

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS.⁵⁵²

THE INSTITUTE OF ARBITRATION: THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS, THE TRANSACTION COSTS AND ITS ECONOMIC CONSEQUENCES.

Hugo Garbe

Economista, Doutor em Administração de Empresas pela FGV EAESP (2023), Doutorando em Controladoria e Finanças pelo Mackenzie (Previsão 2023) Mestrando em Direito pela FGV (Previsão 2024) Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela FGV EAESP (2022), Mestre em Economia e Mercados pelo Mackenzie (2018), Mestre em Administração de Empresas pelo Mackenzie (2015), MBA Executivo pela Manchester Business School, Especialista em Escolas Econômicas liberais pelo Mackenzie (2022) Graduando em Filosofia pelo Mackenzie (Previsão 2025) Bacharel em Contabilidade pelo Mackenzie (2008) e Bacharel em Economia pela PUC-SP (2002). Email: hugogarbe@yahoo.com.br. São Paulo - SP, Brasil.

Marcelo Sasso Gonzalez

Advogado; Consultor; Gestor Público; Mestre em Gestão Pública (FGV-SP); Especializando em Direito Contratual (ESA-OAB); Especializando em Teoria e Filosofia do Direito (PUC-MG); Especialista em Direito Público (PUC-RS); Especialista em Direito Imobiliário (Damásio); Especialista em Direito Processual Civil (Damásio); Especialista em Direito Constitucional (Damásio); Bacharel em Direito (UNIFIEO). e-mail: marcelo@coutoesasso.adv.br. São Paulo-SP, Brasil.

RESUMO: A demora da justiça é um problema que afeta muitos processos judiciais, podendo levar anos para que uma decisão seja tomada. A arbitragem surge como uma alternativa à justiça comum, oferecendo um método mais rápido e eficiente de resolução de conflitos. A arbitragem é realizada em câmaras de arbitragem, que são empresas privadas especializadas em solucionar conflitos. As decisões tomadas pelo árbitro têm a mesma força que uma sentença de juiz de direito. Embora a demora no julgamento arbitral

possa ocorrer, isso não justifica a interferência do judiciário, que não pode proferir decisão que esvazie o conteúdo da sentença arbitral. O presente trabalho busca analisar os institutos da arbitragem, o princípio da razoável duração do processo e os custos de transação a fim de entender a dinâmica entre estes conceitos dentro do ordenamento jurídico. Visa também compreender a responsabilidade do Estado na morosidade das demandas judiciais e como esse custo de transação pode ser mitigado através da

⁵⁵² Artigo recebido em 27/06/2023 e aprovado em 26/07/2023.

utilização em larga escala da arbitragem. Para consolidar os dados apresentados realizou-se uma revisão de literatura, consolidando e ressaltando a visão de autores renomados sobre o processo de arbitragem. Vale destacar que se utilizou principalmente de livros, artigos e dissertações publicados ao longo dos anos, fundamentando como o direito concede uma aplicação e atualização das rotinas de arbitragem ao longo do tempo, algo que se tornou fundamental para um rendimento positivo do instituto no âmbito jurídico nacional. Em suma, a razoável duração do processo é um princípio a ser buscado, mas que na prática atual não vem sendo alcançado, assim, a arbitragem pode ser a ferramenta auxiliar na busca das soluções de interesses dos envolvidos. Ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos, as partes podem reduzir o tempo das demandas e os custos de transação associados à negociação e execução, levando a transações mais eficientes e benéficas para todas as partes envolvidas, e indiretamente para sociedade, que sempre se beneficiará de trocas eficientes realizadas pelos agentes econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; direito constitucional; arbitragem; razoável duração do processo; custos de transação.

ABSTRACT: The delay of justice is a problem that affects many legal proceedings, often taking years for a decision to be made. Arbitration emerges as an alternative to regular

justice, offering a faster and more efficient method of conflict resolution. Arbitration is conducted in arbitration chambers, which are private companies specialized in resolving disputes. The decisions made by the arbitrator carry the same weight as a judge's ruling. Although delays in the arbitration process can occur, it does not justify judicial interference, as the judiciary cannot render a decision that undermines the content of the arbitral award. The present work seeks to analyze the institutes of arbitration, the principle of reasonable duration of the process and transaction costs in order to understand the dynamics between these concepts within the legal system. It also aims to understand the State's responsibility in the delay of lawsuits and how this transaction cost can be mitigated through the large-scale use of arbitration. To consolidate the data presented, a literature review was carried out, consolidating and highlighting the views of renowned authors on the arbitration process. It is worth mentioning that books, articles and dissertations published over the years were mainly used, basing on how the law grants an application and updating of arbitration routines over time, something that has become fundamental for a positive performance of institute in the national legal field. In short, the reasonable duration of the process is a principle to be pursued, but which in current practice has not been achieved, thus, arbitration can be an auxiliary tool in the search for solutions in the interests of those involved. By choosing arbitration as a means of conflict resolution, parties can reduce

the time of disputes and transaction costs associated with negotiation and enforcement, leading to more efficient and beneficial transactions for all parties involved, and indirectly for society, which will always benefit from efficient

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma instituição muito antiga. No passado, as pessoas buscavam soluções rápidas para seus conflitos para evitar perdas muitas vezes imensuráveis, buscando soluções equiparadas ao mecanismo arbitral. Assim, a arbitragem pode ser definida como um método de resolução de conflitos escolhido por uma ou mais pessoas por meio de uma convenção de arbitragem ou cláusula compromissória que estabelece as regras a serem seguidas e as partes aceitam a decisão a ser adotada.

A partir desse instituto, analisamos nosso sistema processual, que onera todas as partes envolvidas, sejam elas interessadas diretas ou o próprio Poder Judiciário, que não consegue dar conta da enorme quantidade de litígios que sobrecarregam todo o sistema. Esses fatores levam a um grande impacto na ordem social e econômica do país.

A avaliação do dano ou da ameaça jurídica pelo Poder Judiciário e a duração razoável do processo são direitos, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988, que não podem ser limitados. Surge a situação

exchanges carried out by economic agents.

KEYWORDS: Procedural Law; Constitutional Right; Arbitration; Reasonable Duration of the Process; Transaction Costs.

da responsabilidade do Estado por omissão de cumprir esses dois direitos, em caso de dano. Assim, o instituto da arbitragem surge como uma alternativa para mitigar os custos de transação dados pela morosidade processual.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa e revisão bibliográfica, sendo o tema pesquisado em literatura nacional e estrangeira, principalmente em livros, artigos científicos e estudos quantitativos e qualitativos, além de documentos elaborados por órgãos da administração pública.

1. ARBITRAGEM

1.1 ASPECTOS GERAIS

A arbitragem não é uma inovação ou uma instituição nova criada pelo homem moderno, pelo contrário: a arbitragem internacional é uma instituição muito antiga. Nos velhos tempos o homem buscava soluções rápidas para a resolução de seus conflitos, para se evitar prejuízos muitas das vezes incalculáveis⁵⁵³.

