

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PATRÍCIA FERNANDES FRAGA

Análise de Direito e Economia da Arbitragem
nos Contratos por Adesão

Porto Alegre

2013

PATRÍCIA FERNANDES FRAGA

Análise de Direito e Economia da Arbitragem
nos Contratos por Adesão

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre
2013

PATRÍCIA FERNANDES FRAGA

Trabalho de conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito, nível Mestrado, intitulado *Análise de Direito e Economia da Arbitragem nos Contratos por Adesão*, submetido ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Aprovado por:

Orientadora:

Professora Dra. Véra Maria Jacob de Fradera
Professora Pesquisadora da Université de Rennes I e Professora Pesquisadora
da Agence Exécutive Éducation, Audiovisuel et Culture – Union Européenne
Professora Visitante da Universidade Federal do Paraná – UPR

Examinadores:

Porto Alegre, ____ de _____ de 2013.

AGRADECIMENTOS

Devo iniciar por quem me deu a chance de desenvolver esse trabalho, por quem, bem no início da jornada, acreditou em mim – obrigada, professora Véra Fradera. Depois, por quem me incentivou a ir mais além do que sequer eu planejava – obrigada, professor Giácomo Balbinotto Neto. Igualmente, jamais me esqueceria de agradecer a quem me recebeu e proporcionou, em Portugal, prontamente, todas as condições para que eu pudesse fazer um ótimo trabalho, embora, eu não tenha podido fruir adequadamente de todas essas benesses – obrigada, professor Fernando Araújo.

Também, um agradecimento especial à professora Maria Telles que não poupou esforços para me incentivar e auxiliar nesse caminho. Aos demais professores, que sempre auxiliaram e inspiraram minha caminhada, igualmente, dedico-lhes minha profunda gratidão.

Já no que respeita a minha família e aos meus amigos, não pode ser diferente. Um obrigada especial para minha avó, Maria de Lourdes Lima Fernandes, minha tia, Elaine Schenkel e meu tio Olivir Schenkel, ao meu irmão, Alessandro Fernandes Fraga e para minha mãe Marisa Lima Fernandes. Sem vocês esse trabalho seria outro, provavelmente, não tão recheado de experiências, ou talvez, não tivesse chegado ao fim.

Por fim aos amigos, Nani, Cláudia, obrigada por ajudar a manter minha saúde mental, meu sorriso, meus cachorros.

RESUMO

Trata-se de dissertação, requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Este trabalho respeita à pesquisa acerca da instauração da arbitragem, designadamente, por meio da cláusula arbitral, no interior dos contratos estandardizados, sob o enfoque da análise econômica do direito. Portanto, a pesquisa concerne à tentativa de união de institutos bastante polêmicos e sinuosos, pois, aparentemente incompatíveis, a arbitragem, de um lado, em virtude de carecer da autonomia da vontade inequívoca para sua validade e os contratos por adesão, do outro lado, por restringir essa mesma autonomia de forma notória, e sobrepassando a ambos a perspectiva, muito mais pragmática, da análise econômica do direito, que instrumentará o exame da eficiência desses institutos, quando atuarem conjuntamente. Além disso, não se prescindirá da devida análise jurídica dos institutos da arbitragem e dos contratos por adesão, vez que se não houver fundamentos jurídicos que legitimem sua utilização de nada serviria o presente exame. Contudo, tentar-se-á verificar, nos limites do ordenamento jurídico nacional brasileiro, se há modificações plausíveis e suscetíveis de melhorias.

ABSTRACT

This thesis is a requirement for obtaining a Master Degree in Law at the Graduate Program in Law of Federal University of Rio Grande do Sul. This paper is the research about the establishment of arbitration, namely, through the arbitration clause, within the standardized contracts, from the standpoint of economic analysis of law. Therefore, the research concerns the attempted union of two quite controversial and apparently incompatible institutes: arbitration and standard contracts. The first, on the one hand, lacks of freedom in unequivocal choice for its validity; the last, on the other hand, restricts this autonomy noticeably. To both, the perspective, much more pragmatic, on economic analysis of law, will be imposed and will provide the tolls to examine the effectiveness of these institutions, when acting together. Furthermore, it is not possible to exclude the due legal analysis of the institutes of arbitration and standard contracts, once the lack of legal grounds to legitimize their use make the present analysis pointless. However, this paper will try to determine, within the limits of the Brazilian national law, if there are plausible and susceptible modifications for improvement.

LISTA DE ABREVIATURAS

A&D ou AED:	análise econômica do direito
CC:	Código Civil
CCG ou ccg:	cláusulas contratuais gerais
CDC:	Código de Defesa do Consumidor
CF:	Constituição Federal
v.g.:	verbi gratia

SUMÁRIO

Introdução	9
1. As generalidades dos institutos da arbitragem e do contrato por adesão – viés interdisciplinar	15
1.1. Noções de análise econômica do direito	15
1.1.1. Arbitragem e redução de custos de transação – algumas observações	26
1.1.2. Resolução pública ou resolução privada de litígios?	34
1.1.3. A jurisdição privada como concorrente da pública	46
1.1.4. Cláusula Compromissória ou Compromisso Arbitral?	48
1.1.5. A análise econômica e os contratos por adesão	51
1.2. Noções jurídicas da arbitragem, da cláusula arbitral e do contrato por adesão e suas interrelações	52
1.2.1. O contrato por adesão como um instituto de Direito Privado que imprescinde de contornos de Direito Público	53
1.2.2. Os contratos por adesão–contemporizando a limitação à autonomia privada por meio do controle do conteúdo	56
1.2.3. As cláusulas contratuais gerais, ou melhor, as “cláusulas não lidas”	62
1.2.4. A análise positiva – a legislação nacional sobre o tema	68
1.2.4.1. A Constituição Federal e a Lei de Arbitragem	68
1.2.4.2. O que dizem o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor	73
2. As minúcias dos institutos da arbitragem e do contrato por adesão quando fundidos	79
2.1. A inclusão de cláusula arbitral nos contratos por adesão – Estrutura necessária	79
2.1.1. O local da inclusão	79
2.1.2. A forma	80
2.1.3. O conteúdo	81
2.2. A onerosidade da via arbitral	84
2.2.1. A resolução dos litígios pela Arbitragem – com ou sem subsídios?	85
2.2.1.1. A via arbitral sem necessidade de subsídios	85
2.2.1.2. A via arbitral mediante subsídios	86
2.3. <i>Holdup</i> – refém da própria cláusula – a lei dissuadindo o uso da arbitragem nos contratos por adesão	88
2.4. As perdas de eficiência por meio da arbitragem	91
Considerações finais	93
Referências bibliográficas	101

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, uniremos dois institutos jurídicos aparentemente muito discrepantes, a arbitragem e os contratos por adesão, em uma visão amparada pela análise econômica do direito.

O tema proposto é verificar a viabilidade jurídica e a eficiência econômica da escolha da forma de resolução de conflitos pela arbitragem por meio dos contratos por adesão. Estaremos, assim, incumbidos de juntar temas jurídicos recheados de meandros, sob um enfoque das ciências econômicas, unindo, igualmente, os universos jurídico e econômico, na medida em que essa união traga algo de profícuo ou, ao menos, traga um pouco mais de conteúdo e de interesse ao debate.

Embora seja uma dissertação voltada, em grande medida para a análise econômica do direito, não apresentaremos aqui, cálculos econométricos, ou modelos estilizados advindos das ciências econômicas. Tentaremos, contudo, por meio da doutrina, de raciocínios dedutivos e, por que não dizer, intuitivos, vislumbrar como esses assuntos são avaliados nas ciências econômicas e tentar retirar, desse diferente ponto de vista, algum proveito para um incremento da ciência jurídica com a qual temos uma maior familiaridade.

O objetivo será de verificarmos, tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico nacional brasileiro, se há autorização e incentivos na nossa legislação para o uso da arbitragem, sobretudo, por meio da cláusula compromissória, quando essa escolha se faça no interior dos contratos estandardizados, além de, se conseguimos concluir que a escolha pela jurisdição privada, nesses instrumentos contratuais, realmente propicia ganhos em eficiência, ou se algo, ainda, pode, porventura, ser alterado.

Desta forma, o âmbito do trabalho ficará restrito à análise da inclusão de cláusulas arbitrais nos contratos por adesão, sendo que devemos considerar tais contratos em sentido amplo, isso quer dizer que não estaremos reduzindo este estudo meramente aos contratos de consumo, nem mesmo apenas aos contratos surgidos por meio de atos existenciais¹, pelo contrário, uma vez que os contratos firmados por meio de cláusulas unilateralmente preestabelecidas são de uso comum,

¹ Explicando a categoria de atos existenciais, cumpre citar, BECKER. Verena Nygaard. A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais. Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano 7-8, 1973/1974, p. 15-16: “*Sobre a denominação de ‘atos existenciais’ compreende-se uma grande variedade de atos que diferem entre si, mas que tem em comum a característica de todos visarem atender às necessidades básicas do indivíduo, tais como vestuário, alimentação, transporte, água, energia elétrica, etc. Tendo como finalidade satisfazer necessidades vitais da existência humana, são atos cuja prática se impõe a todos os indivíduos. Trata-se naturalmente de um conceito essencialmente variável no tempo e no espaço, pois o que se considera necessidade vital varia de uma sociedade para a outra, de uma época para a outra, dependendo do tipo de cultura e do grau de evolução de um povo*”. Considerando os atos existenciais fora da categoria dos contratos, vale mencionar, FRADERA, Vera Maria Jacob de. Superposição de contratos. In Contratos empresariais: contratos

também, entre empresas – nosso maior interesse, visto que empresários não podem alegar o desconhecimento das cláusulas contratuais que pactuam, pois não se encontram amparados por leis protetivas – e não dizem respeito, somente, às prestações de cunho vital, necessárias à existência do indivíduo ou das organizações que esses estejam a gerir.

A perspectiva de análise terá como base a doutrina e legislação brasileira, pois que pretendemos, precipuamente, trazer à baila o posicionamento dos estudiosos acerca do tema, teorizando, diante do sistema jurídico no qual os institutos se inserem, sobre a viabilidade, ou não, de adicionar, com plena eficácia, uma cláusula arbitral em contratos cujos aderentes não têm, em regra, poder de decidir acerca do conteúdo contratual, ao mesmo tempo em que ensaiamos a análise econômica dos institutos jurídicos, com base no instrumental que as ciências econômicas podem ofertar-nos.

A dificuldade que percebemos está na possibilidade de juntar “mundos” bastante complexos, o primeiro, a arbitragem, em que a autonomia da vontade deve ser o princípio jurídico preponderante, o segundo, os contratos por adesão, nos quais os interesses do tráfego devem preponderar sobre a autonomia da vontade. Um trabalho versando somente sobre a ponderação desses princípios jurídicos e suas interrelações, certamente, seria aceitável, mas acreditamos que avaliar esses institutos sob a ótica da análise econômica do direito confere uma dinâmica muito mais curiosa ao nosso estudo.

Resumidamente, almejamos responder: é juridicamente justificável e economicamente eficiente a instauração da via arbitral, por meio da cláusula compromissória, quando inserta nos contratos estandardizados, sobremaneira no campo das relações privadas entre agentes que estejam cientes e sejam capazes de arcar com as consequências da escolha dessa via de jurisdição?

Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes principais. Na primeira parte, trataremos dos aspectos globais, das premissas econômicas e jurídicas necessárias à avaliação da eficiência econômica e viabilidade legal da junção da arbitragem e dos contratos por adesão. Já na segunda parte, adentraremos em peculiaridades decorrentes da união dos institutos em comento.

Gostaríamos de comentar que nosso interesse pela análise econômica do direito iniciou quando percebemos que, para além do campo jurídico, as decisões, as escolhas legislativas, repercutiam nos campos social, político e econômico e essa repercussão, conseqüentemente,

de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 274: “*Dentre as relações compreendidas nesta categoria das relações contratuais fáticas, situamos aquelas criadas pelo tráfego em massa, no campo das prestações existenciais (transporte, alimentação, vestuário, medicamentos, energia elétrica, água, etc.). Nestes casos, a conduta gera um efeito jurídico, independentemente da existência de capacidade da parte. A doutrina situa o fundamento da atribuição de efeito jurídico a tais manifestações no princípio da proteção da confiança, um dos pilares da relação jurídica, podendo ser invocado em terreno ainda não abrangido pela noção de contrato. Assim sendo, vale dizer que certas formas de contato social são protegidas pelo direito*” (grifo nosso).

fez-nos notar o quão superiores são as responsabilidades dos tomadores de decisão jurídica, sejam elas judicial ou legislativa.

Contudo, por óbvio, a análise econômica do direito já possuía notoriedade muito antes disso. Teve seu florescimento nos anos cinquenta, nos Estados Unidos, país de *common law*².

Grosso modo, podemos dizer que a análise econômica do direito consiste em utilizarmos as ferramentas da economia, mormente da microeconomia (teoria da informação, teoria dos jogos, teoria da agência, etc.) para explicar os fenômenos jurídicos e avaliar suas possíveis alterações.

Na evolução e disseminação da análise econômica do direito, *law and economics*, muitas linhas de pensamento foram se desenvolvendo (utilitarista, pragmatista, institucionalista, neo-institucionalista, etc.)³. Porém, neste estudo, não faremos opção por nenhuma “escola” específica da análise econômica do direito, pois mesmo sabendo que há várias, não nos filiaremos, especialmente, a nenhuma delas, pois muitas estarão implicadas em nosso estudo.

Podemos, outrossim, adiantar que por certa altura nos fixaremos na tentativa de redução dos custos de transação, por outra, nos incentivos gerados pela legislação, depois na redução das falhas de mercado criadas, por exemplo, pelas assimetrias informativas, cientes que todos esses instrumentos têm sua relevância para cada tema em exame, considerando o nosso objetivo de constatar se há eficiência nas instituições jurídicas da arbitragem e dos contratos standardizados. Caso contrário, buscaremos verificar o que é possível ser feito para aumentar a eficiência das instituições jurídicas o que, teoricamente, incentivaria as trocas e, conseqüentemente, traria acréscimos em riqueza.

Igualmente, não adentraremos na questão da distribuição dessa riqueza. Contentar-nos-emos em cogitar que uma redução de custos proporcionaria uma redução de desperdícios que poderiam redundar em investimentos em tecnologias que, por sua vez, aumentariam a produção e, por exemplo, viriam a gerar mais postos de trabalho. E é esse o sentido que iremos dar ao presente estudo, já frisando que estamos cientes que há implicações de justiça, sobremaneira, a distributiva, que não trataremos nesta dissertação.

Demais, como a visão do trabalho é interdisciplinar, ainda na primeira parte, além das premissas econômicas e da visão da análise econômica do direito sobre a arbitragem e os contratos por adesão, trataremos com ênfase, também, jurídica dos mesmos institutos, com fundamento em apenas alguns artigos, que julgamos de maior relevo, os quais se encontram no ordenamento

² Nesse sentido: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Análise Econômica do Direito Contratual*. Saraiva, 2010, p. 10.

³ Ver melhor em: BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2011, p.28 e segs.

jurídico brasileiro, notadamente, na Constituição Federal, na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), no Código Civil (Lei 10.406/2002) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Importante mencionarmos que estaremos na seara, tão somente, da arbitragem doméstica, isto é, daquela realizada em território nacional e, ou, cuja sentença seja em território brasileiro proferida, até mesmo porque, é esse o assunto que prepondera na nossa Lei de Arbitragem.

Também relevante esclarecermos, antes de avançar para os capítulos que se seguem, que a arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias, muito antigo, originado para resolver controvérsias por meio de um terceiro julgador imparcial, tendo-se dela notícia, inclusive, em algumas sociedades primitivas, antes de uma formação efetiva do Estado como conhecemos⁴. Consoante nossa lei, ela somente poderá ser admitida quando acordada, isto é, voluntariamente, entre partes capazes e cuja matéria litigiosa diga respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Portanto, é um meio fora da jurisdição estatal⁵, no qual as partes capazes de contratar podem levar suas questões, desde que representáveis em pecúnia e que, além disso, façam relação com direitos que essas partes, ou, melhor dizendo, que esses agentes econômicos, possam usar, gozar, dispor (transigir, renunciar, etc.). Talvez, com mais correção, possamos dizer que disponíveis são aqueles direitos que o Estado não tenha entendido como monopólio de sua jurisdição.

A via arbitral pode ser, destarte, escolhida pelas partes por meio, ou da cláusula compromissória (igualmente denominada cláusula arbitral), ou do compromisso arbitral. A cláusula compromissória será realizada antes da ocorrência do litígio entre as partes, diferentemente do compromisso, que será realizado após o surgimento da controvérsia. Se após o surgimento do conflito as partes concordarem com a sua submissão à arbitragem, farão o compromisso extrajudicial, se discordarem, esse mesmo compromisso poderá ser judicial, ou seja, forjado por um juiz estatal, em razão da vinculatividade da cláusula arbitral.

É que um dos efeitos da existência de uma cláusula compromissória em um contrato é o afastamento da competência da jurisdição estatal do julgamento das lides oriundas daquele pacto – denominado efeito negativo. O outro efeito é o de atrair a competência de qualquer litígio arbitrável (se delimitados na cláusula) para a jurisdição privada – denominado efeito positivo.

Sendo assim, havendo em um contrato uma cláusula arbitral ela determinará que os conflitos decorrentes do contrato firmado sejam dirimidos por um ou mais árbitros, autonomamente (arbitragem *ad hoc*) ou por meio de uma instituição de arbitragem (arbitragem institucional). Se, casualmente, a cláusula não for específica quanto ao árbitro, ou a instituição arbitral, ou ainda, faltar informações acerca das partes e, ou, da matéria controvertida, será necessário realizarem o

⁴ POSNER, Richard. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.206-207.

⁵ Isso não vem significar que o próprio Estado não possa ser parte em demandas arbitrais.

referido compromisso arbitral. Logo, no caso de uma das partes recursar-se a firmar o compromisso, em função do efeito positivo, terá de ser compelida a fazê-lo pelo Poder Judiciário (o dito compromisso arbitral judicial).

Dentre os assuntos que examinaremos, fora à arbitragem, como referimos, será incluído mais um pormenor – os contratos por adesão. Os contratos estandardizados já não são mais exceção, mas, a regra das relações jurídicas, principalmente, comerciais. São instrumentos de notória facilidade de trocas e redução de custos com tratativas e, em função desses atributos, achamos conveniente tratá-los, nesta dissertação, junto da arbitragem, o que nos poderia resultar numa dupla vantagem para o tráfego negocial.

Acreditamos, destarte, que essa seja a justificativa do presente trabalho. Realizar uma avaliação de institutos jurídicos, aparentemente, antagônicos, mas, economicamente, agregadores de eficiência. Assim, se a união dos instrumentos for possível e mantiver a dita eficiência que, teoricamente, os reveste, podemos ter ganhos cumulados por essa instrumentação contratual.

Entretanto, nosso panorama jurídico prevê uma série de salvaguardas para os aderentes, especialmente em relação a sua adesão à cláusula arbitral, pois que acabam por ter pouca autonomia para negociar o conteúdo quando participam das trocas por meio de instrumentos contratuais cujas cláusulas foram estabelecidas unilateralmente. Assim, faremos, ainda no final do primeiro capítulo, uma breve análise da estrutura legislativa que acompanha os institutos jurídicos da arbitragem e dos contratos por adesão.

Na segunda parte do trabalho, todavia, ocupar-nos-emos das especificidades, ou melhor, das particularidades originadas pela inserção da cláusula compromissória nos pactos por adesão. Desta forma, mostraremos, mais detalhadamente, a estrutura da inclusão, quando possível, da cláusula compromissória nos contratos por adesão, de modo evitar nulidades, cientes de que devemos atentar para a posição do aderente em virtude da restrição à autonomia privada que o contrato por adesão, por natureza, impõe.

Bem assim, trataremos da necessidade de informações prévias e claras concernentes às despesas da arbitragem (custas e honorários), assim como, da situação de incentivar, ou não a arbitragem entre agentes que não possam arcar, paritariamente, com as despesas arbitrais, vez que na arbitragem, diferentemente da justiça pública, não há gratuidade⁶, ou, ao menos, não nos parece ser o caminho que mais lhe assegure a eficiência.

Noutro sentido, quase no final deste estudo, falaremos sobre uma possibilidade de oportunidade propiciada pela legislação arbitral brasileira, tema que será, na continuidade, de certa

⁶ Não podemos olvidar, aqui, que a dita “gratuidade da justiça” não considera os custos pela demora da prestação jurisdicional que, inevitavelmente, são impostos às partes.

forma, tratado também no tópico seguinte, no qual discorreremos sobre as eventuais perdas de eficiência. Embora nosso trabalho tenha o intuito de provar que a junção da cláusula arbitral e dos contratos por adesão possa vir a ser legalmente justificável e economicamente eficiente, verificamos, nesse caminho, que ineficiências podem ocorrer, as quais não nos podemos escusar de fazer menção, porquanto sejam situações viáveis, igualmente, quando os agentes fazem a escolha pela jurisdição privada de litígios.

Nas considerações finais, tentaremos resumir e tentar amalgamar nossas avaliações em conclusões que tentarão trazer algum benefício científico, ou ao menos, mais oportunidades de debate, obviamente, sujeitas a todas as críticas e aperfeiçoamentos futuros.

Após essas elucidações, adentremos ao primeiro capítulo do trabalho.

1. AS GENERALIDADES DOS INSTITUTOS DA ARBITRAGEM E DO CONTRATO POR ADESÃO – VIÉS INTERDISCIPLINAR

No introito, referimos que a análise econômica do direito será utilizada neste estudo para que possamos avaliar, perante o disposto no ordenamento jurídico estatal em matérias como a arbitragem (no que tange à prestação jurisdicional privada) e como os contratos por adesão (no que concerne aos instrumentos contratuais que viabilizam as trocas), se há eficiência na operação efetiva desses institutos, se há diferenças de incentivos e de indução de comportamentos em razão das determinações legais e, demais, verificar, eventualmente, se alguma modificação pode ser empreendida para chegarmos a uma situação que aumente a riqueza social.

Cumpre-nos, também, fazer menção que, embora não seja o objetivo primordial deste trabalho, inevitavelmente, iremos, por hora ou outra, tomar a jurisdição estatal como modelo de comparação à jurisdição privada, como veremos mais adiante.

Sendo assim, de início, considerando o escopo de análise interdisciplinar que pretendemos conferir às referidas instituições, faz-se necessário que compreendamos algumas das premissas, ou melhor, das pressuposições básicas usadas pelos economistas para, de modo mais sucinto, conseguir modelar a conduta dos agentes econômicos, ou seja, dos indivíduos, das empresas, das instituições que participam das trocas e da produção de riqueza.

Também dentro dessas noções elementares iremos agregar, igualmente, aquelas jurídicas que dão corpo à utilização tanto da jurisdição privada – que sem autorização legal seria inviável – quanto dos contratos por adesão – que sem o controle estatal, igualmente, seria uma ferramenta de uso subótimo⁷ – apresentadas nos tópicos subsequentes.

Passemos, então, às noções introdutórias da análise econômica do direito, tão valiosas à compreensão do que explanaremos no decorrer deste trabalho.

1.1. Noções de análise econômica do direito

Cabe-nos, por princípio, tratar do ambiente no qual esses agentes estão inseridos. Isso significa dizer que os agentes econômicos, geralmente, operam em um ambiente de **recursos escassos**. A escassez de recursos, portanto, obriga que os agentes tenham de fazer escolhas para

⁷ Sobre a débil vinculação dos aderentes a um contrato por adesão sem as balizas estatais, ver mais no item 1.2.2 deste trabalho.

a satisfação de suas necessidades⁸ ou desejos – dentre a referida escassez, não devemos descurar, está, igualmente, a escassez de tempo, vez que o tempo gasto em uma atividade é o tempo que foi perdido, inevitavelmente, para a realização de outras atividades.

A referida escassez de tempo, tão intuitiva, pois convivemos, diariamente, com situações que nos causam a impressão de estarmos desperdiçando tempo (como nas filas para entrar em algum estabelecimento, nos engarrafamentos cada vez mais frequentes, na sala de espera do dentista, etc.) vem refletir-se em um custo, que os economistas denominam como custo de oportunidade. Significa que quando ocupamos nosso tempo com uma atividade estamos, concomitantemente, abrindo mão desse tempo, o qual poderia ser usado em outras atividades alternativas. Tudo isso, porque o tempo é finito; não se recupera; é, portanto, escasso.

O mesmo custo de oportunidade está intrínseco nas nossas demais escolhas. Se escolhermos gastar nosso dinheiro em bens de consumo, estaremos diminuindo nossa possibilidade de poupança, de economia para futuras eventualidades. Se pouparmos, deixamos de fruir de bens ou de serviços que possam nos trazer mais conforto, *status*, lazer, no presente.

De outra forma, dizemos que as *escolhas de que trata a Economia são aquelas que são ditadas pela escassez de bens e recursos disponíveis para que a satisfação das necessidades possa ser alcançada*⁹.

Devemos considerar, também, (para podermos sintetizar a conduta dos atores econômicos, objeto deste estudo), que o agente, buscando alcançar seus objetivos, permanece constantemente diante de escolhas – dilemas – tendo de sacrificar alguma opção (ou porção dela) em favor de outra – e, por consequência, procurando dentre essas opções aquela que considere a melhor possível – isto é, retirando a satisfação máxima possível (consoante seus objetivos e preferências) frente às restrições e limitações que enfrente¹⁰.

⁸ O termo “necessidades” perante a análise econômica do direito nem sempre é visto como o mais adequado em virtude de, não raro, carregar consigo um conteúdo mais emotivo que científico. Adotamos o termo nesse trabalho sem, entretanto, estarmos objetivando carregá-lo de conteúdo emocional, vez que cientes que os indivíduos, diariamente, estão dispostos a abrir mão de parte daquilo (mesmo daquilo que em um dado momento seja “necessário”) que possuem para adquirirem um pouco daquilo que desejam. Provavelmente, estaríamos usando termos mais apropriados se substituíssemos as ditas “necessidades” por “desejos”, “anseios”, ou, simplesmente, “demandas”. Para ver mais: JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *The Nature of Man* (July 1, 1994). Michael C. Jensen, FOUNDATIONS OF ORGANIZATIONAL STRATEGY, Harvard University Press, 1998; *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 7, No. 2, pp. 4-19, Summer 1994. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=5471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5471>, acessado em 24 de março de 2013.

⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

¹⁰ HILLBRECHT, Ronald. Uma introdução à Teoria dos Jogos. In: *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 115.

E, como tem de fazer escolhas, diante da limitação dos seus recursos, o agente irá, racionalmente, verificar, dentre as opções disponíveis, qual a opção que lhe trará maiores benefícios¹¹. Isso equivale a dizer que o agente econômico realiza escolhas racionais.

Segundo à ciência econômica, devemos ter em conta, destarte, que os agentes sejam racionais maximizadores, isto é, que tendam a fazer escolhas que aumentem sua satisfação, ou utilidade, consoante um conjunto de preferências que possuam¹² e perante as restrições (normalmente orçamentárias) que enfrentem (está, igualmente, preconcebido pelos economistas tratarem-se de escolhas de agentes livres, que, basicamente, buscam encontrar a alternativa que melhor satisfaça seus desejos ou interesses).

Demais, para que consigam tomar uma decisão ante as alternativas, devemos admitir que os agentes econômicos possuam preferências estáveis e preestabelecidas e, ainda, “completas e transitivas”¹³. Com preferências completas, queremos dizer que o agente é capaz de, perante um par de alternativas, responder se prefere a primeira e não a segunda; a segunda e não a primeira; ou se ambas lhe são indiferentes¹⁴. Com transitivas, queremos dizer que se o agente prefere a opção B à opção C e, ainda, prefere a opção C em detrimento da opção D, significa que se, racionalmente, estiver perante uma escolha entre B e D, preferirá B.

Como anteriormente afirmado, temos de considerar, outrossim, que para valorar suas preferências o agente econômico sopesará aquela que mais lhe trará satisfação, portanto, ao escolher entre

duas alternativas, o indivíduo racional escolhe a que lhe proporciona mais utilidade: diz-se que maximiza a utilidade. Note-se que utilidade é aqui um termo técnico que designa a satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material: é possível obter utilidade através do consumo de um alimento mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem natural permanece intacta¹⁵.

¹¹ Vale complementarmos a compreensão do tema com a seguinte passagem: *Adiantemo-lo, a escassez impõe escolhas. Por exemplo, todos gostaríamos de gastar mais dos nossos recursos próprios, e mais ainda dos recursos colectivos, na promoção e preservação de nossa saúde, e é tanto mais assim quanto mais a evolução do nosso quadro civilizacional torna exigível a manutenção de um limiar mínimo de saúde, como um elemento básico da qualidade da vida experimentada naquele quadro: contudo, a limitação daqueles recursos impõe restrições absolutas às nossas preferências, e determina, dentro das fronteiras do possível, um esforço de otimização de obtenção dos melhores e mais eficientes resultados a partir de qualquer nível limitado de recursos. Como é óbvio, o grau de saúde ótima que devemos prosseguir é unicamente o grau possível* (grifo nosso). ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

¹² RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

¹³ RODRIGUES, op. cit., p. 13.

¹⁴ RODRIGUES, op. cit., loc. cit.

¹⁵ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

A atuação racional pode ainda ser descrita como uma avaliação entre custos e benefícios. Concluimos, então, que será racional o agente que dentre suas opções escolher aquela na qual os benefícios suplantem os custos.

Dessa assertiva, derivamos outros conceitos econômicos – os conceitos de custo e de benefício marginais.

