo;
XI) a criação de micro e pequenas empresas de jovens;
XII) as escolas de formação profissional.

§ 1° – O modelo institucional que dá suporte à execução do Plano Cairu 2030 está vinculado a 2 (dois) conceitos fundamentais:

I) DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – desenvolvimento que supre as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades;

II) SINERGIA – ato ou esforço simultâneo na realização de uma função ou propósito comum com base na idéia de que as partes de um conjunto ou sistema, agindo harmoniosa e complementarmente, são muito mais que a simples soma de cada célula ou componente unitário isolado.

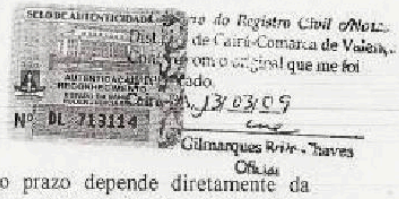
§ 2° – Tais conceitos estruturantes sustentam a VISÃO do município como a de um Campus Universitário utilizado por universidades objetivando a harmonizar as dinâmicas ambientais, econômicas e sociais, sustentar trabalhos de pesquisa, ensino e extensão, e, consequentemente, viabilizar os aportes de conhecimentos e recursos financeiros necessários ao desenvolvimento sustentável local;

§ 3° – A VISÃO supracitada deve fomentar a ampla articulação, coordenação e integração das forças estruturantes da iniciativa privada, da academia, do governo e das comunidades para a promoção do desenvolvimento sustentável.

§ 4° – Fica criada, portanto, a Comissão Executiva do Plano de Desenvolvimento Estratégico Cairu 2030 com a responsabilidade de propor a institucionalização integrada da gestão do Campus, dedicada às atividades operacionais, e da Agência de Desenvolvimento prevista no Plano Cairu 2030, na condição de foro para o planejamento estratégico e para os estudos ambientais, econômicos e sociais necessários à promoção da sustentabilidade no Arquipélago de Tinharé.

§ 5° – Tal Comissão Executiva será composta por 3 (três) técnicos conhecedores da realidade do Arquipélago de Tinharé, nomeados pelo Prefeito Municipal e capacitados para a execução do Plano nas vertentes propostas de:

I) Ambiente de Atratividade;
II) Instrumentos de Operacionalização;
III) Estratégias Setoriais;
IV) Valorização de Recursos Humanos.



ART. 2° – O sucesso do planejamento de longo prazo depende diretamente da prospecção e da importação de exemplos positivos e negativos, nacionais e estrangeiros, que balizem todo o esforço ora preconizado, incluindo o financiamento dos projetos derivados do Plano Cairu 2030 e de todas as medidas para assegurar o desenvolvimento sustentável.

§ 1° – A complexidade da execução do Plano Cairu 2030 e a elaboração dos diversos projetos previstos, com ações e medidas próprias, exige o estabelecimento dos seguintes princípios e formas de acesso a recursos financeiros necessários e suficientes, doravante chamados, apropriadamente, de senhas ou chaves de suporte:

I) SENHA 1 – apoio coerente do BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, conforme relatório próprio integrado ao dito plano, e a disposição do governo municipal em envidar esforços para antecipar a consecução dos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio", no Arquipélago de Tinharé;

II) SENHA 2 – parcerias acadêmicas formalizadas por acordos de cooperação técnica e financeira, de cunho público ou privado, que reconheçam a importância das experiências que serão geradas com a criação de um modelo de desenvolvimento sustentável de interesse global no âmbito social, ambiental e econômico – deve resultar na visão do território como espaço sinérgico compartilhado por universidades parceiras, configurando a imagem estruturante de um Campus Universitário Municipal;

III) SENHA 3 – identificação de fontes nacionais e internacionais de financiamento dos projetos estratégicos e para iniciativa privada com esforços de articulação fluente com os outros níveis de governo, agências de desenvolvimento brasileiras ou estrangeiras, bancos oficiais, agências reguladoras de concessões públicas, parcerias público-privadas, pactos com

organizações sociais de interesse público, alianças estratégicas afins e correlatas – deve resultar na constituição de dois FUNDOS DE DESENVOLVIMENTO ESTRATÉGICO complementares (FDE1 e FDE2 com governanças, respectivas e complementares, de natureza pública e privada);

IV) SENHA 4 – fortalecimento das finanças públicas municipais, através de acesso legal ao mercado financeiro e ao mercado de capitais, com base nas potencialidades geradas pela utilização intensiva de tecnologia da informação, doutrina, propaganda, marketing público, contabilidade social, ciências imobiliárias e educação tributária aplicada à universalização das justas contribuições advindas da propriedade rural e urbana, da transmissão de bens inter-vivos, da prestação de serviços de qualquer natureza e da cobrança de taxas de serviços públicos – deve resultar na criação de um Observatório Tributário.

§ Segundo - As alianças estratégicas previstas no Pacto Global da ONU – Organização das Nações Unidas (cooperação entre a academia, empresas, esferas de governo e as comunidades), a produção do movimento denominado de "Global Forum" e os programas e conceitos estruturantes derivados serão fontes adicionais de referência para o planejamento de longo prazo no Arquipélago de Tinharé.

ART. 3º – A regulamentação da Lei nº 241/2008 será traduzida, inicialmente, na institucionalização de 5 (cinco) programas prioritários, auto-suficientes e complementares, disciplinados neste decreto.

SEÇAO I

PROGRAMA DO MODELO INSTITUCIONAL

ART. 4º - A administração municipal reconhece, no âmbito interno do território cairuense, os seguintes PONTOS FORTES para formulação de estratégias para o desenvolvimento no longo prazo:

I) Patrimônio natural e cultural existente
II) Recursos naturais de grande valor, diversificados e bem distribuidos;
III)Riqueza florestal existente com boa capacidade de aproveitamento;
IV)Fraca circulação de automóveis favorecendo a conservação ambiental;
V) Sensibilidade da população residente para a gestão ambiental.

ART. 5º – Os PONTOS FRACOS têm, também no âmbito interno do municipio, os seguintes destaques para o planejamento territorial:

I) Pressões urbanisticas de alto risco com tendência para expansão;
II) Turismo massificado gerando limites para o ordenamento territorial;
III) Frágil rede de infraestruturas básicas;
IV) Aproveitamento não racionalizado dos recursos naturais;
V) Debilidade da estrutura econômica e do tecido empresarial;
VI) Falta generalizada de organização de atrativos;

VII) Inexistência de ações de promoção do destino turístico;
VIII) Desqualificação e carências na preparação das pessoas;
IX) Pouca atratividade para fixação de população residente;
X) Dificuldades de acesso e nos transportes;
XI) Emprego mantido mais por razões sociais do que por razões econômicas.

ART. 6º – As OPORTUNIDADES no contexto exógeno são identificadas e reconhecidas pelo Poder Público como sendo:

I) Crescente desenvolvimento do turismo;
II) Tendência dos mercados para criarem produtos com recursos locais;
III) Interesse de várias organizações privadas e públicas, nacionais e estrangeiras;
IV) Carências de investimentos produtivos, culturais e ambientais;
V) Boas possibilidades de diversificação da economia;
VI) Aumento das receitas municipais em prazo curto;
VII) Degradações em condições de receber correções.

ART. 7º – As AMEAÇAS são, por sua vez, a destruição (real e potencial) de áreas ambientalmente ricas, mas frágeis, e:

I) Pressão urbanística não relacionada com a atividade econômica;
II) Falta de atratividade para os investidores qualificados;
III) Carências na implementação de modelos institucionais de desenvolvimento;
IV) Ausência de integração do território à gestão governamental;
V) Carência de meios para controlar a situação global do território.

ART. 8º – Fica instituído, portanto, através deste decreto e do reconhecimento público do diagnóstico vinculado ao Plano Cairu 2030, o Programa do Modelo Institucional que objetiva custear e promover o alinhamento estratégico entre o governo municipal e as forças produtivas do município, criando a CAE – Comissão de Alinhamento Estratégico.

§ 1º – A CAE – Comissão de Alinhamento Estratégico e, complementarmente, a DAE – Declaração de Alinhamento Estratégico, de periodicidade anual, têm objetivos precípuos de permitir a coordenação e integração dos esforços públicos e privados para superação dos pontos fracos e ameaças e, por outro lado, potencializar os pontos fortes e as oportunidades identificadas pelo Plano Cairu 2030.

§ 2º – O Plano de Desenvolvimento Estratégico Cairu 2030 será perfeitamente integrado às atividades produtivas dos empreendimentos instalados no Município de Cairu e no sistema educacional mediante processo de alinhamento público-privado materializado por declaração anual própria, em formulário padrão emitido pela Secretaria de Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável.

§ 3º – O enquadramento do estabelecimento urbano ou rural no planejamento estratégico oficial implicará na qualificação das atividades econômicas, sociais e ambientais do empreendedor ou proprietário através do recebimento de certificado próprio e selo que deverão ser ostentados conforme regulamentação própria.

SELO DE AUTENTICIDADE
Ofício do Registro Civil c/Notas
Distrito de Cairú-Comarca de Valença
Conferi com o original que me foi
Cairú, 13/12/05
Nº DL 713116
Ofício

ART. 9º – Fica, instituído, o AP – Curso de Alinhamento ao Planejamento em duas vertentes que serão detalhadas em portaria própria da Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável:

(I) AP 1 – INSERÇÃO SOCIAL E PROFISSIONAL - para público do nível médio (alunos egressos ou cursando) – ênfase no potencial turístico, na educação tributária, no empreendedorismo (autonomia e capacidade dos jovens), na monetização dos ativos ambientais e na sustentabilidade.

(II) AP 2 – INSERÇÃO TÉCNICA E FINANCIAMENTO - para profissionais de graduação superior e técnico (tecnólogos) que atuam no licenciamento ambiental, no planejamento econômico, no planejamento físico e na execução de obras no Arquipélago de Tinharé – ênfase no aprimoramento e defesa da legislação urbanística, no zoneamento ecológico e econômico integrado de todo o território cairuense e no acesso às linhas de financiamento da sustentabilidade.

§ 1º – A sustentabilidade do potencial imobiliário e turístico, as tecnologias limpas, a importação de bons exemplos, o fomento à criação formal de reservas particulares do patrimônio natural, a aplicação da lei de arbitragem para promoção da segurança jurídica, e, conseqüentemente, o acesso às linhas de crédito oficial aplicadas para tais fins são temas transversais para ambos os cursos.