Na mais remota Antiguidade, a humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou sinuosos,

⁵⁵³ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. *In*: GARCEZ, José

Maria Rossani (org.). Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 21.

visto que os negócios, sejam civis ou comerciais, exigem respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objeto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas. Na Grécia antiga, as soluções amigáveis eram feitas com muita frequência através da arbitragem, a qual poderia ser compromissória e obrigatória⁵⁵⁴.

No direito Romano, as questões cíveis eram primeiramente apresentadas ao magistrado, para então ser apresentada a um árbitro particular escolhido pelas partes para julgar o processo. Na idade média a igreja foi uma das grandes responsáveis pela difusão da arbitragem, tanto no plano internacional como no próprio clero, sendo um dos métodos que regulava as divergências entre comerciantes, com adoção de usos e costumes.

Nos tempos modernos, o Código Comercial Brasileiro de 1850 já trazia, em seu art. 294, cláusula sobre a arbitragem como obrigatória para decidir conflitos entre sócios em sociedades ou companhias. Atualmente, a realidade não é nada diferente. A sociedade de consumo na qual vivemos hoje se transforma numa velocidade incrível. As inovações tecnológicas e sociológicas nesses novos tempos exigem a superação de certas leis antiquadas, visto que, a partir de meados do século XX, em razão das

novas conquistas científicas e técnicas, o mundo apequenou-se e o tempo e o espaço tornaram-se ativos de grande valor para a atual sociedade.

Na América do Norte, Europa e até na América do Sul a arbitragem já é muito utilizada para a solução de conflitos. Um exemplo de entidade voltada para a arbitragem é a *American Arbitration Association*, criada há mais de 50 anos e que vem administrando milhões de casos de arbitragem em muitos países⁵⁵⁵.

A arbitragem no Brasil deve seu relativo sucesso em grande parte pela posição de alguns magistrados. O reconhecimento da constitucionalidade deste instituto pelo Supremo Tribunal Federal e a homologação das decisões arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmam a arbitrariedade dos conflitos nos quais é parte empresa de economia mista, reconhecendo a convenção de arbitragem tácita e adequando-a à ordem pública.

1.2 BREVE ANÁLISE DA LEI 9.307 DE SETEMBRO DE 1996

A arbitragem é definida como um meio de solução de controvérsias pelo qual escolhem uma ou mais pessoas através de um compromisso arbitral ou cláusula compromissória que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam a

⁵⁵⁴ DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista Forense*, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/8302>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁵⁵ GIUSTI, Gilberto; BENETI, Ana Carolina Aguiar. Conhecendo a American Arbitration Association – AAA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 314-316, jan./abr. 2004.

decisão a ser adotada. Destacamos a arbitragem no entendimento de Carlos Alberto Carmona⁵⁵⁶, qual seja:

Um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo que a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

E para José Carreira Alvim⁵⁵⁷:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de

arbitragem; na arbitragem existe o julgamento' de um litígio por 'sentença' com força de coisa julgada.

Desta forma, a partir dos ensinamentos, destacamos que são requisitos essenciais da arbitragem: capacidade para contratar; bens patrimoniais disponíveis; cláusula compromissória ou compromisso arbitral; árbitros escolhidos pelas partes, sendo sempre de direito e respeitando o princípio da publicidade. Destaca-se que o instituto possui aplicabilidade inclusive para a administração pública direta e indireta, nesta hipótese sendo utilizada para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes poderão livremente escolher as regras a serem utilizadas no juízo, desde que estas não firam os bons costumes e a ordem pública.

Na arbitragem incumbem às partes escolher os árbitros, assim como o que pode ser o objeto da arbitragem, bem como delimitar as regras de direito aplicável. O foro arbitral não tem jurisdição, ou seja, revestem-se os árbitros depois de dada a sentença do encargo a eles investido. A convenção de arbitragem pode ser realizada pelas partes quando surgir qualquer litígio que necessite de um terceiro alheio à relação para que decida a respeito de qual parte tem razão. Compreende-se como convenção de arbitragem a

⁵⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 16.

⁵⁵⁷ ALVIM, José Carreira. *O Direito na Doutrina*. Curitiba: Juruá, 1998. *Ação Monitória*. In: *Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 76.

cláusula compromissória e o compromisso arbitral⁵⁵⁸.

A arbitragem é classificada de duas maneiras: a primeira é "voluntária" ou "facultativa"; a segunda é "obrigatória" ou "permanente". A arbitragem voluntária ou facultativa ocorrerá quando não houver qualquer tipo de compromisso arbitral entre as partes, assim, caso haja litígio entre elas, deverão utilizar-se da arbitragem para a solução⁵⁵⁹.

Desta forma, as partes assinam um compromisso arbitral entregando o litígio para a solução por arbitragem. O compromisso tem por finalidade definir a matéria, ou seja, o motivo da controvérsia, designando os árbitros, indicando-lhes quais os poderes e estabelecendo a igualdade no processo a ser seguido. É um ato formal, constituído por instrumento posterior firmado pelas partes, árbitros e duas testemunhas⁵⁶⁰.

Já a arbitragem obrigatória ou permanente é aquela na qual se verifica a ocorrência da cláusula compromissória, que escolhe a arbitragem para dirimir qualquer litígio que possa vir a acontecer, ou a que prevê que todos os litígios que possam vir a surgir entre eles sejam submetidos a este processo de solução. Nos dizeres de César Fiúza⁵⁶¹, a cláusula

compromissória traduz o “*Pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, [...], sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros*”.

A cláusula compromissória tem caráter autônomo, ou seja, não está diretamente ligada ao contrato. Assim sendo, uma nulidade no contrato não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória. Uma das situações de destaque trazidas pela Lei da Arbitragem⁹ foi a disposição constante no artigo 7º, o qual dispõe que existindo cláusula compromissória e presente o litígio, as partes ficam obrigadas a submeter o conflito à arbitragem.

Nesse sentido, se uma das partes se recusar a cumprir o expresso na cláusula compromissória, a parte adimplente poderá socorrer-se do Judiciário, que designará o árbitro encarregado de julgar a controvérsia. Ou seja, o Judiciário não julgará a causa, somente suprirá a falta de nomeação de árbitros da parte que se recusou a submeter a questão à arbitragem⁵⁶².

Os árbitros escolhidos pelas partes devem oferecer conhecimento específico sobre a matéria, devendo proceder com imparcialidade,

⁵⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁵⁹ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁰ BRASIL, op. cit.

⁵⁶¹ FIÚZA, César. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1995. p. 120.

⁵⁶² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

independência, competência, diligência e discricção. Devem buscar a melhor solução para o litígio, dando ao final a sentença arbitral que tem força de sentença judicial como se fosse proferida pelos órgãos do Poder Judiciário⁵⁶³.

É princípio fundamental da arbitragem a livre escolha dos árbitros e, em regra, sua designação é feita no compromisso. Nada obsta, no entanto, que as partes prefiram confiar a designação individual dos árbitros a uma ou mais pessoas por elas próprias escolhidas para esse fim. O juízo arbitral pode ser constituído por um só árbitro ou por vários, de acordo com o firmado no compromisso arbitral. Destaca-se que as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para tal fim⁵⁶⁴.