O raciocínio marginal, ou a análise marginal, é uma ferramenta utilizada pelos economistas para avaliar que as escolhas dos agentes, normalmente, têm por base pequenas variações¹⁶, isso significa que a análise marginal é baseada “naquelas pequenas decisões que provocam pequenos incrementos de satisfação dentro de um plano decisório”¹⁷.

Mas, antes de continuarmos com a explicação sobre ao raciocínio marginal, havemos de fazer uma pequena ressalva quanto às premissas que trabalhamos neste estudo. As noções de raciocínio marginal, de racionalidade, de aferição de custos e benefícios, são utilizadas para facilitar, para instrumentar a análise econômica dos institutos jurídicos que iremos tratar nos tópicos subsequentes. Não significa dizer que os agentes, que, ao fim e ao cabo, são seres humanos (afinal, as empresas não são geridas por robôs), estão cotidianamente a calcular e realizar ponderações sobre os custos e benefícios das suas escolhas, mas é uma forma de, genericamente, chegarmos a algumas conclusões que possam ser universalizáveis. Nesse sentido, cumpre-nos referir:

A minúcia retrospectiva com que muito frequentemente a análise econômica se dedica à avaliação de meios, de fins, de ótimos e de máximos individuais e sociais, e à reconstituição iterativa da racionalidade das decisões e das actividades, não significa imputação de consciência, de racionalidade e de ponderação perfeitas aos agentes (sendo que hoje a análise econômica lida pacificamente com o pressuposto de racionalidade limitada), mas apenas abstrações e subsunção de um fenómeno observado a categorias inteligíveis e universalmente válidas que transformem o conhecimento dos dados particulares em ciência¹⁸.

¹⁶ “Por outras palavras, a maior parte das decisões de que se ocupa a Economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo – o tudo ou nada – mas antes as de fazer mais ou menos de algo, de intensificar ou reduzir o número de unidades empregues em apoio de uma determinada decisão ou actividade: dedicar ou não mais tempo ao estudo da Economia? aumentar ou não os impostos? comprar um automóvel com ou sem ar condicionado? aumentar ou não os limites de velocidade nas auto-estradas? ler mais umas páginas de um livro ou telefonar a mais um amigo?” ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43.

¹⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 42.

¹⁸ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. Coimbra: Almedina, 2005, p.30.

Desse modo, temos de considerar uma ideia, podemos dizer, mais flexível da racionalidade dos agentes econômicos que os afasta um pouco dos seres, altamente, racionais maximizadores, concebendo sua racionalidade como limitada. Assim, temos de admitir que as mais diversas situações, emoções, manias e a própria capacidade e desenvolvimento cognitivos estão, inarredavelmente, amalgamados na sua forma de agir e pensar, logo, de tomar decisões.

Conquanto essas influências tenham de ser contempladas, elas não invalidam que nós, seres limitadamente racionais, desde a nossa idade mais pueril, já fazemos pequenas escolhas baseadas em preferências, nas vantagens e nas desvantagens que nossas escolhas implicam como, por exemplo, fazer os deveres escolares ou jogar mais no computador, arrumar o quarto ou brincar na rua, etc.

Sendo assim, não percebemos problemas em continuarmos a admitir que, embora não sejamos os ditos robôs maximizadores que calculam todos os custos e os benefícios de cada tomada de decisão, conseguimos manter um conjunto de preferências, um tanto racionais, com certa constância e hierarquia.

Vasco Rodrigues, explica a racionalidade do agente da seguinte maneira:

Os economistas são criticados pela falta de realismo dos seus pressupostos e modelos. Parte da incompreensão tem a ver com os diferentes objectivos de diferentes ciências. Uma ciência como a Psicologia, por exemplo, muito virada para o estudo do comportamento individual, não pode obviamente bastar-se com o princípio da escolha racional. Mas o objectivo da Economia não é perceber o comportamento de cada ser humano em si mesmo; é perceber as consequências colectivas que resultam da interacção entre comportamentos individuais. Se fosse possível, a explicação do comportamento colectivo a partir da compreensão detalhada do comportamento de cada ser humano seria provavelmente muito mais rica e rigorosa do que a que Economia oferece. Mas, esse é um projecto de estudo provavelmente irrealizável. O que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: **a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional** (grifo nosso).¹⁹

Voltando à análise marginal, veremos que ela será de muito relevo na avaliação das decisões ótimas, como passamos a verificar.

¹⁹ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

Nas decisões de como alocar seus recursos escassos dentre seus infindáveis desejos e necessidades, o agente econômico, escolherá aquela opção que mais lhe traga benefícios relativamente aos custos expendidos. Isso é o mesmo que dizer que os agentes almejarão otimizar seus recursos, visto que o desperdício em um ambiente de escassez não é uma decisão, aparentemente, racional.

Repisamos que a escassez é, igualmente, de tempo e, de outra banda, não devemos descurar que, para uma escolha racional, o agente dependerá, obviamente, de suas capacidades cognitivas e das informações que possua à disposição.

Como é humanamente impossível, dentre as infinitas possibilidades, escolher a absolutamente melhor, os agentes limitados, racional e temporalmente, acabarão por se concentrar no possível, isto é, “«microscopicamente» nos custos e vantagens de *mais uma* opção, de *mais um* bem, de *mais um* factor produtivo [...]”²⁰.

Para melhor elucidarmos esse assunto, vem a calhar um singelo exemplo. Vamos imaginar qual seria a quantidade ótima de chocolates (especificamente, bombons) que um estudante pode consumir por dia²¹.

Inicialmente, devemos pensar no benefício marginal de comer um único bombom, ou seja, devemos pensar no benefício que auferirá o estudante por passar de uma situação na qual não consome nenhum bombom, para a situação em que come um único. Outrossim, devemos pensar no custo marginal de comer o bombom, isto é, devemos pensar no custo que o mesmo estudante suportará por comer o primeiro bombom. Se preconcebermos esse estudante como um ser racional, ele deverá comer o primeiro bombom se, e somente se, o benefício marginal exceder ao custo marginal. Em outras palavras: comerá o primeiro bombom se, na sua avaliação, o custo que despenderá com uma unidade consumida de bombom for inferior ao benefício (satisfação) do consumo dessa mesma unidade.

Independentemente da adoração que ele tenha por chocolates, não fica difícil apreendermos que o benefício marginal de comer mais unidades de bombons tenderá a decrescer. Chegará um momento no qual a ingestão de mais uma unidade de bombom não trará mais a mesma satisfação inicial, mesmo que o custo unitário do chocolate permaneça constante (equivalendo ao preço).

Por consequência, provavelmente depois de algumas unidades, o estudante encontrar-se-á em uma situação na qual o benefício da ingestão de mais uma unidade de bombom será inferior ao seu custo – situação na qual deveria parar de consumir, pois encontraria o nível ótimo de

²⁰ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30.

²¹ Nestes termos, ver o exemplo de RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17-18.

consumo de bombons. Dizendo de outro modo, o estudante deverá consumir seus bombons somente enquanto os benefícios marginais excedam, ou se igualem, aos custos²², ou ainda, nas palavras de Vasco Rodrigues: [...] para obter a máxima utilidade, um agente económico deve efectuar determinada actividade até que o seu benefício marginal iguale o seu custo marginal²³.

A referida otimalidade²⁴, ou máxima utilidade, por sua vez, conduz-nos a mais um conceito econômico de extrema relevância para este trabalho: a otimalidade de Pareto ou eficiência de Pareto²⁵.

Mas antes disso, cumpre-nos referir que optamos, neste estudo, por avaliar, com uma lente interdisciplinar, a eficiência²⁶ de instituições jurídicas, nos limites do ordenamento jurídico pátrio. Portanto, as comparações de ganhos de eficiência obtidas pelas possíveis escolhas dos agentes são, aqui, fundamentais.

Logo, as noções de eficiência precisam de uma certa elucidação, mesmo que não seja a mais meticulosa e aprofundada (pois que apresentada por olhos de um operador do direito e não das ciências econômicas).

Devemos salientar que a designação de eficiência que utilizaremos servirá para instrumentar o estudo dos institutos da arbitragem e dos contratos por adesão e suas inter-relações. O nosso objetivo, portanto, será vislumbrarmos o direito, ou melhor, os dispositivos legais que fundamentam nosso estudo como instrumentos de incentivo às condutas, que deveriam convergir, a partir da orientação legal, no sentido de trazer benefícios privados e, sempre que possível,

²² Suponhamos que o tomador de decisões proponha *aumentar* o que ele estiver fazendo levemente acima de seu nível inicial. Haverá um custo associado a esse pequeno aumento que se chama *custo marginal*. Mas também haverá um benefício de ter ou fazer mais do que quer que seja que ele está tentando maximizar. O benefício resultante desse pequeno aumento se chama *benefício marginal*. O tomador de decisões perceberá que está se saindo melhor nesse novo nível, em comparação com o nível inicial, desde que o *benefício marginal* do pequeno aumento seja maior do que o *custo marginal da mudança*. Ele continuará fazendo esses ajustes pequenos, ou marginais, enquanto o benefício marginal exceder o custo marginal, e deixará de fazer mudanças quando o custo marginal da última mudança feita for igual ao (ou maior do que o) benefício marginal. Esse nível é o máximo do tomador de decisões. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.45-46.

²³ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

²⁴ [...] *para os economistas*, o ótimo para quase todas as decisões ocorre no ponto em que o benefício marginal é igual ao custo marginal[...]. COOTER; ULEN, op. cit., p. 47.

²⁵ Foi denominada como *eficiência de Pareto* em homenagem a Vilfredo Pareto (economista suíço-italiano), o criador dessa forma de compreendermos a eficiência alocativa. Consoante Pareto, uma situação é eficiente ou alocativamente eficiente “se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.38.

²⁶ Na realidade, já estamos falando em eficiência quando nos deparamos com a situação do agente tentar extrair maiores benefícios aos menores custos, bem como quando estudamos as situações de eficiência Pareto e Kaldor-Hicks (que veremos em breve), pode-se dizer, apenas, que nas últimas há um maior grau de “requisite”, ou aprimoramento, na avaliação da eficiência.

também, globais. Pode ser que essa abordagem, para alguns, possa parecer meramente utilitarista ou pragmática, mas não haverá prejuízo, desde que se entenda que a utilidade que buscamos por meio da análise econômica do direito está voltada para o desenvolvimento social, visto que pretendemos localizar institutos jurídicos que possam auxiliar em uma redução de custos (de transação) que venha a aumentar as trocas e, da mesma forma, a riqueza (salientamos que não estamos reduzindo, com isso, a ciência econômica, apenas, ao utilitarismo, ou ao pragmatismo).

Como referido, o ferramental, que a análise econômica do direito nos disponibiliza, irá permitir utilizarmos a eficiência econômica para tentar alcançar situações de melhora de bem-estar, nas quais o direito poderá, como esperamos, aumentar ou maximizar a satisfação ou a utilidade dos seus destinatários. E é essa melhora que, a nosso ver, mesmo que minimamente, talvez possa contribuir para gerar situações que mais se aproximem da justiça. Nesse sentido, citamos: *A sugestão será a de que regras justas são, em geral, eficientes também. O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável, e há algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça*²⁷.

Seguimos, assim, introduzindo o conceito de eficiência. Singelamente, podemos aludir que uma situação eficiente seria aquela que poderia derivar o máximo de satisfação aos agentes com os menores custos²⁸. E, destarte, para melhor compreendermos o significado dessa eficiência, vale retomar a designação do que vem a ser a **eficiência alocativa**, ou **eficiência de Pareto**, a qual passamos a desenvolver.

Estabelecer que uma determinada situação venha a ser preferível à outra, significa, em termos de eficiência de Pareto, que se trata de uma situação na qual seja possível melhorar a posição de ao menos um dos envolvidos, sem piorar a posição dos demais.

Clareando, podemos dizer que vamos ao encontro da *eficiência de Pareto* na situação em que, frente a alternativas de alocações de benefícios ou renda, é possível realizarmos uma modificação que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro (também chamada – melhora de Pareto). “Uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto²⁹”, dessa maneira, encontramos, neste ponto, em uma situação Pareto Eficiente.

²⁷ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p. 017-018.

²⁸ “Eficiência: o termo ‘eficiência’ tem diversas acepções. Neste trabalho, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos (SALAMA, 2008). Sob esta ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. [...]”. PUGLIESE; SALAMA, op. cit., p. 017.

²⁹ SALAMA, Bruno. Direito e Economia. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

Contudo, as situações de eficiência de Pareto, por exemplo, nas matérias objeto deste estudo, concernentes às conformações jurídicas, nem sempre são fáceis de serem atingidas. A melhora de Pareto pressupõe, rigidamente, que todos os envolvidos na mudança de uma posição para outra estejam de acordo com a alteração da situação que lhes diz respeito.

Vislumbrando dificuldades como essa, os economistas nomeadamente, Nicolas Kaldor e John Hicks, desenvolveram outro tipo de melhora, de certo modo, mais dúctil. Assim, atinge-se, igualmente, a eficiência mesmo em uma mudança de posição que leve, por consequência, uma das partes ficar pior, desde que a que ficou em melhor posição tenha condições de **compensar** a prejudicada. Mas a dita compensação não é parte compulsória do critério Kaldor-Hicks, acima descrito, **é meramente potencial**, pois não precisa ser concretizada³⁰.

Sobre as dificuldades da otimalidade de Pareto e a necessidade de superá-las, cumpre-nos citar:

A solução normalmente utilizada pelos economistas para ultrapassar esta dificuldade é recorrer a alguma forma do chamado *princípio da compensação*. Suponhamos que a alteração de certa situação beneficia alguns mas prejudica outros. Admitamos, no entanto, que há uma determinada compensação que seria estritamente suficiente para que os prejudicados dessem o seu assentimento àquela alteração. A alteração diz-se uma *melhoria*, de acordo com este princípio, se os que dela beneficiam estivessem interessados na sua implementação mesmo que tivessem que suportar aquela compensação. Note-se o uso do condicional: não se exige que os beneficiados compensem efectivamente os prejudicados; apenas que estivessem dispostos a fazê-lo, se tal fosse necessário para garantir a concretização da alteração³¹.

Quando, nos tópicos seguintes, estivermos analisando, econômica e juridicamente, as jurisdições privada e pública, bem como a cláusula arbitral e os contratos por adesão teremos de nos apoiar nos conceitos de eficiência (Pareto, ou Kaldor-Hicks), para conseguirmos constatar se os dispositivos legais existentes, ou se algumas mudanças nesses dispositivos possibilitarão aos agentes uma melhora na alocação de seus recursos escassos. Não raro, nesta pesquisa, deparar-nos-emos com situações nas quais será possível evitar desperdícios, principalmente economizando em custos, objetivando incrementos de bem-estar, de utilidade, que possam alcançar um maior número de agentes.

³⁰ SALAMA, Bruno. Direito e Economia. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

³¹ RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28.

Evitar desperdícios em um ambiente de recursos escassos, parece racional e bastante intuitivo também para nós juristas. Entretanto, no que tange aos custos, há ainda conceitos econômicos que necessitamos esclarecer.

De início, havemos de falar nos **custos de transação**. Os custos de transação são todos aqueles custos “implícitos” que estão envolvidos nas trocas, nos negócios jurídicos. Nos custos de transação estão contidos os custos de todo o processo obrigacional³² (e até mesmo os anteriores à vinculação das partes) como os custos de busca de um parceiro, os custos com as tratativas, passando pelos custos da própria contratação até os do cumprimento do contratado.

Dentre os economistas, quem introduziu com maior relevo a questão dos custos de transação, foi Ronald Coase, no seu artigo *The Problem of Social Cost*³³. Segundo ele, para que um indivíduo ou empresa realize uma transação

[...] é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como quanto às condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.³⁴

Custos de transação, assim, podem ser designados como os custos nos quais as partes incorrem no processo³⁵ de efetivação de uma negociação. São os custos das tratativas, do fechamento, da manutenção e da execução do contrato.

Segundo os autores Robert Cooter e Thomas Ulen, os custos de transação correspondem aos custos das trocas ou aos custos do comércio. Seriam aqueles custos, dificilmente explícitos, pois concernentes aos custos, por exemplo, da localização de um parceiro comercial, ou melhor, de encontrar alguém que se interesse por comprar o que o agente está vendendo, da negociação

³² Sobre o processo obrigacional, ver COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, Reimpressão, 2007.

³³ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3. (Oct., 1960), pp. 1-44. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-2186%28196010%293%3C1%3ATPOSC%3E2.0.CO%3B2-F>

³⁴ COASE, Ronald. O problema do custo social. Traduzido por Francisco Kümmel F Alves e Renato Vieira Caovilla. In SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia. Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

³⁵ Especialmente, aqui, o conceito de **obrigação como processo** de Clóvis do Couto e Silva não poderia ser mais apropriado. COUTO E SILVA, op. cit.

com esse parceiro que, por sua vez, poderá requerer a redação de um contrato, assim como, do cumprimento do contrato firmado, ou da negociação realizada. Para esses autores, os custos do cumprimento de um contrato implicam em monitorar o desempenho das partes e punir violações desse mesmo acordo³⁶.

Os referidos autores afirmam, ainda, que os custos de transação dizem respeito aos custos de

[...] buscar parceiros, negociar as condições, redigir o contrato e fazer com que seja cumprido. A busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento de causa; e fazer com que o contrato seja cumprido exige perseverança. Em muitos contratos, esses custos de transação são pequenos em comparação com o excedente resultante da cooperação. Em outros casos, entretanto, eles são altos em comparação com o excedente resultante da cooperação. De fato, às vezes esses custos de transação são suficientemente altos em comparação com o excedente a ponto de impedir a cooperação. [...]³⁷

De modo muito similar, o autor Vasco Rodrigues ensina que os custos de transação

são aqueles que as partes numa transacção suportam, para lá do preço do que é transacionado. Entre eles encontram-se, nomeadamente, os custos de obtenção da informação necessária à transacção (descobrir quem vende o quê, averiguar a qualidade dos respectivos produtos, conhecer os preços praticados, etc.) os custos de negociação e celebração de contratos (custo de oportunidade do tempo necessário a essas tarefas, custo de consultores e advogados, custo de formalidades legais, etc.) e os custos de fazer respeitar o acordo celebrado (custos de fiscalização do comportamento da outra parte, custos de recurso aos tribunais, etc.).³⁸

Poderíamos incluir nos custos de transação, consoante esse autor, aquele custo que tínhamos comentado no início deste capítulo – o custo de oportunidade. Havíamos escrito que há um custo ao nos dedicarmos a uma tarefa ou atividade, ou ao investirmos nossos recursos em uma determinada opção de bens ou serviços, que é o custo daquelas oportunidades perdidas em função das nossas escolhas. Quando escolhemos ir ao cinema, podemos ter de deixar de ler mais

³⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 2010, p. 105.

³⁷ COOTER; ULEN, op. cit., p. 231.

³⁸ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito*, 2007, p. 50.

algumas páginas de um livro; Quando optamos por fazer horas extraordinárias no trabalho, ficamos menos tempo com a família, vez que o tempo não pode ser barrado enquanto fazemos nossas escolhas, ele continua a decorrer. A forma como iremos gastá-lo, distribuí-lo, aproveitá-lo, está dentre as escolhas econômicas mais relevantes.

Não havemos como, desse modo, desconsiderar a avaliação dos custos de transação na análise do oferecimento da arbitragem nos contratos por adesão, pois, tal apreciação, nos trará detalhes preciosos no que tange aos motivos tanto da oferta da via arbitral, quanto da relevância dos contratos por adesão como instrumentos de troca no mercado.

Diante disso, cumpre dedicarmos um pouco mais de atenção à análise dos custos de transação e sua possível redução por meio da escolha da via arbitral, também tema de nosso estudo, já transferindo nossa atenção para o tópico seguinte.

1.1.1. Arbitragem e redução de custos de transação – algumas observações

Como a proposta do trabalho é verificar se a inclusão da opção pela arbitragem nos contratos por adesão possui justificativa e viabilidade jurídica e econômica, pois pretende analisar o ordenamento jurídico e perceber se essa opção importa em eficiência, em função de uma possível redução de custos de transação, havemos de partir, desde já, para uma perspectiva **positiva**³⁹, inicialmente, descrevendo as características do instituto da arbitragem, para, somente depois, verificar se conseguimos realizar uma análise **normativa**, a qual poderá apresentar nossas opiniões acerca da adequação, ou não, da arbitragem na seara específica dos contratos tipificados.

A arbitragem, como antes mencionado, é um meio extrajudicial de solução de controvérsias entre pessoas capazes de contratar (capazes de contratar – delimita a arbitrabilidade subjetiva). Podemos perceber, em virtude de ser uma escolha privada que alterará o tipo de jurisdição, que apresenta um caráter misto, contratual e jurisdicional⁴⁰.

³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Análise Econômica do Direito Contratual*. Saraiva, 2010. P. 10. “A AED* em grosseira síntese tem fundamentalmente dois diferentes ângulos de estudo. O positivo, que trabalha com a tentativa de descrição da realidade, e o normativo, que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo o custo das transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.” *AED é a forma abreviada de como o autor refere-se à Análise Econômica do Direito.

⁴⁰ Segundo Carlos Alberto Carmona a convenção de arbitragem, que engloba tanto a cláusula arbitral, quanto o compromisso arbitral, tem um caráter duplo – ora como acordo de vontades, vinculando as partes para a resolução de litígios atuais ou futuros; – ora como “pacto processual”, derogando a jurisdição estatal e submetendo as partes à jurisdição privada. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2004, p. 89.

Conforme a lei brasileira (Lei 9.307/96), poderão ser dirimidas, por meio arbitral, apenas questões decorrentes de conflitos entre direitos patrimoniais disponíveis⁴¹ (direitos patrimoniais disponíveis – delimita a arbitrabilidade objetiva).

Em razão de estarmos conferindo um enfoque um tanto mais direcionado para contratos entre empresários, geralmente, não haverá problemas, tão expressivos, relativos à arbitrabilidade dos sujeitos e do objeto em questão.

Todavia, no que tange a arbitrabilidade subjetiva, poderá haver alguns pormenores, *v.g.*, quando respeita à participação da administração pública na solução arbitral de controvérsias, mas essa questão não será aqui debatida, vez que não diz respeito ao recorte que estamos realizando na abordagem do tema proposto.

Por sua vez, a arbitrabilidade objetiva pode vir a causar algumas dúvidas quando estivermos diante de controvérsias que venham envolver interesses de terceiros, como, por exemplo, nas questões oriundas dos contratos societários. Nessa seara, o inconveniente é submeter à arbitragem interesses de agentes que não tiveram a oportunidade de demonstrar expressamente o interesse, ou melhor, o consenso indispensável ao afastamento da jurisdição estatal.

Perante situações como essa, embora, frisemos, a maioria dos litígios decorrentes dos contratos da indústria, do comércio, sejam arbitráveis, quando houver a possibilidade de atingir interesses alheios, parece-nos que, sob pena de evitar futuras nulidades, esses terceiros deverão ser chamados para manifestar sua vontade, decidindo acerca da via jurisdicional que mais lhes convêm.

Além da arbitrabilidade, a Lei 9.307/96, no artigo segundo e seus parágrafos, permite realizar a arbitragem tanto de direito quanto de equidade, podendo as partes escolher as regras de direito que lhes serão aplicáveis (desde que não haja afronta aos bons costumes e a ordem pública), assim como permite convencionar que a arbitragem realize-se com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e, ainda, nas regras internacionais de comércio.

Uma das ditas vantagens da arbitragem perante a justiça pública seria a referida opção pela arbitragem de equidade. Julgar por equidade, diferentemente de seguir o que diz a letra da lei, seria uma forma do julgador escolher, perante o caso concreto, a solução que mais se aproxime da sua concepção de justiça. Nesse ponto, não podemos esconder que nos pairam imensas dúvidas sobre a eficiência dessa escolha pelas partes, pois, ao dar ao julgador a oportunidade de fugir do ordenamento jurídico, ou atenuá-lo, diante de sua concepção de justo, pode criar-se um ambiente mais propenso a surpresas.

⁴¹ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

Feitas essas considerações, apontaremos uma ressalva, no que tange a referida redução dos custos de transação pela possibilidade de julgamento por equidade, pois parece-nos necessário debater suas consequências.

O autor Luciano Benetti Timm declara que dentre as vantagens da arbitragem devem, igualmente, ser levadas em consideração: [...] *a ausência de formas solenes, a possibilidade de julgar por equidade, ou escolher livremente a lei aplicada, fatores esses que igualmente tendem a diminuir os custos de transação envolvidos*⁴² (grifo nosso).

Entretanto, analisando alguns pormenores da opção de julgamento por equidade, não conseguimos concluir que, efetivamente, essa escolha poderá ser fonte de redução de custos de transação. Dizemos isso, pois o julgamento por equidade pode aumentar a insegurança acerca da linha de conduta do julgador, pode gerar maiores incertezas e dificuldades de planejamento ou previsão pelos litigantes, o que, a nosso ver, parece mais contribuir para aumentar os custos de transação do que para diminuí-los.

Nesse mesmo sentido, posicionamo-nos acerca da escolha da lei aplicável. Lembremos, ainda, que tanto a escolha da lei aplicável, quanto do julgamento por equidade, possuem certas limitações ligadas à ofensa da ordem pública (igualmente dos bons costumes).

Mas no concernente à lei aplicável há uma vantagem inegável respeitante à escolha das regras procedimentais. Essa possibilidade tem o condão de autorizar as partes afastarem as regras procedimentais do Estado e adotarem formas menos rígidas de procedimento. A opção por procedimentos mais enxutos proporciona, no mínimo, uma economia em custos de oportunidade.

Todavia, no que toca a escolha da lei substantiva, principalmente, para arbitragens domésticas (nosso enfoque) não vislumbramos a situação de ganhos em eficiência de modo tão evidente. Nessa seara, temos a opinião que quanto mais a arbitragem afastar-se da lei nacional relativa ao litígio, mais os julgadores terão de apoiar-se em justificativas, como elementos de estraneidade, ou peculiaridades da avença que possam fundamentar o afastamento da lei nacional correspondente à questão controvertida, sob pena de nulidade.

Destarte, quando se tratar de questões relativas às arbitragens domésticas, com partes nacionais, ligadas ao comércio nacional, que tenham alguma legislação em que se apoiar no ordenamento jurídico nacional, parece-nos mais eficiente que as partes escolham a lei nacional concernente ao caso para servir de fio condutor ao julgador (exceto se houver elementos de estraneidade que possam conduzir a arbitragem para fora do âmbito doméstico, ou elementos essencialmente ligados aos usos do tráfego os quais não podem, logicamente, passar despercebi-

⁴² TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.23.

dos, sob pena de impropriedades na decisão). Acreditamos, assim, que, em termos de eficiência (evitando possíveis anulações do procedimento arbitral pelo controle externo do Estado), seja a equidade utilizada em casos nos quais o ordenamento nacional não possua qualquer legislação que possa servir como base, ou ainda, nos casos em que o julgador, por não ser jurista, não se sinta apto para julgar de outra forma, isto é, nos casos de extrema necessidade, nos quais o *expert* chamado ao julgamento não tenha nenhuma familiaridade com o ordenamento (e desde que as partes assim consentam), sob pena de gerar um acréscimo em custos de transação (nulidades, reformas, etc.) e redução da eficiência da via arbitral.

Mas há, ainda, na legislação da arbitragem, alguns dispositivos que têm uma conexão mais aproximada com o que pretendemos tratar neste estudo. São os artigos que dizem respeito à convenção arbitral e suas peculiaridades nos contratos por adesão.

Dentre esses dispositivos, está o artigo terceiro que determina que as partes interessadas em submeter a solução de seus litígios por meio do juízo arbitral deverão fazê-lo mediante uma *convenção de arbitragem*. A referida convenção, como narramos, pode ser estabelecida ou pela *cláusula compromissória* ou pelo *compromisso arbitral*.

Grosso modo, importa-nos saber que a cláusula compromissória é uma cláusula constante, ou não, no corpo do contrato (pode ser realizada em apartado e em momento diverso daquele da contratação) na qual as partes (os agentes) comprometem-se a submeter as controvérsias futuras relativas ao contrato a um juízo arbitral privado, isto é, submeter, a terceiros, árbitro(s) ou instituição arbitral, o julgamento das controvérsias que, eventualmente, venham suceder do negócio que entabularam. Frisemos, trata-se de controvérsias futuras e não atuais.

Já o compromisso arbitral, embora objetive a mesma submissão das partes e suas controvérsias ao juízo arbitral, diferentemente da cláusula, far-se-á em momento posterior à eclosão do conflito, ou seja, somente após o surgimento da controvérsia relativa ao negócio das partes.

O compromisso realizar-se-á em documento apartado⁴³, devendo constar o detalhamento da questão controvertida, a qualificação completa das partes e do julgador, bem como o local onde será proferida a sentença.

Sob o prisma da análise econômica do direito, podemos tecer alguns comentários acerca da cláusula arbitral (ou compromissória) e do compromisso arbitral.

Iremos pressupor que estabelecer, antecipadamente, em um contrato, uma cláusula arbitral significa incorrer em alguns custos *ex ante* (alocando riscos), sob pena de padecer com maiores custos, ou prejuízos, *ex post*.

⁴³ Oportuno lembrarmos que o compromisso pode ser extrajudicial, ou judicial, quando uma das partes não se dispõe a firmar o compromisso, tendo se comprometido validamente por meio da cláusula compromissória (artigo 7º e seguintes, da Lei 9.307/96).

Dizemos isso, pois uma das funções do direito dos contratos para a análise econômica do direito é a de *minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações supletivas eficientes*⁴⁴.

