UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Diego Alano Bork

COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Porto Alegre

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Diego Alano Bork

COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre

2012

DIEGO ALANO BORK

COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. Fabiano Menke

Aprovado pela banca examinadora em 12 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Professor Doutor Fabiano Menke

Orientador

_____

Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

_____

Professor Doutor Rafael de Freitas Valle Dresch

A meus pais e meus irmãos.

"Que a fluidez seja a nossa estrada, e que possamos desfrutar do prazer desse encontro que a existência nos proporcionou".

CEDAIOR AMI DA SILVEIRA

RESUMO

O presente trabalho analisa possíveis comportamentos estratégicos na execução da sentença arbitral, tanto da parte vencedora quanto da parte sucumbente (os *players*). Para encontrar critérios que norteiem as tomadas de decisões e, via reflexa, favoreçam a prática de negociações eficientes, o estudo propõe um mapeamento dos custos de transação envolvidos na execução da sentença arbitral, noção que será amplamente explorada para a especulação de comportamentos estratégicos. Na primeira parte, o foco será os procedimentos específicos para a execução da sentença arbitral doméstica e para o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Essa análise deverá dar suporte à análise dos custos de transação aplicados à execução da sentença arbitral, o que será de fundamental importância para a compreensão do comportamento estratégico explorado no presente trabalho. Na segunda parte, o estudo busca inspiração na Teoria dos Jogos para formular critérios de maximização de resultados, apoiando-se na lógica econômica subjacente à relação arbitral. Encontra-se verdadeira fórmula matemática capaz de desmistificar alguns fenômenos e trazer a racionalidade econômica para a concretude das negociações. Avançando, a pesquisa passa a explorar as próprias limitações do modelo proposto, verificando que a fórmula, de algum modo, tende a perder de vista a subjetividade da relação, comprometendo a atuação estratégica do *player*. Por essa razão, propõe-se uma análise das bases pragmáticas da estratégia, para que do exame da relação do homem com o signo (do estrategista com a estratégia) se investigue possibilidades estratégicas. Essa análise é realizada a partir de um diálogo entre a cultura ocidental e a chinesa no que concerne ao pensamento da eficácia (estratégia), o que deverá fornecer uma melhor compreensão do alcance do modelo ocidental de estratégia a partir de um olhar ”de fora”. A pesquisa atinge duas conclusões. Primeiramente, conclui-se que a fórmula proposta pode ser de grande auxílio na tomada de decisão dos *players*, revelando aquilo que seria o acordo ideal, e servindo como elemento de racionalização econômica na negociação. Por segundo, evidenciam-se limitações no alcance das fórmulas para guiar o agir dos *players*, de modo que uma estratégia vencedora deverá estar permanentemente conectada e adaptada à realidade e suas variáveis, ao mesmo tempo apoiada e desapegada do plano previamente traçado.

Palavras-chave: Execução de Sentença Arbitral, Comportamento Estratégico, Custos de Transação, Acordo Ideal, Grécia Antiga, Pensamento Chinês.

ABSTRACT

This study explores possible strategic behaviors to the enforcement of the arbitral award, both to the prevailing and losing party (the players). To reach criteria to guide the decision making and, therefore, assist the practice of effective negotiations, the study proposes a mapping of the transaction costs involved in the enforcement of the arbitral award, being this notion widely used to the speculation of strategic behaviors. In the first part, the focus will be the specific procedures for the enforcement of domestic arbitral award and the recognition and approval of a foreign arbitral award in Brazil. This examination will support the analysis of the transaction costs applied to the enforcement of the arbitral award, which will be of fundamental importance for the understanding of the strategic behavior explored in this work. In the second part, the study seeks inspiration from Game Theory to formulate criteria of results maximization by relying on the economic logic underlying the arbitral relation. It is reached a mathematical formula able to demystify some phenomena and bring the economic rationality to the concreteness of the negotiations. Thereafter, the study explores the limitations of the proposed model, realizing that the formula somehow tends to lose sight of the subjectivity of the relationship, compromising the strategic performance. For this reason, it is proposed a pragmatic analysis of the strategy, seeking alternatives to the strategic behavior from the examination of the relationship of the individual with the sign (the strategist with the strategy). This analysis is made from a dialogue between the western and Chinese culture in what concerns the notion of effectiveness (strategy), which should provide a better understanding of the latitude of the western model of strategy from an outside looking. The study reaches two conclusions. Firstly, it is concluded that the proposed formula can be of great help in the decision making of the players, revealing what is the optimal settlement, and assisting as element of economic rationalization in negotiations. Secondly, it is reckoned some limitations in the application of formulas to conduct the players' performance, so that a winning strategy shall be continuously connected and adapted to reality and its variables, simultaneously supported and detached to the plan previously drawn.