Quando, na escolha dos árbitros, as partes não designarem uma quantidade ímpar de juízes, fica sob a responsabilidade dos árbitros escolhidos a escolha de mais um julgador, formando uma quantidade ímpar de árbitros. Os árbitros escolhidos pelas partes deverão arguir qualquer fato que impossibilite a sua participação no tribunal arbitral. Salienta-se que no

exercício de suas funções ou em razão delas, os árbitros ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

As condições para que a arbitragem possa ocorrer, a princípio, são a presença do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral, bem como do órgão arbitral e do procedimento arbitral. O compromisso arbitral institui a arbitragem já com a determinação do litígio a ser dirimido. Evidentemente, o compromisso apenas institui a arbitragem em casos de litígios já nascidos, atuais, contemporâneos, conhecidos e, portanto, determinados em concreto⁵⁶⁵.

Considera-se instituída a arbitragem e instaurado o processo arbitral quando a nomeação for aceita pelo árbitro ou por todos, se forem vários. O árbitro verificará todos os termos e requisitos da convenção arbitral feita. É na convenção arbitral que as partes decidirão ou não quais serão as regras ou o rito arbitral. Não tendo sido estipulado na convenção de arbitragem as regras para o procedimento, fica a critério do tribunal arbitral determiná-las⁵⁶⁶.

Sobre o procedimento arbitral, o artigo 21 da Lei de Arbitragem⁵⁶⁷ esgota bem o assunto. As partes são livres para

⁵⁶³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.

⁵⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁶⁵ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade*

de Direito da UFSC, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.

⁵⁶⁷ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

dispor sobre o rito ou procedimento, desde que não haja controvérsia a ser decidida e a sentença arbitral no caso for meramente homologatória. Caso as partes não o decidam previamente, cabe ao árbitro ou tribunal arbitral determiná-lo. Assim, as partes, ao submeterem a questão à solução arbitral, decidirão quais serão os procedimentos e as fases a serem seguidas para a solução final da controvérsia.

Cumprido informar que, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, cabendo aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário, conforme dispõe o artigo 22-A e artigo 22-B da referida Lei. Destaque para os poderes conferidos ao árbitro de modificar a medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário.

As chamadas "cortes" ou "câmaras" ou "tribunais" de arbitragem não realizam a arbitragem, tampouco respondem a consultas a respeito de méritos ou julgam casos. Quem julga e exerce a arbitragem são os árbitros, isoladamente ou por um tribunal arbitral constituído para um caso específico. Os citados órgãos se encarregam somente de organizar procedimentos arbitrais e administrar a arbitragem de uma maneira geral.

A confiabilidade dos árbitros é essencial e, sendo a arbitragem menos burocrática, sua utilização flui com

maior celeridade, além de que sempre será mais sigiloso que um processo judicial pela própria estrutura determinada em lei.

Na arbitragem, por mais informal e mutável que seja o seu procedimento, alguns princípios devem ser observados para que o julgamento seja justo e incorpore a segurança jurídica ao instituto. Sendo os principais: o do contraditório, o da ampla defesa, o da igualdade das partes e da imparcialidade do juízo, entre outros. A ampla defesa decorre do contraditório, já que se oferece às partes a oportunidade de defesa técnica (por advogados) e de autodefesa, onde poderá pronunciar-se, manifestar-se e acompanhar os atos processuais⁵⁶⁸.

Por fim, com destaque para a sua grande importância, salientam-se os efeitos da sentença arbitral. Conforme disposto no artigo 31⁵⁶⁹, esta produzirá, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e ainda poderá constituir título executivo, caso seja condenatória. Essa referida disposição na Lei em comento é um dos pilares para a atuação arbitral, já que confere a esta os mesmos efeitos jurídicos da decisão judicial, trazendo assim a credibilidade, segurança e força para o instituto da arbitragem alcançar a sua finalidade e, por vias difusas, auxiliar a prestação jurisdicional no que tange a solução de litígios.

⁵⁶⁸ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

1.3 DESAFIOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Conforme apresentado a arbitragem é um método alternativo de resolução de disputas, possuindo oportunidades e desafios. É comumente utilizada para resolver disputas comerciais, contratuais, societárias e de investimento, apresentando-se como uma limitação do instituto. Essa característica demonstra que somente questões relacionadas a direitos disponíveis podem ser objeto da arbitragem, deixando de lado outras áreas do direito, como os direitos fundamentais, ou seja, direitos indisponíveis pela sua natureza. Desta forma, apresenta um desafio do instituto, vez que, a limitação do seu escopo de atuação também possui reflexos na capacidade de gerar impactos positivos no sistema judicial.

Embora a arbitragem seja frequentemente utilizada como uma alternativa ao litígio judicial, é importante ressaltar que ela não substitui completamente o processo judicial, mas apenas algumas de suas fases. Especificamente, substitui as fases de conhecimento e recursal do processo judicial, a primeira é desempenhada pelo árbitro ou pelo painel arbitral. Em relação à segunda, as partes podem estipular, se desejam ou não incluir a possibilidade de recurso. Em muitos casos, a decisão arbitral é final e vinculante, sem a possibilidade

de ser questionada em uma instância superior. Assim, questões como pedidos liminares e execuções, incumbem exclusivamente ao Poder Judiciário, esse ponto pode ser identificado como um ponto negativo, visto que, caso haja necessidade, ainda será necessário recorrer ao órgão jurisdicional⁵⁷⁰.

Ainda, uma questão enfrentada no procedimento arbitral é a dificuldade na formação dos painéis arbitrais, envolvendo uma série de questões que devem ser superadas para garantir a imparcialidade e efetividade do processo. Uma das principais dificuldades enfrentadas na formação de painéis arbitrais é a seleção de árbitros qualificados e imparciais. A escolha dos árbitros é fundamental para garantir a imparcialidade e a competência necessárias para resolver o conflito de forma justa. No entanto, encontrar árbitros com experiência e conhecimento adequados, pode se apresentar como um grande desafio. A questão se desdobra em um processo de seleção criterioso, que envolve a análise de currículos, histórico profissional e possíveis conflitos de interesse dos árbitros⁵⁷¹.

A partir desse processo seletivo, uma dificuldade diz respeito à baixa oferta de profissionais qualificados ocupados por outros compromissos, o que pode dificultar a formação do painel arbitral. Além disso, a formação do painel arbitral pode ser afetada por

⁵⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁷¹ MAMEDE, Gladston. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

desafios relacionados à aceitação das partes envolvidas. É fundamental que todas as partes confiem nos árbitros selecionados e concordem com sua nomeação. No entanto, pode haver situações em que uma das partes questione a imparcialidade ou competência do árbitro escolhido, o que pode levar a disputas e atrasos no processo⁵⁷².

Outro ponto de suma importância, é relacionado com as ações anulatórias das sentenças arbitrais. Há uma variedade de interpretações sobre as causas para as anulações, gerando insegurança jurídica no instituto e seus reais efeitos. Além disso, há a possibilidade de uma posição intervencionista, revisando de forma ampla as decisões arbitrais⁵⁷³. Importante destaque que a Lei de Arbitragem, em seu artigo 32⁵⁷⁴, prevê as hipóteses de anulação das sentenças arbitrais.