§ 2º – O AP 1 será voltado para estudantes e egressos do nível médio sendo oferecido, exclusivamente, a alunos residentes no Arquipélago de Tinharé com idade entre 16 (dezesseis) e 24 (vinte e quatro) anos e renda familiar de até 3 (três) salários mínimos.

§ 3º – O AP 2 será oferecido, periodicamente, pelo governo municipal ou parceiro acadêmico contratado, para todos os profissionais do planejamento ou execução de obras, investidores e empreendedores que atuem no Arquipélago de Tinharé.

§ 4º – Os cursos de alinhamento estratégico objetivarão, prioritariamente, a divulgação técnica e a integração aos processos produtivos dos princípios e diretrizes vinculados às políticas públicas de meio ambiente, desenvolvimento socioeconômico, utilização de tecnologias limpas, princípios de sustentabilidade e franco acesso às linhas oficiais de financiamento para sustentabilidade.

§ 5º – As atividades de orientação, promoção, divulgação, assessoria de comunicação, disseminação técnica e execução do programa ora previsto serão confiadas pelo governo municipal a instituição de ensino superior, pública ou privada, selecionada por processo licitatório necessário e suficiente, com contrato de validade bienal prorrogável por igual período.

§ 6º – A remuneração da instituição acadêmica será definida por critério vinculado ao processo licitatório e baseada na expectativa de receita municipal, vinculada aos processos de promoção do alinhamento estratégico no âmbito urbano e rural, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) do valor total das taxas diretas, afins e correlatas.

§ 7º – As rotinas de promoção e manutenção do dito alinhamento estratégico serão arcadas, inicialmente, pela Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável, podendo, numa segunda fase, ser feito, também por parceiro acadêmico

6

(instituição de ensino superior) selecionado mediante processo supracitado ou dispensa de licitação admitida pela legislação própria.

ART. 10 – O cadastramento estratégico dos empreendimentos existentes ou projetados e de todas as propriedades rurais será feito no prazo de 8 (oito) meses, a contar da publicação deste decreto, mediante recolhimento de remuneração mensurada pelos seguintes parâmetros cumulativos:

I) R$7,00 (sete reais) por hectare para quaisquer glebas ou terrenos urbanos;
II) R$3,00 (três reais) por metro quadrado de área construída urbana ou rural.

§ 1° – A receita resultante do esforço de alinhamento estratégico será repassada para o orçamento da Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável e/ou, por licitação própria, à instituição acadêmica que executará o Programa do Modelo Institucional e as ações derivadas.

§ 2° – Tal estimativa orçamentária fica estabelecida em função de que o território do município tem 45.290,00 (quarenta e cinco mil, duzentos e noventa) hectares e as taxas advindas das áreas urbanas compensarão as imprecisões, as omissões e as indefinições que são inevitáveis numa estimativa preliminar e pioneira.

§ 3° – A remuneração pela prestação de quaisquer serviços programáticos será recolhida por meio de documento de arrecadação próprio e comporá reserva financeira que será aplicada, obrigatoriamente, na execução das diretrizes da lei ora regulamentada.

§ 4° – A ausência do cadastramento após a superação do prazo ora estabelecido implica na aplicação de multa administrativa anual no valor de 5 (cinco) vezes a remuneração ora estabelecida.

ART. 11 – O cadastramento dos empreendimentos urbanos e das propriedades rurais será feito mediante 5 (cinco) passos obrigatórios:

1 – cadastramento do responsável técnico pelo alinhamento estratégico no âmbito físico;
2 – apresentação dos documentos preliminares de descrição e regularidade do imóvel;
3 – participação do dito responsável e seus pares técnicos em curso de orientação;
4 – apresentação da declaração de alinhamento e solução de eventuais pendências;
5 – aprovação ou revisão da DAE até a certificação de enquadramento estratégico.

§ 1° – A omissão frente às obrigações legais regulamentadas por este decreto suspende, automaticamente, as licenças de funcionamento, alvarás e quaisquer outras autorizações emitidas pelo governo municipal para o estabelecimento urbano ou rural omisso.

§ 2° – A fiscalização referente ao enquadramento estratégico e licenciamentos será feita pelo governo municipal, de forma inopinada, mediante intensa atividade de orientação prévia e capacitação dos profissionais atuantes no âmbito do Arquipélago de Tinharé, nas disciplinas de planejamento e/ou execução de obras de quaisquer portes, tipos ou segmento econômico.

§ 3° – Os documentos preliminares de que trata o presente artigo são a comprovação da propriedade do imóvel urbano ou rural, a quitação do IPTU ou do ITR, o memorial

descritivo e o levantamento cadastral planimétrico georreferenciado do terreno ou gleba, o CCIR – Certificado de Cadastramento de Imóvel Rural, além das informações preliminares indicadas em ficha própria aprovada por portaria.

§ 4° – O cadastramento dos empreendimentos urbanos e imóveis rurais tem início mediante a apresentação, pelos seus proprietários, de responsável técnico pelo alinhamento estratégico no âmbito do planejamento físico (territorial e/ou urbanístico).

§ 5° – O dito responsável técnico será, obrigatoriamente, um arquiteto/ urbanista ou engenheiro civil, contratado pelos ditos proprietários urbanos e rurais, mediante formalização de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica recolhida junto ao CREA/BA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Estado da Bahia.

§ 6° – O profissional cadastrado conforme esta medida preliminar deverá ser credenciado, pelo governo local, através da participação em curso de orientação oferecido pela Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento, ou pelo parceiro acadêmico contratado, ensejando o perfeito entendimento do espírito do planejamento de longo prazo, da legislação urbanística e do posicionamento do município como exemplo de desenvolvimento no âmbito do turismo de excelência, ciências imobiliárias e sustentabilidade.

§ 7° – Os ditos responsáveis técnicos também deverão estar inscritos junto à Fazenda Municipal e comprovar a quitação de suas obrigações tributárias, referentes ao exercício profissional no contexto do território municipal, e obter suficiência em exame (prova escrita) vinculado ao curso de orientação ora instituído.

§ 8° – Os demais profissionais ou equipes multidisciplinares que estejam envolvidos no planejamento, licenciamento e/ou execução dos empreendimentos urbanos ou rurais também poderão participar dos ditos cursos de orientação mediante inscrição onerosa estabelecida pela secretaria competente ou pelo parceiro acadêmico com base em parâmetros de mercado.

§ 9° – Os imóveis urbanos e rurais cadastrados no Programa do Modelo Institucional também deverão estar com todas as suas obrigações tributárias municipais, estaduais e federais satisfeitas ou, alternativamente, apresentarem plano ou compromisso de regularização e/ou formalização que seja admitido pela Comissão de Alinhamento Estratégico - CAE para certificação condicional.

ART. 12 – As ditas declarações de integração às políticas públicas municipais e alinhamento estratégico serão julgadas, rotineiramente, pela CAE que terá composição tripartite e paritária com 3 (três) membros, nomeados pelo prefeito, na condição de representantes da iniciativa privada (um empresário ou representante de sindicato patronal); de organizações sociais (um ambientalista ou líder comunitário representante de associações comunitárias) e do governo municipal.

§ 1° – As deliberações da comissão são passíveis de recurso administrativo encaminhado unicamente ao Secretário de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável ou executivo que, dentro da estrutura do governo municipal, o suceda.

§ 2° – Os membros da comissão serão remunerados pela instituição acadêmica selecionada, por força do trabalho efetivo e comprovado, com recursos oriundos da arrecadação das taxas ora estabelecidas, à razão de valor unitário estabelecido por hora de trabalho efetivo atestado e mensurado por portaria da Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável.

§ 3° – O certificado de enquadramento estratégico será emitido pelo secretário competente para cada estabelecimento urbano e rural devidamente julgado pela comissão supracitada com base na aprovação da DAE - Declaração de Alinhamento Estratégico.

§ 4° – O ato de nomeação dos membros da CAE indicará 3 (três) titulares e 3 (três) suplentes para cumprirem as obrigações inerentes à execução do PMI em todos os seus aspectos e, o colegiado titular, terá 30 (trinta) dias para elaborar e propor o seu regimento interno e formas de financiamento complementar que serão aprovados pelo secretário competente e pelo prefeito municipal.

§ 5° – A CAE fará, além da avaliação rotineira das declarações de alinhamento estratégico, os relatórios anuais com balanços e proposições para superação de pontos fracos e ameaças e, conseqüentemente, potencialização de pontos fortes e oportunidades descritas no Plano Cairu 2030.

§ 6° – O dito relatório será encaminhado ao secretário encarregado da execução do PMI e ao prefeito municipal para posterior publicação que servirá de baliza para os ciclos anuais conseqüentes de alinhamento estratégico.

§ 7° – As ditas proposições estratégicas, os relatórios, as declarações, e o PMI servirão, permanentemente, de referência para os vereadores na elaboração de legislação complementar, afim e correlata.

§ 8° - Os estudos e investimentos de infraestruturação, regularização fundiária, planejamento estratégico e urbanização nas Ilhas de Tinharé, Boipeba e Cairu, com as indispensáveis ações de fortalecimento das finanças públicas no curto, médio e longo prazos são prioridades governamentais para o quadriênio 2009 / 2012.

ART. 13 - A porção norte da Ilha de Tinharé, entre o Povoado do Morro de São Paulo e o Distrito do Galeão, passa a configurar zona controlada de expansão urbana de alta prioridade em função da proximidade do continente e dos serviços do aeroporto continental.

Parágrafo Único – A dita porção territorial merece tratamento diferenciado e prioritário porque detém a concentração de mais de 50% (cinqüenta por cento) da população residente e, também, da maior parte da população flutuante, exigindo, para controle e ordenamento do uso do solo, a aplicação maciça de conhecimentos em turismo, ciências imobiliárias e sustentabilidade.