Quanto aos *custos de transação*, anteriormente havíamos referido que se tratam daqueles custos que os contratantes incorrem desde as tratativas até o cumprimento do contratado, incluindo, ainda, os custos de oportunidade. Entretanto, sobre as *condições e regulamentações supletivas eficientes*, iremos, a partir de então, tentar clarear o entendimento, para que possamos concluir se a cláusula arbitral nos fornece tais condições supletivas eficientes tão caras à análise interdisciplinar que viemos propor.

É bastante simples compreendermos que não há possibilidade de transcrever em um contrato todas as possibilidades atuais e futuras de acontecimentos que possam trazer alguma incerteza, algum dissabor, para as partes contratantes. As partes, assim, normalmente, criam um desenho contratual que esteja de acordo com um padrão de cláusulas que as deixem confortáveis para submeter-se àquele pacto, mas isso, inevitavelmente, implica em deixar de lado as demais contingências que não são nem racionalmente, nem economicamente, possíveis de se estabelecer.

Sendo assim, um contrato no mundo real contém lacunas⁴⁵. Essas lacunas são a representação dos riscos que as partes incorrem ao contratar e podem ser voluntárias ou involuntárias. As involuntárias, em regra, fazem relação com nossa própria racionalidade limitada, com a dificuldade de antevermos todas as possibilidades de contingências que podem ocorrer em uma contratação, quanto mais se ela protrair-se no tempo.

Já as voluntárias podem estar relacionadas com a pequena probabilidade de ocorrência das contingências, que são desconsideradas em função das partes estarem a gastar um tempo precioso na formatação de cláusulas que pouca, ou nenhuma, diferença farão no contrato. Mas os riscos deliberados podem ser justificados por motivos psicológicos também. Os autores Robert Cooter e Thomas Ulen referem-se a tal prática dando o exemplo do casal que se compromete com o casamento, silenciando sobre a possibilidade de divórcio, vez que totalmente contrário ao espírito das partes no ato de sua união⁴⁶. Além de motivos psicológicos (que parecem mais ter a ver com uma preocupação com o “sinal” que a parte deseja emitir), estão ainda os motivos estratégicos que levam, igualmente, os agentes a ariscar nas lacunas.

⁴⁴ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 225.

⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.223.

⁴⁶ “Os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para alocar esses riscos, ou uma lacuna deliberada pode ser deixada num contrato por razões psicológicas, como, por exemplo, quando um casal promete casar e silencia sobre a possibilidade de divórcio.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.223.

Uma das partes pode silenciar quanto às contingências, por vezes até bastante prováveis, por não desejar, por exemplo, bem no início da relação contratual, dar a entender à outra parte que admite (e, de certo modo, imagina incentivar) uma futura renegociação em caso de dificuldades no cumprimento, ou que pretende, já na largada do relacionamento negocial, estabelecer procedimentos mais eficientes (como pode ser considerado o procedimento arbitral) no caso de inadimplemento. Tudo de forma estratégica, omitindo sinais que não deseja, emitindo somente aqueles que julga convenientes.

As lacunas, assim, podem dizer respeito às intenções das partes ou, como dito, às limitações de todo gênero que podem permear a escolha dos riscos a cobrir ou deixar a descoberto.

Diante dessas escolhas, pensamos, então, que, ou as partes alocam riscos *ex ante* (no ato do desenho do contrato) ou incorrerão com prejuízos *ex post* (na execução, no cumprimento, do contrato). Quaisquer das atividades trazem custos aos contratantes, sopesar qual delas é a mais vantajosa é que será decisivo para a eficiência contratual.

Para que minimizemos os custos de transação em um contrato devemos pensar que se o custo de alocar um risco (de delimitá-lo contratualmente) for maior que o custo de sofrer um prejuízo (de deixar a lacuna), considerando a probabilidade de sua ocorrência, não será eficiente gastarmos com o desenho dessa cláusula contratual. Contudo, se o custo de alocar um risco for menor que o custo de arcar com um prejuízo, considerando a probabilidade de sua ocorrência, será mais eficiente e econômico preenchermos a lacuna, desenhando a cláusula acerca do risco. Essas assertivas ficam esquematizadas⁴⁷ da seguinte forma:

$C_{al} < C_{pr} \times P = \text{aloca-se o risco} \rightarrow \text{desenha-se a cláusula}$

$C_{al} > C_{pr} \times P = \text{omite-se o risco} \rightarrow \text{deixa-se a lacuna}$

Considerando,

C_{al} = custo de alocação do risco

C_{pr} = custo do prejuízo

P = probabilidade da ocorrência do prejuízo

No que concerne à opção pela arbitragem, vez que a decisão de arbitrar pode se dar antes ou depois do conflito instaurado, podemos buscar evidências que nos digam se a cláusula arbitral seria, porventura, mais econômica e eficiente que o compromisso arbitral. Nesse sentido, não

⁴⁷ Ver mais em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.223.

fica muito difícil de percebermos que há, inicialmente, duas situações que se relacionam com a inclusão ou não de uma cláusula arbitral nos pactos. Uma delas é a opção pela via arbitral em lugar da via judicial. A outra delas é a opção por desenhar a cláusula arbitral (incorrendo em custos *ex ante*), ou a opção por deixar essa lacuna (arcando com os prejuízos *ex post*) para a fixação de posterior compromisso arbitral.

Cabe-nos, então, inicialmente, discorrer sobre a possível diferença de ganhos de eficiência entre a jurisdição pública e a jurisdição privada. Mas antes disso, em virtude desse tema merecer um tratamento apartado, havemos de voltar a citar os demais dispositivos da lei de arbitragem que servirão de pano de fundo para nosso estudo, que não serão todos, mas tão somente aqueles que mais aproximativamente relacionam-se com a redução dos custos de transação, a nosso ver.

Ficaremos agora, apenas com a informação de que a cláusula arbitral realiza um papel dúplice, quando se gasta com seu desenho contratual. Dizemos isso, pois as cláusulas contratuais servem, precipuamente, para que as partes distribuam os riscos, que prevejam que ação irão adotar perante as vicissitudes contratuais.

O desenho das cláusulas é, mais ou menos, aquele das normas jurídicas em geral: se ocorrer “X”, a consequência deverá ser “Y”.

A cláusula compromissória, nesse aspecto, cumpre muito bem o seu papel. Ela irá determinar que, se sucederem controvérsias, elas serão submetidas ao julgamento pela via arbitral.

Mas, afóra o papel ordinário, vulgar, de todas as cláusulas, a cláusula arbitral vai adiante, em virtude de permitir transferir para os julgadores o papel de, no lugar das partes e arcando com os custos que essas teriam de suportar, suprir lacunas, interpretar o contrato, especificar termos ou expressões dúbios, que poderiam ter sido preenchidos, esmiuçados pelas partes *ex ante*, se quisessem suportar os custos decorrentes.

Não estamos, em princípio, fazendo qualquer juízo sobre a opção de externalizar os custos do preenchimento contratual para os compositores externos. Essa escolha pode, perfeitamente, fazer parte da citada ponderação acerca da eficiência, ou não, do preenchimento de lacunas, de uma relação de custos e de benefícios.

O professor Fernando Araújo explica melhor o que tentamos mencionar com a transferência dos custos para os julgadores:

[...] lembremos ainda que a decisão de inacabamento deliberado, ou estratégico, é uma espécie de «externalização» sobre o intérprete – pelo que o próprio grau de fiabilidade da interpretação entra para o cômputo global de ganhos e custos, gerando a possibilidade de se perder na interpretação os ganhos de eficiência que se teriam perspectivado nas decisões de inacabamento e de externalização, ou seja na poupança de custos de negociação resultante, seja da simplificação, seja do inacabamento. Dito de forma mais sintética, a fiabilidade da integração

pode ser incentivadora (ou desincentivadora) da simplificação ou do inacabamento; o único problema em matéria de incentivos está em que, ao contrário do que por vezes fica subentendido, não há integração de um contrato simples ou incompleto que não envolva uma qualquer margem de interpretação, ou seja que não implique factores de arbitrariedade e subjectivismo⁴⁸.

Eventualmente, poderíamos compreender, então, que a escolha pela arbitragem e o respectivo desenho da cláusula *ex ante* pode incentivar um comportamento mais flexível e, em alguns casos, até desidioso dos contratantes, em virtude de estarem externalizando os custos do preenchimento das lacunas para o julgador, para o adjudicador.

Desta feita, dosar a incompletude contratual talvez seja uma forma mais acautelada de lidar com a opção arbitral (ou outra qualquer heterocompositiva), vez que, como explicado pelo professor Fernando Araújo, toda interpretação externa tem algum risco, pois sujeita a ruídos, a inconsistências, a avaliações subjetivas.

Por outro prisma, fica difícil negarmos que, se uma das funções do direito dos contratos é a de fornecer normas supletivas eficientes, a possibilidade de escolher a arbitragem e, assim, permitir que terceiros julguem, interpretem, preencham lacunas, de modo mais adequado, sobremaneira, no que respeita a praxe negocial na qual se inserem as partes, parece, que a via arbitral tende a coadunar-se com essa função.

Outro dispositivo que releva na presente análise diz respeito à estipulação da cláusula compromissória nos contratos por adesão. Conforme esse artigo, a cláusula deverá ser realizada por escrito, no corpo do contrato ou em instrumento anexo, determinação constante do artigo 4º, parágrafo 1º, e, principalmente, parágrafo 2º, o qual determina que nos contratos por adesão, a cláusula arbitral **só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar expressamente com a sua instituição**, mediante assinatura, ou visto, específico na cláusula arbitral, que deve estar escrita no corpo do contrato, de **forma destacada (em negrito)**, ou em documento apartado.

A forma pela qual esse artigo foi redigido nos traz uma informação muito importante: quando não assinada ou visada, a cláusula compromissória vincula, nos contratos standardizados, apenas os proponentes, visto que se o proponente resolver iniciar o procedimento arbitral o aderente poderá, sob o amparo da lei, escusar-se sem qualquer problema legal. Contudo, se o aderente tomar a iniciativa de iniciar o procedimento arbitral, não há para o proponente uma possibilidade de voltar atrás, de recusar-se, por qualquer motivo que seja, pois que está a ela vinculado.

⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 523.

Também quanto a essa regra legal nos deteremos com mais afinco, especialmente, quando fizermos um exame com maior ênfase jurídica, considerando que, se o objetivo do trabalho é a análise jurídica e econômica da inserção da cláusula arbitral nos contratos por adesão, teremos de analisar, ao máximo, as peculiaridades da inclusão da cláusula compromissória.

Passemos, então, para o estudo dos custos e benefícios da escolha pela via estatal ou arbitral para a resolução das controvérsias e de uma eventual concorrência entre essas jurisdições. Depois, para a análise das vantagens da escolha da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral e, no final deste capítulo, para um breve exame dos contratos por adesão na visão da análise econômica do direito.

1.1.2. Resolução pública ou resolução privada de litígios?

Sabemos que, dentre partes capazes e versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, estamos diante de controvérsias que podem ser submetidas a via arbitral.

Temos de ver, para confirmar, ou não, a hipótese deste trabalho, se a escolha pela resolução de litígios pela arbitragem pode, sob algum aspecto, ser considerada mais eficiente (agregando mais valor – ou pelo fato de gerar mais lucros, ou pelo fato de reduzir os custos) do que a escolha pela jurisdição estatal.

Quando pensamos em arbitragem, uma das primeiras ideias que povoam nossa mente está associada à escolha por um meio mais expedito de jurisdição (mesmo que essa maior ligeireza tenha um preço, vez que o serviço jurisdicional dos árbitros é pago).

Sobre a constatação da celeridade da via arbitral, comparada com a demora da via estatal de jurisdição, não nos parece que haja muita celeuma, considerando que a mora da prestação jurisdicional do Estado tornou-se matéria notória, vulgar, originando uma infinidade de pesquisas e estudos de como minimizar essa característica patológica da justiça pública.

Um exemplo disso, encontramos nas seguintes passagens:

Contabilizando o somatório temporal de duração de primeira e segunda instâncias e do STJ, obteve-se uma média que representou o tempo médio de duração de processos sobre mercado de capitais e direito societário na média insatisfatória de 2.730 dias (mais de sete anos).⁴⁹

⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos Contratos Empresariais, Internacionais e Governamentais. In: A arbitragem, os contratos empresariais e a análise econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 22.

[...]

Por ora, o processo judicial continua a ser uma antevisão da eternidade, (...) ⁵⁰

Mas ao que se deve a celeridade da arbitragem e por que essa celeridade traz benefícios de eficiência? A resposta dessa pergunta deve-se a um conjunto de fatores.

De início, podemos dizer que, diversamente da justiça estatal, a arbitragem não se submete aos infindáveis recursos que as partes podem lançar mão na jurisdição pública.

Confirmamos isso, no artigo 18, da Lei de Arbitragem⁵¹, o qual determina que a sentença proferida no juízo arbitral não fica sujeita a recurso. Essa disposição limita, em muito, os incidentes que venham prorrogar a execução do que foi decidido e, tal economia de formas recursais, reflete-se em uma economia de custos de oportunidade, pois as partes terão mais rapidamente acesso ao “bem litigioso”, ou, ao menos, à decisão acerca de sua titularidade (simplificadamente falando: terão mais rapidamente uma resposta as suas questões).

Fora isso, em regra, as partes podem “gerenciar” o período de sua submissão à via arbitral, estipulando um prazo para a apresentação da sentença, que pela lei é de seis meses contados da instituição da arbitragem, ou da, eventual, substituição de um árbitro. A possibilidade de fixação de prazos permite um controle muito superior dos custos envolvidos no litígio, quando comparado ao controle nulo da atividade estatal – a atividade estatal não pode ser gerenciada e, raramente, há uma estimativa de duração dos processos que diminua a incerteza quanto à demora de um julgamento definitivo, em razão de muitos fatores concorrerem para alterar o término da lide (a parte descontente pode utilizar um “oceano” de armas plenamente legal para tentar reverter as decisões que lhe sejam desfavoráveis; a questão pode ser nova, ou extremamente técnica, não havendo julgados (jurisprudência) que sirvam de fio condutor, de paradigma, para o julgador estatal, o que lhe fará despender muito mais tempo no estudo do caso).

Demais, o procedimento arbitral é muito mais flexível do que o procedimento estatal, permitindo ao árbitro, ressalvado o respeito ao contraditório e à paridade de armas, atender o interesse das partes sem a necessidade de prender-se a procedimentos rígidos⁵².

Há, também, na arbitragem, uma maior probabilidade (ao menos em tese) do julgador responder com maior rapidez e correção aos pedidos dos litigantes, em virtude das partes poderem contar com um especialista no julgamento da matéria litigiosa. O fato das partes terem a liberdade de escolher o julgador dos seus conflitos permite que escolham aquele (ou aqueles) que lhes

⁵⁰ TIMM, op. cit., p. 23.

⁵¹ Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵² Nesse sentido, ver: PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p. 019.

pareça o mais bem preparado para enfrentar os pormenores do caso, especialista que não, necessariamente, será da área do direito, o que aumenta a gama de técnicos portadores de informações específicas a sua disposição (instrumento de redução da seleção adversa, como se verá adiante). Por óbvio, não há margem para esse tipo de escolha na via estatal de resolução de disputas, ficando a cargo do juiz a eventual chamada de auxiliares para os casos em que necessite de conhecimentos específicos.

Clareando o que foi mencionado, faz-se oportuno citarmos a seguinte passagem:

A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto de controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. É razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação dos contratos (grifo do autor)⁵³.

Temos de referir, outrossim, que os árbitros estão submetidos a um sistema de incentivos inexistente na Justiça Pública. A necessidade de criar e manter uma reputação (um sinal crível de *jugador de qualidade*, de *bom julgador*) faz com que os árbitros tenham maiores incentivos que os juízes para cumprir, com rapidez e de forma menos suscetível de erros, suas funções. Os equívocos arbitrais, os quais poderão dar margem a futuras reformas ou, até mesmo, anulação dos julgados (acarretando prejuízos e atrasos), podem influenciar mais “decisivamente” na credibilidade e na reputação dos árbitros, sob pena de não voltarem a ser chamados a arbitrar.

Podemos deduzir, deste modo, que os efeitos da conduta do árbitro, diferentemente da conduta judicial, repercutem mais diretamente sobre seus futuros rendimentos e sobre sua carreira. O incentivo dos árbitros a uma conduta coerente com os interesses das partes e da instituição a qual, eventualmente, vinculem-se é, em grande medida, decorrência de estarem recebendo para julgar “aquele caso específico”, fazendo com que seus “lucros” dependam de cada caso singularmente (sem esquecermos que os árbitros podem negar a incumbência de julgar casos que não desejem, o que não ocorre com os juízes estatais).

⁵³ PUGLIESE; SALAMA, op. cit., p. 020.

Apenas para dar maior grifo ao que comentamos, sobre a diferença de incentivos entre os árbitros e os juízes, vale trazer a seguinte passagem do texto “O que os juízes maximizam”, de Richard Posner, inserido no capítulo III, da obra “Para além do direito”, *in verbis*:

[...] Um juiz federal pode ser preguiçoso, carecer de um temperamento adequado à profissão, tratar mal seus assistentes, ralhar injustificadamente com os advogados que apareçam diante dele, ser repreendido por lapsos morais, beirar a senilidade ou mesmo manifestá-la claramente, ter as sentenças revogadas repetidas vezes devido a erros jurídicos elementares, reter para considerações posteriores casos que poderiam perfeitamente ser decididos em dias ou semanas, deixar vaziar informações confidenciais para a imprensa, seguir uma agenda claramente política, entre outras condutas que causariam a demissão até mesmo de funcionários públicos e professores universitários com estabilidade, e ainda assim, permanecer no cargo. Além disso, seu salário não pode diminuir e nem o de um bom juiz pode ser elevado. Todos os juízes do mesmo escalão recebem o mesmo salário [...] ⁵⁴.

O objetivo do trecho citado não é, de jeito algum, estigmatizar julgadores privados como bons e julgadores públicos como ruins. Apenas foi trazido por nós para, de modo mais saliente, mostrar que há diferenças de incentivos, entre árbitros e juízes, que não devem ser desconsideradas.

Prosseguindo com as comparações, podemos referir que, ao contratar um especialista como julgador, as partes têm a vantagem de estarem perante alguém que, teoricamente, levará menos tempo para estudar as peculiaridades do caso, situação que na justiça estatal pode colocar-se como fator de atraso na decisão. Os custos de oportunidade em que incorrerão os juízes estatais para compreender questões ligadas às práticas de um mercado específico, às regras e aos costumes de um determinado setor da indústria, transmutar-se-ão em tempo despendido para a prolação da sentença. Tempo que poderia ser economizado, abreviado, por meio da contratação de um *expert* para julgar a mesma lide.

Sobre a redução dos custos de transação por meio da escolha de julgadores especializados, nomeadamente, os árbitros, vale transcrever que

Sabidamente os mesmos detêm maior experiência podendo melhor resolver as complexas questões impostas. Os árbitros, na eleição pelos litigantes, são procurados por alguns motivos, sendo certo que o motivo que mais é levado em consideração será a expertise em determinadas áreas.

⁵⁴ POSNER, Richard. Para além do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 118.

A questão como ficou posta poderá não ser bem interpretada, senão considerada a falta de tempo que detém os membros do Poder Judiciário.

Disputas altamente técnicas tomam tempo.

Por vezes, a falta de conhecimento ou de expertise do magistrado não é o problema central, porém tempo para “educação” dos mesmos deve ser despendido para o devido enfrentamento de questões complexas. Investir num processo educacional dos magistrados, claramente deve ser afastado, pois não faz parte (diretamente) da atividade do magistrado. Sua tarefa é a de julgar casos. [...] Ocorre que o tempo de instrução dos magistrados em horário funcional claramente diminui o tempo para a atividade-fim⁵⁵.

Perante o panorama descrito, podemos concluir que, na via arbitral, há um ambiente mais propício, assim como, há outros incentivos à celeridade e esse ambiente, por se tornar mais expedito, ocasiona uma economia em custos de transação (incluindo aqui, sobremaneira, os custos de oportunidade) que trazem, nesse aspecto, para a arbitragem, ganhos em eficiência, quando comparada com a prestação de justiça estatal.

Mas persistem, outrossim, ganhos em eficiência que não se prendem, unicamente, à celeridade e aos conhecimentos técnicos dos árbitros.

Os autores, Antônio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, colocam, também, a imparcialidade dos árbitros como um incentivo à criação de um ambiente jurídico isento, que acabaria por minimizar problemas de favorecimentos ou conluios. Contudo, a observação dos autores dá-se no concernente à comparação da solução de disputas **internacionais** pelas vias arbitral ou judicial. A opção pela via arbitral, nesse caso, poderá ser realizada por árbitro de um país “neutro” (não envolvido na lide), o que diminuiria as eventuais possibilidades de desvios, caso as partes tivessem de se submeter a alguma de suas jurisdições nacionais⁵⁶.

No caso das arbitragens domésticas (opção de nosso estudo) não nos parece que possamos falar em ganhos ou perdas em função da imparcialidade, tanto arbitral, quanto judicial, de modo que não trabalharemos, mais detidamente, nessa hipótese.

⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

⁵⁶ “A diminuição dos custos também pode ser reflexo de maior garantia de imparcialidade do árbitro. Em relações comerciais internacionais, por exemplo, existe temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira. A possibilidade de determinar, contratualmente, que a arbitragem ocorra em jurisdição estranha às partes faz com que cada uma delas retire de seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar em ambiente jurídico desfavorável (...).” PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p. 020.

Uma ressalva, porém, temos de apontar. Diz respeito à chamada “captura de renda” ou “*rent-seeking*”⁵⁷, que aqui será vista como a possível ocorrência da captura do adjudicador na arbitragem e do perito na justiça estatal.

Devemos, antes de analisar esses casos, explicar que eles estarão fora do escopo contratual interpartes, entre os agentes, mas na órbita da relação dos agentes com os técnicos contratados – portadores de informação privilegiada e privada – que podem agir oportunisticamente em função de sua posição de superioridade informativa e do seu inarredável poder de decisão (situações que poderíamos enquadrar, também, no problema de agência – pois o agente (*expert*) irá desviar-se do objetivo comum das partes).

A captura de renda abarcaria as situações nas quais há um esforço para “transformar recursos comuns em recursos privados, individualmente apropriados”⁵⁸ e ela pode ocorrer, v.g., quando o capturado está na posição de detentor de informações, de poder de decisão, ou seja, quando sua posição é decisiva aos interesses do captor.

Sendo assim, quanto mais complexo, técnico, restrito, sofisticado, seja a matéria ou o setor no qual estão contidos os agentes e seus conflitos, tanto maior pode ser a chance de captura do adjudicador. Quanto menor a “concorrência” entre os potenciais julgadores com expertise suficiente para desenredar determinados assuntos muito específicos, mais atentas às partes terão de estar diante de uma eventual captura do julgador privado, vez que ele é objeto de escolha voluntária das partes.

Essa situação fica dificultada, mas não impossível, na jurisdição pública, na qual o sorteio designa quem será o juiz da causa. Nela, conquanto não seja proporcionado às partes escolherem o adjudicador, uma vez que esse deverá ser-lhes atribuído por um meio aleatório, há um pormenor ligado aos incentivos à captura que não nos pode passar despercebido. O juiz estatal responde, em regra, muito remotamente, pelas consequências dos seus julgamentos. Essa falta de responsabilização pode, então, tornar-se um abrigo às condutas oportunistas, o que no campo da jurisdição arbitral, em virtude de uma maior possibilidade de monitoramento da prestação jurisdicional e consequente responsabilização do adjudicador, teoricamente, poderia ser menos suscetível de acontecer.

Contudo, no que tange ao trabalho dos peritos, que povoam um universo de poucos⁵⁹ (e que normalmente são sempre os mesmos) que possuem informações caras, privilegiadas e, muitas

⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p.56-59.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p.57.

⁵⁹ Em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pudemos perceber, por exemplo, que para as perícias grafotécnicas há 3 peritos que atendem mais de cem comarcas. Ver em: http://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias_e_outras_especialidades/consulta/

vezes, decisivas para o julgamento da lide, pode ocorrer o mesmo fenômeno da captura, que traz distorções não desejáveis à relação iniciada pelas partes e, não raro, de difícil comprovação pelo prejudicado e responsabilização dos envolvidos.

Expomos uma situação que deve ser rechaçada em quaisquer das jurisdições, visto que contrária à lei e condenável como modelo de conduta e de prestação jurisdicional. Demais, os recursos gastos com a captura serão, meramente, objeto de redistribuição e não de aumento de riqueza (o que o captor perde é exatamente o que o capturado ganha – jogo de soma zero), portanto, configurando-se numa ação socialmente indesejável.

Talvez, consoante a possibilidade das partes, frente aos custos que a multiplicidade de julgadores pode ocasionar, a nomeação de mais de um árbitro (pela lei brasileira deve haver sempre número ímpar de julgadores) possa dificultar a ocorrência da captura, pois acaba por encarecer os custos do captor, logo, servindo de desincentivo aos desvios de sua conduta (os custos marginais poderão ser superiores aos benefícios). Não obstante, o problema narrado não tem fácil resolução. Irá depender, outrossim, de encontrar outros árbitros, em um ambiente, como já referido, estrito, inelástico, que aceitem a incumbência. Esses julgadores podem nem mesmo ter tanta qualificação técnica, o que pode trazer ruídos ao resultado esperado. Fora isso, os custos do acréscimo de julgadores, *per se*, já oneram as partes e a maior quantidade de decisores pode interferir na rapidez da sentença, resultando em perdas de eficiência. Demais, em casos melindrosos, como esse da captura, a jurisdição estatal pode, porventura, ser uma alternativa, frente à custosa tarefa de prevenção e acautelamento da parte (ou das partes) para minimizar os efeitos do oportunismo.

Há, porém, outras situações que analisadas diante da lente da análise econômica do direito dar-nos-ão a impressão de atribuir (da mesma forma que a celeridade e a especialização dos árbitros) ganhos de eficiência à via arbitral. Estamos a falar dos efeitos de sinalização, da possibilidade de governança do litígio (redução da seleção adversa, do risco moral, além do monitoramento e dos incentivos) e, ainda, dos incentivos à cooperação gerados quando as partes puderem optar pela via privada de solução de conflitos.

Inicialmente, sobre os efeitos de sinalização, podemos comentar que quando os participantes de uma relação contratual, antevendo qualquer possibilidade de prejuízos futuros, seja pela demora da execução jurisdicional estatal, seja pela falta de expertise dos juízes em determinadas matérias altamente técnicas, decidem optar pela solução de suas controvérsias pela arbitragem, já estão sinalizando, mutuamente e para o mercado, que estão dispostos a dar aos seus compromissos a solução mais rápida e adequada (sofisticada), evitando, assim, ficarem à mercê de procedimentos e decisões morosas (e globalmente prejudiciais). Ademais, sinalizam também, por estarem internalizando os custos do litígio, que apenas recorrerão a uma resolução heterônoma em situações limite, nas quais uma autocomposição (*v.g.*, a renegociação), realmente, não seja possível. Essas conclusões nos parecem dedutíveis, pois se as partes irão arcar com o pagamento das despesas e dos honorários da jurisdição, isto é, se internalizam os custos do

litígio, deveriam ter menos incentivos de propor incidentes meramente protelatórios, haja vista o custo dessas iniciativas estar sendo suportado por elas – sendo, logo, um custo acrescido – nesses casos. E por fim, podemos, ainda, nos arriscar a afirmar que ao aceitarem a proposta da arbitragem as partes sinalizam que, teoricamente, gozam de certa “saúde” financeira, com recursos bastantes que admitam internalizar os custos do conflito, permitindo a opção por uma via mais “sofisticada” de jurisdição. Esse sinal – a disposição de pagar pelo procedimento arbitral – cujo preço⁶⁰ não é desprezível, permitiria, em tese, as partes a estabelecerem uma separação entre os agentes que queiram arbitrar e os que não queiram (gerando um *equilíbrio separador*, filtrando agentes mais colaborativos).

Nesse raciocínio, a parte que não tiver interesse em submeter-se a solução privada poderá estar, eventualmente, pretendendo se utilizar, oportunisticamente, da própria morosidade da jurisdição estatal em detrimento de soluções mais eficientes e com ganhos sociais superiores. Elucidando o que referimos, vale citar que

[...] não é incomum as empresas recorrerem aos tribunais questionando a legalidade de impostos com o objetivo de adiar o seu pagamento. Somente no caso dos contratos (direito comercial) a morosidade judiciária não é percebida como benéfica por uma proporção significativa dos entrevistados.

Isso ilustra um efeito indireto mas não menos importante da lentidão da justiça: **ela encoraja o recurso ao judiciário não para buscar um direito ou impor o respeito a um contrato, mas para impedir que isso aconteça ou pelo menos protelar o cumprimento de uma obrigação.** Isso significa que há um círculo vicioso na morosidade, com um número grande das ações que enchem o judiciário, **desta forma contribuindo para a sua lentidão, estando lá apenas para explorar a sua morosidade** (grifo nosso).⁶¹

⁶⁰ A arbitragem, em regra, não é vista como uma forma de jurisdição “barata”, isto porque, as partes têm uma certa “miopia” em perceber os ganhos com a escolha da via arbitral, por exemplo, no que tange à economia dos custos de transação, essencialmente, dos custos de oportunidade. Portanto, ao nos referirmos que o preço pago pelo serviço arbitral não é desprezível, queremos demonstrar a forma usual de ver a arbitragem, fixada nas despesas imediatas e não nos ganhos em razão da economia de tempo. Arriscamo-nos em dizer, também, que os próprios advogados dificilmente conseguem fazer essa avaliação de economia de custos de oportunidade e transmiti-la aos seus constituintes, ou pior, quando conseguem, por vezes, indicam a jurisdição pública como forma de ganhar tempo para adimplir.