Por fim, outro ponto de atenção é o aparente conflito procedimental com o Código de Processo Civil, visto que, este estipula a possibilidade de flexibilização de procedimento no processo judicial conforme, artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil⁵⁷⁵. Estipulam que processos que admitam autocomposição, podem as partes estipular mudanças no procedimento

para especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, deveres e até determinar o calendário processual. Em certa medida, o Código de Processo Civil pode esvaziar o instituto da arbitragem, vez que, possui características semelhantes e ainda a força executiva inerente ao Poder Judiciário. No geral, é importante reconhecer os desafios da arbitragem, visando a segurança jurídica e fomentar a reflexão para sua melhoria.

2. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

2.1 ASPECTOS GERAIS

É de conhecimento notório e de forma inegável que o nosso sistema processual, por situações diversas, dá sinais de uma extrema morosidade. Destacam-se os prejuízos que advém desta morosidade a todos os envolvidos, sejam as partes diretamente interessadas no litígio ou o próprio Poder Judiciário, que não consegue dar vazão ao grande número de demandas judiciais, sobrecarregando assim todo o sistema. Todos estes fatores desembocam em um alto impacto na ordem socioeconômica nacional.

Conforme o artigo 5º, XXXV, da CF⁵⁷⁶ dispõe, “a lei não excluirá da

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁵⁷⁴ BRASIL, op. cit.

⁵⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 jul. 2023.

⁵⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, bem como, o artigo 5º, LXXVIII da CF dispõe que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tais trechos exemplificam deveres do Estado para com os cidadãos. Assim, se a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário não poderá ser restringida e a razoável duração do processo é um direito do cidadão e dever do Estado, ambos consubstanciados na Constituição Federal de 1988, surge o questionamento: se o Estado, durante atuação jurisdicional, descumprir com os dois deveres destacados e, eventual e conseqüentemente, gerar qualquer tipo de prejuízo, teria ele algum dever de indenizar?

2.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO X PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Conforme a teoria da responsabilização civil do Estado, observa-se que há responsabilidade pelos atos lesivos de seus agentes e, por sua vez, o magistrado não deixa de ser caracterizado como um agente público. Cumpre destacar neste sentido o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos⁵⁷⁷, podendo extrair, de forma mais detalhada, a seguinte concepção:

A obrigação de indenizar, nos termos do § 6º do art. 37,

independe de elementos subjetivos, e o magistrado enquadra-se na noção de agente público. [...] Logo, o magistrado, que é um agente público, quando está no exercício do múnus judicante, desempenha serviço público, sendo seus atos atraídos no bojo do enunciado geral da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º).

O tema é, de longe, polêmico, sendo exposto por alguns que eventual responsabilidade por ato judicial feriria o princípio da independência, do qual o magistrado goza por ser independente no exercício da função jurisdicional. Em concepção diversa, há quem entenda que há a possibilidade da responsabilização do Estado, sem que haja qualquer tipo de agressão ao princípio da independência. Augusto do Amaral Dergint⁵⁷⁸ afirma que:

Para bem desempenhar suas funções, deve-se assegurar ao juiz um grau ótimo de independência de pressões externas... e de pressões internas. (...) Assim, coloca-se a necessária garantia de autonomia e independência do magistrado, para o bom exercício de suas funções, como finalidade precípua da irresponsabilidade judicial. O valor da independência do juiz, certamente, é fundamental, porém, não absoluto. Não deve ser

Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

⁵⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4; ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

⁵⁷⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994. p. 761.

considerado isolado de outros princípios e valores com os quais deve coadunar – entre eles o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante os cidadãos. Há que se conciliar ambos os princípios; um limita, mas não anula o outro. A irresponsabilidade judicial não pode constituir o preço a ser pago pela coletividade em troca da independência de seus juízes.

Assim como em todo o ordenamento jurídico pátrio, quaisquer que sejam os princípios, estes não devem ser considerados absolutos ou analisados isoladamente, mas sim inseridos no sistema, devendo sua interpretação considerar o todo e não apenas análises locais e pontuais. Aos magistrados compete uma das grandes responsabilidades perante a sociedade, no qual traz paz e justiça social por meio dada jurisdição. No entanto estes não são infalíveis na busca desta missão tão importante, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷⁹ com propriedade no assunto:

As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da justiça. Produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não

reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos ‘danos injustos’ causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Aos que defendem a posição da ausência de responsabilidade do Estado nos atos judiciais, com base na independência que este goza, não consideram que esta aceitação da responsabilidade do Estado não tem relação com culpa ou dolo: ela é, simplesmente, objetiva. Ainda mais importante, a problemática de forma alguma recai sobre a responsabilização do magistrado em si, mas sim sobre a responsabilização do Estado.

Claramente é de se afirmar a extrema importância do princípio da independência, no entanto, essa não pode caracterizar qualquer tipo de imunidade, já que o Estado não está imune às suas próprias normas, como preconiza o estado democrático de direito⁵⁸⁰. Assim, o efeito a ser aplicado à independência é a não responsabilização do magistrado, como ocorre com os demais agentes estatais, mas, como exposto, o Estado é quem o deve suportar.

A responsabilidade pode se fundamentar no não funcionamento de um serviço, mau funcionamento ou funcionamento retardado. Ainda pode

⁵⁷⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 1992. p. 264.

⁵⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

fundar-se em um ato ilícito, em que um agente comete o dano agindo com culpa. Há entendimento, nesta situação, que a responsabilidade estatal deixa de ser considerada objetiva e passa a ser subjetiva. Deste posicionamento, a ação ou omissão do agente estatal deverá ser com culpa. Assim defende, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸¹:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.

A razoável duração do processo tem estreita relação com a efetividade, estando os dois institutos sempre atrelados. O tema é tão importante que é objeto em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica⁵⁸², que dispõe sobre a rapidez e efetividade da justiça como um direito fundamental do ser humano. Conforme disposto nos artigos 8º.1 e 25.1 da referida convenção:

Art. 8º. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo

razoável, por Juiz ou Tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...] Art. 25. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou Tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais⁵⁸³.

Assim, o aludido direito previsto no tratado já era internalizado no ordenamento pátrio antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04⁵⁸⁴, uma vez que o país é signatário da referida convenção, tendo incorporado o Pacto ao ordenamento.

Não se trata apenas de levantar a redundância das normas, sem aplicabilidade prática, mas de

⁵⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 378.

⁵⁸² OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*, 1969.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

demonstrar que o instituto não é novo, tampouco revolucionário, ao ponto do Estado se esquivar de atendê-lo pelo seu completo distanciamento da realidade, já existindo possibilidades jurídicas de sua efetivação antes mesmo da promulgação da Emenda 45. Trata-se também, acima de tudo, de reconhecimento da importância da elevação do princípio ao patamar constitucional como meio de garantir sua efetividade, já que antes sua constatação era implícita.