Keywords: Enforcement of Arbitral Award; Strategic Behavior, Transaction Costs, Optimal Settlement, Ancient Greece, Chinese Thought.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 1

PARTE 1 – MAPEAMENTO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO..... 8
1.1. Do conflito ao resultado: a execução da sentença arbitral..... 8
1.1.1. A execução da Sentença Arbitral Doméstica..... 8
1.1.2. Reconhecimento e Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira..... 12
1.2. Custos de Transação na Execução da Sentença Arbitral..... 17
1.2.1. Panorama dos Custos de Transação..... 17
1.2.2. Custos de Transação: uma (possível) definição..... 20
1.2.3. Custos de Transação Aplicados..... 22

PARTE 2 – COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO..... 24
2.1. A Estratégia sob o Enfoque da Análise Econômica do Direito..... 24
2.1.1. Quadrantes do Jogo..... 25
2.1.2. O Plano de Guerra choca-se com as variáveis..... 37
2.2. A Estratégia em Bases Pragmáticas: um recuo da Grécia à China..... 41
2.2.1. Com os olhos fixos no ideal: Grécia..... 43
2.2.2. Apoiando-se nas propensões: China..... 50

CONCLUSÃO..... 58

REFERÊNCIAS..... 62

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma técnica jurídica de solução de conflitos fora do âmbito do juízo estatal, por meio da qual as partes decidem (convenção de arbitragem) submeter o litígio à decisão de uma ou mais pessoas (árbitro ou árbitros), e a essa decisão (sentença arbitral) se vincularem. Ou seja, são as partes da controvérsia que escolhem quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles poder e a autoridade para proferir tal decisão.

De um modo geral, dois grupos de procedimentos judiciais não podem ser submetidos à arbitragem. De um lado, questões que tratam de interesse público, tal como crimes, antitruste, capacidade civil e direito de família. Do outro lado, sistemas jurídicos tendem a afastar a arbitrabilidade de questões envolvendo partes hipossuficientes, tal como relações de trabalho, de consumo e de aluguel[1].

A arbitragem é um procedimento consensual. Ninguém pode ser obrigado a se submeter a ela se assim não houver acordado. Esse acordo é realizado por meio de uma convenção de arbitragem, que se divide em dois grupos. De um lado, tem-se aquele acordo realizado previamente ao surgimento de um conflito, no qual as partes decidem que eventual controvérsia será submetida a um procedimento arbitral, afastando a competência do juízo estatal (a cláusula arbitral, ou *arbitration agreement).* É geralmente inserido no âmbito de acordos negociais (LEMES, 2006, p. 137 e seq).

De outro lado, tem-se o pacto celebrado após a instauração de um conflito, que pode ter sido precedido ou não de uma cláusula arbitral, mediante o qual as partes decidem instaurar o procedimento arbitral, modelando sua estrutura e funcionamento (o compromisso arbitral, ou *submission agreement*) (MARTINS, 2006, passim).

Vale dizer que o pacto da convenção de arbitragem é uma verdadeira renúncia ao juízo estatal, um impedimento processual, podendo ser revogada apenas por comum

[1] Vide, nesse sentido, CÂMARA, 2009, p. 16. No Direito Brasileiro, a Lei de Arbitragem não revogou o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, que comina de nulidade as cláusulas contratuais que prevejam a utilização compulsória da arbitragem. Apesar disso, a arbitragem não está inteiramente afastada das relações de consumo. Deve-se interpretar o disposto no art. 51, VII, do CDC como uma proibição à cláusula compromissória. Significa isso dizer que não se pode, em contratos de consumo, estabelecer que a arbitragem será empregada como meio de resolução de conflitos que venham a surgir entre as partes. Nada impede, porém, a celebração de compromisso arbitral entre consumidor e fornecedor, convencionando-se a solução arbitral de conflito já existente.

acordo entre as partes. Desta forma, se uma das partes levar o caso ao juízo estatal a despeito da existência de uma convenção de arbitragem, o resultado deverá ser a extinção do processo sem resolução do mérito[2].