ART. 14 – A hesitação e a protelação no que se refere às ações previstas no PLANO CAIRU 2030 permitirão a concretização das ameaças já identificadas e a estabilização de situações de degradação irreversíveis comprometendo a imagem do município como

espaço de vivência exemplar e, desta forma, as linhas prioritárias para estudos e projetos são:

I) Modelo institucional (organização governamental, agência de desenvolvimento, sistema de contabilidade ambiental, plano de marketing público);
II) Plano de ordenamento (zoneamentos fundamentais, infraestruturas e condicionantes, regulamentos);
III) Infraestruturas (recursos hídricos, águas residuais, águas pluviais, resíduos sólidos);
IV) APA Tinharé-Boipeba (integração da Ilha de Cairu, coesão territorial e organização);
V) Intervenção urbana (recuperação e valorização patrimonial, valorização dos núcleos históricos, monumentos de Cairu e do Morro de São Paulo, recuperação de zonas urbanas degradadas);
VI) Intervenção ambiental (defesa, proteção e recuperação de áreas degradadas de manguezais, proteção dos corais, criação de parques ecológicos, programas de recuperação e valorização de áreas importantes, fiscalização e educação);
VII) Plataforma industrial e logística (investimentos de base industrial na Ilha de Cairu, acessos, incentivos e financiamentos, gestão e formação);
VIII) Acessibilidade e transportes (trem elétrico ligeiro turístico, rede de estruturas de atracação nas hidrovias, vias de ligação ecológica estruturantes, acessos à cidade de Cairu, regulamentação do uso de veículos não poluentes);
IX) Pesca (pesca desportiva, infraestrutura, dinamização, indústria e comercialização);
X) Turismo (turismo sustentável, plano estratégico, passaporte, parques ecológicos, organização e institucionalizações, sistema de informações turísticas, internacionalização);
XI) Extrativismo e indústria (energias renováveis, indústria integrando o extrativismo, comercialização, agricultura biológica, fruticultura, oficinas e cultura);
XII) Empresas (rede de empresas, parcerias, incentivos)
XIII) Escola de formação profissional (concepção dos cursos, instalação de escolas, parcerias).

ART. 15 – As ações e prioridades governamentais, para o quadriênio 2009 / 2012, no contexto do desenvolvimento territorial e urbanístico de longo prazo, sob a perspectiva do esgotamento futuro das atuais reservas de gás e/ou petróleo geradoras dos *royalties* e do incremento da atividade econômica com impactos finitos nas receitas municipais, são:

I) a identificação de alternativas de fortalecimento das finanças públicas;
II) a urbanização e a infraestruturação de cunho socialmente inclusivo;
III) a atração e qualificação de investimentos sustentáveis;
IV) identificação de fontes de financiamentos para os projetos estratégicos prioritários;
V) o fomento à operação e à qualificação de bases de apoio náutico na contracosta;
VI) a formalização de um pacto comunitário pelo TURISMO DE EXCELÊNCIA
VII) a divulgação da imagem do município como destino ambientalmente seguro;
VIII) o fomento à transferência de conhecimentos sobre sustentabilidade;

IX) o acompanhamento das mudanças climáticas e seus efeitos sobre o litoral brasileiro;
X) a cooperação técnica com universidades e instituições educacionais;
XI) a promoção da segurança jurídica no âmbito fundiário;
XII) os estudos aplicados nas áreas do Turismo e Ciências Imobiliárias (*Real Estate*);
XIII) a permuta de experiências com municípios que produzem gás e/ou petróleo;
XIV) a participação no PROJETO AMAZÔNIA AZUL da Marinha do Brasil;
XV) as alianças estratégicas com outros arquipélagos e ilhas marítimas;

ART. 16 – A integração dos planos de negócios dos estabelecimentos urbanos e rurais sediados no Município de Cairu ao planejamento governamental de longo prazo será feito em etapas que objetivam:

I) Disseminar amplamente o conhecimento sobre sustentabilidade e incorporar, aos processos produtivos, as tecnologias limpas na defesa do meio ambiente do Arquipélago de Tinharé sob o prisma social, econômico e físico;

II) Fomentar o acesso às linhas de financiamentos próprios, através de agências públicas ou privadas, que viabilizem a revisão dos projetos existentes e integrem aos investimentos projetados os princípios da sustentabilidade;

III) Colher soluções criativas, de cunho interno aos estabelecimentos, e/ou propostas de interesse coletivo para superação dos pontos fracos e ameaças identificadas no planejamento estratégico municipal;

IV) Combater a informalidade, a predação, a sonegação de impostos e a concorrência desleal fortalecendo a malha empresarial e as cadeias produtivas em todos os setores da economia municipal através de mutirão de alinhamento estratégico;

V) Prevenir e/ou garantir a solução rápida para eventuais contendas que sejam estabelecidas no contexto dos negócios privados ou nas relações com o governo municipal.

§ 1° – A integração ao planejamento de longo prazo será comprovada, para fins de licenciamento de localização, implantação ou operação, mediante o preenchimento e aprovação formal, pela CAE – Comissão de Alinhamento Estratégico, da DAE - Declaração de Alinhamento Estratégico.

§ 2° – A CAE terá prazo de até 6 (seis) meses para propor a contratação de modelos de acompanhamento, fiscalização e orientação concernente ao processamento das declarações de alinhamento estratégico e divulgação da evolução dos indicadores de sustentabilidade no Arquipélago de Tinharé.

§ 3° – O aprimoramento das disposições deste decreto, das normas vinculadas e derivadas, da legislação municipal e do Plano de Desenvolvimento Estratégico Cairu 2030 é obrigação legal de todos os cidadãos cairuenses e de todas as empresas atuantes no Arquipélago de Tinharé.

§ 4° – As contribuições para o dito aprimoramento normativo deverão ser encaminhadas à CAE, através dos meios próprios, nos prazos estabelecidos por portaria do secretário municipal competente.

SEÇÃO II

PROGRAMA DE ORDENAMENTO TERRITORIAL

ART. 17 – O Município de Cairu reconhece, para os fins de planejamento de longo prazo, que a perfeita articulação produtiva entre as esferas de governo, a academia, as empresas e a sociedade é a melhor forma de viabilizar a franca atração de investimentos sustentáveis de cunho público e privado e a necessária segurança jurídica.

§ 1º – Os principais pilares da segurança jurídica desejada são a qualidade do zoneamento ecológico e econômico do território, o rigor da legislação urbanística e a forma ágil de solução para os conflitos ambientais, econômicos, sociais e contratuais nos limites do Direito Patrimonial Disponível.

§ 2º – A educação é, por sua vez, o principal pilar de promoção e manutenção do desenvolvimento sustentável e, desta forma, exige ações próprias e específicas para disseminar e integrar, aos processos produtivos, o conhecimento necessário e suficiente à superação de ameaças e pontos fracos descritos no Plano Cairu 2030.

§ 3º – A revisão do PDU – Plano Diretor Urbano e da legislação vinculada, é missão prioritária e indispensável para o planejamento estratégico, assegurando o balizamento normativo e os controles necessários para o ordenamento territorial e a qualificação urbana.

ART. 18 – O governo municipal reconhece, como base de referência para o planejamento público, os 2 (dois) projetos locais, elaborados pelo Sindicato Patronal Rural de Cairu, com o apoio da Secretaria Municipal de Planejamento e apresentados e qualificados no GLOBAL FORUM – AMÉRICA LATINA, sob o patrocínio da CNI – Confederação Nacional da Indústria, do SESI – Serviço Social da Indústria e da FGV – Fundação Getúlio Vargas, a saber:

I) "TERCEIRA ÂNCORA" que objetiva implantar um empreendimento imobiliário modelo, com elevado patamar de sustentabilidade, na Gamboa do Morro de São Paulo, atraindo investimentos de empresas social e ambientalmente responsáveis e qualificando a cadeia produtiva local no âmbito da construção civil;

II) "CAIRU-INVESTE" que cria um centro voltado à organização de foros de atração e promoção de eventos qualificadores de investimentos públicos e privados que possam ser implantados no Arquipélago de Tinharé, com ênfase no potencial turístico, imobiliário e de atração de programas governamentais estruturantes, com o acompanhamento de indicadores sociais, ambientais e econômicos do desenvolvimento sustentável.

§ 1º – Ambos os projetos têm a missão de coordenar e integrar esforços para estruturar, no âmbito empresarial, um FDE – Fundo de Desenvolvimento Estratégico com governança privada, ensejando a articulação das bases empresariais e acadêmicas para institucionalização da AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO preconizada no Plano Cairu 2030.

§ 2º – A secretaria municipal competente para execução do PMI – Programa do Modelo Institucional, ficará responsável pela interlocução entre o governo municipal e as organizações públicas apoiadoras formais dos projetos supracitados, a saber:

I) NRE – Núcleo de *Real Estate* da Escola Politécnica da USP – Universidade de São Paulo (centro de estudos em ciências imobiliárias);

II) CET – Centro de Excelência em Turismo da UnB – Universidade de Brasília (membro da OMT – Organização Mundial do Turismo);

III) CIORD – Centro Integrado de Ordenamento Territorial da UnB – Universidade de Brasília (núcleo de referência nacional em zoneamentos ecológicos e econômicos);

IV) UFBa – Universidade Federal da Bahia através do Programa UFBA ECOLOGICA;

V) BNB – Banco do Nordeste do Brasil S.A, através da Superintendência para o Estado da Bahia e a Gerência Executiva da Célula de Desenvolvimento Territorial.

§ 3º – Tal interlocução com as organizações citadas no § anterior, ou outras instituições que sejam articuladas para os mesmos fins, terá como meta a cooperação técnica e financeira e a elaboração de estudos, projetos e ações estruturantes para o desenvolvimento ambiental, social e econômico do Arquipélago de Tinharé.

§ 4º – A secretaria municipal competente para execução do PMI – Programa do Modelo Institucional ficará responsável pela interlocução entre o governo municipal e as organizações públicas intervenientes nos esforços de regularização fundiária, a saber:

I) GRPU – Gerência Regional do Patrimônio da União / Secretaria do Patrimônio da União / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

II) CDA – Coordenação de Desenvolvimento Agrário da Secretaria Estadual de Agricultura;

III) INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;

IV) RFB - Receita Federal do Brasil;

V) IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística;

VI) demais departamentos governamentais afins e correlatos.

ART. 19 – Fica instituído, portanto, através deste decreto e do reconhecimento público do diagnóstico vinculado ao Plano Cairu 2030, o POT - PROGRAMA DE ORDENAMENTO TERRITORIAL que consistirá na oferta de serviços de orientação para que os proprietários urbanos e rurais qualifiquem e detenham os títulos de propriedade dos seus imóveis, viabilizando o acesso ao crédito oficial e aos estímulos financeiros de promoção da sustentabilidade.

ART. 20 – A mesma organização acadêmica que for selecionada para execução do PMI assumirá a execução do POT prestando os serviços de interesse público concernentes à regularização fundiária e intermediação da qualificação e titulação dos imóveis urbanos e rurais.

Parágrafo Único – O POT prestará também, por valor simbólico, a orientação para os pequenos proprietários urbanos e rurais que podem gozar dos benefícios das isenções previstas em legislação e normas federais, estaduais e municipais.