A preocupação sobre a razoável duração processual é, sem qualquer dúvida, o ponto mais estudado e debatido pelo sistema processual, tendo em vista as diversas reformas e constantes alterações para determinar o fim da demora na efetividade da prestação jurisdicional, salientando que tal morosidade pode deixar trágicas, injustas e irreversíveis consequências.

No Poder Judiciário, assim como na sociedade atual, o tempo tornou-se um ativo de grande valor, que deverá conduzir não somente o processo judicial, como também ser fator relevante na urgência necessária para a solução dos conflitos, acompanhado da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, as quais são determinadas pelo lapso de tempo estritamente necessário para o trâmite processual efetivo⁵⁸⁵.

Nesta situação se apresenta uma das grandes dicotomias processuais atuais. Na busca de diminuir esse tempo do processo, não se pode deixar de observar o princípio da segurança jurídica, no qual estão inseridas outras tantas garantias constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e a motivação dos atos processuais, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do processo, já que nenhum direito é absoluto⁵⁸⁶. A preponderância entre esses dois institutos é a difícil equação que se apresenta ao Poder Judiciário.

Assim, mais uma vez recorreremos à figura do magistrado que, de forma coerente, buscará a função de melhor direcionar o processo através da utilização dos mecanismos que possam imprimir maior dinamismo ao trâmite processual, a fim de não prejudicar as partes interessadas, especialmente o autor, que vê sua tutela sendo esvaída com o tempo. Conforme traz a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni⁵⁸⁷:

A demora na obtenção do bem significa sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for à demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu; e o processo para ser justo deve tratar de forma diferenciada os direitos

⁵⁸⁵ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 96.

⁵⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 203.

evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.

Se o Estado, através da atividade jurisdicional, não tem meios de garantir a razoável duração do processo para que não haja o perecimento do direito, não há que se falar em garantia constitucional, pois a efetividade na prestação jurisdicional, consubstanciada pela celeridade e a segurança jurídica, também são garantias do cidadão⁵⁸⁸. O correto a ser seguido é o conceito de que todo processo alcance a solução da lide em tempo hábil.

Para chegar a este tempo ideal há a necessidade de que seja priorizado também o princípio da celeridade. Porém, além da necessidade de o processo ser célere e efetivo, há de ser seguro. Attingir a ágil prestação de serviços e atender ao princípio da celeridade, em detrimento do princípio de segurança jurídica, é atentar ao equilíbrio do ordenamento jurídico que, por consequência, representa a fragilização das relações da sociedade. Imperioso é recorrermos ao Supremo Tribunal Federal, nossa corte maior e defensora da ordem constitucional na qual constam as garantias, que tem decidido, caso a caso, possíveis violações à razoável duração do processo, como se nota no seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL.

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE ANISTIA INDEFERIDO. RECURSO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. *A dilação probatória é estranha ao âmbito do cabimento do mandado de segurança.*

2. *A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.*

3. *A despeito do grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável.*

4. *Ordem parcialmente concedida. (MS 12.847/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.03.2008, DJe 05.08.2008)*

⁵⁸⁸ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro

de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 37.

Embora decisão explicitada acima, o Supremo Tribunal Federal somente admite responsabilidade estatal de ato judicial na hipótese de erro judiciário, sendo um equívoco afirmar a total ausência de responsabilidade do Estado na duração razoável do processo. Há algumas construções doutrinárias sólidas e jurisprudências importantes corroborando o entendimento de responsabilidade e aparato legal relativamente farto, mesmo anterior à elevação do dissecado princípio ao patamar constitucional. Porém, a problemática está distante de uma pacificação, demonstrando a quão dificultosa é a aplicação da garantia constitucional da razoável duração do processo.

2.3 A DURAÇÃO DOS PROCESSOS ARBITRAIS E JUDICIAIS

Diante das questões até aqui apresentadas, cabe uma análise quantitativa da duração dos processos arbitrais e judiciais. Nesse sentido, trazemos um estudo⁵⁸⁹ realizado em 2022, apresentando os dados contendo a média de duração dos processos arbitrais. No ano de 2020 o tempo médio de duração do processo arbitral foi de 1,6 anos para, já no ano de 2021 a média de tempo foi de 1,5 anos.

Quando verificamos o Poder Judiciário, de acordo com último relatório do CNJ⁵⁹⁰, há uma divisão da duração média dos processos com base em 03 (três) indicadores: o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença, o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/20xx.

Desta forma os dados apresentados são que para o ano de 2020 a duração média até a sentença foi de 2,2 anos, do início do processo até o primeiro movimento de baixa foi de 2,3 anos e dos pendentes em 31/12/2020 foi de 4,5 anos. Já para o ano de 2021, a duração média até a sentença foi de 2,1 anos, do início do processo até o primeiro movimento de baixa foi de 2,3 anos e dos pendentes em 31/12/2021 foi de 4,6 anos.

Os dados merecem observações, a primeira é que o processo arbitral se mostra mais célere que o processo judicial, pois, contemplando a fase de conhecimento com a prolação da sentença arbitral, possuindo base comparativa necessária com a sentença judicial. A segunda, no entanto, ainda que mais célere as matérias de direito são distintas, possuindo o Poder Judiciário uma gama maior de tipos de casos. Ambas questões podem ser analisadas em estudos futuros com o

⁵⁸⁹ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁵⁹⁰ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022*: relatório anual do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

aprofundamento do tema. Vejamos os dados no Gráfico 01 (ANEXO 1).

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A análise econômica do direito é considerada uma abordagem interdisciplinar que busca nos fundamentos econômicos analisar o funcionamento do sistema legal e das instituições. Quando abordamos especificamente os custos de transação, estes são relacionados aos custos envolvidos na negociação e execução de transações entre partes. Os custos de transação são considerados em diversos contextos, incluindo a elaboração de contratos, a escolha de mecanismos de resolução de conflitos e a regulamentação do mercado⁵⁹¹.

Podemos detalhar os custos de transação como todos aqueles envolvidos em um negócio entre partes interessadas. Uma transação pode ser dividida em 03 (três) partes principais: a primeira é a existência de um parceiro para transacionar; a segunda é a negociação entre as partes; e a terceira é o próprio cumprimento do negócio firmado. Desta maneira, de forma resumida, os elementos relacionados ao custo de transação podem também ser divididos em 03 (três), sendo: custos de busca; custos de negociação; e custos de execução⁵⁹².

Abordando a teoria dos custos de transação, esta demonstra que a eficiência alocativa do mercado não é garantida automaticamente, sendo necessário analisar o conflito de interesses dos agentes econômicos. Nesse sentido, enfatiza que as transações envolvem custos que podem reduzir a eficiência do mercado e dificultar as transações. Ainda, de forma clara destaca a importância das instituições econômicas, como contratos e direitos de propriedade, na busca da redução destes custos de transação. Com as definições claras dos direitos e obrigações dos agentes econômicos, objetiva reduzir a incerteza e os riscos dessas transações⁵⁹³.