⁶¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Economia e justiça: Conceitos e evidência empírica. Junho de 2001. Em site: http://www.iets.inf.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf, acessado em 06 de dezembro de 2012.

Concluimos, então, que, ressalvadas situações peculiares, a escolha, ou a concordância, pela arbitragem parece emitir um sinal crível de estar-se a contratar com uma parte que provavelmente dará maior relevância, ou valor, ao cumprimento dos seus compromissos.

Sobre a possibilidade de governança do litígio, julgamos que, frente ao que fora narrado acerca da possibilidade de gerir os custos e o prazo do procedimento arbitral, de escolher um julgador especializado, etc., não fica difícil percebermos que, comparativamente à jurisdição estatal, a jurisdição privada, efetivamente, permite uma maior administração e, porque não dizer, um maior monitoramento dessa fase de cumprimento heterônomo do contrato.

Como referimos anteriormente, os custos de monitoramento, de cumprimento do contrato, também são custos de transação e, em razão das imensas limitações das oportunidades de interferência das partes na administração da justiça estatal (para não dizer nula), que contém procedimentos rígidos e recursos dos mais variados, podemos aferir que os custos de monitoramento, ou são proibitivos, ou são de difícil avaliação.

Todavia, diante da maior flexibilidade da justiça privada, havemos de convir que os custos de monitoramento reduzem-se e são passíveis de uma planificação pelas partes, o que, em se tratando de empresas, é um diferencial de previsibilidade.

Continuando os comentários sobre as vantagens em governança, também importa chamarmos a atenção para a redução da assimetria de informação, tanto da seleção adversa, quanto do risco moral, além dos incentivos à colaboração das partes e dos árbitros.

A assimetria de informação, tão comum às trocas, faz com que as partes tenham diferentes níveis de conhecimento acerca dos atributos dos bens, dos serviços, da conduta, daqueles envolvidos no tráfego negocial.

Não obstante, quando exacerbada, a assimetria de informação ocasiona algumas falhas de mercado, situações de ruídos, de ineficiência ou de eficiência subótima, que o mercado, sozinho, não consegue remediar.

A seleção adversa, singelamente, pode ser definida como uma falha de mercado na qual os agentes econômicos, mormente antes da contratação, não conseguem avaliar o tipo, ou melhor, a qualidade, os atributos, do produto ou do serviço do seu interesse. Essa dificuldade de avaliação acaba por nivelar o preço dos produtos e dos serviços pela média, o que, por conseguinte, vai, aos poucos, expulsando, ciclicamente, os “bons tipos” do mercado, deixando-o repleto de “tipos adversos”.

Relativamente à redução da seleção de “árbitros adversos”, há, na arbitragem, uma possibilidade de redução da seleção adversa que não é ofertada pelo Poder Judiciário. Essa possibilidade perfaz-se, como já referido, na escolha do julgador ou dos julgadores privados.

Tendo a possibilidade de escolher quem será o decididor da contenda, as partes têm a chance de afastar aqueles que lhes pareçam “adversos”, oportunidade que não é oferecida no juízo estatal.

No que concerne à redução de “parceiros adversos”, havíamos comentado que a escolha, o acordo, pela via arbitral pode originar um discrimine, filtrando os agentes mais colaborativos, vez que: internalizam o custo da lide; optam por um meio mais célere de resolução dos conflitos; sinalizam que não desejam a jurisdição estatal que pode, por vezes, ser usada como meio estratégico para procrastinar o cumprimento das obrigações. Dizendo de outra maneira, explora-se a ineficiência estatal, justamente, pelo desejo de postergar o desfecho do contrato. Além disso, colabora-se para o aumento de demandas, gerando mais demora, externalizando os custos do oportunismo, em prejuízo social.

Já o risco moral, grosso modo, dirá respeito à conduta das partes, que se alteraria após a contratação, de forma a agravar os riscos ou a comportar-se oportunisticamente diante da dificuldade de monitoramento de algum dos contratantes.

No caso da arbitragem, novamente, pode ter relação com a conduta dos árbitros após a instauração da arbitragem, vez que podem buscar satisfazer seus próprios interesses (utilidades) em detrimento dos interesses das partes que os elegeram.

Parece-nos que, igualmente, em função dos maiores incentivos e da melhor e maior possibilidade de monitoramento da ação dos julgadores privados, também seja, a via arbitral mais propensa à redução do risco moral (não podendo descurar dos casos de captura, que referimos).

Seria mais propensa à redução do risco moral na arbitragem, pois que, como mencionado, há prazo para a prolação da sentença; há ganhos (para os árbitros) diretamente relacionados com o julgamento da lide; não há (haveria) necessidade de aprendizado sobre a matéria litigiosa, pois há um experto para julgar o conflito, o que representaria uma economia de custos de oportunidade; há menor volume de processos para julgamento (o que é brutalmente diferente na justiça pública, pois os juízes possuem uma quantidade sobre-humana de processos para julgar e, se não têm a expertise necessária relativa à matéria de algum processo, possuem mais incentivos para deixá-lo no “final da fila”, procrastinando a decisão, vez que há uma imensidão de processos “esperando” para serem julgados).

Mas o risco moral pode dar-se entre as próprias partes negociantes.

Podemos pensar, talvez, que o maior incentivo dissuasor do risco moral seja o interesse dos agentes em manterem relações negociais mútuas. Mas não parece que tal incentivo seja fruto da escolha pela arbitragem, ao contrário, talvez seja o impulso para a opção arbitral, vez que é anterior a ela.

Arriscamo-nos a dizer que a continuidade das trocas, ou seja, a situação dos jogos sequenciais, é que aproxima as partes de uma conduta colaborativa que, no máximo, pode ser mantida, em função de que na arbitragem acabam incorporando os custos de litigar.

A menor “belicosidade” da arbitragem, por vezes anunciada, não nos mostra motivação bastante para refrear as condutas mais hostis, principalmente, depois da ocorrência de contingências.

Destarte, temos a impressão que a redução do risco moral dos agentes, tão somente pela escolha por arbitrar, pode sim existir, mas em sutis graduações, pela interiorização dos custos, pela manutenção de boas relações entre os agentes, mas que parecem mais úteis para a redução da seleção adversa que do risco moral.

Existe, no entanto, um incentivo que nos parece viável. É que em virtude da maior celeridade da decisão arbitral, inclusive no que diz respeito às sanções extrajurídicas, como as retaliações, as represálias, as quais incidiriam também mais rapidamente sobre a parte faltosa, pode haver estímulos a condutas mais convergentes ao objetivo do contrato. Entretanto, isso ainda fica longe de erradicar o oportunismo, mas, porventura, poderia reduzi-lo.

Quanto ao demais incentivos, para não sermos tão repetitivos, lembraremos, apenas, que na perspectiva dos árbitros, estão ligados à repercussão, muito mais direta, dos atos arbitrais na sua reputação e nos seus ganhos, pois são contratados para julgar “aquele” caso específico e dali retiram sua remuneração.

Já os incentivos para os parceiros contratuais podem estar vinculados à sinalização (do agente mais colaborativo), à dissuasão das demandas frívolas, e, ainda, ao sigilo – que explicaremos agora.

Um posicionamento que compreenda o sigilo como redutor de custos de transação pode ser justificado da seguinte maneira:

Claramente esta afirmativa se mostra verdadeira, pois é garantia de informações sensíveis à concorrência, ao *know how* e ao segredo industrial.

Chamamos atenção para o fato de que o segredo comercial abrange distintos assuntos, entre muitas outras coisas, técnicas e estratégias de captação de clientes, modelos de projeções de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio, salvo quando a respectiva informação for obrigatória por razões de segurança pública, saúde pública, defesa do ambiente, defesa do consumidor, ou por outros fins legalmente relevantes, as fórmulas ou receitas para a preparação de produtos, os avanços conseguidos por uma entidade em qualquer área, mas que ainda não se encontrem compreendidos nos conhecimentos comuns entre os especialistas desse ramo, os desenhos de novos produtos ou protótipos, outras informações internas da empresa, ainda não-públicas, relativas à atividade produtiva objetivamente considerada, que não devam ser tornadas públicas por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam, ficarão protegidas mediante a recusa do acesso à infor-

mação, por configurarem segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas⁶².

Mas, afigura-se, porventura, mais complexa a avaliação do sigilo pela análise econômica do direito, ao menos, no que respeita aos incentivos que ele pode carrear.

Considerando que as partes não terão de se preocupar com o propalar das condutas que vieram ocasionar a contenda, nem os motivos que fizeram levar o conflito a um terceiro decisor, pode ser que tenham, em virtude disso, menores incentivos para cooperarem no decorrer de sua relação contratual.

De igual forma, considerando que os contratantes não terão divulgadas as situações que produziram o conflito, não estarão sujeitos a outros instrumentos de incentivos, como, *v.g.*, a pressão da opinião pública.

Ademais, o sigilo pode operar em detrimento da modelação de condutas das partes às situações mais eficientes, vez que pode impedir que decisões sejam tomadas como paradigma, como exemplos de ação para ocorrências futuras, para balizar condutas futuras cooperativas.

Essa mesma dificuldade da criação de paradigmas, de uma certa “jurisprudência”, reflete-se na dificuldade dos agentes (terceiros) possuírem um mínimo de previsibilidade acerca da forma de decidir dos árbitros, situação que pode acarretar, sem dúvidas, uma fuga da via arbitral, contra as futuras surpresas que dela podem surgir. E essa fuga, levaria a uma utilização subótima da arbitragem, pela ocultação de informações relevantes aos seus usuários potenciais.

Portanto, parece-nos que o sigilo seja um instrumento que tanto pode gerar eficiência, quanto, em alguns casos, pode estar a perturbá-la. Para tanto, faremos a análise da passagem que diz:

Imaginemos que uma empresa demandada tenha feito um produto contendo defeito. Possivelmente, a mesma não queira que esta informação, venha ao conhecimento do público, pois será potencialmente prejudicial às suas atividades, demandando potenciais gastos em marketing e/ou desgaste da marca.⁶³

Essa afirmativa traz-nos um elemento de inequívoca redução de custos de transação e aumento do benefício privado – a omissão do defeito ao público.

⁶² TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

Contudo, traz-nos, também, prejuízos do ponto de vista dos ganhos sociais, visto que, o defeito negligenciado ao público não pode evitar que outros utentes, consumidores, usuários sejam lesados pelo referido defeito, nem mesmo fornece-lhes a oportunidade de deliberar acerca do potencial risco (externalidade negativa). O defeito que foi omitido poderia, igualmente, ocorrer também em produtos similares, de empresas concorrentes, que poderiam se beneficiar e beneficiar seus usuários, quando do acesso a essa informação privada (externalidade positiva).

Destarte, especificamente quanto ao sigilo, havemos de analisar o caso concreto para verificar se, em termos de ganhos privados e sociais, essa ocultação de informação venha, ou não, ser desejável. Temos a impressão que, perante situações que pouco ou nada venham afetar interesses de terceiros, os ganhos do sigilo estarão mais próximos da eficiência, caso contrário, poderá criar deturpações, ou prejuízos sociais.

Mas mesmo com algumas interferências que podem atrapalhar a “engrenagem” da escolha arbitral, ainda assim, ela apresenta-se, teoricamente, vantajosa quando comparada a justiça pública privada de ineficiência.

No tópico seguinte, apresentaremos uma análise, poderíamos dizer, um tanto quanto mais cética da possibilidade da jurisdição arbitral servir de contraponto efetivo, de modelo de concorrência, frente à jurisdição estatal.

1.1.3. A jurisdição privada como concorrente da pública

Os autores Bruno Salama e Antônio Pugliese, no ponto número dois, do artigo intitulado, “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor”, tratam de uma possível competição entre as prestações jurisdicionais e uma provável melhora em termos de eficiência no ordenamento jurídico.

Colocam-nos a arbitragem como um modelo que “compete com o modelo estatal de jurisdição”⁶⁴, e aduzem que a teoria microeconômica indica que essa competição poderia induzir uma redução de preços. Sendo assim, a competição entre a prestação jurisdicional pública e a prestação jurisdicional privada induziria uma redução dos custos de transação “associados à prestação jurisdicional pelo Estado”⁶⁵.

Complementam seu raciocínio afirmando que não é de se surpreender que, no Brasil, “o movimento de fortalecimento da arbitragem tenha sido acompanhado por seguidos esforços

⁶⁴ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p. 021.

⁶⁵ PUGLIESE; SALAMA, op. cit., p 022.

legislativos de recuperação da jurisdição estatal” e dão-nos como exemplo a “implantação dos Juizados Especiais e as seguidas reformas da legislação processual civil”⁶⁶.

Embora compreendamos o que os autores queiram assinalar com a dita competição, gostaríamos de frisar que nos parece que ela pouco tenha a ver com os incentivos que levaram o Estado a implementar os Juizados Especiais e as referidas reformas.

Pensamos assim, pois não nos impressiona que o próprio Estado, em muitas questões, locuplete-se com sua mesma ineficiência. Destarte, nesse âmbito, não conseguimos vislumbrar qualquer competição profícua com a jurisdição privada. Não há incentivos para a eficiência, pois a ineficiência traz ganhos, estratégicos, ao próprio Estado.

Demais, as mencionadas reformas e os juizados foram criados, não em função de uma competição saudável, frente ao fortalecimento da arbitragem (que parece que se dá, tão somente, em algumas searas) mas devido à sobreutilização do mecanismo estatal de jurisdição, produzido pelas políticas estatais de acesso à justiça (que não estamos colocando em causa, mas que não podemos fingir que não causam uma situação de “tragédia dos baldios”⁶⁷).

Pelo narrado, queremos, singelamente, deixar exposto que embora possa, em algumas situações, ocorrer, verdadeiramente, uma competição, uma escolha deliberada pelos ganhos em eficiência (os mesmos que estivemos assinalando), essas ocorrências ainda não são suficientes para estimular ações estatais corretivas, pois que o próprio Estado e outros agentes alimentam-se, em certos casos, da ineficiência da jurisdição pública.

Destarte, não cremos que os meios criados para dar maior agilidade e informalidade ao processo judicial tenham sido criados como resposta a competitividade da via arbitral. Esses mecanismos foram criados para desafogar a prestação jurisdicional estatal. Não queremos, com isso, dizer que a competição entre as formas de jurisdição privada e pública não seja bem-vinda. O problema é que não se trata de uma competição perfeita, mas recheada de falhas como a seleção adversa, o risco moral, o problema dos caronas (*free-riders*), as externalidades, que afastam o “mercado da jurisdição” de operar de forma ótima.

Mas o que pode ser feito, sem dúvidas, é, quando diante das situações compatíveis com a escolha arbitral, sinalizar com a sua opção e procurar parceiros negociais que assim também o façam. Nessas oportunidades, verificamos que uma concorrência salutar seja, realmente, possível.

⁶⁶ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p 022.

⁶⁷ Para saber mais sobre a tragédia dos baldios: ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios. O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

Comporta, agora, verificarmos, nos meandros da opção pela arbitragem, dentre a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, qual deles proporciona mais, ou menos, incentivos às partes.

1.1.4. Cláusula Compromissória ou Compromisso Arbitral?

Nos tópicos anteriores, tentando avaliar a função econômica dos contratos de facilitar as trocas (reduzindo custos) e de fomentar a colaboração entre os agentes, conseguimos vislumbrar alguns ganhos de eficiência propiciados pela arbitragem.

Dentre eles está uma série de incentivos às partes e aos julgadores, devida, mormente, pelo fato da prestação jurisdicional privada ter um “preço” que tem de ser absorvido pelas partes (embora venha diluir-se na economia advinda da poupança em custos de transação) e do qual depende a contrapartida (os honorários) dos árbitros.

Há, outrossim, ganhos com uma possível sinalização que, por meio da escolha arbitral, venha a transmitir uma mensagem de um “tipo mais qualificado” de agente, separando-o dos que desejam utilizar a ineficiência judicial pública e sua morosidade sistêmica para locupletarem-se.

Essas constatações empurram-nos a concluir que, entre a cláusula estipulada já no contrato e o compromisso firmado apenas depois da turbacão contratual, a cláusula arbitral permite ganhos superiores em termos de eficiência.

A cláusula arbitral, posta antecipadamente ao conflito (no corpo do contrato ou fora dele), leva vantagem de maior eficiência sobre o compromisso arbitral, pois ele somente terá função de escolha da via arbitral, posterior às controvérsias e, na opção por esse caminho, aqueles benefícios de sinalização e os incentivos, que poderiam ter poupado as partes de prejuízos futuros, já ter-se-ão perdido.

Antônio Pugliese e Bruno Salama tratam muito peculiarmente esse tema. Denominam a opção pela cláusula arbitral como *arbitragem ex ante facto* e a opção pelo compromisso arbitral como *arbitragem ex post facto*⁶⁸. Além disso, concluem que a criação de valor por meio da redução dos custos de transação, se comparados esses tipos de arbitragem à prestação jurisdicional, e dos incentivos ao adimplemento contratual ocorrem de modo diverso na arbitragem *ex ante facto* e na *ex post facto*, dizendo:

⁶⁸ Não aderimos a essa designação por compreendermos que só há arbitragem, efetivamente, após a aceitação da incumbência pelo árbitro, consoante o artigo 19, da Lei 9.307/96: *Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.*

Após o surgimento da disputa, os custos com a prestação jurisdicional podem ser reduzidos, mas já não é possível maximizar os ganhos com incentivos para o adimplemento contratual. A razão é evidente: o surgimento da disputa pressupõe que uma parte não esteja satisfeita com a prestação da outra parte. Se a prestação defeituosa já ocorreu, já não há que falar em incentivos para adimplemento da obrigação.

A arbitragem *ex ante facto* é, portanto, capaz de gerar valor de mais maneiras do que a arbitragem *ex post facto*. A possibilidade de inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. As partes podem optar pela arbitragem para reduzir os custos de disputas e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato. Após o surgimento da disputa, contudo, já não é possível alterar os incentivos do ambiente normativo[...]⁶⁹.

Os autores poderiam, ademais, ter realizado uma ressalva importante no concernente aos ganhos da arbitragem *ex ante facto* ou, nos termos deste trabalho, simplesmente, da cláusula arbitral: a diferença de ganhos entre **a cláusula arbitral cheia e a cláusula arbitral vazia**.

Embora tenhamos de admitir que, por si, a cláusula arbitral já venha a trazer uma gama de repercussões como os referidos incentivos ao cumprimento, a redução dos custos de transação (pelo fato das partes não necessitarem ser tão minuciosas na feitura do contrato, vez que deixam brechas para o preenchimento futuro do contrato pelos dos adjudicatários) e a possível sinalização das partes para um bom andamento da relação contratual, quando se trata da cláusula arbitral vazia, esses benefícios tendem a não ser tão efetivos.

Apontamos isso, pois a cláusula arbitral quando não bem desenhada, ou seja, quando meramente indicar que as controvérsias oriundas do contrato serão dirimidas pelo meio arbitral, implicará, por necessidade e por exigência legal, de maiores detalhamentos, de maiores especificações, sob pena de invalidade. Essa situação acabará, destarte, em desaguar na feitura do compromisso arbitral, com todas as perdas de eficiência já comentadas, em virtude das partes não se encontrarem mais em um ambiente de cooperação. Logo, as dificuldades de negociação em relação ao local da arbitragem, da escolha dos árbitros, dos procedimentos escolhidos, poderão vir a ser maiores, conseqüentemente, levando ao aumento dos custos de transação, notadamente, os custos de oportunidade.

⁶⁹ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008, p. 21.

Assim, quando estivermos falando em ganhos trazidos pela via arbitral, comparando a eficiência entre a inclusão da cláusula arbitral e do compromisso arbitral, temos de ressaltar que estaremos comparando o compromisso com a cláusula arbitral cheia, aquela anterior a qualquer controvérsia que consiga detalhar, ao máximo, a forma de resolução do conflito pela via arbitral.

Mas como esse detalhamento *ex ante* também tem custos implícitos, voltamos a questão da escolha ou não pela via arbitral, e a inclusão da cláusula que preveja a arbitragem como meio de resolução das controvérsias.

Aqui, novamente, a questão de preencher, ou deixar, lacuna volta à baila e fica nas mãos da avaliação dos agentes econômicos, pois, assim como o preenchimento de qualquer cláusula no contrato impõe essa avaliação, terão de sopesar os benefícios e custos do desenho de mais essa cláusula contratual.

Como essa operação, para as partes, pode envolver, inclusive, a falta de conhecimentos técnicos, pensamos que venha a calhar, em muitos casos, o recurso às instituições arbitrais e seus regulamentos próprios.

A própria padronização dos procedimentos (o que não foge a sistemática dos contratos por adesão) que essas instituições acabam por propiciar às partes, mesmo que dentro da flexibilidade outorgada aos procedimentos arbitrais, pode espelhar uma redução de custos de transação, com uma provável governança das despesas e do tempo do litígio.

Em resumo, o que queremos notar é que a cláusula arbitral será mais eficiente que o compromisso, principalmente, nos casos em que se trate de cláusula arbitral cheia e, ou, venha por direcionar as partes para uma instituição arbitral que possa agregar uma ainda maior economia em custos de transação.

Frisemos que a cláusula arbitral tem um papel diferenciado das demais cláusulas, pelo fato de transferir o custo de preencher as lacunas deixadas no contrato aos adjudicatadores. Portanto, se preenchermos o contrato com a cláusula arbitral, podemos economizar em custos *ex ante* (isto significa, conseguirmos um contrato mais enxuto e mais econômico), para deixar aos árbitros a incumbência de gerir os conflitos, *ex post*, acerca das contingências.

Por outro lado, não podemos esquecer que a ausência inicial de uma cláusula que impõe consequências sobre o futuro inadimplemento pode vir a ser voluntária e estratégica, dependendo do que, pelos agentes, for ponderado em termos de sinalização e de custo-benefício.

O que não gostaríamos de transmitir é que a comparação que acabamos de fazer significa que o compromisso arbitral seja ineficiente. O compromisso apenas não é tão eficiente quanto à cláusula arbitral. Confirmando essa assertiva, vale referirmos que é pelo compromisso que conseguimos evitar o problema de tomada de refém que pode ser criado pela cláusula arbitral, exatamente, nos contratos por adesão. Mas essa questão será retomada adiante. No ponto seguinte falaremos sobre a análise econômica dos contratos standardizados, inegável veículo de transferência de riquezas.

1.1.5. A análise econômica e os contratos por adesão

Como esse assunto será, igualmente, retratado (e, provavelmente, com mais detalhes) no próximo tópico, embora com uma visão um pouco mais de direito do que de economia, limitarmos-nos-emos, então, a dar apenas algumas noções do tema para não nos tornarmos enfadonhos.

Os contratos por adesão sob a ótica da análise econômica do direito são, claramente, instrumentos de redução de custos de transação – vez que eliminam, em regra, a fase de elaboração das cláusulas⁷⁰, individualmente, com os parceiros negociais – de maior gerenciamento e planejamento dos demais custos e ganhos envolvidos nas trocas, de diluição dos riscos (entre os aderentes), de uma padronização do tratamento que é dado à massa de contratantes por meio do contrato estandardizado, etc. Esses ganhos de eficiência possibilitam oferecer mais, a preços menores, dando acesso a uma maior quantidade de pessoas aos bens e aos serviços, sendo esses contratos, portanto, ferramentas de aumento de bem-estar social.

Explicando melhor, a forma massificada pela qual são talhados os contratos por adesão propicia uma garantia de igualdade de tratamento, tendo em vista que os aderentes “A” e “B” estarão diante das mesmas cláusulas, das mesmas condições. Significa dizer que se consegue garantir que seja [...] *respeitada alguma da igualdade horizontal que se requer como pressuposto da justiça distributiva*⁷¹. O aderente, frente a um contrato estandardizado, está ciente que o mesmo formulário que ele assina será aplicado aos demais que contratarem com o predisponente

[...] e essa certeza é não só incentivadora como por vezes será largamente compensadora da frustração que alguns aderentes sintam quanto à insusceptibilidade de negociação especificada de alguns termos contratuais que lhes sejam menos favoráveis.⁷²

⁷⁰ Sobre a eliminação dessa fase de elaboração das cláusulas, parece-nos importante trazer uma ressalva quanto a *guerra dos formulários (battle of the forms)*, comentada pelo professor Fernando Araújo, no livro *Teoria Económica do Contrato*. A dita guerra dos formulários seria iniciada quando ambos os contratantes possuem contratos, preestabelecidos, que julgam ser os mais adequados àquela negociação: [...] *uma empresa faz uma proposta de contrato a outra, e envia-lhe um formulário para o efeito, o formulário que costuma usar; a empresa destinatária aceita contratar, e para exprimir a sua aceitação remete para a primeira um outro formulário que ela própria costuma usar – uma situação da qual poderá resultar o entrelaço de cláusulas contratuais gerais* [...]. As empresas, assim, entrincheiradas nos seus modelos têm dificuldade de formular o contrato que consiga chegar a um ponto de satisfação bilateral, pois acordaram apenas no que tange ao “objecto contratual básico” e não às cláusulas contratuais. Não vislumbramos aqui uma economia de custos de transação por meio do contrato por adesão, mas sim, algum desperdício de recursos, que pode acabar encarecendo e estendendo o tempo do processo de contratação e reduzindo o ganho das partes, se não for resolvido adequadamente. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 474.

⁷¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 467-468.

⁷² ARAÚJO, op. cit., p. 468.

Descrevendo-os assim, parece que estamos diante do remédio para todos os males, a panaceia das trocas. Todavia, não é essa a ideia que pretendemos passar. Não objetivamos, neste estudo, nem divinizar, nem demonizar esses contratos, mas trazer todas as faces que nossa cognição conseguir captar sobre esse instrumento, no enfoque da *law and economics*.

Nesse objetivo, havemos de considerar que, de tão disseminados, os contratos estandardizados dão origem a ocorrências que, por vezes, causam-nos um certo estranhamento. Somente para noticiar uma dessas situações, cumpre-nos a transcrição do trecho abaixo:

Em suma, o recurso a cláusulas standardizadas e a formulários é tão disseminado que por vezes eles parecem ganhar vida própria, aplicando-se a situações contratuais de um modo que pouco nos diz acerca da sua adequação contextual, **proposto que são por partes que podem não os ter elaborado e nem sequer os ter lido**, e aceites globalmente, em bloco, por partes que ainda têm menos motivação para os examinar – razão pela qual se observou já que o seu exame em termos substantivos envolve uma espécie de «reverse engineering» que permita identificar as suas fisionomia e vocação originais⁷³ (grifo nosso).

Em virtude de esse fenômeno contratual ser tão peculiar e controvertido, e podermos estar diante de um contrato padrão que sequer pelo predisponente foi bem estruturado, ou planejado, para as negociações com um número indistinto de aderentes, teremos de nos dedicar um pouco mais às vicissitudes do instrumento de adesão. Mais atenção ainda, teremos de dedicar à inclusão de mais uma cláusula, a cláusula arbitral, vislumbrando se essa inclusão tem argumentos jurídicos e econômicos bastantes para justificar seu implemento nesse tipo de contratos.

No item seguinte a ótica será principalmente jurídica, não que a visão de análise econômica não seja prestigiada, mas teremos de pesquisar, dentro de nosso ordenamento, quais dispositivos apoiam a união dos institutos que comentamos, para dar-lhes a merecida justificação legal.

1.2. Noções jurídicas da arbitragem, da cláusula arbitral e do contrato por adesão e suas interrelações

Neste tópico, a abordagem será um pouco diferente do que viemos apresentando. Trataremos de dar um pouco mais de ênfase às questões jurídicas que envolvem os institutos da arbitragem e dos contratos por adesão. Não queremos dizer que nos afastaremos da análise

⁷³ ARAÚJO, op. cit., p. 473.

econômica do direito, porém ela estará mimetizada aos componentes jurídicos de necessária análise.

No início deste item o foco estará, essencialmente, sobre o contrato por adesão e todos os pormenores que envolvem a inclusão de uma cláusula que implica em uma escolha de natureza voluntária. O retorno ao tema da arbitragem ficará reservado para o final do trabalho, quando tentaremos mesclar todas as matérias tratadas neste estudo.

1.2.1. O contrato por adesão como um instituto de Direito Privado que imprescinde de contornos de Direito Público

A adoção generalizada de contratos por meio de cláusulas preestabelecidas por uma das partes faz pensar a respeito do modo como vem se desenvolvendo o instituto do contrato no âmbito do Direito Privado.

O contrato paritário, como uma representação de plena autonomia, de “auto-regulamento de interesses privados⁷⁴” é visto, atualmente, como a exceção⁷⁵ e não mais a regra, tendo de se admitir a concepção de que o contrato encontra-se enquadrado na categoria de negócio jurídico a qual “abrange todas as categorias de ato de autonomia, **inclusive aquelas em que não se manifesta a liberdade fática de estabelecer cláusulas**⁷⁶” (grifo nosso).

E, justamente, essa concepção que engloba, na mesma categoria, negócios jurídicos nos quais a autonomia privada – princípio fulcral do Direito Privado – tem graduações tão distintas, que nos causa o desconforto de conceder aos contratos por adesão a mesma qualificação conferida aos contratos firmados pelo pleno acordo de vontades.

Se não há como negarmos a universalidade da prática negocial via contratos firmados por adesão, temos de tentar compreender quais os argumentos que permitem a esse mecanismo de contratação ser tão difundido e permitido pelo Estado.