ART. 21 – Os ditos estudos, projetos, ações institucionais e serviços assegurarão a regularização fundiária com base nos efeitos da Emenda Constitucional n.46, no que couber; do Estatuto das Cidades e dos marcos regulatórios dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio elaborados pela ONU – Organização das Nações Unidas, referências afins e correlatas.

ART. 22 – O POT viabilizará também a elaboração da base cadastral da MALHA FUNDIÁRIA como insumo indispensável ao planejamento de longo prazo e ao zoneamento territorial integrado de cunho ecológico e econômico.

§ 1° – O secretário municipal responsável pela supervisão da execução do dito programa coordenará os esforços técnicos para o cadastramento e o geo-referenciamento da MALHA FUNDIÁRIA.

§ 2° – O POT identificará e caracterizará também as glebas que têm vocação para constituirem RPPNs – Reservas Particulares do Patrimônio Natural, negociando e propondo ações de fomento para formalização dessas unidades de conservação e adoção dos princípios da agricultura biológica, do extrativismo inteligente e do fortalecimento das cadeias produtivas rurais.

§ 3° – A revisão das bases das declarações vinculadas ao ITR – Imposto Territorial Rural também são ações inerentes ao POT objetivando a atualização dos dados e o fortalecimento das finanças públicas.

§ 4° – A regularização fundiária e a segurança jurídica serão pontos obrigatórios da agenda composta para articulação com o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento no contexto do apoio coerente descrito em relatório próprio do Plano Cairu 2030.

§ 5° – A ampliação da base de contribuintes inscritos no cadastro do IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano será outra vertente da regularização fundiária associada à revisão dos limites dos distritos, vilas e povoados no contexto da criação das zonas de expansão dos núcleos urbanos existentes.

ART. 23 – O governo municipal reconhece a proposta de zoneamento vinculada ao Plano Cairu 2030 como insumo indispensável à elaboração e/ou revisão dos zoneamentos ecológicos e econômicos das Áreas de Proteção Ambiental das Ilhas de Cairu, Tinharé e Boipeba no que se refere aos conceitos de plataforma industrial e logística, criação de parques ecológicos, agricultura biológica, zona costeira de paisagem protegida, novas zonas turísticas, soluções viárias, indicações afins e correlatas.

Parágrafo Único – O apoio do governo municipal à constituição, com governança privada, do FDE – Fundo de Desenvolvimento Estratégico será convertido nas contrapartidas de suporte financeiro para os seguintes trabalhos:

I) CIORD / UnB - proposição de zoneamento ecológico e econômico integrado de todo o território do Arquipélago de Tinharé e revisão urgente do Plano Diretor Urbano;

II) CET / UnB - realização dos estudos sobre economia do turismo no âmbito municipal, realização do inventário turístico e implantação do OBSERVATÓRIO DO TURISMO;

III) NRE / EPUSP – elaboração de proposta de legislação e formatação de normas aplicáveis à constituição de parcerias público-privadas e, em segundo lugar, a mensuração do potencial imobiliário e justificação conseqüente da antecipação de recursos tributários que serão aplicados nas ações infraestruturantes e na capacitação de pessoas para o turismo de excelência (programa educacional temático);

IV) UFBa - revisão e atualização do planejamento estratégico, através da utilização dos mais sofisticados recursos de TI – Tecnologia da Informação aplicada ao estabelecimento de cenários futuros e à proposição de um plano de informatização da administração municipal sob o prisma de um novo modelo institucional.

ART. 24 – A Prefeitura Municipal firmará convênio próprio com o CREA/BA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Estado da Bahia objetivando a intensificar a fiscalização técnica, fomentar o trabalho de profissionais qualificados, combater a informalidade, prevenir os efeitos adversos e poluidores das construções clandestinas, capilarizar o acompanhamento de obras privadas e prestar orientação para a qualificação das habitações de interesse social existentes ou que venham a ser construídas no Arquipélago de Tinharé.

§ 1º – O POT também fará, com o apoio das universidades-parceiras e do CREA/BA, a eleição de empreendimentos considerados modelos estruturantes, com ênfase na qualidade técnica, na exploração sustentável do potencial turístico, do potencial imobiliário e viário, nas atividades náuticas na contracosta do arquipélago, no uso de tecnologias limpas e nas boas práticas ambientais, ensejando a oferta de informações técnicas, a divulgação pertinente e a orientação para regularização fundiária e de uso de águas públicas.

§ 2º – Os trabalhos de divulgação e orientação, através da imprensa, estimularão o acesso comunitário e empresarial à produção técnica, bibliográfica, monografias, dissertações, periódicos e a toda documentação que possa subsidiar a qualificação de projetos, o amplo alinhamento estratégico e o conhecimento do Plano Cairu 2030, temas afins e correlatos.

SEÇÃO III

DO PROGRAMA DE CRIAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS (PCI) E PREFEITURA DO CAMPUS MUNICIPAL (PCM)

ART. 25 – Fica instituído o PCI – Programa de Criação de Infraestruturas objetivando:

I) propor a base legal e normativa que permita a formalização de PPP (Parceria Público-Privada) infraestruturante frente a cada desafio, no âmbito municipal, de qualificação dos destinos turísticos, quer para as Concessões Patrocinadas ou para as Concessões Administrativas;

II) identificar experiências bem-sucedidas de utilização dos instrumentos legais, previstos no Estatuto das Cidades, para fortalecer as finanças públicas municipais e garantir instrumentos de qualificação urbana, desapropriação de edificações espúrias, compensações ambientais, preservação, restauração e correção de erros urbanísticos através da transferência do direito de construir, outorga onerosa e demais figuras jurídicas aplicáveis à dita missão estruturante;

III) viabilizar a instalação de um núcleo de cooperação técnica e financeira interinstitucional, doravante denominado de Campus Municipal, como braço operacional responsável pelos programas e projetos prioritários previstos no Plano Cairu 2030, pelo aprimoramento da regulamentação da lei supracitada, cooperação fluente com as universidades e instituições articuladas;

IV) estabelecer as relações sinérgicas de criação da Agência de Desenvolvimento (AGD) para coordenar e integrar os esforços e investimentos públicos, empresariais e sociais de cunho sustentável;

V) realizar os estudos de transporte, acessibilidade, carga e descarga, implantação de vias terrestres e hidrovias, temas afins e correlatos para qualificação ambiental, turística e imobiliária;

VI) criar os serviços de engenharia cartográfica que possibilitem a visão e o acompanhamento da evolução urbana e rural, com imagens e sensoriamento remoto, prevenindo desvios de cunho estratégico, riscos de ordem ambiental, social ou econômica;

VII) organizar, com o parceiro acadêmico selecionado, um centro de documentação e memória que possa disponibilizar para os estudos e projetos, de caráter público ou privado, as informações oficiais, referências, imagens, periódicos, históricos, legislação, cursos, dissertações, teses, monografias, mapas, normas e a bibliografia necessária e suficiente à qualificação dos investimentos existentes ou previstos;

VIII) divulgar, por meio das assessorias de imprensa dos parceiros acadêmicos e do sistema de comunicação regional, a disponibilização dos serviços de interesse comunitário e as obrigações derivadas da regulamentação da Lei 241/2008 e da execução do Plano Cairu 2030.

§ 1º – O Campus Municipal será organizado por uma equipe de trabalho, diretamente vinculada ao chefe do Poder Executivo, liderada por pessoa de sua confiança e abrigada fisicamente pela estrutura do parceiro acadêmico regional escolhido para realização das atividades prementes, viabilização dos programas estratégicos, estudos e projetos diretos;

§ 2º – O Coordenador do Campus será um técnico qualificado pela relação de conhecimento do Plano Cairu 2030 e representante do governo local para promoção dos esforços de coordenação e integração produtiva entre a academia, a iniciativa privada, as demais esferas públicas e as organizações sociais;

§ 3º – Compete ao Coordenador do Campus envidar esforços para assegurar a participação do Município de Cairu frente aos seguintes movimentos, serviços e/ou programas:

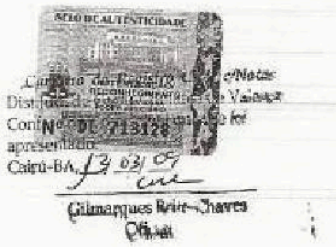
I) PROJETO ORLA (Ministério do Meio Ambiente / Ministério do Planejamento);
II) SISTEMA "S" - SENAR / SESI / SENAI / SEBRAE / SENAC;
III) MONUMENTA (IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional);
IV) AMAZÔNIA AZUL (Marinha do Brasil);
V) GLOBAL FORUM (ONU – Organização das Nações Unidas);
VI) PARADORES DE ESPANHA (Governo Espanhol);
VII) REFORMA AGRÁRIA DO INCRA.

ART 26 – Uma franca parceria com as universidades, empresas juniores da UFBa – Universidade Federal da Bahia e com o CREA-BA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Estado da Bahia) deve permitir a oferta ampla de assistência técnica para as

habitações e edificações de interesse social e, complementarmente, qualificar o patrulhamento ambiental para combater as construções e intervenções clandestinas.

ART. 27 – Os marcos legais designados pela letra "M" e descritos na SEÇÃO IV que institui o Programa de Intervenção Urbana são:

I) M1 - Distrito do Galeão;
II) M2 - Distrito da Gamboa;
III) M3 – Praia do Encanto;
IV) M4 - Sede Municipal;
V) M5 – Porto da Bataleira;
VI) M6 - Vila de Garapuá;
VII) M7 - Povoado da Torrinha;
VIII) M8 - Distrito de Velha Boipeba;
IX) M9 – Povoado do Moreré;
X) M10 – Vila de São Sebastião;
XI) ME – Morro de São Paulo (Marco Especial).



§ 1º - Desta forma, ficam previstos os eixos emergenciais de estudos viários de baixo impacto, terrestres e/ou aquáticos, definidos pelos seguintes vetores:

I) V01 – Galeão / Gamboa (M1 / M2 com 10,43 Km);
II) V02 – Gamboa / Morro de São Paulo (M2 / ME com 2,25 Km);
III) V03 – Morro de São Paulo / Praia do Encanto (ME / M3 com 5,46 Km);
IV) V04 – Praia do Encanto / Garapuá (M3 / M6 com 5,69 Km);
V) V05 – Sede Municipal / Porto da Bateira (M4 / M5 com 8,22 Km);
VI) V06 – Porto da Bataleira / Garapuá (M5 / M6 com 5,17 Km);
VII) V07 – Garapuá / Boipeba (M6 / M8 com 11,64 Km);
VIII) V08 – Rodovia BA 884 / Torrinha (M4 / M7 com 5,19 Km);
IX) V09 – Boipeba / Moreré (M8 / M9 com 2,09 Km);
X) V10 – Moreré / São Sebastião (M9 / M10 com 9,77 Km).