Esta teoria dos custos de transação está diretamente ligada ao Teorema de Coase. Esse teorema estabelece que, em um ambiente de direitos de propriedade bem definidos e negociação livre de custos, a transação será maximizada. Porém, caso existam custos de transação poderá resultar em uma transação ineficiente, reduzindo a eficiência alocativa de mercado. Nesse sentido, a teoria dos custos de transação é uma extensão do Teorema de Coase, podendo reduzir esses custos e aumentar a eficiência do mercado⁵⁹⁴.

Por sua vez, temos o Teorema de Hobbes, que é uma teoria política proposta pelo filósofo inglês Thomas Hobbes no século XVII, que busca entender a origem do Estado e a

⁵⁹¹ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹² GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2019.

necessidade de governo para garantir a estabilidade social. Hobbes⁵⁹⁵ argumenta que o estado natural do homem é caracterizado pela guerra entre todos, em que cada indivíduo busca seu próprio interesse, sendo a violência a forma de solucionar os conflitos. Para escapar desse cenário instável, defende um nível de renúncia da liberdade, para que o Estado possa governar. Importante sinergia com essa doutrina, a visão da participação do Estado se dá através do império das leis, definindo bem as obrigações e direitos na sociedade.

Desta forma, ao escolher um mecanismo de resolução de conflitos, é importante considerar os custos de transação envolvidos. Algumas formas de resolução de conflitos, como a arbitragem, podem ser mais eficazes e menos dispendiosas do que o litígio judicial, que envolve altos custos de transação. Neste sentido o Direito teria a sua razão de existir em impedir ameaças coercitivas, eliminando os prejuízos existentes nos litígios. Para minimizar essas perdas, o sistema de justiça deveria buscar alocar os direitos de propriedade ao interessado que mais lhe der valor⁵⁹⁶.

No entanto, também devemos observar os custos de transação no manejo do modelo arbitral, estes estão relacionados ao esforço e às despesas necessárias para instrumentalizar o procedimento arbitral. Incluindo a

pesquisa de árbitros qualificados, as taxas associadas à contratação e despesas relacionadas ao processo arbitral. Bem como, os custos relacionados aos esforços e despesas envolvidos nas etapas de negociação durante o processo arbitral. Podendo incluir a contratação de advogados ou consultores para representar as partes, os honorários do árbitro, as taxas administrativas cobradas pelas instituições arbitrais e os gastos com evidências e perícias necessárias para fundamentar os argumentos apresentados. Esses custos podem ser identificados como os custos de busca; de negociação; e de execução⁵⁹⁷.

A partir dessa informação, os principais custos incluem as taxas administrativas, honorários dos árbitros, custos de representação legal e gastos com peritos. As taxas administrativas são cobradas pelas instituições responsáveis pela administração do processo arbitral, como câmaras arbitrais. Os honorários dos árbitros são valores pagos aos profissionais encarregados de julgar o litígio. Os custos de representação legal envolvem os honorários dos advogados que atuam no processo arbitral. Além disso, em alguns casos, pode ser necessário contratar peritos técnicos para auxiliar na análise de questões específicas relacionadas ao litígio⁵⁹⁸.

É importante observar que os custos de transação podem variar

⁵⁹⁵ MACKAAY, op. cit.

⁵⁹⁶ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

dependendo do tamanho e da complexidade da disputa, bem como das características específicas do processo arbitral escolhido. Portanto, é essencial avaliar cuidadosamente os custos envolvidos antes de optar pelo modelo arbitral como meio de resolver uma disputa.

4. CONSEQUÊNCIAS DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A partir dos conceitos informados, verificamos que os custos de transação podem ter um impacto significativo no desenvolvimento econômico de um país. No caso do Brasil, os altos custos de transação têm sido apontados como um obstáculo ao crescimento econômico sustentável. Estes podem afetar a eficiência alocativa e dificultar a formação de contratos e transações eficientes. Segundo Coase⁵⁹⁹, isso pode resultar em barreiras à entrada de novas empresas, menor competição e ineficiências na alocação de recursos. Investidores estrangeiros levam em consideração os custos de transação ao decidirem alocar recursos em um país. De acordo com *World Bank Group*⁶⁰⁰, sistemas legais

mais eficientes e custos de transação mais baixos aumentam a confiança dos investidores, reduzem a incerteza e tornam o ambiente de negócios mais atraente.

Os custos de transação afetam diretamente a capacidade das empresas de operarem de forma eficiente. Segundo Williamson⁶⁰¹, processos burocráticos complexos, demoras na solução de disputas legais e incertezas contratuais prejudicam a tomada de decisão empresarial e aumentam os riscos. Quando comparado a outros países, o Brasil enfrenta desafios significativos em relação aos custos de transação. Conforme o *World Economic Fórum*⁶⁰², países como Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Japão têm sistemas legais mais eficientes, com menor burocracia, tempo reduzido para solução de litígios e maior segurança jurídica.

Esses países têm investido em tecnologia e digitalização dos processos legais, o que reduz os custos e atrasos nas transações⁶⁰³. O Brasil pode se beneficiar ao buscar melhorias nessas áreas, promovendo a simplificação regulatória, modernizando o sistema judiciário e implementando mecanismos eficientes de resolução de disputas. Os custos de transação

⁵⁹⁹ COASE, R. H. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 2008.

⁶⁰⁰ WORLD BANK GROUP. "Sustainable Development Goals: Progress and Challenges." *Global Development Review*, v. 15, n. 3, p. 45-67, 2020.

⁶⁰¹ WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, markets, relational contracting*. v. 6, n. 2, p. 2-11, 1985.

⁶⁰² WORLD ECONOMIC FORUM. "The Future of Work: Adapting to Technological Transformations." *Global Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 12-25, 2020.

⁶⁰³ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022: relatório anual do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

desempenham um papel crucial no desenvolvimento econômico de um país. No caso do Brasil, esses custos têm sido um desafio, como podemos analisar na manutenção da quantidade de processos pendentes no Brasil, demonstrando o alto grau de congestionamento do sistema judiciário, segundo o relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Figura 1, ANEXO 02):

Conforme Barroso ⁶⁰⁴, comparativamente a países com menor custo de transação, o Brasil pode buscar melhorias em sua infraestrutura legal e regulatória, a fim de promover um ambiente de negócios mais eficiente e atrativo para investimentos. Segundo North⁶⁰⁵, os custos de transação podem resultar em incertezas, atrasos e despesas adicionais no processo de estabelecimento de uma nova indústria. Isso pode desencorajar os empreendedores e investidores, limitando a entrada de novas empresas no mercado e prejudicando a competição e a inovação. Além disso, Williamson ⁶⁰⁶ destaca que os altos custos de transação podem levar à formação de barreiras de entrada, como a necessidade de estabelecer redes de relacionamento com parceiros

comerciais ou obter informações específicas sobre o mercado. Essas barreiras podem dificultar a entrada de novos concorrentes e limitar o crescimento do setor industrial.