No Brasil, a arbitragem foi regulamentada pela Lei 9.397/96, a Lei de Arbitragem, dando eficiência e segurança ao instituto. Até a promulgação da Lei de Arbitragem, uma parte que houvesse celebrado uma convenção de arbitragem não estava obrigada a se submeter ao juízo estatal, ficando a seu critério levar ou não o conflito ao juízo estatal. A Lei de Arbitragem veio corrigir essa questão. Aquele que celebra uma convenção de arbitragem, desde que guardados os elementos de validade, estará necessariamente vinculado à arbitragem.

Não há dúvidas de que hoje o Brasil está muito bem inserido na prática global da arbitragem, representando um dos países com maior volume de processos na Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (CCI), maior organização de comércio em nível mundial. A arbitragem tem se mostrado uma alternativa atraente para se fugir dos custos elevados que tende incorrer quando se leva um conflito ao juízo estatal[3], principalmente por fatores como celeridade, expertise e imparcialidade dos árbitros, flexibilidade dos procedimentos, possibilidade de escolha de normas aplicáveis[4], a confidencialidade (TIMM / JOBIM, 2007, p. 81 et seq). Num mundo guiado pela racionalidade econômica, a arbitragem, se comparada *vis a vis* ao juízo estatal, tende a ser uma boa saída, e por tal motivo tem sido amplamente utilizada mundo afora (MACHADO, 2009, p. 53).

Por outro lado, não se deve considerar a arbitragem uma panaceia, uma cura para todos os males. A arbitragem não é para todos os casos, mas para casos específicos. Ainda que tenda a otimizar os custos de transação, é um procedimento caro e, por vezes, complexo. Na arbitragem internacional, há certa vulnerabilidade a pressões de grandes firmas de advocacia. De regra, o juízo arbitral não tem poder mandamental, ou seja, eventual tutela antecipada ou medida cautelar requer postulação em juízo estatal

[2] Art. 267, VII, CPC, conforme redação dada pela Lei de Arbitragem.
[3] De acordo com Giobanni Iudica "It is a fact that nowadays the most important international disputes in which the biggest multinationals are involved hardly ever end up before national judge". (IUDICA, 2009).
[4] Sobre a escolha de lei aplicável, afirma Galgano que "desde hace tiempo el arbitraje internacional presenta uma tendência que se resume en la feliz metáfora del "*shopping*" del derecho. Las partes adoptan, com la cláusula compromissória, el derecho de um tercer Estado, que no tiene ningún punto de contacto com la nacionalidade de las partes. Es la elección de la llamada 'ley neutra'." (GALGANO, 2005, p. 96)

(RANZOLIN, 2012). Ou seja, há fatores que podem fazer da arbitragem um procedimento custoso[5] e, por vezes, mal sucedido. Mas, dos fatores que compõem o calcanhar de Aquiles da arbitragem, um ganha especial relevância: a execução da sentença arbitral[6].

Na arbitragem inexiste a fase de cumprimento de sentença: a sentença arbitral não é autoexecutável. Para execução do laudo arbitral, é necessário que se leve o título ao juízo estatal para que conceda a pretensão executória, não sendo tal circunstância de pouca relevância. Deve-se lembrar que, nos polos que compõem a relação arbitral, podem figurar partes situadas em distintos países, e, consequentemente, em diferentes sistemas jurídico-econômico-culturais. Se por um lado a arbitragem tende a amenizar as diferenças entre as partes, a execução da sentença arbitral pode exigir uma aventura em solo estrangeiro. Essa questão foi bem capturada pela pesquisa desenvolvida em 2008 pela Pricewaterhousecoopers (PWC, 2008), na qual empresas de todo o mundo foram entrevistadas sobre as práticas da arbitragem internacional:

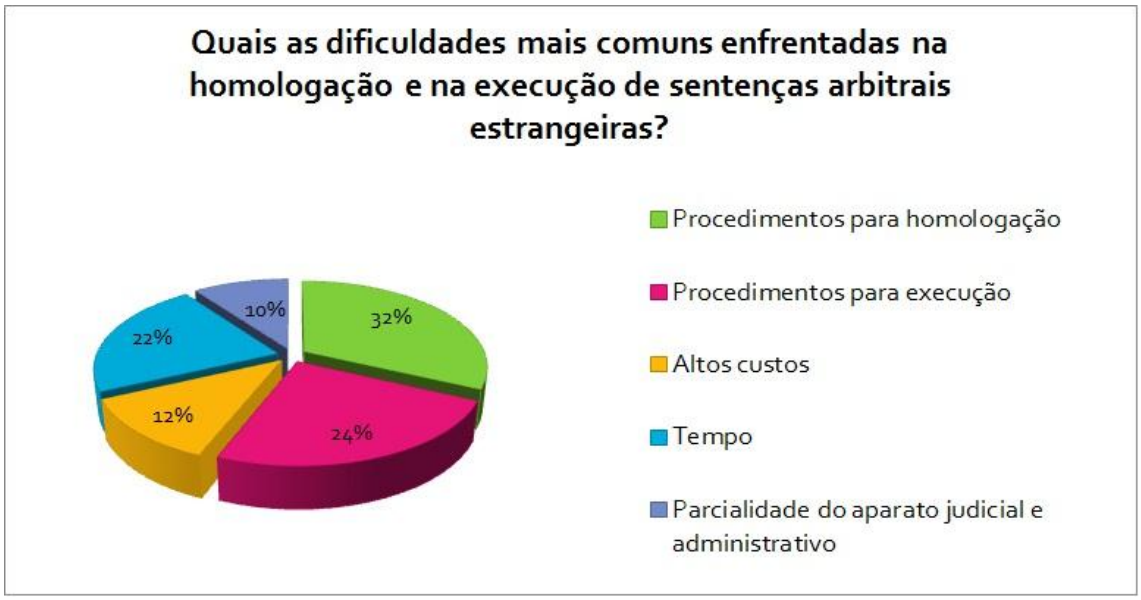

Figura 1: PWC (2008)

Por ser um procedimento geralmente conduzido no âmbito de relações comerciais, e por isso mesmo não guardar um conteúdo de beligerância tão acentuado

[5] A preocupação com os custos da arbitragem incentivou estudo elaborado pela Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio intitulado "Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration – Report from the ICC Commission on Arbitration".

[6] Conforme se demonstrará ao longo do estudo, a problemática da execução da sentença arbitral ganha especial relevância nas relações arbitrais internacionais, em que as partes estão situadas em diferentes sistemas jurídicos.

quanto o procedimento em foro estatal, o acordo e o cumprimento voluntário da sentença arbitral são a regra. A pesquisa da PWC revelou que os acordos tendem a ocorrer antes da primeira audiência (43%), após a primeira audiência (31%), ou após a sentença arbitral (26%).

Mesmo nos casos em que há condenação por sentença, a parte sucumbente tende a cumprir voluntariamente a sentença atendendo a interesse de preservação da relação negocial e da reputação da empresa frente ao mercado. Por este mesmo motivo, outra realidade frequente é a celebração de acordo após a sentença arbitral, com as partes preferindo transigir a forçar ou sofrer a execução da sentença. Na pesquisa da PWC, 84% dos entrevistados afirmaram que a parte adversária cumpriu voluntariamente a sentença arbitral, na sua integralidade, em mais de 76% dos casos. Os acordos após a sentença arbitral também são comuns. As razões para celebração de acordos nessa etapa são redução de custos (33%), redução do tempo (23%), preocupações com o possível local de execução da sentença (19%), necessidade de pronto pagamento (16%), e preservação da relação negocial (9%).

Tais questões preliminares servem para demonstrar o amplo espaço a ser explorado pelas partes envolvidas em um procedimento arbitral (os *players*). Desde a instauração do conflito até a execução da sentença arbitral, há um universo de possibilidades e de fatores que podem ser trabalhados para que o resultado seja o mais desejável. A questão que se coloca é a seguinte: como estabelecer um comportamento estratégico que guie o *player* em cada passo do procedimento arbitral? Ou, dito de outro modo, qual o melhor resultado que se pode obter de uma disputa arbitral? Pois se a execução da sentença arbitral tende a ser um complicador na realização dos resultados, e se a celebração de acordos é tão comum tanto antes quanto depois da prolação da sentença arbitral, há uma questão importante a ser explorada tanto pela parte vencedora quanto pela parte sucumbente: qual é, e como atingir, o melhor resultado econômico possível?