§ 2º – Os referidos estudos viários levarão em conta as seguintes diretrizes de preferência e hierarquização:

I) investimentos privados anunciados para ZIP – Zona de Infraestruturação Prioritária;
II) concentração de mais de 50% (cinqüenta por cento) da população no eixo M1 – ME;
III) configuração da Plataforma Logística na Ilha de Cairu exigindo a ligação M4 – M5;
IV) estabelecimento do Terminal de Cargas Continentais no norte da Ilha de Tinharé;
V) qualificação do turismo náutico com bases de apoio próprias na contracosta;
VI) necessidade de ordenamento e regularização do uso de águas públicas.

§ 3º – Será destacada, na base descritiva vinculada à regulamentação da Lei n.241/2008, junto aos arcos que caracterizam os limites da ZUP – Zona de Urbanização Prioritária de cada localidade, uma ZTR - ZONA DE TRANSIÇÃO URBANO-RURAL com uma faixa adicional de 100 m (cem metros) para os setores de centro M1, M4, M7, M9 e M10 e, por outro lado, de 250 m (duzentos e cinqüenta metros) para M2, M3, M5, M6 e M8.

§ 4º – Ficam estabelecidos, também, os seguintes vetores prioritários de estudos viários de articulação qualificada com o continente no entorno do Arquipélago de Tinharé:

I) C01 – Carga e descarga / Norte da Ilha de Tinharé (Galeão);
II) C02 – Aeroporto Continental / Atracadouro Ponta do Curral/Norte da Ilha de Tinharé (Gamboa);
III) C03 – Atracadouro da Graciosa (Taperoá) / Sede Municipal (Cairu);

IV) C04 – Nilo Peçanha (BA 001) / Rodovia BA 884;
V) C05 – Barra dos Carvalhos / São Sebastião.

ART. 28 – A secretaria municipal competente assumirá, através de decreto específico, a posição de integradora das ações derivadas do Plano Cairu 2030 e articuladora das demais secretarias, em função da regulamentação da Lei n. 241, de 17 de dezembro de 2008 e das ações previstas através da operacionalização dos seguintes programas:

I) PMI - PROGRAMA DO MODELO INSTITUCIONAL;
II) POT - PROGRAMA DE ORDENAMENTO TERRITORIAL;
III) PCI - PROGRAMA DE CRIAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS;
IV) PTU - PROGRAMA DE INTERVENÇÃO URBANA;
V) PSJ - PROGRAMA DE SEGURANÇA JURÍDICA.

ART. 29 – A dita secretaria tomará as providências cabíveis para contratação do parceiro acadêmico que detalhará e executará os ditos programas.

§ 1º – O parceiro acadêmico contratado fará, solidariamente com a secretaria municipal competente e a Comissão Executiva do Plano Cairu 2030, a coordenação e integração da cooperação técnica e financeira que envolve as universidades públicas, pioneiras no apoio formal aos interesses estratégicos do município, destacadamente, o CET – Centro de Excelência em Turismo e o CIORD – Centro Integrado de Ordenamento Territorial da UnB – Universidade de Brasília e, complementarmente, o NRE – Núcleo de *Real Estate* da Escola Politécnica da USP – Universidade de São Paulo e a UFBA – Universidade Federal da Bahia.

§ 2º – Fica composto, portanto, um colegiado estratégico organizado com a participação de todos os secretários municipais, membros da dita Comissão Executiva do PDE e 3 (três) representantes do dito parceiro acadêmico, com reuniões ordinárias mensais, para garantir os esforços coordenados de execução do Plano Cairu 2030;

§ 3º – Esse colegiado estratégico será presidido pelo Coordenador do Campus, uma vez nomeado pelo Prefeito Municipal.

§ 4º – A institucionalização da AGD (Agência de Desenvolvimento) será feita mediante proposta de lei do Executivo Municipal elaborada sob a coordenação do referido Colegiado Estratégico;

§ 5º - A proposta de lei indicada no § anterior será encaminhada para apreciação do Prefeito Municipal até o final de maio de 2009.

SEÇÃO IV

INSTITUI O PROGRAMA DE INTERVENÇÃO URBANA E CRIA A ZUP – ZONA DE URBANIZAÇÃO PRIORITÁRIA

ART. 30 – Os núcleos urbanos e glebas considerados de urbanização prioritária passam, no território do Arquipélago de Tinharé, através deste decreto, a ter precedência no desenvolvimento de estudos, normas e controles urbanísticos que garantam o ordenamento do uso do solo, a assistência técnica de caráter social, a correção ou prevenção de ocupações informais e a exploração racional e sustentável do potencial imobiliário, viário e turístico, ensejando:

Cartório de Registro Civil e Notas
Comarca de Valença

I) a antecipação, no contexto municipal, da consecução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio propostos pela ONU – Organização das Nações Unidas e o acesso da administração pública municipal à cooperação interinstitucional, técnica e financeira exigida;

II) a perfeita e coerente articulação do município com o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento por força da execução do Plano de Desenvolvimento Estratégico CAIRU 2030, elaboração e implementação dos projetos vinculados;

III) a superação das limitações e fragilidades institucionais da administração pública municipal identificadas no planejamento estratégico supracitado.

§ 1° – As ações infraestruturantes inerentes ao estabelecimento das prioridades para o desenvolvimento territorial, urbanístico, turístico, agrícola e viário implicam no suporte financeiro para que o governo municipal possa:

I) fomentar a regularização, cadastramento, avaliação e reavaliação dos imóveis rurais com a revisão e atualização das declarações vinculadas ao ITR – Imposto Territorial Rural, procedimentos afins e correlatos;

II) constituir base cadastral precisa e geo-referenciada que detalhe a configuração da malha fundiária permitindo a elaboração de criterioso trabalho de zoneamento ecológico e econômico das unidades de conservação existentes ou que venham a ser criadas;

III) definir os horizontes, as projeções e os fluxos de caixa da Fazenda Pública relacionados à arrecadação de IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, ITIV – Imposto de Transmissão Inter-vivos e outras receitas;

IV) gerar as informações exigidas para elaboração do inventário turístico, realização dos estudos vinculados à economia do turismo, com ênfase para contabilidade social turística, e qualificação das atividades de hospitalidade com a capacitação de pessoas oriundas das comunidades locais;

V) garantir a permanente atualização dos cadastros imobiliários, fortalecendo as finanças públicas municipais, através da universalização da tributação inerente à propriedade predial urbana e à propriedade territorial rural e urbana;

VI) importar exemplos bem-sucedidos, criar, viabilizar e qualificar soluções físicas e financeiras relativas às habitações de interesse social, o controle dos fluxos migratórios, combate à deterioração ambiental e fomento à erradicação da pobreza .

§ 2° - Os esforços de cooperação relativos aos estudos imobiliários e à caracterização das zonas de urbanização prioritária darão suporte técnico e estratégico para antecipação de receitas municipais, que serão aplicadas na sustentação financeira de programa governamental de obras infraestruturantes, ao programa de capacitação de pessoas para o turismo de excelência e à intensiva defesa e fiscalização ambiental, por meio de parcerias público-privadas.

§ 3° – A legislação e normas derivadas da Lei n.241, de 17 de dezembro de 2008, almejam a atração e qualificação de investimentos públicos e privados que tornem, de acordo com o Plano Cairu 2030, o Arquipélago de Tinharé um exemplo de desenvolvimento sustentável para o mundo.

ART. 31 – Os referidos estudos e projetos, públicos ou privados, assegurarão a regularização fundiária com base nos efeitos da Emenda Constitucional n.46, de 05 de maio de 2005, o

Estatuto das Cidades; o Plano CAIRU 2030; "PROJETO ORLA" do Ministério do Meio Ambiente; Objetivos de Desenvolvimento do Milênio elaborados pela ONU

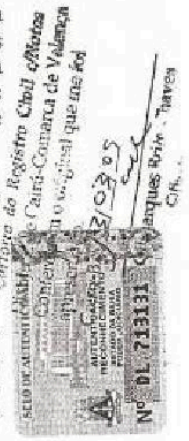
ART. 32 – O mapa anexo a este Decreto, elaborado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura, define os setores de círculos terrestres que estabelecem os perímetros expandidos dos núcleos urbanos e as zonas de expansão urbana prioritária para as principais localidades do Município de Cairu.

Parágrafo Único – Os marcos necessários à caracterização de cada ZUP estão geo-referenciados na base cadastral anexa e, a extensão dos raios próprios, estabelecidos conforme disciplinamento exigido pela Lei 241/2008, também são mensurados no texto deste decreto e no desenho apensado.

ART.33 – As áreas definidas pelos setores circulares terrestres serão, obrigatoriamente, excluídas dos zoneamentos ecológicos e econômicos das unidades de conservação, configurando regiões de uso e ordenamento do solo disciplinadas, exclusivamente, pelo PDDU – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e, especificamente, pela legislação urbanística própria (código de obras, código de posturas e normas afins).

ART. 34 – A visão estratégica do planejamento no âmbito do governo municipal será baseada no conceito sinérgico de "campus universitário" aplicado ao território como espaço geográfico utilizado, de forma integrada, por instituições de educação e universidades-parceiras vinculadas à administração pública e/ou à iniciativa privada, de origem nacional ou estrangeira, civil ou militar.

ART. 35 – Os desdobramentos deste Decreto são, naturalmente, no contexto territorial, a formalização de parcerias público-privadas infraestruturantes, o combate à informalidade, os zoneamentos ecológicos e econômicos integrados para todas as áreas rurais do arquipélago, a superação de pontos fracos e ameaças, a potencialização de pontos fortes e oportunidades identificados no Plano Cairu 2030 e destacados no conjunto integrado dos decretos de regulamentação da Lei n.241/2008.



Parágrafo Único – A criação, a adoção, a apuração, o acompanhamento e a publicação de indicadores de resultados para promoção do desenvolvimento sustentável, com ênfase no turismo e nas ciências imobiliárias, serão feitos pelo governo municipal e parceiros acadêmicos mediante o aproveitamento de experiências e modelos consagrados no Brasil e no exterior.