No contexto brasileiro, a burocracia excessiva e os entraves regulatórios podem aumentar os custos de transação e afetar negativamente a instalação de novas indústrias. Segundo dados do Banco Mundial⁶⁰⁷, o Brasil ocupa a 124ª posição no ranking de facilidade para fazer negócios, refletindo a complexidade e a morosidade dos processos regulatórios. De acordo com Araújo et al.⁶⁰⁸, a redução dos custos de transação e a simplificação dos procedimentos podem estimular a criação de novas indústrias, impulsionar o empreendedorismo e gerar empregos. Medidas como a simplificação regulatória, a desburocratização e a criação de ambientes favoráveis aos negócios podem atrair mais investimentos e incentivar o crescimento econômico.

Além disso, a adoção de políticas de promoção da educação e capacitação profissional também desempenha um papel fundamental na geração de emprego. Segundo Campos et al. (2020), investir em educação e treinamento adequados para os

⁶⁰⁴ BARROSO, J. "Economic Growth and Income Inequality: A Comparative Analysis." *Journal of Economic Studies*, v. 22, n. 1, p. 34-51, 2016.

⁶⁰⁵ NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

⁶⁰⁶ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁶⁰⁷ BANCO MUNDIAL. "Education for All: Promoting Access and Quality in Developing Countries." *World Development Perspectives*, v. 7, n. 2, p. 90-105, 2021.

⁶⁰⁸ ARAÚJO, Araújo et al. "The Role of Development economics." *Economics and Social Policy*, v. 32, n. 1, p. 22-39. 2017.

trabalhadores pode reduzir os custos de transação associados à contratação e reter talentos qualificados nas indústrias. Singapura, Austrália e Suíça são exemplos de países que adotam políticas liberais e possuem menores custos de transação. Essas nações têm demonstrado um ambiente de negócios mais favorável à inovação, à adoção de tecnologias avançadas e ao crescimento econômico sustentável. De acordo com o relatório do *World Economic Fórum*⁶⁰⁹, Singapura é classificada como uma das economias mais inovadoras do mundo, com um ambiente de negócios favorável à adoção de tecnologias avançadas. A Austrália, por sua vez, possui uma cultura de inovação e um ambiente regulatório flexível, o que favorece a adoção de tecnologias emergentes⁶¹⁰.

A Suíça é conhecida por sua estabilidade política, segurança jurídica e baixos custos de transação. O país tem um ambiente de negócios favorável à inovação, com investimentos significativos em pesquisa e desenvolvimento⁶¹¹. Por outro lado, para Araújo et al.⁶¹², o Brasil enfrenta desafios relacionados aos altos custos de transação, que limitam a sua capacidade de acompanhar o ritmo acelerado da inovação tecnológica e de competir em nível global. A complexidade burocrática, a morosidade na aprovação de

regulamentações e a falta de segurança jurídica são fatores que prejudicam a atração de investimentos e a adoção de tecnologias avançadas.

Para reduzir o atraso tecnológico e tornar-se mais competitivo, o Brasil precisa adotar medidas que visem a simplificação regulatória, a modernização do sistema judiciário e a promoção de um ambiente de negócios mais propício à inovação. É essencial que o país estimule a colaboração entre universidades, setor privado e governo, além de investir em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de ponta. Sendo a arbitragem um método alternativo de resolução de disputas que apresenta diversas vantagens significativas. Ao considerarmos a celeridade do processo e os menores custos de transação, fica claro que a arbitragem oferece uma conclusão positiva para as partes envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é um processo de resolução de conflitos fora do sistema judiciário tradicional, em que as partes envolvidas em uma disputa concordam em submeter sua questão a um terceiro imparcial, que irá tomar uma decisão vinculante. O instituto é muito utilizado em transações internacionais, onde os custos de transação associados ao

⁶⁰⁹ WORLD ECONOMIC FORUM. "Resilience in the Face of Global Crises: Lessons Learned and Future Strategies." *Global Policy Journal*, v. 12, n. 4, p. 78-92, 2022.

⁶¹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

sistema judiciário local podem ser particularmente elevados.

Como observado ao longo da exposição, há dificuldade na aplicação da garantia constitucional da razoável duração do processo, o que gera morosidade no sistema legal nacional e produz diversas externalidades negativas que causam alto impacto na ordem socioeconômica nacional. A responsabilização do Estado não parece um caminho a ser direcionado para a solução e a situação está distante de uma pacificação legal, doutrinária e jurisprudencial.

Desta forma, por não necessitar de qualquer atuação legislativa ou vontade política, ficando distante do conflito dos mais diversos interesses, temos o instituto da arbitragem, cabendo aqui ser exposto como uma ferramenta já disponível e subutilizada nos dias de hoje. Em análise a diversos sistemas processuais de outros países nos quais a arbitragem funciona de maneira ampla, verifica-se que é possível colocar nesta iniciativa a resolução de conflitos através dos mecanismos extrajudiciais, buscando assim a autocomposição das partes envolvidas, preservando as relações, colaborando com o Poder Judiciário e reduzindo consideravelmente os custos de transação e sociais envolvendo as demandas judiciais.

A arbitragem pode ser uma ferramenta de suma importância para diminuir os custos de transação envolvendo demandas judiciais, entre elas a mais importante e de impossível precificação, o tempo. Temos no Teorema de Coase o argumento que, com a definição clara de direitos de

propriedades, não haverá custos de transação, uma vez que a transação realizada é pareto-ótima independente da alocação inicial de recursos. Nesse contexto, a arbitragem pode ser uma ferramenta eficaz para a redução dos custos de transação envolvendo litígios.

Tem a capacidade de reduzir os custos de transação de várias formas. Em linhas gerais é mais célere e menos dispendiosa do que o litígio judicial. Também permite a escolha de um árbitro com experiência na área objeto de litígio, especializando a solução da questão. Por fim, geralmente é confidencial, auxiliando na proteção dos interesses das partes e manter informações sensíveis em sigilo. O instituto da arbitragem, pelas suas características é capaz de alcançar todos estes benefícios.

Ainda, que a arbitragem possua custos atrelados ao seu procedimento, estes poderão variar de acordo com a complexidade da demanda, e pela própria natureza das matérias submetidas ao juízo arbitral. Bem como, os dados demonstram uma maior celeridade no processo arbitral, em comparação com o processo judicial em todos os cenários de tempo médio de duração. Bem como, a existência de desafios, não parecem ser impeditivos na utilização do instituto, devendo ser fomentada uma cultura de respeito às decisões contidas nas sentenças arbitrais, evitando a sua judicialização e gerando segurança jurídica e em consequência as suas externalidades positivas em todo sistema de justiça nacional.