Para tentar encontrar critérios que norteiem as tomadas de decisões e, via reflexa, favoreçam a prática de negociações eficientes, o presente estudo buscará fazer um mapeamento dos custos de transação envolvidos na execução da sentença arbitral (Parte 1), para então passar à pesquisa de possíveis comportamentos estratégicos (Parte 2).

Na parte 1, o foco será os procedimentos específicos para a execução da sentença arbitral doméstica e para o reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil. Essa análise deverá dar suporte para a análise dos custos de transação aplicados à execução da sentença arbitral, o que será de fundamental importância para a compreensão do comportamento estratégico explorado no presente estudo.

Na parte 2, partindo de uma definição de custos de transação, o estudo se inspira na Teoria dos Jogos para formular critérios de maximização de resultados, apoiando-se na lógica econômica subjacente à relação arbitral. Encontra-se verdadeira fórmula matemática capaz de desmistificar alguns fenômenos e trazer a racionalidade econômica para a concretude das negociações.

Feito isso, a pesquisa avança para explorar as próprias limitações do modelo proposto, verificando que a fórmula (e as fórmulas, de um modo geral)) tende a perder de vista a subjetividade da relação (as variáveis), comprometendo a atuação estratégica do *player*. Quantificação de custos e cotejo com elementos subjetivos de ordem individual aparecem como dificuldades aparentemente insolúveis ao estrategista apoiado em modelos matemáticos. É por isso que, nesse ponto, a pesquisa se depara com o seguinte problema: é possível levar a estratégia para além do campo das fórmulas, isso é, para além da lógica cartesiana?

Buscando respostas a essa questão, abre-se o ângulo do estudo para uma análise das bases pragmáticas da estratégia, isso é, da relação do homem (*player*) com o signo (estratégia). Pretende-se promover essa análise por meio de um diálogo entre a cultura ocidental (herdeira do pensamento grego antigo) e o pensamento milenar chinês, contrapondo as noções de eficácia (estratégia) presentes em cada tradição. Com uma lente grande-angular, e variando a distância focal entre o ocidente e a China, buscar-se-á dar os primeiros passos para uma análise dos fundamentos filosóficos da estratégia, estudo que promete revelar alguns aspectos condicionantes e condicionados do pensar e do agir humano, e que se refletem no objeto do presente estudo: a execução da sentença arbitral.

O estudo do pensamento estratégico chinês se revela especialmente oportuno por dois motivos. *De um*, pelo fato da execução da sentença arbitral se dar frequentemente em foros estrangeiros, e, cada vez mais, em bandas orientais, sendo a China uma cultura

milenar em crescente ascensão econômica e com grande representatividade no cenário mundial. Portanto, uma noção das sutilezas do *pensar* e do *agir* chinês pode ser de grande valia para o *player* engajado em uma negociação em foros orientais.

De dois, o pensamento milenar chinês, notadamente no campo da estratégia, partiu de bases filosóficas radicalmente distintas daquelas adotadas pela cultura ocidental e, por isso mesmo, parece criar um contraste capaz de revelar o ocidente para ele mesmo - suas capacidades e limitações. Nas palavras do filósofo Ernildo Stein, "pensar é pensar a diferença" (2006). A partir dessa afirmação, serão contrapostas a estratégia do martelo (ocidente) e a estratégia da água (China), a eficácia da ação, e a eficácia da transformação, a persuasão, e a manipulação[7].

A pesquisa chega a uma conclusão final e a uma conclusão parcial. . Primeiramente, conclui-se que a fórmula proposta pode ser de grande auxílio na tomada de decisão dos *players*, revelando aquilo que seria o acordo ideal, bem como servindo de elemento de racionalização econômica nas negociações.

Por segundo, como conclusão parcial, dão-se os primeiros passos para uma compreensão de que a cultura ocidental parece estar demasiadamente apegada às fórmulas e às metas (em uma palavra, aos *modelos*), fenômeno que, se de um lado, auxilia no desenvolvimento no campo da produção (*techné*), de outro, parece estar limitando a gestão de situações e de pessoas (*práxis*). Esse apego se explica por um processo de clivagem do pensamento ocidental a partir da tradição platônica, responsável por uma dualização (corpo e alma) que desbordou em uma idealização do real, e que desde então foi sendo absorvida e inserida no núcleo do pensar ocidental. Essa característica do nosso pensar [agir] fica mais visível quando justaposta com o pensamento chinês, que não construiu um mundo de formas ideais, como arquétipos ou puras essências, mas compreende o real como um processo, regulado e contínuo, decorrente da simples interação dos fatores em jogo (ao mesmo tempo opostos e complementares: os famosos *yin* e *yang)* (JULLIEN, 2009, p. 29). O desafio que se