Esse questionamento deve ser respondido com uma visão um pouco mais coletiva, que individual, ou mais “publicística”, embora dentro do campo privado. Significa dizer que esses contratos *standard* desenvolvem para a coletividade importantes papéis que os contratos individual

⁷⁴ COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.72.

⁷⁵ Não significa que não seja realizado, conquanto não de forma massificada. A notoriedade dessa afirmação pode ser constatada, até mesmo, em nosso dia a dia pessoal. Quantos contratos negociados, cláusula por cláusula, podemos afirmar que fizemos nos últimos cinco anos, por exemplo?

⁷⁶ COUTO E SILVA, op. cit., p.73.

e subjetivamente considerados não conseguem desenvolver. São os contratos por adesão que permitem que bens e serviços sejam mais abrangentes e baratos aos seus destinatários (pois reduzem os gastos com as tratativas, com a busca pelo melhor clausulado e planificam o trabalho empresarial possibilitando a redução dos custos). São esses mesmos contratos que permitem que o aderente, com antecipação, consiga saber qual o valor “de mercado” atribuído ao interesse que pretende satisfazer, vez que se todos os contratos fossem realizados, cláusula por cláusula, particularizadamente, o valor dos interesses iria variar, conforme o valor atribuído ao bem ou a serviço, por cada parte que se buscasse negociar⁷⁷.

Por outro viés, são esses mesmos contratos que possibilitam que os predisponentes estabeleçam cláusulas que transfiram, para si, todas as vantagens e, para os aderentes, todos os riscos do negócio⁷⁸. Aqui, novamente, devemos buscar no interesse público a saída para uma situação negocial gerada no âmbito privado, em razão desse método contratual permitir certa manipulação pela parte que o conforma, bem como, estender-se a uma grande quantidade de aderentes.

Gizemos que os malefícios causados pelo comportamento oportunista dos predisponentes não se dá em prejuízo apenas dos aderentes, mas do mercado como um todo, visto que contratos nocivos irão desestimular as trocas e essa conduta, em larga escala, gera, por conseguinte, prejuízos econômicos a todos que do mercado participam⁷⁹.

Foge, então, da capacidade do Direito Privado, em função da própria autonomia privada, dar o remédio que possa equacionar os desequilíbrios (*congênitos*) gerados pelos contratos por adesão. Instrumentos de Direito Público, destarte, terão de ser utilizados para manter, na medida do possível, uma situação de paridade entre partes com poderes tão desiguais (uma estabelece todo o contrato, enquanto a outra apenas o adere)⁸⁰.

⁷⁷ “O que não quer dizer que acresça então, em abstracto, a garantia de justiça contratual. Ficando os contraentes inteiramente entregues a si próprios, sem a orientação e o amparo dos dados do mercado, o conteúdo do contrato vai depender da sua capacidade em protegerem individualmente os seus interesses, do maior ou menor êxito das suas estratégias negociais, e, em último termo, da relação de forças e de poder entre eles (determinada, sobretudo, pelo grau de dependência da prestação da contraparte) [...]”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 202-203, nota 514.

⁷⁸ Essa situação será melhor analisada no ponto sobre as cláusulas contratuais gerais, mais adiante.

⁷⁹ Segundo RIBEIRO, a autora DAUNER-LIEB (na obra *Verbraucherschutz*) defende ser, o único estímulo da dita “defesa do consumidor”, **a defesa do próprio sistema de mercado**: “[...] a Autora assume, de forma particularmente clara, a funcionalidade das políticas do consumidor para a eficiência da economia de mercado, pondo de lado qualquer entoação de cariz ‘social’, com que é frequente justificar as medidas de intervenção nas relações de consumo”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p.366, nota 285.

⁸⁰ Ludwig Raiser, ao tecer comentários acerca do Direito Econômico e sobre as iniciativas da atividade econômica, explica ser esse um campo dinâmico, no qual o Direito Privado e o Direito Público devem atuar conjuntamente: “O Direito Privado está, com efeito, certamente presente também no setor da economia. O direito societário põe à

Nesse intuito que foram criados os instrumentos de barreira, ou limite, ao poder de unilateral de estabelecer cláusulas contratuais. Tais instrumentos dizem respeito ao controle do conteúdo do contrato, por meio do qual o Estado, inicialmente, pela lei e, subsidiariamente, pelo Poder Judiciário (e demais meios compositivos), determina até onde poderá ir o poder do predisponente, proibindo certas cláusulas (como, *verbi gratia*, as que isentam os predisponentes de todos os riscos e as responsabilidades decorrentes do negócio) estabelecendo o conteúdo mínimo de outras, impondo àqueles que realizarem disposições contratuais tipificadas uma série de deveres de clareza, informação, cuidado, colaboração, etc.⁸¹.

Podemos depreender, diante disso, que **o controle do conteúdo das cláusulas contratuais**⁸², princípio calcado no Direito Público, fazendo uma “parceria” *sui generis* com a **autonomia privada**, princípio base do Direito Privado, foi adicionado às relações contratuais tipificadas de modo a reduzir as limitações inatas ao instrumento de adesão.

A relação entre os referidos princípios será melhor entendida no ponto a seguir, sobre o conteúdo dos contratos por adesão.

disposição formas organizativas das empresas como sujeitos econômicos e outorga às pessoas jurídicas os mesmos direitos subjetivos que respeitam aos particulares para a tutela do patrimônio e das sua capacidade de ganho. Por fim, ele permite realizar por meio do contrato não só a troca de bens de serviços, mas, também, de constituir e defender posições de poder econômico mediante acordos entre empresas e pactos de limitação da concorrência. É claro, porém, que, em função dos seus princípios tradicionais, o Direito Privado não é por si só capaz de realizar tais deveres e corre o risco de tornar-se um instrumento manejado com virtuosismo técnico-jurídico por quem detém posições de poder econômico. Por si não pode, com efeito, mobilizar uma força suficiente para garantir a igualdade das posições econômicas iniciais, pressuposta teoricamente pela economia de mercado, nem controlar o poder econômico quando a concorrência seja insuficiente. [...] Isso significa que o Direito Econômico não pode ser completamente destacado do Direito Privado ou do Direito Público e que a sua matéria não pode ser atribuída a algum deles completamente: a sua função reclama que os dois setores estejam estreitamente entrelaçados” (grifo nosso, tradução nossa). RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell’economia di tre decenni*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 219-220.

⁸¹ Exemplos desses dispositivos legais contidos no Código Civil vigente:

“Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

Art. 424. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.*

⁸² “[...] o princípio da autonomia privada não pode reivindicar exclusividade na disciplina do instituto, a qual deve reflectir uma pluralidade de valores conflituantes. No domínio das ccg, e estando em causa, como problema a solucionar, uma situação negocial em que uma das partes, sem responsabilidade própria, fica sujeita a riscos excessivos e injustificados, o princípio que se destaca como concorrente daquele outro é o do controlo do conteúdo das ccg, limitativo da liberdade de conformação do utilizador” (grifo nosso). RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p.291.

1.2.2. Os contratos por adesão – contemporizando a limitação à autonomia privada por meio do controle do conteúdo

Em discrepância com a teoria clássica do negócio jurídico, na qual os contratos correspondem a instrumentos firmados, em regra, em uma situação de paridade de partes, na qual ambas têm condições de autotutelar seus interesses, podendo decidir *se, com quem e com qual conteúdo* irão negociar, os contratos firmados por adesão são instrumentos nos quais aqueles que desejam contratar com o estipulador das cláusulas, ou predisponente,

[...] não discutem nem negoceiam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (**muitas vezes sem sequer as conhecer completamente**) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes [...] ⁸³ (grifo nosso).

Além de estabelecidas por uma das partes, sem a interferência da outra, em regra, as cláusulas dos contratos firmados por adesão são “tipificadas”⁸⁴, isto é, são organizadas em “tipos” padronizados (à semelhança dos tipos legais) e idênticos para todos os contratantes, posto que feitos em série. Essa padronização, que impede que o outro contratante consiga interferir e escolher como melhor dispor de seus interesses, pretende possibilitar e facilitar a contratação com a *massa*⁸⁵, vez que é dirigida a todos que pretendam contratar com determinado predisponente.

Essa tipificação corresponde a um processo de *despersonalização*⁸⁶ dessas relações jurídicas, já que as características individuais de quem contrata são relegadas ao segundo plano. Igualmente, acaba por dar uma nuance objetiva ao contrato, pois que sobrelevam as finalidades do tráfico negocial, denegando o usual destaque da autonomia da vontade individual.

Embora a característica de tipificação unilateral seja a mais marcante, não objetivamos, neste trabalho, apresentar esses contratos, unicamente, como instrumentos negociais nos quais a liberdade de estabelecer o conteúdo foi drasticamente reduzida, enfocando-os apenas como mecanismos de restrição de direitos, mas, também, apresentá-los como importantes instrumentos

⁸³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 312.

⁸⁴ BECKER, Verena Nygaard. **A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais. Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano 7-8, 1973/1974, p. 22.

⁸⁵ “É preciso reconhecer que hoje, ao lado do campo próprio de aplicação do negócio jurídico, tal como é regulado pelo direito civil, visando essencialmente relações jurídicas de estrutura individual, outro campo existe, em que se estabelecem relações jurídicas com características de massa, **relações cujos pólos não são os indivíduos singularmente considerados, mas a coletividade**, vale dizer, **a massa**” (grifo nosso). BECKER. op. cit., p. 25.

⁸⁶ BECKER, op. cit., p. 32.

para as trocas contemporâneas, sem os quais os custos de negociação e, por consequência, os custos dos bens envolvidos acabariam por ser superiores.

Ao estabelecer cláusulas padrão, os predisponentes conseguem planejar e programar seus gastos. Essa estratégia propicia benefícios que também irão se estender aos aderentes. Enzo Roppo, ao explicar as vantagens dos *contratos standard*, deixa clara a função econômica dessa técnica contratual e menciona as vantagens que o uso generalizado das condições uniformes de contrato oferece aos *operadores organizados na forma de empresa*, em termos de *economias de gestão*. E prossegue:

Em primeiro lugar, o emprego de contratos standard **simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios**, determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de actividade – a **redução daqueles «custos de contratação», que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar**. Por outro lado, a predisposição de esquemas contratuais uniformes e rígidos, destinados a aplicar-se em todas as relações de um certo tipo, funciona (ainda antes de como imposição de regras vinculativas para os clientes da empresa) como limite à iniciativa e ao arbítrio individual dos auxiliares do empresário, encarregados das actividades de contratação, **assegurando, assim, à estratégia da empresa, neste sector, aquela necessária homogeneidade, aquela coordenação a nível central**, que seriam prejudicadas se a representantes, agentes e caixeiros, fosse deixada plena liberdade de discutir com a contraparte e determinar, concretamente, o conteúdo de cada contrato[...]⁸⁷ (grifo nosso).

Por outro lado, não poderá o contrato por adesão, em virtude das características restritivas já citadas, tornar-se um instrumento de excessos por parte dos proponentes. Corroborando, vale colacionarmos o que ensina Mário Júlio de Almeida Costa, em sua obra *Direito das Obrigações*⁸⁸, no que respeita os contratos por adesão e as cláusulas contratuais gerais:

Reconhece-se que as mencionadas standardizações negociais feitas por empresas voltadas ao grande público correspondem, inúmeras vezes, a uma racionalização e **normalização necessária ou útil, inclusive para os aderentes**

⁸⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 313-314.

⁸⁸ LMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das Obrigações**, 9ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 223.

singulares. Mas também daí podem **as empresas derivar vantagens que signifiquem restrições, despesas e encargos irrazoáveis ou abusivos para os particulares.** O sistema é susceptível, em suma, de **produzir derrogação pouco equitativa do regime supletivo da lei num sentido desfavorável à posição dos que contratam «uti singuli», através de cláusulas negociais gerais.** Facilmente se representa esse efeito, por hipótese, em cláusulas que alterem o regime da responsabilidade civil, as garantias ou os prazos de exercício de direitos (grifo nosso).

Verificamos, perante o exposto, que os contratos padronizados são o motivo de grandes celeumas acerca de uma *crise* da teoria do negócio jurídico (no que tange a restrição da autodeterminação do conteúdo contratual) e, ao mesmo tempo, virtuosos mecanismos de trocas para o tráfego negocial (no que respeita sua função fundamental ao desenvolvimento econômico e social, permitindo, com facilidade, baixo custo e segurança, a circulação das riquezas⁸⁹).

Mas mesmo sendo úteis ao sistema de mercado, não nos parece apropriado, contentarmos em justificar juridicamente a relevância dos contratos firmados por adesão (garantindo seu enquadramento como negócio jurídico), partindo de uma fundamentação de cunho apenas econômico, embora seja uma ótica muito valorada neste estudo.

A avaliação que deve ser feita sobre os motivos que levaram, ou levam, o Direito, especialmente, o Civil, a acolher esse mecanismo contratual e justificá-lo como válido e eficaz, não se encontra, somente, nas ciências econômicas, nas questões de desenvolvimento, celeridade, eficiência do mercado, ou das trocas intersubjetivas, não obstante sua influência seja bastante relevante, mas também em outras peculiaridades que surgem por meio da disseminação dos instrumentos contratuais standardizados.

Partiremos por um exemplo: se um particular estabelece com outro particular uma relação jurídica patrimonial por meio de um contrato com clausulado padrão, numa relação única, na qual a parte que adere não quis fazer valer sua possibilidade de estabelecer o conteúdo do negócio, não há por que o Estado interferir e restringir a operação engendrada pelos particulares⁹⁰.

⁸⁹ “Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*” (grifo do autor). ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p.11.

⁹⁰ “Ao reconhecer às partes competência para livremente modelarem o conteúdo dos contratos que decidiram celebrar, o ordenamento, qualquer que seja o fundamento último, ético ou utilitarista, dessa opção, fá-lo para lhes permitir a autónoma afirmação e defesa dos seus interesses próprios. É esse o sentido ‘positivo’ da abstenção estadual em imiscuir-se na regulação privada. Desse modo os contraentes podem chegar a uma conformação onde livremente se manifestem as suas propensões e necessidades, de acordo com a apreciação que delas fazem, sem qualquer controlo à luz de critérios objectivos de racionalidade ou justiça”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 286.

No entanto, a partir do momento em que um particular (mormente uma empresa) estabelece relações jurídicas patrimoniais, em série, por meio de contratos idênticos, cujo clausulado é padrão, com uma infinidade de outros particulares que não têm opção de decidir acerca do conteúdo do contrato, existem, no mínimo, três importantes motivos que impulsionam o Estado a intervir: o primeiro, já comentado, é a notória restrição da autonomia privada, operada em grande escala nos contratos por adesão; o segundo, diz respeito ao particular (empresa) passar a desenvolver uma atividade de *normalização* de situações jurídicas abstratas como se Estado legislador fosse⁹¹; o terceiro, corresponde a debilidade da autorresponsabilização e da vinculatividade que a restrição da autotutela proporciona àqueles que apenas aderem às cláusulas preestabelecidas.

O primeiro motivo é a restrição à autonomia dos aderentes em conformar seus interesses como lhes seja mais conveniente, haja vista não lhes ser permitido decidir sobre o conteúdo dos negócios jurídicos que realizam. A restrição da autonomia privada não significa uma inexistência dessa autonomia, mas quer dizer que o princípio da autonomia privada pode se encontrar em **diferentes graus** nas relações privadas e que, no caso dos contratos por adesão, ela corresponde a uma mínima possibilidade de decidir sobre contratar ou não, dentro dos parâmetros estabelecidos pela outra parte do negócio.

Importante destacarmos, então, que a autonomia privada não é um princípio absoluto no Direito Privado, ela **comporta graduações e continua presente mesmo nas relações jurídicas nas quais outros princípios irão preponderar**⁹². Consequentemente, nas situações em que a autonomia privada consiga, por si, regular a relação das partes, ela será prevalente, e o Estado não se irá imiscuir nos negócios privados. Contudo, nas situações em que a autonomia privada seja reduzida e não dê conta de resolver as divergências entre as partes sem botar em risco outros princípios ou valores envolvidos, **prevalecerá o interesse público por meio do controle do conteúdo dos contratos**. Salientemos, ademais, que, nos casos dos contratos por adesão, irá

⁹¹ “[...] com vista à uniformização do conteúdo de certo tipo de contratos implicados por uma determinada operação econômica, o predisponente estabelece de antemão, de forma abstracta, a disciplina por que há-de reger-se a série, mais ou menos extensa, de contratos a celebrar. **Adoptando uma perspectiva tipificadora análoga à do legislador, ele não tem em conta os dados singularizantes de cada relação** (que, aliás, só no futuro, o momento da celebração, se tornam patentes), **conformando um conjunto de cláusulas que, por isso mesmo, são susceptíveis de aplicação, sem alterações, a uma multiplicidade de negócios**. [...]” (grifo nosso). RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 317.

⁹² Gize-se, aqui, com muita brevidade, que segundo ALEXY, os princípios são comandos ou *mandamentos de otimização*, ou seja, são normas que “*ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. Por consequência, diferentemente das regras, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus que serão determinados diante do caso concreto e por um processo de ponderação, ou sopesamento. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011, p. 90. No caso dos contratos por adesão, o controle do conteúdo, limitador do poder do proponente, irá preponderar sobre a autonomia privada, vez que ela, por si, não consegue dar a proteção merecida ao aceitante.

preponderar o interesse público sobre o individual, por meio do controle do conteúdo das cláusulas contratuais predispostas.

O segundo motivo corresponde a atividade *normalizadora* do particular, fazendo as vezes de Estado legislador. Para clarearmos o que se quer dizer sobre o carácter de *norma* que as cláusulas padronizadas impõem, faz-se proveitoso apresentarmos os efeitos que o uso universalizado dos contratos por adesão, formados por clausulado preestabelecido e rígido, provocam nas relações entre as partes, que, no dizer Joaquim de Souza Ribeiro, corresponde à *dimensão coletiva* das cláusulas contratuais gerais:

Para além dos problemas específicos que a criação, por um sujeito particular, de uma ordenação jurídica com incidência colectiva, em substituição do regime legal, suscita (no plano das relações predisponente-ordenamento), há de ter em conta, no plano da relação concreta estabelecida entre as duas partes no contrato, as repercussões limitativas dessa forma de regulação na liberdade de decisão do aderente. Confrontando com ccg⁹³ prefixadas e efectivamente aplicadas, **de forma usual e típica, em largos sectores do tráfego, com uma estrutura e função que lhe convoca a imagem de objectividade e imodificabilidade associada às normas legais**, o aderente não só se vê despojado do poder de conformação, como é inconscientemente motivado à aceitação. A institucionalização, na prática negocial, **de uma regulação que, embora de fonte privada, tem uma eficácia geral, leva-o a interiorizar, como norma de conduta a seguir, a aquiescência passiva à sua inclusão no contrato**. Para além deste **efeito de legitimação**, as ccg, por sua natureza (independentemente da sua concreta formulação), e em especial quando formam um clausulado extenso, produzem um **efeito de ocultação**, gerando, para o aderente, custo de informação que, compreensivelmente, o desmotivam de uma análise e ponderação do seu conteúdo. Eis porque, mesmo no plano da interacção entre dois contratantes, **o carácter geral e abstracto e a dimensão colectiva das ccg não são dados neutros, mas antes um factor poderoso de supremacia do utilizador e um dos aspectos mais significativos da assimetria material das posições das partes**, contribuindo para intensificar, reforçar e assegurar o êxito da neutralização da liberdade de decisão do aderente (grifo nosso)⁹⁴.

⁹³ CCG ou ccg = cláusulas contratuais gerais.

⁹⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 319-320.

Quanto ao terceiro motivo, a débil, ou fraca, responsabilização e vinculação do aderente, que é oriunda das cláusulas constantes no tipo de contrato em comento, podemos mencionar que a falta de autodeterminação, ou autotutela, bilateral⁹⁵ na formação do conteúdo do contrato, concede às estipulações que o compõe, uma força vinculante e uma responsabilização, ao aderente, muito menores do que ocorre com as cláusulas conformadas de comum acordo pelos negociantes.

Parece-nos importante justificar essa assertiva com o seguinte trecho da doutrina:

Exercitando o aderente, por força do condicionalismo que rodeia a adesão a ccg, uma autonomia “diminuída” ou “diluída”, justifica-se, como medida compensatória, o directo controlo do conteúdo dessas cláusulas. **O escasso grau volitivo do consentimento do aderente à vigência das ccg** introduzidas pela contraparte, cujo exacto alcance em regra desconhece, **não tem suficiente força legitimadora de cláusulas que, afastando-se dos padrões normativos de uma equilibrada repartição de direitos e deveres, claramente o prejudicam.** A uma **vontade mais ténue**, manifestada dentro de um contexto fortemente restritivo da liberdade de decisão, **corresponderia uma vinculação de menor eficácia**, condicionada à observância, por parte do utilizador de ccg, de determinados limites de conteúdo⁹⁶ (grifo nosso).

Portanto, se não houvesse, por parte do Estado, uma compensação dessa restrição à liberdade contratual, por meio do controle do conteúdo das cláusulas nos contratos insertas, não se poderia atribuir ao aderente as responsabilidades geradas pelo contrato que se obrigou na ausência, quase integral, de seu poder de autotutela. Logo, esses dispositivos seriam inócuos aos aderentes e inviabilizariam essa forma de contratar.

Dizemos isso porque a **autorresponsabilização é uma consequência da autodeterminação negocial das partes**⁹⁷. Verificando-se que não houve possibilidade da parte gerir seus próprios interesses de maneira paritária com a outra parte, não se lhe pode atribuir os efeitos que foram impostos por disposições ligadas apenas ao interesse do predisponente.

⁹⁵ “A autonomia é, no contrato, **necessariamente bilateral**, não apenas no plano formal-estrutural, que aponta para a necessidade de consenso, de declarações convergentes de ambas as partes, mas no sentido de uma **imputação** materialmente fundada, **do acto e dos seus efeitos ao querer dos dois contraentes**” (grifo nosso). RIBEIRO, op. cit., p. 276.

⁹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 285.

⁹⁷ “A imputação dos efeitos negociais decorre da possibilidade de autotutela dos interesses pessoais de afirmação, perante a contraparte, de uma vontade própria a ter em conta na conformação do conteúdo do contrato”. RIBEIRO, op. cit., p. 287.

O Estado, então, controlando o conteúdo dos contratos por adesão, pode justificar que haja vinculação do aderente, bem como, sejam-lhe imputadas às responsabilidades do negócio que firmou – conquanto que não na mesma intensidade daqueles contratos e daquelas cláusulas que tenha podido, livremente, manifestar seus interesses.

Percebendo, assim, que tais contratos estandardizados, de uso ordinário, podem representar distorções, tanto para a teoria dos negócios jurídicos, quanto para aqueles que necessitam ou pretendem firmá-los, o que também operaria em prejuízo do tráfego negocial, achamos conveniente tratar com mais esmero a problemática das cláusulas que dão corpo a esses contratos: as cláusulas contratuais gerais.

1.2.3. As cláusulas contratuais gerais, ou melhor, as “cláusulas não lidas”

Objetivando entendermos quais as particularidades das cláusulas contratuais dispostas nos contratos por adesão, inicialmente, temos de se fazer uma distinção entre as *cláusulas negociadas*⁹⁸ e as cláusulas contratuais gerais (ou, CCG).

Em um **mesmo contrato por adesão** convivem cláusulas negociadas, ainda que minimamente, e cláusulas predeterminadas, as contratuais gerais, sem a possibilidade de alteração ou interferência do aderente.

As cláusulas ditas como negociadas são aquelas que farão referência ao objeto do negócio (preço, qualidade, quantidade, prazo – aquelas de cunho decisivo para a opção de contratar ou não), elas que propiciarão uma pequena base (mesmo que bastante reduzida) de autonomia ou possibilidade de negociação por quem as adere, ou, em outras palavras, elas conferem o grau de subjetividade que o negócio jurídico necessita para conformar-se como contrato. Podem ser entendidas como as cláusulas que mais se aproximam da vontade do aceitante e, em decorrência dessa maior autonomia, são consideradas com certa “prevalência⁹⁹” sobre as demais cláusulas do contrato, cuja generalidade é muito maior.

Essa diferenciação no interior do contrato, concernente à qualidade das cláusulas que o compõem, é, plenamente, possível de concebermos, pois a adesão não se dá de forma paritária, visto que há cláusulas que foram concretamente avaliadas pelo aderente – as que ele pôde, ainda que de modo mitigado, escolher e aceitar conscientemente.

⁹⁸ Ou, também, *cláusulas especificamente acordadas*. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 307.

⁹⁹ RIBEIRO aduz que a regra da prevalência – “em caso de conflito, determina a prevalência das cláusulas especificamente aprovadas sobre as predispostas” – e o critério interpretativo – “in dubio contra stipulatorem” – correspondem ao que se poderia chamar de “núcleo clássico do tratamento específico das ccg”. RIBEIRO, op. cit., loc. cit.

As demais cláusulas traduzem “apenas uma recepção em bloco de estipulações pré-estabelecidas, não lhes conferindo legitimidade substancial (daí o controlo do conteúdo)”¹⁰⁰, nem mesmo uma “força aplicativa idêntica à das cláusulas individualizadas (daí a prioridade que a estas é reconhecida)”¹⁰¹. Dessa forma, ficaria constatada a diferença “qualitativa entre as duas categorias de cláusulas”¹⁰², quando constantes no contrato.

Cláusulas que se destacam em razão do acréscimo de liberdade e de consciência, são as ditas cláusulas negociadas, na ausência disso, permanecem as cláusulas contratuais gerais.

O que concluímos do exposto, é que as cláusulas negociadas incorporarão um maior grau de autodeterminação do aderente, por conseguinte, terão mais força para vinculá-lo ao seu conteúdo e responsabilizá-lo. Entretanto, as cláusulas contratuais gerais incorporarão um menor grau de autodeterminação, conseqüentemente, vincularão e responsabilizarão mais fracamente o aceiteante¹⁰³.

Compreendida essa diferença *intracontratual*, será necessário, agora, compreender as demais características inerentes ao mecanismo de adesão, que implicarão, futuramente, na forma de inclusão da cláusula arbitral nos contratos standardizados.

A primeira característica corresponde à *insipiência, ou à ignorância, do aderente*¹⁰⁴ a respeito do pleno teor das CCG. A referida insipiência não significa qualificar o aderente de forma depreciativa, mas é o resultado de um conjunto de fatores que o dificultam, ou mais, o desestimulam de tomar conhecimento cabal das cláusulas gerais.

Não é, sequer, de esperarmos que um aderente venha ater-se e compreender a real dimensão das cláusulas contratuais gerais contidas nos contratos por adesão que assina. Isto porque, em posição diversa do proponente – que pôde, teoricamente, investir tempo e recursos para pré-formular do modo que mais lhe aprouvesse o contrato – o aderente, ao deparar-se com um contrato previamente estipulado, encontra dificuldades dos mais variados gêneros, como as que, aqui, serão denominadas de *subjetivas*, visto que, relativas as suas próprias limitações, cognitivas ou não (dificuldades ligadas ao seu conhecimento, sua capacidade de leitura, compreensão e interpretação do texto preestabelecido, ou, ainda, ao tempo ou aos recursos disponíveis para dedicar-se a leitura e ao entendimento completo do alcance das CCG).

¹⁰⁰ RIBEIRO, op. cit., p. 308.

¹⁰¹ RIBEIRO, op. cit., loc. cit.

¹⁰² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 308.

¹⁰³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 318.

¹⁰⁴ Neste artigo não adotamos a posição que entende estar o aderente, por vezes, em uma posição de *inferioridade intelectual*, pois essa mencionada inferioridade intelectual não é decisiva no que respeita ao aderente fixar-se, ou não, nos termos das CCG, que são formuladas, naturalmente, de modo a colocá-lo em uma situação de ignorância, o que não é o mesmo que dizer que o aderente possua inferioridade em suas faculdades cognitivas.

Além das dificuldades subjetivas, também irá deparar-se com as dificuldades *objetivas*, ligadas à formatação, à estrutura e, notadamente, ao próprio conteúdo do contrato, que pode ter sido formulado com “um clausulado muito extenso”, em linguagem técnica que dificulta sua compreensão, “com uma ordenação sistemática surpreendente, recorrendo amiúde a remissões entrecruzadas, reciprocamente complementadoras e restritivas”, que acabam por criar, perante o aderente, uma “barreira de informação”¹⁰⁵.

A dita “barreira de informação” pode ser explicada, economicamente, em uma relação custo *versus* benefício, ou seja, o aderente somente irá buscar se informar até que o custo da informação, no máximo, venha a se equiparar ao benefício que espera obter com essa informação diante do negócio que pretende realizar (aqui, voltamos para a relação entre os custos e os benefícios marginais tratada em tópico anterior). Logo, com custos muito altos de informação – que obrigariam o aceitante a investir tempo e recursos, como por exemplo, contratando os serviços de algum profissional técnico para auxiliá-lo – o aderente não tem estímulos para procurar informar-se sobre as cláusulas contratuais gerais. Faz-se oportuno rememorarmos que, essas cláusulas, não dispõem sobre as questões que lhe são caras (como o preço, *v.g.*), e, em regra, descrevem ocorrências que, no sentir do aderente, possuem baixa probabilidade de acontecer^{106, 107}.