ART. 36 - Os marcos legais, indicados abaixo pela letra "M", definem, em mapa anexo, os centros das zonas controladas de expansão urbana prioritária e são, no Município de Cairu, numerados em ordem crescente, a partir do norte até o sul do território, e, complementarmente, no encadeamento linear de oeste até o leste, definindo o georreferenciamento da seguinte forma (base UTM - Datum SAD-69 / Meridiano -39):

I) M1 - Distrito do Galeão - 8.519.095,3876 m Norte e 496.527,9071 m Leste;
II) M2 - Distrito da Gamboa - 8.519.233,0797 m Norte e 506.892,8628 m Leste;
III) M3 – Praia do Encanto – 8.515.929,5861 m Norte e 510.423,5303 m Leste;
IV) M4 - Sede Municipal - 8.509.429,4683 m Norte e 495.416,5664 m Leste;
V) M5 – Porto da Batateira - 8.509.315,2270 m Norte e 504.299,2842 m Leste;
VI) M6 – Povoado de Garapuá - 8.510.320,7837 m Norte e 509.473,9129 m Leste;
VII) M7 - Povoado da Torrinha - 8.499.349,7599 m Norte e 499.824,1873 m Leste;
VIII) M8 - Distrito de Velha Boipeba – 8.498.760,2498 m Norte e 508.099,2771 m Leste
IX) M9 – Povoado do Moreré - 8.497.190,7416 m Norte e 509.472,4805 m Leste;
X) M10 – Povoado de São Sebastião - 8.489.370,5358 m Norte e 505.564,5238 m Leste.

ART. 37 – Os raios dos setores circulares terrestres que definem os perímetros expandidos dos núcleos urbanos e a ZUP - Zona de Urbanização Prioritária de cada localidade do Município de Cairu são, conforme base cartográfica anexa:

XI) M1 - Distrito do Galeão - 2.000 m (dois mil metros);
XII) M2 - Distrito da Gamboa - 3.500 m (três mil e quinhentos metros);
XIII) M3 – Praia do Encanto – 3.000 m (três mil metros);
XIV) M4 - Sede Municipal - 2.000 m (dois mil metros);
XV) M5 – Porto da Batateira -2.000 m (dois mil metros);
XVI) M6 - Povoado de Garapuá - 3.500 m (três mil e quinhentos metros);
XVII) M7 - Povoado da Torrinha - 1.500 m (mil e quinhentos metros);
XVIII) M8 - Distrito de Velha Boipeba – 3.000 m (três mil metros);
XIX) M9 – Povoado do Moreré - 2.000 m (dois mil metros);
XX) M10 – Povoado de São Sebastião - 3.000 m (três mil metros).

§ 1º – Os povoados de Garapuá e Moreré receberam marcos próprios, geo-referenciados e arbitrados no limite costeiro das atuais manchas urbanas consolidadas, uma vez que ainda não possuem atracadouros públicos utilizados como referência estabelecida pela Lei regulamentada por este Decreto.

§ 2º – Os pontos naturais de ancoragem e atracação, situados na contracosta da Ilha de Tinharé, utilizados para acesso à Vila de Garapuá, por força do regime das marés e das condições batimétricas, recebem geo-referenciamento próprio para os fins previstos pela Lei ora regulamentada, para revisão do Plano de Desenvolvimento Estratégico e para o zoneamento ecológico e econômico.

§ 3º – O marco central da Ilha de Tinharé (M5) foi estabelecido na margem do Rio Taenga (Canal de Garapuá), na localidade denominada de "Porto da Batateira" na Fazenda Pedrinha (coordenadas UTM – Datum SAD - 69 - 8.509.315,2270 m Norte e 504.299,2842 m Leste), e raio específico de 3.000m (três mil metros) para definição de zona especial de ordenamento, controle rigoroso de uso do solo, combate ao processo de favelização já iniciado, urbanização prioritária e defesa ambiental.

§ 4º – Os setores de círculos que têm os ditos marcos legais como centro, caracterizando a ZUP de cada localidade, podem incluir porções de terra em mais de uma ilha que faz parte do Arquipélago de Tinharé, reconhecendo as relações econômicas, sociais e ambientais dos processos de urbanização, no entorno das concentrações antropizadas, e indicando os vetores desejáveis de expansão urbana de longo prazo.

§ 5º – Fica estabelecido, também, o MARCO ESPECIAL (ME), no atracadouro do Morro de São Paulo, configurando o principal pólo turístico e a ZIP (Zona de Infraestruturação Prioritária) ensejando a realização de obras preferenciais de qualificação / requalificação espacial e a capacitação de pessoas para o turismo de excelência.

§ 6º – O dito ME (MARCO ESPECIAL) tem georreferenciamento de coordenadas UTM – Datum SAD - 69 – (Meridiano -39), com os seguintes valores: 8.521.221,4626 m Norte e 509.179,5904 m Leste.

§ 7º – A ZIP (Zona de Infraestruturação Prioritária) será configurada pelo setor de círculo terrestre, com o centro no dito ME e extensão até o M6, na Vila de Garapuá, definindo a área de maior concentração populacional do município e, consequentemente, de maiores pressões ambientais, sociais e econômicas que exigem ações de cunho emergencial para superar os desafios de qualificação turística e infraestruturação, combatendo a informalidade e a especulação imobiliária.

§ 8º – A ZIP demanda por estudos emergenciais necessários e suficientes para defes ambiental, implantação prioritária de equipamentos turísticos de alta qualidade, avaliações d potenciais hídricos, necessidades viárias, rigorosa coleta e destinação de lixo, segurança pública combate a ocupações clandestinas ou informais, articulação de investimentos com a concessionárias públicas de água e energia, sinalização turística, sinalização ambiental implantação de sistemas de esgotamento sanitário, ações urgentes afins e correlatas.

ART. 38 – A definição de cada marco legal supracitado e a caracterização de cada zona d urbanização prioritária ensejam a perfeita configuração de 6 (seis) territórios de característica próprias e demandas específicas para estudos e projetos estruturantes, a saber:

I) ZUP 1 – Noroeste – Galeão;
II) ZUP 2 – Nordeste – Morro de São Paulo;
III) ZUP 3 – Oeste – Sede Municipal;
IV) ZUP 4 – Centro – Torrinha;
V) ZUP 5 – Sudeste – Boipeba;
VI) ZUP 6 – Sul – São Sebastião.

Cartório do Registro Civil e Notas
Dist.Jud. de Cairú-Comarca de Valença
Confere com o original que me foi
apresentado.
Cairú-BA, 13/03/05
Nº DL 713133
Gilmarques Brito Chaves
Oficial

§ 1º – a soma das áreas dessas zonas de ordenamento rigoroso e urbanização prioritária envolv cerca de 11.200 (onze mil e duzentos) hectares, ou 25% (vinte e cinco por cento) do território d Arquipélago de Tinharé, que serão rigorosamente qualificados para exploração sustentável d potencial turístico e imobiliário gerando a riqueza necessária à erradicação da pobreza consecução dos objetivos do milênio.

§ 2º – a área da ZIP – Zona de Infraestruturação Prioritária envolve, por sua vez e con sobreposição sobre a ZUP 2, cerca de 8.830 (oito mil, oitocentos e trinta) hectares, ou 20% (vinte por cento) do território cairuense, permitindo os mais detalhados estudos de qualificaçã de investimentos infraestuturantes através, prioritariamente, de parcerias público-privadas.

§ 3º – A regulamentação da ZUP 3 (Oeste) reforçará a condição de plataforma logística prevista para a Ilha de Cairu pelo zoneamento vinculado ao PLANO CAIRU 2030 e fomentará:

I) a quebra de dormência e o fortalecimento econômico da sede municipal;
II) a criação do Primeiro Parque Ecológico na Ilha de Cairu;
III) a qualificação de bases de apoio náutico na contracosta do arquipélago;
IV) a recuperação e revitalização das edificações arruinadas no centro urbano;
V) a elaboração de um plano de hospitalidade para o Convento de Santo Antônio;
VI) a implantação de arranjos produtivos dedicados ao turismo de excelência;
VII) o fomento à agricultura de base familiar, piscicultura e ao artesanato;
VIII) a iniciação empresarial para jovens e adultos (autonomia juvenil);
IX) a implantação e viabilização de agências bancárias;
X) a articulação viária e turística com as localidades de Garapuá e Boipeba;
XI) a promoção cultural e preservação da memória popular;
XII) a implantação de canais eficazes de comunicação fluente com a população;
XIII) a geração de empregos através da captação de investimentos de base tecnológica

ART. 39 – Desde a edição deste decreto, até a revisão PDU – Plano Diretor Urbano e do Zoneamento Ecológico e Econômico da APA – Área de Proteção Ambiental das Ilhas d Tinharé e Boipeba, ficam valendo as obrigações de AOP – Análise de Orientação Prévia e os seguintes parâmetros urbanísticos mínimos, para os processos de urbanização em cada ZUP devidamente caracterizadas por este Decreto e, destacadamente, na dita ZIP (Zona d Infraestuturação Prioritária):

I) Lote mínimo de 1.500,00 m² (mil e quinhentos metros quadrados);
II) Testada mínima de 20,00 m (vinte metros);

Cartório do Registro Civil c/Notas
Dist.Jud. de Cairú-Comarca de Valença
Confere com o original que me foi apresentado.
Cairú-BA, 13/07/09
Gilmarques ... - Nº DL 713134
Oficial

III) Recuo frontal de 6,00 m (seis metros);
IV) Recuo lateral de 3,00 m (três metros);
V) Recuo de fundo de 8,00 m (oito metros);
VI) Gabarito de 2 (dois) pavimentos;
VII) Pé-direito máximo de 3,50 m (três metros e cinqüenta centímetros);
VIII) Pé-direito mínimo de 2,60 (dois metros e sessenta centímetros);
IX) Io – Índice de Ocupação de 0,3;
X) Iu – Índice de Utilização de 0,6;
XI) Ip – Índice de Permeabilidade 0,5;
XII) Densidade de 250,00 m^2 (duzentos e cinquenta metros quadrados) por habitante;
XIII) Uso permitido residencial unidomiciliar ou pluridomiciliar;
XIV) Lote turístico mínimo de 1 (um) hectare.

§ 1° – A AOP – Análise de Orientação Prévia é, no âmbito municipal, obrigatória para todos os empreendimentos que estão sendo ou venham a ser projetados, e o alinhamento estratégico dos empreendimentos existentes poderá prever compensações através de serviços ambientais para a adequação / readequação física, licenciamento de localização, implantação ou operação.