[7] Nas palavras do filósofo francês François Jullien, "[p]ersuasão ou manipulação se erigem em alternativas para a conduta: ou fazemos diretamente pressão sobre outrem pela palavra, simultaneamente mostrando e demonstrando, colocando-a 'ante seus olhos' graças à veemência da oratória, ao mesmo tempo em que nos apegamos à necessidade exigida pelo raciocínio [...]; ou operamos sobre a situação para atingir indiretamente o adversário, orientando-o progressivamente de tal maneira que, sem nos descobrir, e pelo simples efeitos do que está implicado, ela envolva o outro e o desarme"(JULLIEN, 2009).

impõe é dar início a um diálogo que reverbere para além das fronteiras do presente estudo, para que, futuramente, possa retornar como um eco trazendo respostas ao espírito especulativo, e, talvez, encontrar aplicação na execução da sentença arbitral.

A primeira parte deste trabalho é fruto de duas pesquisas científicas apresentadas em 2009 e 2010 no Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFRGS, respectivamente, "*A Arbitragem como Instrumento de Manutenção das Relações Negociais*", pesquisa agraciada com o prêmio "Destaque", e "*Comportamento Estratégico na Execução de Sentenças Arbitrais*", ambas de orientação da Profa. Dra. Vera Maria Jacob de Fradera.

1. MAPEAMENTO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Para encontrar coordenadas estratégicas, o estudo pretende mapear os custos de transação envolvidos na execução da sentença arbitral. Para tanto, utiliza o sistema jurídico brasileiro como referência para analisar os procedimentos relativos à execução da sentença arbitral doméstica e o reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira. Ainda que o comportamento estratégico proposto se pretenda aplicável à execução também em foros estrangeiros, a delimitação do estudo ao sistema brasileiro servirá para a compreensão do modo pelo qual o ambiente institucional afeta os custos e as decisões dos *player*s.

1.1. DO CONFLITO AO RESULTADO: A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Se por um lado a arbitragem tem se demonstrado como uma alternativa ao judiciário como um meio de solução de conflitos célere, especializado e sigiloso, o juízo arbitral, via de regra, não possui poder mandamental, o que significa dizer que a sentença arbitral deverá ser executada em foro estatal. A seguir serão analisados sucintamente os procedimentos para a execução da sentença arbitral doméstica e para o reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil.

1.1.1. A Execução da Sentença Arbitral Doméstica

O transito em julgado da sentença arbitral, além de resultar na extinção da relação processual e da resolução do litígio, esgota os poderes dos árbitros, fazendo a sentença de mérito coisa julgada material entre as partes. Por esta razão, o mérito da sentença proferida pelo juízo arbitral não poderá ser revisto pelo Judiciário, cabendo ao juízo estatal apenas o controle da regularidade formal da sentença arbitral. No direito Brasileiro, o artigo 475-N IV do Código de Processo Civil Brasileiro reconhece sentenças arbitrais como títulos executivos judiciais, possuindo os mesmos efeitos de uma sentença judicial que já tenha feito coisa julgada.

Até 22 de dezembro de 2005, todas as execuções de obrigações para pagamento de quantia fundada em títulos executivos judiciais se davam em processo independentes, mediante a instauração de uma nova relação processual, incluindo nova citação do executado, bem como todos os entraves inerentes ao processo executivo

tradicional. Considerando que a via executiva em procedimento apartado tendia a protelar mais facilmente o efeito satisfativo buscado na execução, procurou-se trazer maior celeridade e, principalmente, efetividade para o desfecho dos litígios (ALVIM, 2006).

Com a reforma do Código de Processo Civil operada pela lei. Nº 11.232/05, a sentença condenatória de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa, em vez de ser objeto de ação de execução, em processo apartado, passou a sê-lo simples pedido de cumprimento, conforme os arts. 461 e 461-A do CPC, e a sentença condenatória de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos do Capítulo X do Título VIII do Livro I, ambos como um prolongamento do processo de conhecimento. Desta forma, apenas os títulos executivos *extrajudicias* (art. 585, CPC) continuam a ensejar ação de execução (art. 580, CPC) e defesa por meio de embargos do devedor (ALVIM, 2006). Em todos os demais casos, tratar-se-á de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L CPC).