Destarte, fixa-se, somente, nas cláusulas denominadas como *negociadas*, de modo plenamente aceitável e, também, economicamente racional¹⁰⁸. Corroborando com o descrito e justificando a necessidade de proteção do aderente, via controle de conteúdo, segue a passagem:

[...] a fundamentação de uma reação legislativa, em sua tutela, passa pelo reconhecimento de que a desmotivação do aderente em conhecer e pesar com rigor os riscos a que se submete é objectivamente justificada, não merecendo censura à luz dos parâmetros normativos de uma conduta negocial responsável¹⁰⁹.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 344.

¹⁰⁶ “*Em último termo, tende a desvalorizar o impacto prejudicial dessas cláusulas, por contar com o reduzido grau de probabilidade de efectivação dos riscos que elas indevidamente transferem para a sua esfera jurídica*”. RIBEIRO, op. cit., p. 347.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p.464.

¹⁰⁸ Para a análise econômica do direito essa situação corresponde à *ignorância racional*: “*Numa atitude inteiramente racional, o aderente concentra-se nos dados facilmente consciencializáveis, com reduzidos custos e vantagens compensadoras (a relação prestação-preço, designadamente), desinteressando-se da ponderação dos efeitos das cláusulas preformuladas, com um alto grau de opacidade, para regulação de questões periféricas em relação ao interesse contratual nuclear*” (grifo nosso). RIBEIRO, op. cit., p. 351-352.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 349-350.

Ainda, no que concerne às dificuldades que circundam as CCG, retomamos as dificuldades originadas pela *assimetria de informação*.

Como visto, a assimetria de informação é uma ocorrência corriqueira nas relações negociais. Afirmamos isso, pois é normal que as partes contratantes possuam informações privadas sobre sua conduta e credibilidade, sobre a qualidade do bem ou do serviço, dentre outras informações de grande valia, que não compartilham com a contraparte.

Todavia, quando essa assimetria dá-se de forma muito acentuada (originando desconfiança e insegurança no tráfego negocial) ela poderá originar o fenômeno da seleção adversa¹¹⁰, considerado uma falha de mercado.

A seleção adversa, diz respeito a uma situação na qual, em razão da dificuldade de se identificar a qualidade dos bens ou serviços ofertados, as mercadorias de baixa qualidade expulsam de alta qualidade do mercado (frisando que a tendência é de permanecerem à disposição apenas os bens adversos, os limões¹¹¹).

Mas o que esses fenômenos econômicos, por nós já debatidos, podem ter a ver com as CCG?

A seleção adversa no âmbito das cláusulas contratuais gerais é mais um fator agravante da situação do aderente, haja vista que desencadeia um processo que incita os proponentes a oferecer-lhes cláusulas cada vez mais restritivas e que lhes transfiram os riscos do negócio (cláusulas de *nível qualitativamente mais baixo*), permitindo que os proponentes fiquem com todo o excedente, possível, do negócio. Na medida em que o aderente não se atém ao conteúdo das CCG, não há motivo relevante que faça o proponente estabelecer cláusulas gerais em favor da contraparte, que sequer irá tomar conhecimento delas.

Portanto, não seria nada vantajoso para o proponente estipular benefícios nas cláusulas gerais e arcar ou transferir os custos dessas mudanças, **já que essa diferença qualitativa nas CCG não será percebida pelos aderentes**. Se arcar com os custos da melhora na qualidade de suas CCG, fica em situação de desvantagem perante seus concorrentes, pois seus lucros serão reduzidos. Se transferir os custos para o preço do produto ou do serviço, corre o risco de ver seus parceiros de negócio migrarem para outros proponentes com preços inferiores¹¹².

¹¹⁰ Nota aos juristas, apenas para rememorarmos que a seleção adversa, que ocorre quando produtos de diferentes qualidades são vendidos a um preço único, desestimulando que produtos de alta qualidade entrem no mercado, pois que não serão valorados por preços superiores. Em outras palavras, ocorre seleção adversa quando “*os itens de baixa qualidade expulsaram os itens de alta qualidade devido ao alto custo de obter informação*”. VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. Tradução Maria Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 750.

¹¹¹ Para ver mais sobre o “mercado dos limões”: AKERLOF, George A. (1970), **The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº 3, (August., 1970), p. 488-500.

¹¹² Igualmente **racional** é a conduta do proponente. Tendo em vista que os aderentes não irão se ater a grande maioria das cláusulas contratuais gerais, seria uma ação *ineficiente*, agregar vantagens aos aderentes e, por conseguinte, ter de internalizar ou repassar os respectivos custos, gerados por benefícios que não serão devidamente aproveitados, ou sequer valorados, a ponto de justificar um acréscimo no preço.

Resumidamente, podemos dizer que a *ignorância do aderente* sobre as CCG, que permite que dos aderentes não seja exigido o domínio pleno do teor do contrato firmado por adesão e impõe o dever de controle do conteúdo das CCG pelo ordenamento jurídico, gera **um campo contratual obscurecido** que não é suscetível, nem mesmo, à pressão da concorrência de mercado. Por consequência, oferecer aos aderentes cláusulas que lhes sejam mais benéficas não será uma atitude estratégica tomada pelos predisponentes. Isto porque, se tais cláusulas não são lidas, ou melhor, **se não interferem na decisão de contratar dos aderentes**, elas apenas adicionarão custos aos negócios entabulados.

Confirmando essa tese, RIBEIRO aduz que

[...] uma **concorrência eficaz** de ccg **pressuporia o conhecimento e comparação do seu sentido e alcance, bem como a relevância das diferenças na opção negocial a tomar**. Nenhum destes pressupostos está preenchido. Por causa de défices informativos, que condicionantes específicas associadas à própria utilização das ccg justificam, **tornando inexigíveis as acções que os possam remover**, o conteúdo dessas cláusulas é praticamente ignorado, na generalidade, pelos interessados na celebração do contrato. **Não funcionando como “parâmetro da concorrência” e factores de preferência por parte da procura, não influenciam a posição de mercado e a capacidade atractiva de clientela da oferta, pelo que esta não tem qualquer interesse em estipular condições mais favoráveis.**[...] ¹¹³ (grifo nosso).

Como mencionado, em outras palavras, pelo autor, a característica de *imutabilidade* das CCG também não pode ser desconsiderada, pois que de pouco adianta ter pleno conhecimento do teor e alcance as cláusulas gerais, se não houver possibilidade de interferir no conteúdo que não agrada ao aderente, considerando que, dificilmente, numa economia de mercado, encontrará na concorrência cláusulas mais benéficas.

Entretanto, talvez a situação não seja tão, gritantemente, maléfica, como podemos ver no trecho abaixo, no qual o professor Fernando Araújo mostra-nos as demais facetas dos instrumentos padronizados de contratação:

Se o proponente for uma empresa de grande dimensão, que disponha de apoio jurídico permanente e se envolva em relações contratuais muito massificadas

¹¹³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 356-357.

com consumidores relativamente coesos, é de admitir que se disponha ao esforço de elaboração do seu conjunto privativo de cláusulas contratuais gerais e evidentemente procure otimizar *ex ante* a sua posição na relação. Mas caso assim não seja, é de esperar, por ser mais racional, que o proponente recorra a um contrato-tipo elaborado pela associação do setor, ou vá copiar as cláusulas contratuais gerais no formulário de uma outra empresa, ou até a um catálogo de formulários – sem necessariamente aditar cláusulas particularmente favorecedoras da sua própria posição, sem investir demasiado na premeditação de desequilíbrios contratuais *ex ante*.¹¹⁴

Além disso, rememoremos a situação de ignorância do próprio predisponente. Se na sua racionalidade também não for adequado gastar com o ônus de estipular meticulosamente cláusulas que otimizem sua posição nas relações contratuais que entabula (pois pode vislumbrar mais custos que benefícios), poderá ele ir à boleia, à carona, dos demais e usar cláusulas que nem mesmo ele tenha o real alcance.

Devemos atentar que, para o proponente, essa conduta pode ser um tanto temerária. Assim o consideramos, pois, tendo em vista que a interpretação contratual sempre opera em favor de quem adere, o predisponente não poderá alegar o desconhecimento técnico do alcance do clausulado que ele mesmo se utiliza para escusar-se de obrigações futuras. Essa cautela que deve permear a conduta do proponente aplica-se, outrossim, a própria inclusão de uma cláusula arbitral nos contratos padronizados (que irá vinculá-lo, obriga-lo, embora não faça o mesmo com o aderente).

Observamos, destarte, que são bastante sinuosos os caminhos percorridos pelos instrumentos de adesão e, também, muitos são os fatores que confirmam a necessidade de salvaguardar os interesses do aderente (e também do mercado), ou melhor, de controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais pelo ordenamento jurídico. Afirmamos nesse sentido, porque o campo que orbita os contratos por adesão é tão multifacetado, ou tão interdisciplinar, que nem o Direito Privado, nem a Economia (já que o mercado e a concorrência, sozinhos, também não bastam), nem o Direito Público, conseguem, isoladamente, dar uma solução adequada para as vicissitudes que ele pode originar.

Mesmo assim, é um importantíssimo instrumento de trocas, de redução de custos de transação, de difícil substituição no mercado, com o qual é possível um tratamento indiferenciado dos aderentes que têm um acesso mais facilitado aos produtos e aos serviços sem o ônus de demoradas negociações. Se é difícil vivermos sem esse tipo de contrato, ao menos devemos saber como geri-lo.

¹¹⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 462-463.

No ponto a seguir, apresentaremos o panorama legislativo que nos auxiliará a compreensão dos temas trabalhados.

1.2.4. A análise positiva – legislação nacional sobre o tema

Neste item, pretendemos, sucintamente, exibir o panorama jurídico que envolve os temas em comento. Trataremos, no primeiro tópico de alguns dispositivos da Lei de Arbitragem e, da Constituição Federal, apenas o Art. 5º, XXXV, para, posteriormente, no tópico seguinte, salientarmos alguns dispositivos relevantes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (apenas para não nos ausentarmos do debate, pois já comentamos que o uso do instrumento de adesão não respeita somente às relações consumeristas, não sendo esse o principal foco de nosso trabalho).

1.2.4.1. A Constituição Federal e a Lei de Arbitragem

A referência constitucional relativa ao tema proposto, a inclusão da cláusula arbitral nos contratos firmados por adesão, está inserida no Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, especificamente no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. É o denominado princípio da inafastabilidade do controle ou da prestação jurisdicional, contido no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Cumpramos notarmos, que não pretendemos, nessas poucas linhas, retomar as discussões acerca de uma eventual inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, mas, tão somente, verificar se a inclusão da cláusula arbitral, nos instrumentos contratuais cujas cláusulas sejam pré-formuladas, pode fazer afronta ao referido princípio constitucional.

Como a instituição da arbitragem não é, segundo a Lei de Arbitragem, compulsória, mas deve ser voluntariamente admitida e acordada pelas partes, não parece que estejamos diante de qualquer inconstitucionalidade.

Quando a escolha pela arbitragem consta de contrato por adesão, a legislação brasileira adotou salvaguardas para que seja possível identificar a intenção do agente em optar pelo modo privado de jurisdição, logo, qualquer dúvida acerca da opção do aderente, qualquer suspeita de sua incompreensão, inconsciência, coação, opera em desfavor do predisponente, situação que possibilitará a nulidade da cláusula.

Quanto à Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, mais pode ser extraído, além do que já referimos nas seções anteriores.

A Lei de Arbitragem dispõe sobre um meio extrajudicial de resolução de conflitos, como ante mencionado – entre sujeitos capazes e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis.

Já no primeiro artigo, temos a informação que a arbitragem poderá ser realizada para dar resolução a litígios que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Esse dispositivo parece, assim, estar de acordo com a pauta deste trabalho, uma vez que os contratos por adesão, em regra, dizem respeito a negócios jurídicos dessa natureza.

Fazendo um pequeno parêntese, parece-nos oportuno comentar acerca das legislações estrangeiras sobre o tema da arbitrabilidade objetiva. Há, ainda, muitas controvérsias acerca da arbitrabilidade objetiva¹¹⁵, isto é, de quais direitos permite-se que sejam submetidos a essa forma privada de resolução de controvérsias. Um exemplo do que foi dito, encontramos na Nova Lei de Arbitragem Voluntária, que entrou em vigor em março do ano de 2012, em Portugal. Essa lei resolveu alterar o critério da disponibilidade dos direitos para o critério da patrimonialidade dos direitos, a exemplo de outras legislações como a alemã e austríaca, embora, ressaltando o critério da disponibilidade dos direitos para alguns casos expressos na própria lei, criando uma espécie de regime subsidiário no qual o critério de disponibilidade dos direitos ainda será o exigido, conjuntamente com o da patrimonialidade¹¹⁶.

Essa alteração foi objeto de muitas críticas, a maioria delas no sentido de não saber o objetivo concreto de subtrair da lei o critério da disponibilidade dos direitos. Como dito no início deste estudo, nossa lei nacional, 9.307/96, continua determinando como critérios de arbitrabilidade objetiva a exigência cumulada de que se trate de direitos patrimoniais e disponíveis.

Direitos disponíveis fazem relação com o interesse público. Mais tem a ver com as matérias que o Estado julga em um determinado período, contexto, que devem ser seu monopólio de jurisdição, ou porque têm relação com a arrecadação de tributos, ou porque dizem respeito a matérias cuja proteção da ordem pública impõe-se mais diretamente, como as questões de direito

¹¹⁵ “[...] a definição das matérias que podem ser submetidas a arbitragem resulta de carácter político, económico, social ou moral – que são, aliás, diferentemente valoradas pelas diversas ordens jurídicas – ela depende também da intrínseca dificuldade da arbitragem em afectar outras pessoas que não as vinculadas pela respectiva convenção [...]”. Mais comentários acerca da arbitrabilidade objetiva ver em: CAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa Centro de Arbitragem Comercial. Coimbra: Almedina, 2011-07, p. 14-15, 36. Em: http://www.mlgs.pt/pub_search.php?filter_lawyer=44

¹¹⁶ Diz o Artigo 4º, nº 4 da Nova Lei de Arbitragem Voluntária, de Portugal, Lei nº 63, de 14 de dezembro de 2011: “A submissão a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho é regulada por lei especial, **sendo aplicável, até à entrada em vigor desta o novo regime aprovado pela presente lei, e, com as devidas adaptações, o nº 1 do artigo 1º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto**, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 38/2003, de 8 de Março”. (sem grifo no original). Por sua vez, o Artigo 1º, da Lei nº 31, de 29 de agosto de 1986, determinava que: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, **qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes**, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros” (sem grifo no original).

penal, de direitos da personalidade, dentre outras. Deste modo, direitos disponíveis, realmente, não são uma unanimidade nos ordenamentos de diferentes países, pois cada Estado determina, de acordo com seu interesse Público, o que haverá de ser monopólio de sua jurisdição.

Fizemos esse pequeno parêntese apenas para casos em que as partes (ou uma delas) sejam estrangeiras, transacionem em território brasileiro e, porventura, venham a querer resolver as controvérsias de um contrato, por via arbitral doméstica. Para tanto, em virtude das diferentes nuances que podem ser encontradas na arbitrabilidade de seus ordenamentos de origem, podem e devem avaliar se as matérias envolvidas encontram-se dentro dos limites da nossa legislação, relativamente aos critérios de arbitrabilidade objetiva, evitando, assim, quaisquer incompatibilidades.

Um pouco mais adiante, no artigo 3º, a Lei de Arbitragem determina que as partes interessadas em submeter seus litígios ao juízo arbitral deverão fazê-lo, como referimos, mediante uma convenção de arbitragem. A denominada convenção arbitral poderá ser realizada por meio de uma cláusula compromissória (a cláusula arbitral, que nos interessa sobremaneira) e pelo compromisso arbitral¹¹⁷.

A cláusula compromissória (Art. 4º) deverá ser uma cláusula escrita, inclusa em um contrato, na qual as partes comprometem-se, consensualmente, a submeter à arbitragem os litígios que daquele negócio jurídico possam decorrer. Ela tanto pode estar incluída no contrato, como pode ser realizada em instrumento apartado desde que, ao contrato, faça referência (Art. 4º, § 1º).

O parágrafo segundo, do artigo 4º, da Lei de Arbitragem, tem especial relevo. Transcrevemos o seu teor:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória **só terá eficácia** se o **aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente**, com a sua instituição, **desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.**

¹¹⁷ “[...] a *cláusula arbitral* – ou *cláusula compromissória* – que é a convenção por meio da qual as partes, ao contraírem uma obrigação, se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam advir da relação contratual entre elas estabelecida. Já o *compromisso arbitral* – judicial ou extrajudicial – é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem” (grifo da autora). PANTOJA, Teresa Cristina G. **Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem**. In: Prática em arbitragem. Coord. PANTOJA, Teresa Cristina G.; FRÓES, Carlos Henrique de C. [et al] – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 73. Em sentido análogo: “[...] cumpre acentuar apenas que a cláusula compromissória traduz um acordo, relativamente a *litígios futuros*; o compromisso, um acordo, relativamente a *litígios atuais*” (grifo do autor). ALVIM, J.E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª ed. Atualizada por Luciana Gontijo C. Alvim Cabral. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

Pelo que já foi analisado, conquanto esteja correta a Lei de Arbitragem em outorgar um regime legal diverso para os contratos por adesão que intencionem ofertar a arbitragem com meio de solução de controvérsias, não parece que tal dispositivo fosse imprescindível.

Ousamos dizer isso, pois considerando todas as particularidades dos contratos padronizados – a restrição da autodeterminação do aderente, a insipiência do aderente quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais gerais, a assimetria de informação, a imutabilidade das CCG, a insuficiência dos mecanismos de mercado, a necessidade de controle do conteúdo, etc. – podemos concluir **que esses instrumentos contratuais, sem qualquer adaptação, não seriam capazes de criar no aderente uma vinculatividade e uma autorresponsabilidade suficientes que pudessem tornar aceitável admitir-se a autorização do aceitante em afastar o controle jurisdicional estatal dos litígios dali oriundos, mediante a singela inclusão da cláusula arbitral dentre as cláusulas gerais.** Se assim não fosse, com certeza, estaríamos diante de uma afronta ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Por isso, a necessidade de uma cláusula (ou documento apartado) **especialmente criada para propor a resolução extrajudicial do conflito**, parece ser uma consequência lógica e jurídica da inclusão da cláusula arbitral no tipo de contrato em comento¹¹⁸.

Além do narrado, há mais implicações trazidas pelo artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

Ao interpretarmos o referido artigo, deparamo-nos com uma situação muito assemelhada à outra, criada pelos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, de Portugal. Explicaremos o motivo.

O parágrafo segundo, do artigo quarto, da lei de arbitragem, determina que, quando inserta em um contrato estandardizado, a cláusula arbitral apenas terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem (ou se concordar com sua instauração, clara e expressamente, com assinatura ou visto específico na cláusula, à qual deverá estar devidamente destacada das demais cláusulas contratuais, ou em apartado).

Diante disso, se o aderente não assinar a cláusula, ela não é nula, mas fica condicionada a sua futura ação. Digamos que sua eficácia esteja suspensa, seja uma eficácia “parcial”, vez que ela não exime o proponente, mas, tão somente, dá opção do aderente de valer-se dela para escolher a forma de jurisdição que mais lhe convenha.

Considerando que a cláusula, mesmo quando não assinada ou visada, permanece “latente”, “ativa”, vinculando o proponente, temos de admitir, igualmente, que para o proponente também permanece o dito efeito “negativo” da cláusula arbitral: aquele de afastar a jurisdição estatal dos conflitos daquele negócio jurídico.

¹¹⁸ Essa matéria será novamente objeto de análise no capítulo específico sobre a inclusão da cláusula arbitral nos contratos por adesão.

Nesse ponto, aparentemente, encontramos o paradoxo: a cláusula compromissória que possibilitaria ao predisponente uma resolução mais célere, mais eficiente (com os benefícios que já foram debatidos nesta dissertação) das controvérsias, deixa-o sem ter o amparo de qualquer jurisdição. Poderíamos falar, assim, de uma restrição ao acesso à justiça, terminantemente, vedada pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, referido no início deste tópico.

Fazendo referência aos regulamentos de grande parte dos Centros de Conflitos de Consumo de Portugal, cujo tratamento relativo à arbitragem nos contratos por adesão é muito semelhante ao do § 2º, do artigo 4º, da Lei 9.307/96, a autora Cláudia Nunes critica, justamente, esse efeito de bloqueio à jurisdição sofrido pelos agentes econômicos, dizendo que, ao inserir uma cláusula compromissória, o agente econômico “não pode recorrer aos tribunais judiciais, porque se encontra vinculado àquela cláusula. Todavia, também não pode reclamar perante os centros de arbitragem”¹¹⁹. Assenta a autora, que há, no caso, violação do direito de acesso à justiça, como segue:

Entendemos, assim, que as barreiras impostas pelos centros de arbitragem aos operadores económicos, que os impede de aí apresentarem reclamações, terão de ser ultrapassadas, sob pena de violação do Art. 20º. da nossa lei fundamental, que consagra no seu nº 1 que a “todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”.¹²⁰

No caso brasileiro, não chegamos a inferir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas, com certeza, há nele um notório desincentivo à escolha dos proponentes pela via arbitral, criado, provavelmente, pelo desejo de proteger os interesses dos aderentes, de modo a não os forçar a participar da forma privada de resolução de litígios, sem sua inequívoca aceitação.

Concluimos dessa forma, pois o predisponente terá, como primeira tentativa, para dar cabo dos problemas, das controvérsias, oriundos do negócio entabulado, de chamar o aderente, por meio da via arbitral, sem qualquer garantia do seu consentimento. Assim, frente à negativa do aderente, é que estará autorizado a recorrer à justiça estatal, tendo, nesse processo de incertezas, despendido tempo e recursos.

Parece-nos, desse modo, que a forma pela qual a lei de arbitragem dispõe sobre a cláusula compromissória nos contratos por adesão, coloca-se como um mecanismo dissuasor, desincentivador, da inclusão da cláusula arbitral.

¹¹⁹ NUNES, Cláudia Sofia Henriques. *A cláusula compromissória inserida em contratos de adesão celebrados com consumidores*. In Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito de Consumo, Coimbra, 2006/2007, p. 385.

¹²⁰ NUNES, Cláudia Sofia Henriques. *A cláusula compromissória inserida em contratos de adesão celebrados com consumidores*. In Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito de Consumo, Coimbra, 2006/2007, p. 385.

Notemos outras consequências: se o proponente necessitar do apoio dos meios exógenos de solução de conflitos e “bater à porta”, diretamente, da justiça pública. O aderente, que desejar optar pela arbitragem, ou que desejar ganhar tempo com a demora na resolução do problema, poderá invocar a vinculação do proponente à cláusula compromissória, agindo dentro da lei. Tal ocorrência afastará a jurisdição estatal e novamente trará perda de recursos, perdas em eficiência, em razão do aumento dos custos de transação.

Portanto, forçoso deduzirmos que a lei de arbitragem não criou incentivos à inclusão da via arbitral de jurisdição nos contratos standardizados, em que pese, paradoxalmente, dar-nos a entender que a inserção da cláusula arbitral é plenamente cabível, pois autorizada pela lei.

Como temos mais para comentar acerca da barreira criada pelo parágrafo segundo, do artigo quarto, da Lei 9.307/96, remetemos às demais observações para o penúltimo tópico deste trabalho, quando exploraremos um pouco mais a visão econômica do mesmo dispositivo legal, numa perspectiva que envolverá a possibilidade de *holdup*, ou seja, da tomada de refém, gerada pela inserção da cláusula arbitral, ou melhor, pela própria legislação.

Antes de adentrarmos no próximo tópico, vale mencionarmos que existem outros dispositivos, como os artigos 7º e 10º da Lei 9.307/96, que serão referidos, oportunamente, no item específico sobre a inclusão da cláusula arbitral nos contratos por adesão.

1.2.4.2. O que dizem o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

O Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, embora não trate, expressamente, da arbitragem, faz referência aos contratos por adesão e traz algumas menções importantes e úteis na aplicação das cláusulas contratuais gerais e da cláusula arbitral.

O artigo 423 determina “que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente¹²¹”.

Consequentemente, se o intuito de algum proponente é de ofertar a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, por óbvio, terá de redobrar a atenção no sentido de extirpar ambiguidades, ou eventuais contradições, para que consiga fazer valer a aceitação do aderente quando da instauração da via arbitral.

¹²¹ Também identificado nos brocardos *in dubio pro consumatore* ou *in dubio contra stipulatorem*. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 307.

O artigo 423, do Código Civil, representa bastante bem o que o professor Fernando Araújo apresenta-nos como mecanismos legais que forçam a revelação de informações privadas, cumprindo uma das funções do direito contratual de facilitar as trocas por meio de normas¹²².

O exemplo do artigo 423, do Código Civil, traduz-se em transformar em norma imperativa, que não poderá ser afastada pelas partes, uma conhecida norma supletiva, nesse caso, penalizadora, que estabelece a interpretação *contra proferentem*, ou seja, que impõe a interpretação dos contratos unilateralmente formulados em desfavor do proponente.

Essa determinação legal cria um incentivo para o predisponente partilhar informação relevante ao negócio, o que acaba por fornecer, em benefício do aderente, mais conteúdo informativo de substância para suas escolhas e, ainda, incentivar as trocas por meio dos contratos padronizados.

Esclarecemos melhor o que foi dito.

No início deste trabalho, referimos que uma das funções do direito contratual seria a de “minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações supletivas eficientes”¹²³. Pois bem, o que queríamos expressar com essa citação era que determinados dispositivos legislativos propiciam incentivos à conduta (de certo modo mais colaborativa) das partes, como expresso no artigo 423, do Código Civil.

Deixando as partes, sobretudo, o predisponente, cientes de que eventuais dúvidas, ambiguidades, serão interpretadas em favor do aderente, retira-se daquele que estabelece o clausulado o incentivo de esconder demasiado as informações de relevo para o negócio. Logo, impele-o à revelar alguma informação privada, tendendo à diminuição da notória assimetria de informação que nasce com esse tipo de contrato.

No concernente à inserção da cláusula arbitral, não há exceções. Qualquer dúvida a respeito da adesão voluntária do aderente dar-se-á em desfavor do predisponente, recaindo sobre este o dever de garantir o repasse de informações suficientes para uma escolha consciente e voluntária da contraparte pela forma arbitral de jurisdição.

Mais adiante, no Código Civil¹²⁴, o artigo 853 permite, explicitamente, a inclusão da cláusula compromissória nos contratos, embora remeta as especificidades de sua inclusão para a

¹²² ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 108 e 533-537.

¹²³ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 225.

¹²⁴ O Código Civil não faz distinção entre *convenção* e *compromisso* arbitral. Tecnicamente, o Capítulo XX deveria denominar-se *Da Convenção (Arbitral)*, vez que é a *convenção arbitral* que abriga tanto a *cláusula compromissória* quanto o *compromisso arbitral*. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. 2.ed. SP: Atlas, 2007, p. 34, nota 23.

Lei de Arbitragem¹²⁵. Essa menção leva a crer que as demais particularidades quanto à inclusão da cláusula arbitral serão aquelas estabelecidas pela lei especial, a Lei 9.307/96.

Já relativamente aos dispositivos legais constantes do Código de Defesa do Consumidor, podemos observar que houve por parte dos legisladores o cuidado de deixar bastante nítidas as implicações trazidas pelos contratos por adesão.

Conquanto as relações de consumo não sejam a única fonte desse mecanismo negocial, tornou-se uma seara em que os contratos *standard* foram largamente disseminados, vez que é, eminentemente, **o âmbito dos contratos de massa**.

Mas não só os contratos por adesão foram objeto dos dispositivos legais no CDC, os meios extrajudiciais de resolução de controvérsia também, como consta no artigo Art. 4º, *in verbis*:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, **a proteção de seus interesses econômicos**, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

V – **incentivo à criação pelos fornecedores** de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, **assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo** (grifo nosso).

Nos termos desse artigo, a resolução de conflitos de consumo por vias extrajudiciais não é somente autorizada, como dever ser incentivada pelos fornecedores de produtos e serviços, mesmo não ficando claro, nessa lei, como tal intento será concretizado.

Retomando a matéria dos contratos de consumo, nos artigos 46 e 47, do CDC, há restrições ao poder do fornecedor que coadunam com as comentadas limitações aos poderes do proponente, bem como, com o dever de proteção do conteúdo do contrato estandardizado, de forma geral.

O artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor, remete-nos às situações de ausência de autodeterminação que resultam em uma ausência de autorresponsabilização do aderente, dispondo que

¹²⁵ Art. 853, CC. *Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial* (grifo nosso).

os contratos que regulam as relações de consumo **não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo**, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos **de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance** (grifo nosso).

Em seguida, o artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor, reforça a noção de interpretação em favor do aderente, determinando que “as **cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor**” (grifo nosso).

Segundo o CDC, contratos por adesão¹²⁶ são aqueles cujas cláusulas foram aprovadas por autoridade competente, ou estabelecidas, unilateralmente, pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (Art. 54, CDC). Em razão da restrição da autonomia privada, natural aos instrumentos por adesão, foi estipulado pelo legislador deveres mais severos ao predisponente como consta do § 3º e do § 4º, do Artigo 54, que transcrevemos:

§ 3º Os contratos de adesão escritos **serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.** (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem **limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão** (grifo nosso).

E, com o mesmo intuito de dar maior proteção aos aderentes, no interior da seção sobre as “cláusulas abusivas”, quando fez, implicitamente, referência, a inclusão da cláusula arbitral, o legislador compreendeu serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “determinem a utilização compulsória de arbitragem” (Art. 51, VII, CDC).