§ 2° – Fica obrigada, para fins de licenciamento de empreendimentos urbanísticos no território do Arquipélago de Tinharé, no que couber, a observância das orientações dos manuais do PROJETO ORLA - Programa de Gestão Integrada da Orla Marítima da Secretaria de Mudanças Climáticas do Ministério do Meio Ambiente e da SPU – Secretaria do Patrimônio da União (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

§ 3° – As soluções de esgotamento sanitário, coleta e destinação de lixo serão rigorosas, de baixíssimo impacto, sustentáveis e explicitadas detalhadamente em memorial descritivo próprio sob indispensável anotação de responsabilidade técnica.

§ 4° – Todos os empreendimentos imobiliários existentes ou projetados em cada ZUP serão obrigados, sob pena de multa, a registrar, até 31 outubro de 2009, junto à Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável e ao cartório de registro de documentos da comarca, um TAC - Termo de Acordo e Compromisso que balize a integração estratégica do investimento aos interesses públicos e a operação sustentável do conjunto urbano, conforme modelo de regulamento a ser ofertado pelo governo municipal através de competente parceria acadêmica.

§ 5° – A multa prevista no § anterior será aplicada pela Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável terá valor de R$1,00 (um real) por metro quadrado da área destinada ao empreendimento imobiliário e será de apuração diária desde a pertinente notificação até o efetivo pagamento.

§ 6° – As ditas multas poderão ser convertidas, a critério da administração pública municipal, na prestação de serviços ambientais equivalentes devidamente justificados e ajustados com a fiscalização competente.

§ 7° – A impossibilidade da conversão da multa em serviços ambientais ou a de acordo, determinará, por fim, diante de uma contenda incontornável, a instalação de processo de mediação ou arbitragem conforme o que dispõe este decreto de regulamentação na Seção V.

ART. 40 - As glebas remanescentes do território cairuense, que não foram incluídas nas ditas zonas de urbanização prioritária, ingressarão, obrigatoriamente, no Programa de Fomento à implantação de Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN) que será constituído através de normas próprias pela secretaria competente, no prazo máximo de 1 (um) ano desde a publicação deste decreto.

§ 1º – A configuração e a criação do programa de fomento às reservas ambientais particulares supracitadas serão feitas mediante cooperação técnica com universidades, conselhos gestores das unidades de conservação, cartório de registro de imóveis, os proprietários rurais e seus representantes sindicais, o Ministério Público, as organizações ambientalistas atuantes no município, a Câmara de Vereadores, as lideranças e as comunidades locais, em audiência pública.

§ 2º – A estrutura da Lei n.241, de 17 de dezembro de 2008 e esta regulamentação serão avaliadas e aprimoradas com participação comunitária ensejando a sua revisão, por decreto próprio a ser editado até 17 de dezembro de 2010.

ART. 41 – As propriedades situadas em cada ZUP terão 6 (seis) meses, desde a publicação deste decreto, sob pena de multa, para formalizarem suas inscrições no Cadastro Municipal do IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano.

§ 1º – A dita inscrição no cadastro do IPTU implica na regularização prévia das obrigações do imóvel junto ao ITR – Imposto Territorial Rural, ao INCRA – Instituto de Colonização e Reforma Agrária, à GRPU – Gerência Regional do Patrimônio da União e quitação das obrigações vinculadas às contribuições sociais e sindicais, ônus afins e correlatos.

§ 2º – A multa anual por omissão de cadastramento junto ao IPTU das propriedades situadas em cada ZUP será de R$3,00 (três reais) por metro quadrado de área construída e mais R$7,00 (sete reais) por hectare ou fração do terreno, com base no cadastramento apresentado por responsável técnico admitido pela administração municipal.

§ 3º – Eventuais divergências no dito cadastramento dos imóveis, na mensuração dos impostos, na inserção de propriedades em cada ZUP, na aplicação de multas, na execução programática, na solução de contendas diretas, afins e correlatas serão resolvidas, obrigatoriamente, por arbitragem conforme preceitua a Lei n.241, de 17 de dezembro de 2008, a utilização de interesse público da alternativa jurisdicional disciplinada pela Lei Federal n.9.307 de 23 de setembro de 1996.

ART. 42 – As edificações e propriedades rurais, situadas no Arquipélago de Tinharé, que sejam de interesse e/ou uso empresarial, em qualquer setor econômico, terão 2 (dois) anos de prazo, a partir da publicação deste decreto, para obter certificação de sustentabilidade atestada por instituição e metodologias acreditadas junto ao governo municipal através da secretaria executora do Programa de Intervenção Urbana.

SEÇÃO V

INSTITUI O PROGRAMA DE SEGURANÇA JURÍDICA (PSJ) E DE FINANÇAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

ART. 43 – É dever da administração pública prevenir e/ou garantir a solução rápida para eventuais contendas que sejam estabelecidas no contexto dos negócios privados ou nas relações com o governo municipal, promovendo o desenvolvimento sustentável e a segurança jurídica indispensável à atração e manutenção de investimentos qualificados para o fortalecimento da Fazenda Pública.

§ 1° – O PSJ – Programa de Segurança Jurídica será um dos principais pontos de alinhamento coerente com o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento uma vez que o mesmo é o financiador do Plano Diretor do Poder Judiciário do Estado da Bahia e, também, do Plano Cairu 2030.

§ 2° – as relações contratuais derivadas de atividades econômicas ou patrimoniais a ele vinculadas serão estimuladas legalmente a adotar compromissos de mediação e arbitragem para solução rápida de contendas nos âmbitos: empresarial; trabalhista; administrativo; sucessório; compras e vendas de qualquer natureza; estabelecimento de limites entre posses ou propriedades; conflitos de vizinhança; eliminação de riscos ou danos ambientais; manutenção e conservação de imóveis urbanos; avaliação de bens e direitos; tudo mais que for legalmente cabível.

§ 3° – As contendas estabelecidas no âmbito privado ou nas relações com o governo municipal, no contexto do Direito Patrimonial Disponível, que tenham repercussões para a Fazenda Pública recorrerão de forma prévia, obrigatoriamente, à tentativa de mediação, quando não houver cláusula contratual compromissória de arbitragem, conforme os preceitos legais.

ART. 44 – O conceito de FINANÇAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS é baseado na responsabilidade social e estratégica da pronta solução de impasses e prestação de serviços jurisdicionais e notariais que, de forma geral, precisam ser racionalizados, com o respeito a prazos precisos e adoção franca da TI – Tecnologia da Informação adequada.

§ 1° – A prestação de serviços institucionais de mediação ou arbitragem no município de Cairu será provida através da cooperação técnica com pelo menos 3 (três) câmaras especializadas, independentes, de notória experiência e saber jurídico.

§ 2° – Os litígios para solução fomentada ou requerida pelo governo municipal serão, a critério da Secretaria de Infraestrutura e do Desenvolvimento Sustentável, aqueles que interessam à Fazenda Municipal, comprometam a imagem do destino turístico e a segurança jurídica territorial, dificultem a qualificação de investimentos, ameacem o meio ambiente, estimulem a informalidade e a sonegação de impostos, impeçam o ordenamento do uso e ocupação do solo urbano e rural ou caracterizem óbices afins e correlatos.

ART. 45 – Os contratos da administração pública municipal com terceiros, prestadores de serviços e fornecedores passarão, doravante, a adotar, a Cláusula Arbitral derivada da Lei 9.307/96.

§ 1° - A escolha da instituição arbitral que tomará conhecimento de eventuais contendas do interesse do município será feita, em reunião ou audiência prévia, por consenso entre as partes ou sorteio entre aquelas organizações arbitrais que sejam idôneas, independentes e atuem no município ou na Região do Baixo Sul da Bahia.

§ 2° – A administração pública municipal poderá recorrer às prescrições legais de mediação e arbitragem para cobrar e recuperar créditos tributários, taxas e envidar esforços para embolsar créditos de quaisquer espécies que estejam vinculados a potenciais contendas.

§ 3° – A administração pública municipal também poderá, desta maneira, propor a terceiros, a outras esferas de governo, aos municípios vizinhos, aos seus cidadãos e contribuintes, a empresas estatais que mantenham relações com o município, a pessoas jurídicas de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras, sempre que couber e for conveniente à Fazenda Pública, a solução de contendas por via arbitral.

§ 4° – Qualquer cidadão residente no município de Cairu poderá propor a outra pessoa física ou a qualquer pessoa jurídica, mediante notificação institucional, a instalação de processo de mediação ou arbitragem de interesse público para superação de contendas de caráter ambiental, sucessório, administrativo ou econômico que tenham impacto para a Fazenda Municipal.

ART. 46 – A criação do Segundo Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Valença, dedicado ao ordenamento territorial e fundiário do Arquipélago de Tinharé, é uma prioridade estratégica do governo municipal que deverá ser formatada para receber, em função do Plano CAIRU 2030, o apoio coerente do BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento e os mais avançados recursos de TI – Tecnologia da Informação.

Parágrafo Único – Os termos deste decreto e da legislação do planejamento de longo prazo serão permanentemente aprimorados de acordo com os princípios de cooperação com as universidades parceiras e as instituições arbitrais que atuem no Arquipélago de Tinharé.

SEÇÃO VI

TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR E DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA

SELO DE AUTENTICIDADE
Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Valença
Dist.jud. da Comarca de Valença
Confere com o original que lhe foi apresentado.
Cairú-BA, 13/03/09
Gilmarques Brito Chaves
Oficial

ART. 47 – O fortalecimento das finanças públicas, a qualificação turística e imobiliária também serão feitas através da aplicação de instrumentos legais como o TRANSCON (Transferência do Direito de Construir), previsto no Estatuto das Cidades, e a declaração de UTILIDADE PÚBLICA para sustentar o ordenamento territorial dos núcleos urbanos sob risco de ocupações desordenadas e deterioração da qualidade ambiental.

§ 1°– Fica desta forma, definida como de UTILIDADE PÚBLICA a ZUP - Zona de Urbanização Prioritária do Morro de São Paulo (ZUP - Nordeste), com destaque para a poligonal contida naquele território e que, intergovernamentalmente, baliza a intervenção de requalificação urbanística, empreendida pela CONDER – Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia, no âmbito do PRODETUR – Programa de Desenvolvimento Turístico, conduzido pelo Banco do Nordeste do Brasil.

§ 2° – A mencionada ZUP engloba também áreas da Gamboa, da Costa Oceânica desde o extremo norte da Ilha de Tinharé até Garapuá.