Contudo, esse avanço legislativo deve ser aplicado às sentenças arbitrais com uma pequena distinção. Isso porque, mesmo sendo títulos executivos judiciais (CPC, art. 475-N, IV), as sentenças arbitrais não são proferidas por órgãos do Poder Judiciário, mas por um ente externo (árbitros), desprovido de poder de coerção. Desta forma, a sua execução não se dará em continuidade ao processo de conhecimento, cujo trânsito em julgado da sentença extinguiu, mas em demanda executiva perante o juízo estatal. Ou seja, a execução da sentença arbitral deverá ser requerida por meio de um processo independente, mediante petição inicial, e não por simples requerimento. Não há, portanto, como negar a constituição de uma nova relação processual na execução da sentença arbitral (ALVIM, 2006).

Estabelece o inciso III do art. 475-P do CPC que *"...o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira."*

Iniciado o cumprimento da sentença arbitral, o juiz promoverá a citação do executado para que, no prazo de 15 dias, efetue o pagamento do montante da condenação. Não sendo efetuado o pagamento do valor devido, o valor da condenação será acrescido de multa de 10% e, a requerimento do credor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J, *caput*).

Do auto de penhora e avaliação o executado será imediatamente intimado na pessoa de seu advogado ou, na ausência deste, na pessoa de seu representante legal ou até mesmo pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação no prazo de 15 dias (CPC, art. 475-J, §1º).

O prazo para a apresentação da impugnação se iniciará após o executado ter sido intimado da penhora, ou seja, após a publicação do ato de intimação da penhora, ou da juntada aos autos do mandado ou do aviso de recebimento, caso a intimação tenha sido feita por mandado ou pelo correio (CPC, art. 241).

Em regra, a impugnação não terá efeito suspensivo, ao contrário dos antigos embargos à execução fundada em sentença. Contudo, poderá o juiz atribuir "...*tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação*" (CPC, art. 475-M, *caput*). Mesmo atribuindo efeito suspensivo à impugnação, o exequente poderá requerer o prosseguimento da execução, mediante o oferecimento de caução suficiente e idônea (CPC, art. 475-M, §1º). Prescreve o "novo" art. 475-L do CPC que:

> **Art. 475-L**. A impugnação somente poderá versar sobre:
>
> **I** – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
>
> **II** – inexigibilidade do título;
>
> **III** – penhora incorreta ou avaliação errônea;
>
> **IV** – ilegitimidade das partes;
>
> **V** – excesso de execução;
>
> **VI** – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente á sentença.
>
> **§1º** Para efeito do disposto no inciso II do caput desde artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato

> normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal incompatíveis com a Constituição Federal.
>
> **§2º** Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quanti superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Conforme se verifica, a lei prevê um rol taxativo e restrito de matérias que podem ser alegadas em sede de impugnação. Dentre essas matérias, pode-se dizer que a que guarda maior relação com o objeto do presente estudo é a inexigibilidade do título (art. 475-L, II, CPC), cabendo uma breve análise das causas de nulidade do título executivo arbitral. Conforme previsto nos incisos I a VIII do art. 32 da LA, o título arbitral pode ser nulo nas seguintes hipóteses (CÂMARA, 2009, p. 130 et seq):

a) **Nulidade do compromisso arbitral (inciso I)**: pode ser nulo pelas mesmas causas que levam à nulidade do negócio jurídico em geral (art. 166 do Código Civil). Ademais, é nulo o compromisso arbitral a que faltar qualquer das cláusulas obrigatórias, enumeradas no art. 10, incisos I a IV, da Lei de Arbitragem;
b) **Laudo proferido por quem não podia ser árbitro (inciso II)**: o árbitro deve ser civilmente capaz e alfabetizado, devendo ainda conhecer o direito pátrio. Sentença proferida por quem não preencha algum destes requisitos deve ser considerada nula. Note-se ainda que, tendo alguma das partes oferecido, no curso do processo arbitral, exceção de impedimento ou de suspeição do árbitro, e tendo essa sido rejeitada, nada impede que a questão possa ser suscitada em demanda de nulidade do laudo;
c) **Laudo que não contém os elementos essenciais (inciso III)**: entende-se como elementos essenciais o relatório, a fundamentação, o dispositivo, a indicação da data e lugar da prolação e assinatura do árbitro;
d) **Laudo extra ou *ultra petita*, isto é, proferido "fora dos limites da convenção de arbitragem" (inciso IV)**: incidem aqui as mesmas consequências aplicáveis a sentenças judiciais eivadas desse vício, de modo que o laudo *extra petita* é inválido por completo. Já o laudo *ultra petita*, apesar do texto do art. 32, §2º, II, da Lei de Arbitragem, deverá ser invalidado