Resumindo, a razoável duração do processo é um princípio a ser

buscado, mas que na prática atual não vem sendo alcançado, e a arbitragem pode ser a ferramenta auxiliar na busca das soluções de interesses dos envolvidos, reduzindo sobremaneira os custos de transação, que são uma fonte ineficiente de alocação de recursos na sociedade. Ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos, as partes podem reduzir o tempo das demandas e os custos de transação associados à negociação e execução, levando a transações mais eficientes e benéficas para todas as partes envolvidas, e indiretamente para sociedade, que sempre se beneficiará de trocas eficientes realizadas pelos agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

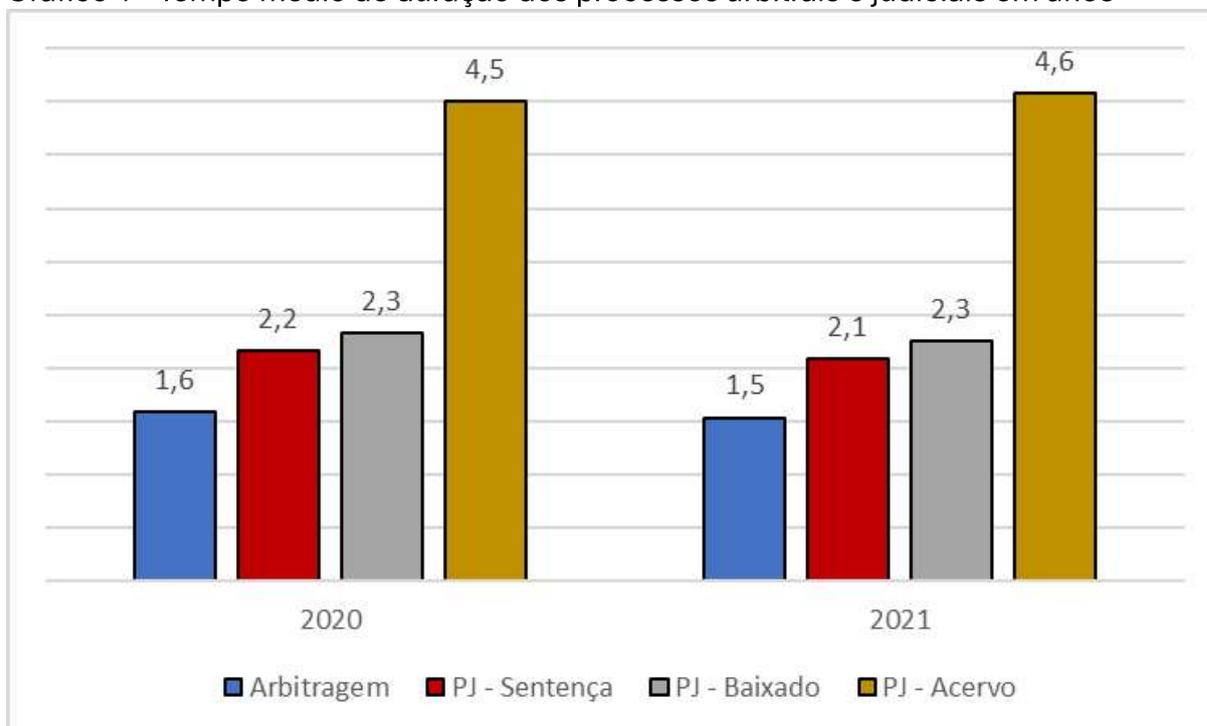
- ALVIM, José Carreira. O Direito na Doutrina. Curitiba: Juruá, 1998. Ação Monitória. In: *Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 76.
- ARAÚJO, A. et al. "The Role of Development economics." *Economics and Social Policy*, v. 32, n. 1, p. 22-39. 2017.
- BANCO MUNDIAL. "Education for All: Promoting Access and Quality in Developing Countries." *World Development Perspectives*, v. 7, n. 2, p. 90-105, 2021.
- BARROSO, J. "Economic Growth and Income Inequality: A Comparative Analysis." *Journal of Economic Studies*, v. 22, n. 1, p. 34-51, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4; ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022*: relatório anual do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- COASE, R. H. *The Firm, the Market, and the Law*. 1988.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 2008.
- COASE.ORG. *Ronald Coase, 1910-2013*. Disponível em: <https://www.coase.org/coaseretro>

- spective.htm. Acesso em: 20 abr; 2022
- DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista Forense*, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8302>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FIÚZA, César. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1995.
- GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.
- GIUSTI, Gilberto; BENETI, Ana Carolina Aguiar. Conhecendo a American Arbitration Association – AAA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 314-316, jan./abr. 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2019.
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAMEDE, Gladston. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (org.). Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 203.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*, 1969.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 1992.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 37, 96.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.
- WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, markets, relational contracting*. v. 6, n. 2, p. 2-11, 1985.
- WORLD BANK GROUP. "Sustainable Development Goals: Progress and Challenges." *Global Development Review*, v. 15, n. 3, p. 45-67, 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. "The Future of Work: Adapting to Technological Transformations." *Global Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 12-25, 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2022). "Resilience in the Face of Global Crises: Lessons Learned and Future Strategies." *Global Policy Journal*, v. 12, n. 4, p. 78-92, 2022.

ANEXO 1

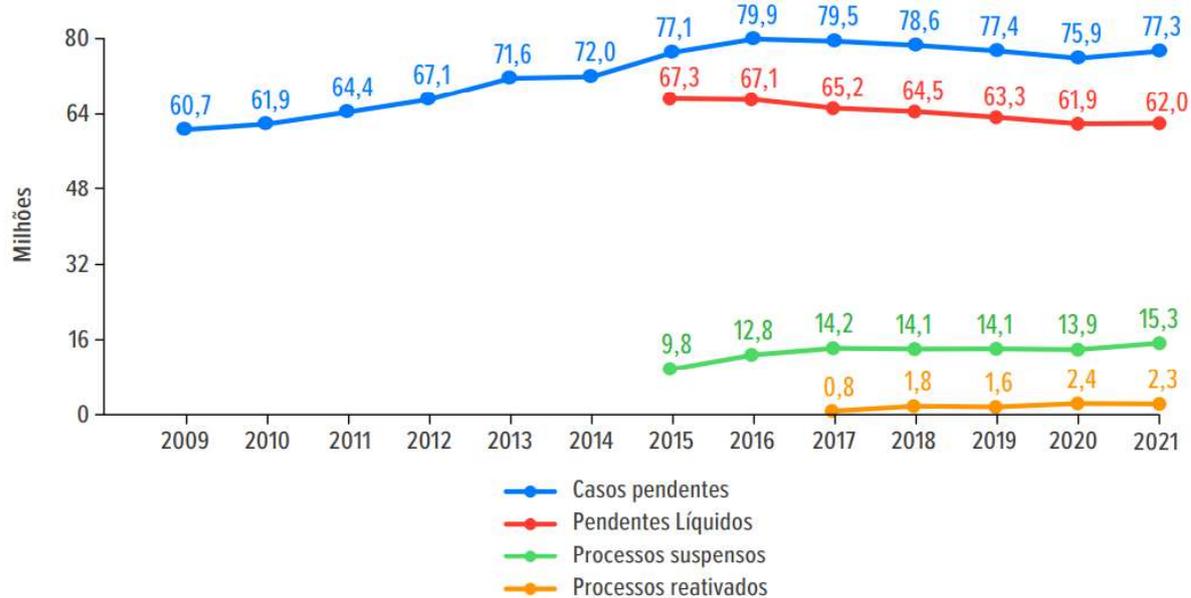
Gráfico 1 - Tempo médio de duração dos processos arbitrais e judiciais em anos



Fonte: Elaboração própria dos autores (2023)

ANEXO 2

Figura 1 - Série histórica dos casos pendentes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.