Aceitamos essa proibição expressa somente porque estamos cientes de ser o Código de Defesa do Consumidor (1990) anterior a Lei de Arbitragem (1996), haja vista a instauração da via arbitral, **independentemente do instrumento que lhe dê conformidade, unicamente poder ser realizada por meio de consenso das partes**. Caso contrário, a disposição é nula, pois frontalmente inconstitucional, colidindo com o princípio da **inafastabilidade da do Poder**

¹²⁶ No CDC o termo utilizado é de *contrato de adesão* que não nos parece ser o termo mais indicado, porquanto não se trate de uma modalidade de contrato como os contratos **de compra e venda, de comodato, de mútuo**, e, sim, de uma maneira especial de conformar esses contratos que corresponde à pré-formulação unilateral das cláusulas. Destarte, neste estudo, o termo utilizado foi de *contrato por adesão*.

Judiciário (Art. 5º, XXXV, CF.) e, ainda, ilegal, conflitando com o **caráter, por excelência, convencional** da arbitragem (Art. 4º, Lei nº 9307/96).

Portanto, o instrumento negocial, qualquer que seja que pretenda ofertar a via arbitral para a solução de controvérsias, relativas aos direitos patrimoniais disponíveis, que lhe digam respeito, terá de conformar-se ao ponto de ser capaz de atestar, de forma clara e indubitosa, que a contraparte teve conhecimento do teor e das implicações que a opção extrajudicial lhe proporciona, sob pena de não ter nenhuma validade, quanto menos eficácia vinculativa¹²⁷.

Frente ao exposto, não fica excluída a opção arbitral para os contratos de consumo (mesmo se por adesão), apenas ela deverá corresponder, efetivamente, à vontade do aderente, na mesma medida das cláusulas negociadas, vistas no ponto anterior.

A doutrina manifesta-se em sentido análogo, como depreendemos do ensinamento de Carlos Alberto Carmona:

As relações jurídicas de que trata o Código de Defesa do Consumidor **podem ensejar instauração de juízo arbitral**. O fato de a Lei 8.078/90 estabelecer princípios de incidência obrigatória não significa o afastamento da arbitragem como meio de solução de controvérsias entre fornecedor e consumidor: nada impedirá, por exemplo, que um contrato de prestação de serviços seja objeto de decisão arbitral no que toca a seu cumprimento, validade, aplicação de multa, interpretação da extensão das obrigações assumidas pelos contratantes, entre tantos outros temas pertinentes ao campo das obrigações. [...]. O fato que **interessa aqui frisar diz respeito à disponibilidade da relação jurídica que envolve consumidor e fornecedor de bens e serviços. Ninguém parece duvidar que podem as partes, diante de litígio que diga respeito a fornecimento de bens e serviços, transigir, desistir, renunciar aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral**¹²⁸ (grifo nosso).

¹²⁷ No caso de *arbitragem compulsória* não é equivocado falar que, perante sua inconstitucionalidade e ilegalidade, a impropriedade da obrigação situa-se no campo da *inexistência*, da nulidade. “Nulidade significa que um ato, [...], não corresponde às condições que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve”. HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41.

¹²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. 2.ed. SP: Atlas, 2007, p.68.

Igualmente, Rodrigo Garcia Fonseca¹²⁹, aponta que a lei consumerista, em que pese vedar a utilização **compulsória** da arbitragem, acaba por, *contrario sensu*, permitir a utilização voluntária, consensual, nos moldes da lei.

Vistos alguns artigos do nosso ordenamento jurídico, ao menos aqueles mais direcionados ao tema em análise, assim como breves nuances da doutrina, cumpre tratarmos, propriamente, das peculiaridades da inclusão da cláusula arbitral nos contratos *standard*, no capítulo seguinte.

¹²⁹ “Tomada a iniciativa de instauração da arbitragem pelo consumidor, ou concordando ele inequivocamente com a instauração da mesma, não poderá depois se voltar contra a sentença arbitral, apenas por lhe ter sido desfavorável, se for o caso”. FONSECA, Rodrigo Garcia. **Arbitragem e direito do consumidor. Em busca da convergência**. In: MACHADO, Rafael Bicca; JOBIM, Eduardo. (Coord.). Arbitragem no Brasil. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.461.

2. AS MINÚCIAS DOS INSTITUTOS DA ARBITRAGEM E DO CONTRATO POR ADESÃO QUANDO FUNDIDOS

Até o momento, investigamos os aspectos mais amplos relativos à instauração da arbitragem nos contratos estandardizados. Já foram vistas desde as premissas de análise econômica do direito até o panorama jurídico que dá a permissão, ou melhor, que cria as balizas legais necessárias a validade desses institutos. A partir de agora, verificaremos com mais proximidade as consequências da escolha da via arbitral nos contratos por adesão, por meio da inserção da cláusula compromissória.

2.1. A inclusão de cláusula arbitral nos contratos por adesão – Estrutura necessária

Examinaremos, a partir de então, como uma cláusula arbitral, ou compromissória, pode ser inserida nos contratos por adesão, sem que sua obrigatoriedade seja reduzida ou anulada em razão da própria conformação do contrato que a contém.

Para tanto, entendemos ser oportuno avaliar a estrutura, isto é, qual o *design* mais adequado da cláusula arbitral para ajustar-se às disposições legais, vez que, como visto, estará contida em um contrato padronizado, cujo conteúdo fora estabelecido, prévia e unilateralmente, por apenas um dos agentes.

2.1.1. O local da inclusão

Este tópico pode relevar muito acerca do tema proposto, pois o local da inclusão da cláusula arbitral nos contratos estandardizados parece ter bastante a dizer sobre a viabilidade, ou não, de ofertar a forma arbitral de resolução de controvérsias por meio de contratos por adesão.

Como consabido, há nos contratos por adesão certa dicotomia ou, por que não dizer, hierarquia entre as cláusulas preestabelecidas. Há cláusulas negociadas e há cláusulas contratuais gerais.

Parte diminuta de todas as cláusulas contratuais, então, poderá ser negociada entre o aderente e o proponente e dirá respeito aos temas de maior relevância para a escolha do aceitante, como preço, quantidade, prazo e forma de pagamento, etc. Para tanto, faz-se imperioso que as cláusulas negociadas estejam dispostas em campo, notoriamente, destacado do contrato (pode ser, inclusive, em apartado), no intuito de legitimar a escolha do aderente e responsabilizá-lo plenamente por suas opções.

Porém, se tais cláusulas, tão caras aos interesses dos aderentes, estiverem dispersas no corpo do contrato, mimetizadas entre as cláusulas contratuais gerais, embora tratem, materialmente, de assuntos de relevo, **perderão seu caráter de cláusulas negociadas**. Isso quer dizer que os poderes de autodeterminação e de autorresponsabilização, que delas deveriam decorrer, ficarão reduzidos em força, e as cláusulas, conseqüentemente, carentes de obrigatoriedade.

Destarte, se existe, por parte do proponente, interesse em levar as questões oriundas do negócio jurídico ao juízo arbitral, de nada adianta inserir a cláusula compromissória junto das CCG, pois não alcançarão o poder vinculativo necessário para fazer valer a opção da arbitragem. A cláusula compromissória, assim, no mínimo, deverá estar posicionada junto às demais cláusulas negociadas, conferindo-lhe destaque, ou, ainda, em documento apartado¹³⁰.

Essa conclusão corrobora com o disposto no artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, segundo o qual, a cláusula arbitral somente terá eficácia se disposta por escrito, em documento anexo, ou em negrito, no corpo do contrato, desde que com a assinatura ou visto especial na cláusula, pois que, tais pressupostos buscam obrigar uma aceitação expressa, inequívoca, do aderente.

Em outras palavras, arriscamo-nos em dizer que há uma incompatibilidade material entre a cláusula arbitral e as cláusulas contratuais gerais, porquanto a cláusula arbitral **exige**, para sua validade e eficácia, o **consenso das partes**, impondo a sua introdução junto das cláusulas negociadas nos contratos por adesão.

Depois de termos comentado o local de inclusão, seguimos, sucintamente, com observações acerca da forma das cláusulas arbitrais.

2.1.2. A forma

Em que pese tenhamos tratado, esparsamente, da forma das cláusulas arbitrais inseridas nos contratos por adesão, vale fazermos mais algumas observações.

Pressupondo que a cláusula arbitral seja introduzida, devidamente, no espaço destinado às cláusulas negociadas, por óbvio, de forma escrita, não podemos descuidar de apresentá-la destacadamente e a lei, para tanto, exige que a cláusula arbitral venha escrita em **negrito** e que a ela seja dado um **visto específico pelo aderente**.

¹³⁰ Atentemos, neste momento, para o fato de que, ao salientar apenas algumas das cláusulas contratuais (as chamadas negociadas), o predisponente, conforme ensina o professor Fernando Araújo, cria pontos focais (pontos “-salientes”) que reduziriam ainda mais a possibilidade de avaliação do aderente às cláusulas contratuais gerais, as quais poderiam ser, a partir disso, por exemplo, redigidas de forma a piorar sua posição já tão limitada no contrato. Concordamos com essa possibilidade e não vemos outra solução que não seja a usual, de apelar para o controle externo do conteúdo do contrato, pelos meios jurisdicionais, para reduzir ou extirpar eventuais excessos do proponente. Ver melhor em: ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 465.

Fora isso, no caso de **contratos de consumo** por adesão, a legislação (CDC) foi mais rigorosa, exigindo também que as cláusulas contenham caracteres de fácil visualização, ou melhor, legíveis, tanto que proíbe que o tamanho da fonte utilizado seja inferior ao “corpo doze”, evitando, com isso, as disposições em letras miúdas prejudiciais à leitura. O CDC, igualmente, reforça a necessidade de redigir as cláusulas de forma destacada, notadamente se limitadoras dos direitos do consumidor, objetivando sua “imediate e fácil compreensão”¹³¹.

Mas, além da forma, havemos de atentar, igualmente, para o conteúdo, o qual passamos a vislumbrar no item que se segue.

2.1.3. O conteúdo

Repisamos, aqui, o fato de que quanto mais claras, completas, inequívocas sejam as cláusulas do contrato (e a cláusula arbitral não foge disso) mais facilmente poder-se-á imputar ao aderente os efeitos delas decursivos, à medida que não lhe seja possível alegar restrições a sua autotutela.

Contudo, para a cláusula arbitral devemos acrescentar mais alguns elementos.

Igualmente, por nós consabido, é que, de acordo com a Lei 9.307/96, a convenção arbitral dá-se por meio da cláusula arbitral e, ou, do compromisso arbitral. O que deve ficar claro, então, é que quando a cláusula arbitral for **completa o suficiente para propiciar a instauração da arbitragem**, também denominada *cláusula cheia*, dispensa-se o compromisso arbitral (reduzir-se-á a uma “mera formalidade”)¹³².

Entretanto, quando a cláusula limitar-se a “afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem”, estar-se-á diante de uma cláusula compromissória vazia¹³³. Nesses casos será imprescindível a realização do compromisso arbitral, e caso não seja possível, a parte interessada poderá ainda recorrer à jurisdição estatal para obrigar a contraparte a instaurar a arbitragem (compromisso judicial), como determina a lei:

¹³¹ Art. 54 e parágrafos, CDC.

¹³² “**O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa:** neste caso, por conta do disposto no Art. 5º da Lei, **bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral**, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, **independentemente de compromisso**, repita-se!” (grifo nosso). CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. 2.ed. SP: Atlas, 2007, p. 35, nota 24.

¹³³ CARMONA, op.cit, p. 36.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, **poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso**, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Não fica difícil, deste modo, percebermos que quanto mais completa seja a cláusula arbitral mais facilmente se conseguirá o intento de levar os conflitos resultantes do contrato, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, para a resolução via arbitragem. Carlos Alberto Carmona explica essa situação nos seguintes termos:

Os **inconvenientes de uma cláusula arbitral vazia são notórios**, de forma que esta **deve sempre que possível ser evitada, procurando as partes reportar-se desde logo às regras de um órgão arbitral institucional** ou então **prever na própria cláusula a forma desejada de nomeação de árbitro (ou árbitros)** – o que evitará o procedimento do art. 7º da lei – prazos, procedimentos, etc., **evitando-se controvérsia futura**, seja quanto à constituição do

órgão arbitral seja quanto ao desenvolvimento do processo arbitral¹³⁴ (grifo nosso).

Considerando que a completude da cláusula arbitral (em outras palavras, sua semelhança com o teor do compromisso) atua em benefício da instauração da arbitragem, bem como da vinculação das partes ao meio extrajudicial de resolução de controvérsia, calha mencionarmos o artigo 10º da Lei de arbitragem, *in verbis*:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Desta forma, se a cláusula compromissória de oferta da arbitragem como meio de solução dos litígios conseguir se aproximar, o máximo possível, dos elementos obrigatórios do compromisso arbitral (cláusula cheia), mais substrato terão as partes no momento de acionar o juízo arbitral, sem olvidarmos dos ganhos em eficiência, explicitados nas seções anteriores deste estudo, que serão, sobremaneira, prejudicados se o compromisso tiver de ser levado a cabo em razão das inadequações da cláusula, piormente, se esse compromisso tiver de ser perfectibilizado na jurisdição pública.

Nos contratos por adesão, embora seja possível incluir a cláusula arbitral no âmbito das cláusulas negociadas, pode haver casos (v.g., contratos muito extensos) em que seja mais adequado, apresentá-la em instrumento apartado, dotado de clareza, com informações objetivas, mas completas, acerca da dimensão da escolha a ser realizada pelo aderente, com “indicação precisa das questões passíveis de ser resolvidas”¹³⁵ por essa forma extrajudicial.

Abordadas as peculiaridades do conteúdo da cláusula arbitral, vale, agora, tratarmos de uma matéria de certa polêmica quanto falamos de arbitragem, que corresponde à dita onerosidade dessa forma de resolução de conflitos.

¹³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96. 2.ed. SP: Atlas, 2007, p. 37.

¹³⁵ CARMONA, op. cit., p. 36.

2.2. A onerosidade da via arbitral

Outra questão muito comum de ser oposta quando da instauração da via arbitral de solução de litígios, é a onerosidade da arbitragem. Sobre esse aspecto, a observação a ser feita remete ao **dever do proponente de informar o aderente sobre quaisquer despesas que possam lhe ser imputadas pela escolha da via arbitral.**

Esse **destaque deve ser realizado na oferta da opção pela arbitragem e não, depois dela**, visto que, como dissemos, podem as relações de consumo também estar (e, geralmente, estão) firmadas em instrumentos por adesão. E, nesses casos, a possibilidade de recorrer à justiça estatal, que **garante ao aderente**, em certos casos, **gratuidades**, pode ser decisiva para a opção do aceitante.¹³⁶

A professora Selma Lemes¹³⁷ compreende ser possível construir um sistema de resolução extrajudicial de controvérsia a baixo custo, em benefício, especialmente, das contendas de consumo, e explica:

[...] no momento atual, muito mais importante revela-se incentivar o uso dos sistemas extrajudiciários de solução de disputas e, para tanto, instituir órgãos sérios, idôneos e competentes para gerenciar processos e solucionar conflitos envolvendo o fornecimento de bens e serviços aos consumidores. As **referidas instituições poderiam atuar em conjunto com órgãos públicos** (federal, estadual ou municipal) e **entidades vinculadas aos dois lados envolvidos, empresas e consumidores** e processar arbitragens **gratuitas ou a custos ínfimos** (grifo nosso).

A ideia aparenta ser viável e não descuremos que já há experiências análogas em vários países (Portugal, Espanha, Argentina, dentre outros).

Contudo, apresentaremos algumas reservas a esse tipo de modelagem arbitral no ponto a seguir, relativamente à arbitragem doméstica brasileira.

¹³⁶ Neste ponto, cumpre tecermos uma observação: não nos parece que, em negócios entre empresas, esteja o proponente obrigado a fornecer informações sobre as despesas da via arbitral, as quais poderão ser objeto de pesquisa pelo próprio aderente, sem prejuízo. Diz-se isso, sob pena de criarmos entraves demasiados à escolha da via arbitral entre partes que possuem, em tese, acesso paritário às informações negociais, ou, em outras palavras, que não tem leis que os protejam ao ponto de permitir que aleguem o desconhecimento de informações básicas às suas escolhas, para facilitar o fluxo negocial e incentivar a recolha de informação pelas partes negociantes.

¹³⁷ LEMES, Selma Ferreira. **O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.

2.2.1. A resolução dos litígios pela Arbitragem – com ou sem subsídios?

Como visto nos tópicos anteriores, em razão do pagamento dos honorários e das demais despesas na via arbitral, faz-se necessário tecermos alguns comentários quanto à possibilidade da instauração da arbitragem oriunda de litígios relativos a contratos por adesão, entre contratantes que possam arcar com as despesas e honorários, bem como entre aqueles que não possam arcar com essas despesas e honorários sem que recorram à ajuda de terceiros.

Destarte, passamos, a seguir, a analisar a viabilidade de incentivar a solução pela via arbitral em contratos nos quais as partes possuem uma situação financeira capaz de internalizar os custos da arbitragem (em situação de paridade, sem subsídios), assim como, em contratos nos quais as partes possuem uma nítida desigualdade financeira (casos vulgares, como aqueles entre fornecedores e consumidores de produtos ou serviços, por exemplo, em que, ao menos uma das partes, carecerá de subsídios).

2.2.1.1. A via arbitral sem necessidade de subsídios

Já referimos, neste trabalho, que a via arbitral tende a ser mais célere e flexível que a via jurisdicional estatal, com julgadores mais especializados, que, inclusive, podem ser escolhidos pelas partes e ainda possui a possibilidade de sigilo, tão cara a algumas questões empresariais.

Entretanto, ainda não havíamos comentado se a diferença de capacidade financeira entre as partes pode ter alguma repercussão na escolha da via arbitral, vez que a arbitragem, como método privado de solução de conflitos, deve ser custeada pelas partes litigantes. O que queremos dizer em relação à diferença de situação ou posição financeira entre as partes nada mais é do que a verificação se, diante da via arbitral, as partes conseguem honrar com os custos nas mesmas proporções e de modo independente¹³⁸.

Parece-nos, assim, que a possibilidade de arcar de forma independente com os honorários e despesas da arbitragem facilita muito a adoção da via arbitral, em virtude de os agentes encontrarem-se *em pé de igualdade* frente ao árbitro ou à instituição arbitral que optaram por adotar. Talvez tal asserção seja melhor entendida quando da comparação com a instauração da via arbitral entre partes que podem ser financeiramente carentes, o que nos exigirá uma análise um pouco mais acurada.

¹³⁸ Para simplificar, ao máximo, não estaremos adentrando nas diferenças de *poder econômico*, de *poder de mercado* ou até mesmo de *poder político* entre as partes, mas, singelamente, na capacidade das partes de arcarem, sozinhas, com o preço da via arbitral.

Mas o que quase intuitivamente conseguimos perceber é que partes com possibilidade de arcar com as despesas (custas processuais e honorários) da via arbitral, nas mesmas proporções e independentemente, ou seja, sem qualquer necessidade de subsídio, estarão em uma situação de equilíbrio frente aos julgadores, assim como estarão em um panorama que induzirá a via arbitral tão somente quando essa mostrar-se, inevitavelmente, necessária.

Isto porque, se não há nenhum subsídio, a parte que opta pela arbitragem sabe que ela que arcará com todos os custos que lhe competirem para a instauração, a manutenção e a finalização da lide. Portanto, teoricamente, não terá maiores incentivos em contender, nem interesse em postergar a solução do conflito.

Nesse sentido, observamos que, para partes financeiramente capazes de pagar pelos honorários e pelas despesas da jurisdição privada, sem auxílio externo, é maior a probabilidade de uma decisão idônea, e de um nível de lides mais perto do ótimo desejável.

2.2.1.2. A via arbitral mediante subsídios

No caso de uma das partes ser financeiramente carente (como, por exemplo, em um caso típico de uma relação de consumo de um utente e sua operadora de telefonia) provavelmente, será necessário que o Estado, ou outras instituições, sejam elas públicas ou privadas, venha a subsidiar as despesas da via arbitral para que os financeiramente desprivilegiados possam ter acesso ao procedimento privado.

Deste modo, o julgador estará diante de partes muito distintas, que podem estar colaborando de forma muito diversa para que a resolução da lide se dê pela via arbitral, o que, racionalmente, pode lhe ser posto em consideração na hora de decidir.

Assim, o fato de haver um subsídio, uma ajuda externa, para facilitar que as partes resolvam suas contendas pela via da arbitragem, estará a criar um incentivo às partes para levarem suas questões a via arbitral, assim como se dá, por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis brasileiros.

Explicando melhor, o que queremos dizer é que se as partes financeiramente carentes não suportam, elas mesmas, os custos do litígio, esses custos estarão sendo pagos por terceiros (até mesmo encarecendo o acesso aos pagantes, o que, igualmente, não é desejável) o que, potencialmente, pode levar a uma utilização excessiva da arbitragem como meio de solução de controvérsias por quem não lhe suporta os custos, tornando-a, meramente, mais uma forma inflada, só que agora privada, de solução de controvérsias.

Não parece, portanto, que seja esse o rumo que se pretenda dar a via arbitral.

A situação de ter uma das partes carente de subsídios para participar da forma privada de jurisdição, dá-nos a impressão de estarmos recriando, na via privada, os problemas gerados pela

justiça gratuita, ou gratuidade da justiça, da via pública, pois as partes (ou, ao menos, uma delas) voltam a não necessitar internalizar os custos da demanda.

Assim, parece-nos que o efeito prático, em termos de arbitragem doméstica, será apenas o de pulverizar, ou melhor, de deslocar (se não aumentar) uma demanda da justiça estatal para a arbitral.

Esse deslocamento, provavelmente, teria o efeito de aumentar os custos de transação, principalmente, os de oportunidade (aumentaria a quantidade de demandas, o processamento das mesmas seria mais lento, poderia aumentar, também, a quantidade de sentenças por árbitros, logo, alargando o prazo para as sentenças, etc.), diminuindo, teoricamente, os ganhos em eficiência da arbitragem frente à jurisdição estatal.

O subsídio à arbitragem poderia originar-se do próprio Estado, ou de associações, cooperativas, e, assim, de algum modo necessitaria de um controle externo, em virtude de estarmos a oferecer uma prestação de natureza pública subsidiada de forma massificada. Esse controle exógeno também traria custos, que seriam, ao fim e ao cabo, suportados pela sociedade (e, inclusive, por aqueles que não fariam uso da via arbitral).

A externalidade gerada poderia acabar incentivando as demandas frívolas, também em sede arbitral, o que, igualmente aos problemas originados pela gratuidade, propiciaria o desperdício de recursos e uma sobreutilização da prestação jurisdicional privada.

Outro problema criado pela problemática da massificação da arbitragem respeita à conduta dos próprios árbitros. Diante de muitas demandas cujo predisponente será o mesmo (como mencionamos, uma empresa de telefonia, por exemplo) os árbitros estarão, seguidamente, lidando com conflitos nos quais de um lado temos um proponente (em jogos sequenciais, repetidos) e do outro lado uma massa indiferenciada de aderentes (em jogos únicos). Considerando que os árbitros estarão recebendo para julgar as contendas de ambas as partes (os jogadores), não nos fica difícil de compreender que o fato de um desses jogadores (o predisponente) estar continuamente a requerer a sua prestação de serviços venha a ter um peso maior, ou, no mínimo, um diferencial, em relação aos jogadores de “jogada única”. Pode ser, desse modo, que haja uma tendência dos árbitros em favorecer o *repeat player* em detrimento do *one-shot player*¹³⁹.

O que deduzimos, diferentemente da professora Selma Lemes, é que provavelmente a vocação da arbitragem seja melhor aproveitada, em termos de eficiência, entre partes que possam, em igualdade, arcar com o preço da arbitragem e, preferencialmente, em um ambiente não tão massificado.

¹³⁹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. 2007, p. 463.

O item seguinte continuará a tratar de incentivos, mas agora dos incentivos que a própria lei de arbitragem pode propiciar aos aderentes de acordo com o transcrito no artigo 4º, § 2º. Seguimos a ele.

2.3. *Holdup* – refém da própria cláusula – a lei dissuadindo o uso da arbitragem nos contratos por adesão

Antes de explicarmos os efeitos propiciados pelo artigo 4º, § 2º, da lei de arbitragem, faz-se necessário que elucidemos o que vem a ser o *holdup*.

O *holdup*, ou a *tomada de um refém*, é o que pela análise econômica do direito corresponde a um tipo de conduta oportunista de uma das partes quando se apercebe da fragilidade da contraparte dentro da relação contratual por eles entabulada.

Pode significar, por exemplo, que a contraparte tenha realizado investimentos específicos para aquele negócio, ou que tenha cumprido sua obrigação contratual e esteja refém da ação da outra parte, relativamente ao seu cumprimento.

O que verificamos no *holdup* é que uma das partes está exposta a conduta da outra, que pode, destarte, aproveitar-se da vulnerabilidade de seu parceiro contratual para se locupletar.

A origem dessa fragilização pode estar relacionada com desajustes internos do próprio contrato, como as questões ligadas ao problema do contrato incompleto (por vezes, muitas lacunas, por outras, estranhamente, muitas minúcias), mas também com desajustes externos ao contrato, relativos à importância da conduta das partes para o atingimento dos objetivos contratuais, ou melhor, pode relacionar-se com “a dependência de uma incerteza comportamental que abrange precisamente os casos de oportunismo [...]”¹⁴⁰.

São, justamente, esses desajustes ligados à conduta das partes que farão conexão com a possibilidade de *holdup* quando da inclusão da cláusula compromissória nos contratos por adesão, propiciada por um certo excesso de zelo, em favor do aderente, constante do § 2º, do artigo 4º, da Lei 9.307/96.

Explicamos agora.

Quando uma cláusula arbitral está inserida em um contrato por adesão, segundo o artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, o aderente apenas vincular-se-á à forma arbitral de resolução de controvérsias se ficar comprovado (com o visto expresso na cláusula escrita em negrito) que

¹⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. 2007, p. 636.

optou livre e conscientemente pela arbitragem, ou se, o próprio aderente tomar a iniciativa da instauração da via arbitral.

Entretanto, o predisponente, ao colocar a cláusula arbitral em um contrato padronizado, cujas disposições ele mesmo confeccionou, fica, ao contrário do aderente, vinculado a essa cláusula.

Quando o aderente, conscientemente, aceita a arbitragem e concorda com sua instauração não há, em regra, problemas prementes. Mas o problema pode instalar-se quando o aderente silencia sobre a arbitragem, deixando uma dúvida acerca da forma de resolução das controvérsias.

Vejamos o porquê, reforçando as influências da análise econômica do direito: Se o proponente necessitar de uma forma heterocompositiva para resolver os conflitos gerados pelo contrato terá, inicialmente, de recorrer à via arbitral, mas sem qualquer garantia de vinculação do aderente, que pode, sem qualquer tipo de infração contratual ou legal, negar-se a sujeição à arbitragem. Até aqui, parece tudo decorrer dentro do admissível, embora já possamos perceber que obriga o proponente e “queimar” a etapa da arbitragem antes de recorrer à jurisdição pública.

Assim, a negativa do aderente fará com que o proponente recorra à via judicial para dirimir as controvérsias contratuais, mas até conseguir seu intento, obrigou-se a arcar com custos (provavelmente, não apenas os de oportunidade), que poderiam ser economizados se a escolha jurisdicional já estivesse clara e inequívoca desde o início.

Por outro lado, o silêncio do aderente pode ser estratégico e oportunista. Temos de admitir que essa situação é possível, vez que a lei vincula apenas o proponente. O aderente, diante da cláusula arbitral, pode optar por deixá-la em branco para ter a oportunidade de futuramente ganhar mais tempo com a dúvida gerada pela própria cláusula.

Destarte, se o proponente não recorrer inicialmente a via arbitral e demandar o aderente junto à justiça estatal, o aderente pode denunciar a vinculatividade do proponente à cláusula por ele mesmo predisposta e beneficiar-se da procrastinação gerada pela dúvida, pela incerteza, que a cláusula arbitral criou em seu favor.

Não nos afigura impossível, frente ao exposto, imaginarmos que a parte aderente possa efetivamente utilizar a posição de refém, que o próprio proponente colocou-se ao incluir a cláusula arbitral, de forma indesejável. Se intencionar ganhar tempo na resolução da questão controvertida, ligada, por exemplo, ao seu inadimplemento, o aderente pode valer-se da vinculação à arbitragem gerada pelo proponente para tumultuar o início da resolução do conflito, seja na jurisdição privada, seja na jurisdição estatal. E, como está amparado pela proteção da lei, a sua conduta perniciosa nem sequer poderá ser verificável.

A solução que nos vem à mente talvez seja a de o proponente, que deseje incluir a cláusula arbitral nos seus contratos, em razão de seus ganhos em eficiência, exija tanto o aceite, quanto a recusa, por escrito.

Porém, essa solução não é a ideal. A ideal seria extirpar da lei a parte que dispõe que o aderente tenha de *tomar a iniciativa de instituir a arbitragem*, permanecendo apenas a seguinte regra:

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Essa alteração legislativa melhoraria a situação de refém dos proponentes e não vemos como poderia trazer prejuízos aos aderentes¹⁴¹, sendo, portanto, uma *melhora de Pareto* na Lei de Arbitragem brasileira. Mas cientes de que tal intento “custa demasiado”, talvez seja realmente mais fácil o predisponente, de modo mais simples, exigir a negativa do aderente para livrar-se da penumbra que a lei propicia-lhe.

O aceite por escrito (com assinatura ou visto) está determinado na Lei de Arbitragem, mas a negativa, não. Contudo, a negativa igualmente expressa pode ser a forma de retirar o proponente da situação de refém que ele mesmo estaria a se colocar.