ARTIGO 48 – São considerados, também, de UTILIDADE PÚBLICA, os projetos de restauração e revitalização dos monumentos e conjuntos históricos denominados de:

I) Igreja e Convento de Santo Antônio;
II) Sítio da Fortaleza do Morro de São Paulo, incluindo o Outeiro do Farol e Fonte Grande;
III) Sítio Histórico da Sede Municipal, inclusive a Matriz do Rosário;
IV) Sítio Histórico da Vila de Velha Boipeba.

§ 1° – Esta definição legal exige, desta maneira, o apoio governamental à revitalização e preservação dessas áreas e aos trabalhos de readequação funcional e exploração do potencial turístico que estão em curso ou na iminência de realização.

§ 2° – A utilização do Convento de Santo Antônio de Cairu como equipamento turístico qualificado e dedicado à hospitalidade é iniciativa de alto interesse público e deve ser empreendida, após os necessários estudos e enquadramentos programáticos, pela Província Franciscana de Santo Antônio do Brasil com o apoio do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e do governo municipal.

§ 3° – A garantia da revitalização do sítio da Fortaleza do Morro de São Paulo com a implantação de equipamentos e programas que confiram repercussão social à utilização do recinto fortificado é prioridade do governo municipal e enseja articulação com o Comando da Marinha e demais interlocutores destacados no ARTIGO QUARENTA E NOVE deste decreto.

ART. 49 – O estatus de UTILIDADE PÚBLICA implica no controle rigoroso da dinâmica urbana, na aplicação de instrumentos legais de desapropriação, restrições ao Direito de Construir e todas as ferramentas normativas para qualificação e requalificação dos espaços de interesse comum (social, histórico, ambiental, turístico, paisagístico ou cultural).

§ 1° – As áreas críticas sob pressão de ocupação desordenada e construção de edificações espúrias, colocando em risco a preservação histórica do Sítio do Morro de São Paulo, são:

I) o Outeiro do Farol (Fortaleza, Capela Primitiva e Forte do Zimbeiro);
II) o entorno da Fonte Grande;
III) a Primeira Praia na sua porção norte (resquícios do primitivo Forte de São Luiz).

§ 2° – Tais áreas são consideradas, doravante, como zonas de controle restritíssimo e terrenos-piloto para implantação prioritária das normas municipais de TRANSCON (Transferência do Direito de Construir), de acordo com o Estatuto das Cidades, viabilizando as intervenções corretivas (remoção de edificações espúrias) e de preservação dos monumentos nacionais supracitados e tombados no nível federal.

§ 3° - A Transferência do Direito de Construir (TRANSCON) é o instrumento pelo qual o Poder Público Municipal poderá permitir ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o imóvel de sua propriedade for considerado, entre outras hipóteses, necessário para fins de preservação de interesse histórico.

§ 4° - A lei municipal de TRANSCON e a revisão do Plano Diretor estabelecerão, conforme as prescrições do Estatuto das Cidades (Artigo 35 da Lei Federal

n.10.257/2001), as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir no Arquipélago de Tinharé e, desta maneira, eventuais contendas derivadas da aplicação deste decreto, da lei preconizada ou de normas e avaliações derivadas serão resolvidas, obrigatoriamente, por arbitragem conforme a Lei Federal n.9.307/1996 e a Lei Municipal n.241/2008.

§ 5º – Ficam criados, por meio deste decreto, 2 (dois) marcos legais de caracterização de cada ZAT – Zona de Aplicação de Transcon (Emissão Prioritária) com o seguintes geo-refenciamentos e extensões de raios (base UTM - Datum SAD-69 / Meridiano -39):

I) MFR – Marco do Outeiro do Farol – 8.521.404,9800 N / 509.446,0852 E (315,00 m);
II) MFT - Marco da Fonte Grande – 8.520.991,0792 N / 509.197,8559 E (35,00 m);

§ 6º – A ZAT do "Outeiro do Farol" terá, portanto, 315 m (trezentos e quinze metros) de raio e, por sua vez, a ZAT da "Fonte Grande" apenas 35 m (trinta e cinco metros) de raio com áreas aproximadas de, respectivamente, 31 ha (trinta e um hectares) e 3.800 m^2 (três mil e oitocentos metros quadrados).

ART. 50 – A Comissão Executiva do PLANO CAIRU 2030, nomeada em decreto próprio, assume, por meio deste, a interlocução formal do governo municipal com os proponentes, planejadores, licenciadores, financiadores e executores dos ditos projetos de restauração, revitalização e readequação funcional, em perfeito alinhamento e cooperação com:

I) IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional;
II) Comando do Exército Brasileiro;
III) Comando da Marinha do Brasil e do Segundo Distrito Naval;
IV) IPAC – Instituto do Patrimônio Cultural da Secretaria Estadual da Cultura;
V) Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal;
VI) BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social;
VII) CFFDD – Conselho Federal do Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça;
VIII) BNB – Banco do Nordeste do Brasil S.A;
IX) PRODETUR - Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste;
X) SUINVEST – Superintendência de Investimentos em Pólos Turísticos;
XI) GRPU – Gerência Regional do Patrimônio da União;
XII) Fundação Odebrecht e Instituto IDES
XIII) Fundação Ondazul;
XIV) demais instituições públicas ou privadas intervenientes.

§ 1º – Caberá, à dita Comissão Executiva, a proposição de ações de fomento e cooperação dirigidas às intervenções supracitadas, na condição de âncoras do desenvolvimento sustentável e do planejamento estratégico, integrando, perfeitamente, tais investimentos públicos aos esforços municipais estruturantes no âmbito social, ambiental e econômico.

§ 2º – A mesma Comissão Executiva também assumirá as negociações com os proprietários e posseiros que estão em áreas situadas no interior ou no entorno do Sítio

Histórico do Morro de São Paulo e, especialmente, na dita ZAP de cada marco legal supracitado, viabilizando a aplicação dos instrumentos de TRANSCON para os fins de preservação, readequação funcional, revitalização e/ou requalificação dos espaços de interesse histórico.

ART. 51 – Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Gabinete do Prefeito Municipal de Cairu, 19 de dezembro de 2008.

Hildécio Antônio Meireles Filho
Prefeito Municipal

Cartório do Registro Civil
Dist.Jud.de Cairu-Comarca de Vale
Reconheço Verdadeira(s) a(s) Firma(s)
por sinal público e Seta
Cairú-BA 13/03/09
Gilmarques Brito Chaves
Oficial

Cartório do Registro Civil
Dist.Jud. de Cairú-Comarca de Vale
Confere com o original que me foi
apresentado.
Cairú-BA 13/03/09
Gilmarques Brito Chaves
Oficial

Apêndice 5: Roteiro-base de perguntas - Projeto Cairu-2030

Roteiro (i) e (ii) políticos e gestores do projeto:
- Cargo e função em Cairu-2030
- Contextualização do projeto e do PSJ
- Razões para uso da arbitragem e da mediação
- Impactos concretos da arbitragem e do PSJ: novos investimentos, segurança jurídica, coordenação de atores, confiança social
- Casos concretos de uso da arbitragem
- Mecanismo de solução de controvérsia usado preferencialmente pelo município e PPPs
- Questão quilombola e conflituosidade social
- Existência de foro de discussão, comunicação e participação popular (Agência de Desenvolvimento, IDES, Construir Melhor, SEBRAE, Associação Comercial)
- ONG Papamel e escândalo de corrupção Âncora 1 Cairu-2030
- Lições extraídas de Cairu-2030

Roteiro (iii) consultores externos:
- Contato com Cairu-2030
- Formas de divulgação do projeto e do PSJ
- Impactos concretos da arbitragem e do PSJ: novos investimentos, segurança jurídica, coordenação de atores, confiança social
- Casos concretos de uso da arbitragem
- Questão quilombola, conflituosidade social e impacto sobre investimento
- Regularização ambiental
- Existência de foro de discussão, comunicação e participação popular (Agência de Desenvolvimento, IDES, Construir Melhor, SEBRAE, Associação Comercial)
- ONG Papamel e escândalo de corrupção Âncora 1 Cairu-2030
- Lições extraídas de Cairu-2030

Roteiro (iv) empresários/investidores:
- Contato com Cairu-2030
- Formas de divulgação do projeto e do PSJ
- Correlação novos investimentos e arbitragem/PSJ
- Correlação segurança jurídica/confiança e arbitragem/PSJ
- Casos concretos de uso da arbitragem
- Mecanismo de solução de controvérsia usado preferencialmente
- Questão quilombola, conflituosidade social e impacto sobre investimento
- Relacionamento empresarial em Cairu
- Regularização ambiental
- Existência de foro de discussão, comunicação e participação popular (Agência de Desenvolvimento, IDES, Construir Melhor, SEBRAE, Associação Comercial)
- ONG Papamel e escândalo de corrupção Âncora 1 Cairu-2030
- Lições extraídas de Cairu-2030

Roteiro (v) sociedade civil:
- Contato/conhecimento de Cairu-2030
- Formas de divulgação do projeto e do PSJ
- Sentimento de segurança/confiança com Cairu-2030
- Questão quilombola, conflituosidade social e impacto sobre emprego
- Existência de foro de discussão, comunicação e participação popular (Agência de Desenvolvimento, IDES, Construir Melhor, SEBRAE, Associação Comercial)
- Escândalo de corrupção Cairu-2030
- Lições extraídas de Cairu-2030

Apêndice 6: Memorial Fotográfico

Imagem 1: Mapa da região de Cairu - Fonte: googlemaps

Imagem 2: *Outdoor* "*Cairu - 3º melhor município da Bahia*" e contraste com a pobreza local

Imagem 3: Vista de uma das principais ruas da sede municipal de Cairu

Imagem 4: Porto localizado no vilarejo de Graciosa (17 kms de Valença) e principal forma de acesso à sede municipal de Cairu e à ilha de Boipeba

Imagem 5: Vista próxima ao Porto - região da Graciosa

Imagem 6: "*Graciosa - Comunidade Quilombola - Essa terra tem história*"

Imagem 7: Reunião realizada em 27.10.2015 no Convento de Santo Antônio, em Cairu, para discussão dos conflitos envolvendo comunidades remanescentes quilombolas - Visão da mesa

Imagem 8: Reunião realizada em 27.10.2015 no Convento de Santo Antônio, em Cairu, para discussão dos conflitos envolvendo comunidades remanescentes quilombolas - Visão do público