A negativa expressa do aderente libertaria, assim, o proponente para buscar a jurisdição estatal com a garantia de que o aderente não poderia mais valer-se da cláusula arbitral no intuito de aumentar a demora na resolução do conflito e evitando o *holdup*, a tomada de refém.

O inconveniente dessa negativa estaria no fato do predisponente estar abrindo mão de mais uma oportunidade de levar a controvérsia ao julgamento arbitral, por meio do compromisso futuro, entretanto, ao menos, parece que lhe retiraria de uma situação de perdas por desperdício de recursos, em um jogo de “empurra” de competências, ou incompetências, que poderia evitar.

Outra solução poderia ser a de expressamente, no contrato, conferir, ou condicionar, a eficácia da cláusula arbitral quando da assinatura do proponente. Mas, em virtude de a lei não fazer nenhuma ressalva a respeito de uma possível desoneração do predisponente, pode ser que, mesmo assim, ainda pudessem pairar dúvidas.

Também a escolha pelo compromisso arbitral, após a ocorrência da questão controvertida, igualmente, afasta a atuação maliciosa do aderente, mas de acordo com o que avaliamos, deixa-se de agregar as economias, os ganhos que a cláusula compromissória proporciona nos contratos.

No último ponto a ser desenvolvido neste estudo, mostraremos que embora haja ganhos, também podem existir perdas de eficiência, quando da escolha pela jurisdição privada. Certamente, no decorrer deste trabalho, já tenhamos realizado comentários esparsos sobre elas, mas nesse tópico, tentaremos visualizá-las conjuntamente.

¹⁴¹ Voltamos a rememorar que nossa ênfase está nos contratos empresariais, entre profissionais, além de que não somos favoráveis a arbitragem entre fornecedores e consumidores de produtos e serviços, em razões de ineficiência, de desvirtuamento dos incentivos inerentes ao instituto, que a nosso ver, necessita ser custeado em igual proporção pelas partes e não ser tratado de forma massificada.

2.4. As perdas de eficiência por meio da arbitragem

Deixando claro que percebemos o fato da escolha arbitral, em algumas situações, não operar de modo ótimo, faz-se oportuno apresentarmos, resumidamente, os pontos de, eventual, ineficiência da escolha arbitral. A maioria desses aspectos já foi objeto de nossa análise, portanto, neste capítulo, eles serão apresentados de forma muito mais sintética.

Um dos primeiros problemas que apontamos neste estudo foi o das incertezas do julgamento por equidade. As incertezas que o abrandamento ou a fuga da legislação vigente podem trazer referem-se às dificuldades de antever o resultado da lide, de podermos estar diante de alguma afronta à ordem pública, o que poderia gerar uma nulidade futura, e, assim, aumentos dos custos pela escolha do procedimento arbitral.

Posteriormente, trouxemos a questão da cláusula arbitral vazia ou defeituosa. Quando a cláusula compromissória for inadequada, ela, ou será nula, e não se prestará aos objetivos das partes, ou necessitará da feitura do compromisso (judicial ou extrajudicial), o que, por si, impõe um aumento dos custos de transação.

Falamos, também, do problema da captura dos árbitros. A ocorrência de captura pode ser mais facilmente verificada na arbitragem, em razão da permissão da escolha dos julgadores. Em meios muito restritos, nos quais a expertise está na mão de poucos, havemos de redobrar a atenção para a eventual captura dos técnicos disponíveis para sentenciar.

Igualmente, falamos dos paradoxos do sigilo, que pode gerar vantagens privadas, ao mesmo tempo em que externaliza prejuízos sociais, ou ainda, em razão do segredo dos julgados, não ser possível transmitir, adequadamente, aos potenciais usuários, a linha de pensamento dos julgadores privados.

Narramos, outrossim, o problema da tomada de refém, talvez um dos piores dissuasores da utilização da cláusula arbitral nos contratos por adesão e que possui como solução apenas estratégias *second best*, pois tentam remediar as incertezas oriundas da própria legislação arbitral.

Mas ainda não havíamos comentado as perdas de eficiência originadas pela necessidade dos árbitros de recorrerem ao auxílio da justiça pública.

Nessa situação, por óbvio, não perdemos as vantagens, até então, conseguidas pela escolha do procedimento arbitral, mas não podemos deixar de mencionar que, se a sentença arbitral não for voluntariamente cumprida, o agente terá, e agora sem qualquer possibilidade de escolha, de recorrer ao Poder Judiciário, poder coercitivo, que a arbitragem não possui, para fazer cumprir, forçadamente, o que fora decidido pelo juízo arbitral.

Outra situação semelhante é a dos procedimentos acautelatórios que necessitem da ajuda da jurisdição pública para serem cumpridos. Nesses casos, não haverá como evitar perdas decorrentes da demora, da ineficiência e sobreutilização da justiça estatal.

Outras ineficiências que podemos levantar, correspondem a levar para a via arbitral questões que tenham matéria, notoriamente, pacificada no judiciário estatal – pode ser, nesses casos, que a mera proposição de uma ação no judiciário já incentive uma renegociação ou o cumprimento do contrato – ou, ainda, questões que digam respeito a valores ínfimos, que não respondam a uma simples relação de custo-benefício na comparação com as despesas de iniciar o procedimento na jurisdição privada. Desse modo, frisamos a necessidade dos agentes avaliarem as circunstâncias, o panorama ligado ao litígio que pretendem solucionar (bem como, a complexidade da matéria, os valores em jogo, etc.).

Precisávamos antes de terminar este trabalho demonstrar essas situações que podem prejudicar o andamento da arbitragem e sua otimalidade, mesmo que continuemos a concluir que entre partes que possam arcar com as despesas arbitrais, dentre conflitos de direitos patrimoniais disponíveis, dentre questões complexas e de vulto, pareça ela ser um meio ainda mais eficiente que a jurisdição pública.

Demais, encontrar eventuais ruídos, debatê-los e tentar encontrar-lhes uma solução, ou uma alternativa, parece-nos um caminho muito mais cientificamente proveitoso do que omiti-los para tentar dar um apanágio de solidez intelectual à ideia trabalhada.

E trilhando uma abordagem múltipla e sinuosa, mas que pode ainda convergir para pontos comuns, apresentamos, a seguir e por derradeiro, as considerações finais desta dissertação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao momento que consideramos mais árduo neste estudo. O momento de conseguirmos, dentre tanta informação recolhida, vinda de análises que misturam institutos de direito e de economia, compilar as conclusões dos temas discorridos, sabendo que, se cada um dos temas fosse avaliado, separadamente, já seria extremamente multifacetado.

Para darmos uma estrutura a essas considerações finais, partiremos das inferências acerca dos ganhos oriundos da via arbitral, vez que percebemos que há ganhos em vários aspectos, para em seguida, fazermos um contraponto com a demonstração das perdas em consequência da escolha arbitral. Essa comparação será necessária para verificarmos se esses ganhos, porventura, suplantam as perdas.

Depois, iremos avaliar, sucintamente, a eficiência dos contratos por adesão para, no final, tentarmos condensar todas essas ideias, sopesando se a inserção da cláusula compromissória consegue ser jurídica e economicamente defensável, nesse tipo de contrato standardizado.

Antes, porém, de apresentarmos as nossas conclusões devemos gizar que as constatações que chegamos estão voltadas ao contexto negocial, principalmente, no qual os agentes econômicos sejam empresários e não se possam valer de expedientes protetivos, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, querendo alegar o desconhecimento das consequências da tomada de suas decisões. Embora tenhamos “passado os olhos” sobre as relações consumeristas, elas não são o foco de nosso estudo, nem destas conclusões.

Partindo desses esclarecimentos, iniciamos as conclusões sobre os ganhos advindos da opção pela via arbitral de jurisdição, sobretudo, por meio da inclusão da cláusula arbitral.

Julgamos que obtivemos êxito na avaliação dos possíveis acréscimos de eficiência proporcionados pela arbitragem.

Tentando não nos repetir em demasiado, iremos resumir algumas vantagens da escolha arbitral, diante do parâmetro que possuímos, isto é, somente a jurisdição estatal.

A mais notória vantagem que deduzimos pelo uso da arbitragem é a redução dos custos de transação. Essa redução dá-se, desde o início, pela opção dos agentes pelo modo de dirimir os litígios, ou de suprir as incompletudes contratuais, pois as partes escolhendo a arbitragem podem externalizar os custos da negociação do clausulado, da interpretação do contrato, do preenchimento das lacunas, sobre os adjudicadores externos.

Igualmente, há reduções desses custos, incluindo os custos de oportunidade, em virtude da celeridade do procedimento arbitral, pela possibilidade de estabelecer-se um prazo para a prolação da sentença, pela maior flexibilidade do procedimento (o qual poderá ser objeto de deliberação das partes), assim como, pelas diferenças da sistemática recursal (os agentes deixam

de poder contar, assim como, deixam de estar sujeitos aos infundáveis recursos judiciais como a apelação, os agravos, os embargos, etc.).

Além da redução dos custos de transação, concluímos que há ganhos em eficiência por meio da governança. A governança, na jurisdição estatal, diferentemente da arbitral, é praticamente nula.

Essa oportunidade de gerenciamento está contida já na permissão da escolha do julgador, pois que as partes, racionalmente, deverão procurar dentre aqueles que lhes sejam viáveis, o árbitro ou os árbitros que tenham maior competência, que gozem de boa reputação, que tenham familiaridade com a praxe negocial do meio em que se inserem os agentes.

A escolha do *expert*, assim, reduz a probabilidade de seleção de julgadores adversos, o que não é possível na jurisdição pública. Assim, podendo optar por quem será o decisor, aumenta-se a qualidade das decisões, cujo teor pode vir a ser menos suscetível de erro, de nulidades, vez que, como dito, o árbitro tenderá a zelar pela qualidade dos seus julgados, haja vista repercutirem mais diretamente na sua reputação (e nos seus futuros honorários).

A governança dá-se, também, pela redução do risco moral, não só pela monitoração, ou monitoramento, do trabalho dos árbitros, mas, igualmente, pela permissão de fixar-se prazo para a sentença, que conduz a um planejamento do tempo (dos custos de oportunidade). A fixação do prazo e a possibilidade das partes exigirem o seu cumprimento, evita a procrastinação, tão comum na justiça pública, na qual os juízes são obrigados a julgar matérias, das mais diversas, sobre as quais não têm conhecimentos suficientes. Contrariamente a isso, os árbitros deverão ser especialistas e, só por isso, não necessitarão de tanto investimento para tomarem ciência da matéria controvertida, logo, tendo menos incentivos a procrastinar.

Demais, o árbitro recebe para julgar “o caso das partes” que aceitou julgar e não, um conjunto de lides sorteadas (como acontece com os juízes), assim, tendo o dever de realizar um trabalho qualificado, sob pena de prejuízos em sua credibilidade e, por conseguinte, em seus ganhos.

Ainda havemos de falar dos ganhos oriundos da possível sinalização que a opção pela arbitragem, especialmente, pela inclusão da cláusula compromissória, pode proporcionar aos agentes e ao mercado. Optando por uma forma de resolução de controvérsias contratuais mais expedita, as partes indicam que não intencionam usar a ineficiência estatal para ganhar tempo no cumprimento de suas obrigações, além de demonstrarem que estão em condições de arcar com as despesas arbitrais (que gozam de *saúde* financeira), bem como que apenas recorrerão aos métodos heterocompositivos quando os custos da autocomposição forem superiores ao da nomeação de um adjudicador externo – visto que internalizam os custos do procedimento arbitral.

Todos esses sinais podem, a nosso ver, levar a uma filtragem, um *screening*, pois apenas os agentes mais qualificados, mais colaborativos, aceitariam a submissão das controvérsias contratuais à via arbitral.

E existem, ainda, vantagens ocasionadas pelos incentivos, fundados na repercussão da conduta das partes, quando aceitam a inserção da cláusula compromissória em seus pactos. Nesse ponto não deixaremos de lembrar que a inclusão da cláusula arbitral impõe que os agentes internalizem os custos do litígio, o que, *per se*, pode reduzir a proposição de demandas com caráter, essencialmente, protelatório. Fora isso, em razão do preço da arbitragem, em uma avaliação imediatista, parecer alto, aumenta-se, um pouco mais o incentivo às tentativas de colaboração e, ou, de autocomposição das partes.

Todavia, perdas de eficiência também existem. As perdas poderão estar ligadas ao aumento dos custos de transação, ao oportunismo (precipualemente, se uma das partes não pretende continuar negociando com a outra), ou, também, às externalidades que podem resultar da instauração da arbitragem e seus efeitos.

Dentre as relativas ao aumento dos custos de transação, podem haver situações nas quais a cláusula compromissória tenha sido mal feita, ou esteja carente de informações (cláusula vazia), obrigando as partes a firmarem o compromisso arbitral, situação que pode ainda piorar, se esse compromisso tiver de ser firmado judicialmente.

Igualmente, pode haver perdas nos casos de escolha pelo julgamento por equidade, quando haja legislação vigente sobre a matéria litigiosa, visto que pode propiciar dúvidas acerca da afronta às questões de ordem pública, com o aumento de incertezas e de nulidades que, por conseguinte, transformar-se-ão em aumento dos custos de transação.

Outros problemas, que constatamos, dizem respeito às condutas oportunistas.

Uma delas será a da “tomada de refém”, quando o aderente não assinar a cláusula arbitral com o intuito de turbar a execução contratual, sendo que, como amparado pela lei, sequer sua conduta poderá ser verificada como perniciososa.

A outra será a da captura do adjudicador, sobremaneira, nos contextos de elevada sofisticação técnica, nos quais poucos detêm informações muitíssimo relevantes para o julgamento da questão controvertida, portanto, estando mais suscetíveis à captura.

Ambos os casos, o *holdup* e a captura, para que possam ser evitados ou remediados, obrigam as partes a despender recursos – isto é – aumentam custos, geram desperdícios e levam a opção arbitral a operar de modo ineficiente, ou indesejado.

Já quanto às perdas verificadas em função das externalidades, devemos recordar que o sigilo, embora, muito eficiente para as partes, pode ter duas consequências nocivas. A primeira, é que o sigilo, que protege as partes do vazamento de informações que lhes possam ser prejudiciais quando publicitadas, impede que os demais potenciais utentes da via arbitral possam ter em conta a linha de decisão dos árbitros. Essa penumbra pode desincentivar a procura pela arbitragem, pois as incertezas exacerbadas acerca do julgamento significam dificuldades de previsão, de planejamento de eventuais ganhos ou perdas. A segunda, é que o sigilo impede que terceiros que poderiam ser beneficiados com as informações da decisão, eventualmente, porque dizem respeito

a seus interesses, ou a seus direitos, não terão acesso ao julgado (pensemos nos casos de informações ocultas acerca de produtos químicos, tóxicos, de questões de direito societário, etc.).

Mas, contrabalanceando os prós e os contras da inclusão da cláusula arbitral, parece-nos, mesmo assim, que os prós levam vantagem nessa comparação. Portanto, mesmo diante de algumas patologias que podem e devem ser acauteladas, a oferta da arbitragem, mediante a cláusula arbitral, apresenta-nos como uma boa forma de agregar eficiência à jurisdição.

Contudo, temos de falar, para concatenar todas as ideias deste trabalho, dos contratos por adesão.

A eficiência do emprego dos contratos por adesão é tão evidente que a própria disseminação da sua prática é suficiente para comprovar o papel de facilitador e incentivador das trocas. Essa eficiência, como dissemos, deve-se à redução dos custos de transação que a padronização das cláusulas contratuais permite.

Não iremos repetir, nestas considerações finais, todas as benesses e todos dos malefícios que os instrumentos de adesão podem propiciar, tendo em vista que já debatemos que a restrição da autonomia privada é, podemos dizer, compensada pela maior cautela com a qual esses contratos são analisados, vez que se dá uma proteção especial ao aderente por meio do controle exógeno do conteúdo desses pactos.

Corresponde a dizer que a legislação estatal, frente aos contratos por adesão, percebendo a ineficiência tanto da autonomia privada, como da autorregulação do mercado pela concorrência, somada à impossibilidade de alteração do conteúdo contratual indesejado pelo próprio aceitante, ponderou ser mais adequado, para esse tipo de relação jurídica negocial, permitir o seu curso, sua utilização, atuando com mais rigor nas limitações dos poderes dos predisponentes, ou seja, no controle do conteúdo das cláusulas preestabelecidas.

Essa interferência estatal repercutiu na criação de dispositivos legais de controle do clausulado, como debatemos nesta dissertação.

Aqui, apenas, gostaríamos de explicitar que em virtude da natureza, eminentemente, voluntária que deve subjazer à escolha da arbitragem, julgamos que, por uma questão de cautela e de compatibilidade com o conteúdo contratual, a cláusula arbitral quando inclusa no corpo de um contrato standardizado, além de bem salientada, deverá estar localizada junto das cláusulas negociadas e não, indevidamente, camuflada dentre as cláusulas contratuais gerais.

Nessa linha de raciocínio, parece-nos imperioso expor se conseguimos justificar, ou não, jurídica e economicamente, essa inserção da cláusula compromissória nos contratos por adesão.

Nesse intento, já vimos que tanto a escolha pela arbitragem, quanto a inclusão da cláusula arbitral agregam aos contratantes ganhos em eficiência.

Igualmente, tivemos oportunidade de avaliar os ganhos notórios em eficiência que são propiciados pelos contratos estandardizados.

Agora, falta-nos juntá-los e verificar se todos esses institutos, unidos, conseguem subsistir com vantagens para os agentes econômicos.

De início, podemos concluir que, juridicamente, é plenamente viável a inclusão da cláusula compromissória nos pactos por adesão, haja vista a autorização legal (novamente, ressalvamos que a cláusula deva estar posicionada junto das cláusulas cuja liberdade de escolha do aderente encontra-se menos restringida, ou seja, junto das cláusulas negociadas, pois é lá que o aderente concentrará sua atenção).

A viabilidade jurídica constata-se na própria lei de arbitragem, no Código Civil e até no Código de Defesa do Consumidor (desde que não seja “compulsória”), dando-nos a entender que o interesse do Estado estaria distante de proibir a inclusão da cláusula arbitral nos contratos *standard*. Contudo, a permissão para a sua introdução nesses contratos, em rápida síntese, apenas será validada se respeitar o limite, ainda que mínimo, de autonomia ou de autodeterminação, que resta ao aderente.

Em outras palavras, podemos deduzir, do elaborado neste trabalho, que existem apenas duas formas de fazer valer a opção arbitral em contratos firmados por adesão.

Uma forma é a inclusão no próprio *corpo do contrato*, em local de destaque. Tal exigência abarca tanto o cuidado que, como sugerimos, respeita a localização material da cláusula, ou seja, junto das cláusulas *negociadas*, como o destaque estrutural da própria cláusula que, consoante à lei, deve estar *em negrito* e conter um *campo específico para o visto do aderente*.

A outra forma é o oferecimento da cláusula compromissória por meio de *documento apartado*. Sobre essa modalidade, vale observarmos que esse instrumento em separado deverá fazer expressa referência ao negócio jurídico de origem, pelo qual se objetiva, caso necessário, levar a resolução das controvérsias, acerca de direitos patrimoniais disponíveis que dali possam surgir, à arbitragem¹⁴².

A ideia subentendida, pelas minúcias exigidas pela lei, foi a de confirmar que a via arbitral tenha sido escolhida consensualmente pelas partes, que não se tenha tratado de uma imposição do proponente, por meio do mecanismo contratual mais apropriado para dar vazão a seus interesses unilaterais (que poderia ser o contrato por adesão).

¹⁴² A lei não é clara quanto a ser obrigatório, no documento apartado, a cláusula arbitral estar em negrito. Em virtude dessa ambiguidade, compreendemos que destacar o conteúdo, mesmo no instrumento apartado, vem chamar a atenção do aderente e dar maior legitimidade à escolha pela arbitragem, advindo vantagens para quaisquer dos contratantes.

Pois, como referimos, qualquer que seja o tipo de instrumento negocial que pretenda ofertar a via arbitral para a solução de controvérsias, terá de ser capaz de comprovar, indubitavelmente, que o aderente teve conhecimento do teor e das implicações que estão contidas nessa modalidade extrajudicial de resolução de conflitos, sob pena de invalidade e ineficácia.

Ainda quanto à viabilidade da cláusula arbitral, cumpre-nos reforçar que *cláusulas cheias* terão maior probabilidade de eficácia jurídica (bem como, superior eficiência econômica) do que as *cláusulas vazias* (considerando que estas poderão necessitar de uma prévia incursão judicial para instaurar o procedimento arbitral, situação que não nos parece coadunar com o intento de quem decide levar seus litígios à arbitragem).

Demais, oportuno mencionarmos que a cláusula compromissória deverá ser o mais transparente possível, incluindo informações claras, objetivas, o que não corresponde à quantidade de informações prestadas, mas a qualidade das informações postas à disposição do agente que terá de escolher. Dentre essas informações, alertar para as despesas decorrentes da arbitragem, é dever do proponente, considerando que a onerosidade da via arbitral (em razão da “miopia” que, por vezes, nos impede de avaliar os custos de oportunidade) pode ser, em alguns casos, elemento decisivo para a recusa do aderente.

Mesmo considerando todos esses pormenores, não nos parece que haja barreiras legais que impeçam o uso da arbitragem, por meio da cláusula compromissória, nos pactos estandardizados.

Mas devemos apontar que nos deparamos, mormente, quando da análise econômica, para o que podemos definir como um paradoxo criado pela própria lei, ou ainda, que a própria lei, no intuito de proteger os aderentes, tenha gerado uma falha que desincentiva a arbitragem, por excesso de zelo aos aderentes.

Passemos, então, a explicitar, o citado paradoxo.

Dentro de nossa avaliação normativa, devemos admitir, conquanto a lei autorize a inserção da cláusula arbitral, não conseguimos identificar, na legislação brasileira, um verdadeiro incentivo para o seu uso nos contratos por adesão.

Pelo contrário, a conclusão que chegamos é que o conteúdo do artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, por gerar uma vulnerabilidade ao proponente, desestimula a adoção da cláusula compromissória nos contratos estandardizados. Em favor da liberdade de escolha do aderente, propicia uma incerteza, uma brecha para o oportunismo que, por fim, aumenta os custos de transação e, assim, reduz os ganhos que seriam expectados, quando da opção pela jurisdição privada.

O que julgamos como contraditório é a legislação permitir a inclusão da cláusula arbitral nos contratos por adesão, dispor, detalhadamente, sobre o modo pelo qual deva dar-se essa inclusão, mas proporcionar, concomitantemente, um aumento dos custos de transação e uma brecha ao oportunismo, que acabam por desmotivar os proponentes pela opção arbitral.

Se o artigo 4º, § 2º, apenas condicionasse a eficácia da cláusula arbitral à assinatura do aderente, sem deixar o predisponente (somente ele) vinculado à cláusula arbitral quando da ausência de assinatura do aderente, muitas incertezas seriam evitadas, e isso, em nossa análise, representaria, para os agentes e para o próprio mercado, formatar-se uma legislação coerente e incentivadora das trocas e, conseqüentemente, do aumento da riqueza.

Não deduzimos, com isso, que o predisponente não se possa valer da cláusula arbitral, mas atentamos para o potencial risco de oportunismo que o silêncio do aderente, relativamente ao conteúdo da cláusula arbitral, pode proporcionar. Essa álea impõe que o proponente venha a adotar algumas cautelas (como a sugestão de pedir, quando da recusa do aderente à via arbitral, a anotação da sua negativa, expressamente, no contrato) as quais não passarão de formas de remediar os problemas criados pela nossa estrutura legal.

Mesmo cientes de que não estamos esgotando o debate sobre o assunto, bem como conscientes que, muito provavelmente, ficarão assuntos por serem tratados, haja vista encontrarem-se além de nossa capacidade de abstração, inferimos que (embora o proponente tenha de salvaguardar-se das ineficiências, ou melhor, dos desestímulos advindos da própria lei de arbitragem brasileira) optar pela via privada de jurisdição quando for possível aos agentes, tomando em consideração as peculiaridades da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, as especificidades da matéria, os valores em jogo, a idoneidade dos julgadores, é, sim, uma decisão que trará como consequência ganhos em eficiência que não serão possíveis de serem atingidos na via jurisdicional pública.

O que gostaríamos de deixar como informação derradeira é que, como pudemos perceber, conquanto a própria legislação pátria tenha nos criado paradoxos, a escolha pela arbitragem, com a inserção da cláusula compromissória, nos contratos por adesão é juridicamente admitida e economicamente vantajosa.

Devemos considerar que mesmo que a lei não tenha sido bem-sucedida em alguns aspectos, essa inconformidade não retirou os ganhos de eficiência que a cláusula compromissória pode proporcionar. O que esse desajuste impõe, é que os agentes que desejem incluir a cláusula arbitral nos seus pactos estandardizados estejam atentos a essas situações, de forma que possam evitar surpresas indesejadas.

Por fim, então, também economicamente, a inclusão da cláusula arbitral nos contratos por adesão é uma forma de, por meio da redução de custos de transação, agregar vantagens à resolução dos litígios futuros, bem como de propiciar incentivos às partes e, por que não dizermos, promover maior eficiência às trocas.

Patologias de natureza oportunista poderão subsistir nesses contratos, assim como em quaisquer outros, mas esperamos que tenhamos conseguido, ao menos um pouco, debater possíveis soluções ou medidas que possam minimizar tais ocorrências.

Cabe-nos, ainda, um derradeiro esclarecimento quanto à inclusão da cláusula arbitral nos contratos por adesão de consumo. Em função das relações consumeristas, que apenas tangenciamos neste trabalho, possuem peculiaridades que impõem um estudo alargado do tema (relativas a assimetrias de informação que se relacionam tanto com pormenores dos sujeitos como do objeto contratual), deixaremos, portanto, esse aprofundamento para um trabalho futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKERLOF, George A. (1970), **The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, nº 3, (August., 1970), p. 488-500.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.
- ALMEIDA, João Alberto de. **Processo Arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das Obrigações**, 9ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003.
- ALVIM, J.E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª ed. Atualizada por Luciana Gontijo C. Alvim Cabral. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANDREATTA, Rita Maria F. C.; TEIXEIRA, Paulo César M. **A Nova Arbitragem. Comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1997.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios. O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Edições Almedina, 2010.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTR, 2011.
- BECKER. Verena Nygaard. **A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais. Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano 7-8, 1973/1974.
- CARAMELO, António Sampaio. **Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema**. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa Centro de Arbitragem Comercial. Coimbra: Almedina, 2011-07, p. 14-15, 36. Em: http://www.mlgs.pt/pub_search.php?filter_lawyer=44
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. 2.ed. SP: Atlas, 2007.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro**. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

- FONSECA, Rodrigo Garcia. **Arbitragem e direito do consumidor. Em busca da convergência.** In: MACHADO, Rafael Bicca; JOBIM, Eduardo. (Coord.). *Arbitragem no Brasil. Aspectos Jurídicos Relevantes.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Superposição de contratos.** In *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica.* São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Véra Maria Jacob de. **Ineficácia das Cláusulas Abusivas no Sistema Brasileiro do Código de Defesa do Consumidor : uma abordagem clássica.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo n.43 (jul./set. 2002), p. 316-324.
- GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. **Derecho y Economía.** El análisis económico de las instituciones legales. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2009.
- GUYON, Yves. **L'Arbitrage.** Ed. Economica, Paris, 1995.
- HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- HILLBRECHT, Ronald. **Introdução à Teoria dos Jogos.** In *Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2012.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **The Nature of Man** (July 1, 1994). Michael C. Jensen, FOUNDATIONS OF ORGANIZATIONAL STRATEGY, Harvard University Press, 1998; *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 7, No. 2, pp. 4-19, Summer 1994. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=5471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5471>
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o Efeito de Akerlof: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito.** In: *Revista Virtual da Faculdade de Direito Milton Campos*, <http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/fabiano-teodoroderezendelaranivelamentoclausulascontratuaisgeraisefeitoAkerlof.pdf>.
- LARENZ, Karl. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. **Derecho Civil, Parte General,** Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1978.
- LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista Martins. Coordenadores. **Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam.** São Paulo: Atlas, 2007.
- _____, Selma Ferreira. **O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.
- LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Rafael Bicca; JOBIM, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem no Brasil. Aspectos Jurídicos Relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. **Introducción a la economía de la información**. Barcelona: Editorial Ariel, 2010.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse économique du droit**. 2ª edition. Paris: Editions Dalloz, 2008.
- MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução da 5ª edição norte-americana. Traduzido por: Alan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Cláudia Sofia Henriques. **A cláusula compromissória inserida em contratos de adesão celebrados com consumidores**. In Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito de Consumo, Coimbra, 2006/2007.
- PANTOJA, Teresa Cristina G. **Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem**. In: Prática em arbitragem. Coord. PANTOJA, Teresa Cristina G.; FRÓES, Carlos Henrique de C. [et al] – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L.. **Microeconomia**. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 4ª reimpressão, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e justiça: Conceitos e evidência empírica**. Junho de 2001. Em site: http://www.iets.inf.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf, acessado em 06 de dezembro de 2012.
- POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Revista Direito GV. JAN-JUN 2008.
- RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*. Milano: Giuffrè, 1990.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**. Uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Análise Econômica do Direito Contratual**. Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno. **Direito e Economia. Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

_____, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia**. 1. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. Tradução Maria Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Sites consultados:

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.ssrn.com/>

http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/fabianoteodoroderezendelara_nivelamentoclausulascontratuaisgeraisefeitoAkerlof.pdf

<http://www.mundojuridico.adv.br>