por completo apenas se não for possível se destacar a parte excedente daquilo que se tinha estabelecido como limite da decisão;

e) **Laudo *citra* petita, ou seja, que não decide "todo o litígio submetido à arbitragem" (inciso V)**: assim como o laudo ultra petita, o laudo citra petita é inválido por completo;

f) **Proferido por prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro (inciso VI)**: assim como para sentenças judiciais, trata-se de hipótese de rescindibilidade (art. 485, I, do CPC). Não é necessário para a invalidação do laudo arbitral que o árbitro tenha sido condenado em processo penal pela prática do crime, sendo possível sua comprovação no próprio processo civil;

g) **Laudo proferido fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III da Lei (inciso VII)**: segundo o art. 12, III, da Lei de Arbitragem, expirado o prazo fixado para a apresentação do laudo, deve a parte interessada notificar o árbitro (judicial ou extrajudicialmente) para que, no prazo de dez dias, prolate e apresente a decisão. Somente o laudo que é prolatado após o decurso deste prazo é que deve ser considerado inválido;

h) **Proferido sem que tenham sido respeitados os princípios gerais do processo arbitral, enumerados no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem (inciso VIII)**: trata-se do princípio do contraditório, isonomia, imparcialidade e persuasão racional.

Além do mais, será inexigível a sentença arbitral a que a lei não reconheça como título executivo judicial. É o caso das sentenças arbitrais estrangeiras, às quais é exigido o prévio reconhecimento e homologação pelo órgão competente para que tenham eficácia de título executivo judicial (art. 35 da Lei de Arbitragem). O procedimento de reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil e as hipóteses de indeferimento serão objeto de análise do próximo tópico.

1.1.2. Reconhecimento e Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

O procedimento para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras é realizado no Brasil observando os dispositivos do Capítulo VI da Lei de Arbitragem Brasileira. O parágrafo único do artigo 34 define sentença estrangeira como "uma sentença proferida fora do território nacional". Salienta Carmona (2009, p. 350) que:

> A sentença arbitral proferida no território brasileiro, mesmo que os árbitros possam tratar de uma questão relacionada a comércio internacional que compreenda diversos outros sistemas legais, será nacional; a sentença arbitral proferida fora do território nacional, mesmo envolvendo partes brasileiras, dirimindo controvérsias de um contrato assinado no Brasil e para ser cumprido no território brasileiro, será estrangeira.

Além disso, nos termos do art. 34 da Lei de Arbitragem, "a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei".

Em 2002 o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958 para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (a Convenção de Nova Iorque). A Convenção de Nova Iorque é o resultado de um esforço bem sucedido de diversas nações em criar um instrumento que conferisse, ao mesmo tempo, segurança, eficiência e praticidade na execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em sua redação original, o art. 35 da Lei de Arbitragem estabelecia que, para se tornar efetiva no Brasil, uma sentença arbitral estrangeira deveria ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal, obtendo-se o *exequatur*, verdadeiro requisito para a execução. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, veio a alterar os artigos 102 e 105 da Constituição Brasileira, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça a competência para a "homologação de sentenças estrangeiras" (OZI, 2010, p. 63). Com o fito de compor a nova esfera de competência atribuída ao STJ, a Presidência desse Tribunal encaminhou, em 4 de maio de 2005, *ad referendum* à sessão plenária do Tribunal, a Resolução 9/2005, que regula, em bases transitórias, o processamento de cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangerias (doravante "Resolução 9").

Prevê o artigo 36 da Lei de Arbitragem que "*aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil*". Tratam tais artigos do CPC do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras. Ou seja, a Lei brasileira equipara a sentença arbitral estrangeira à sentença judicial estrangeira.

Há discussão, no Brasil, quanto ao fato das disposições que igualem esses dois tipos de sentenças contrariarem o artigo III da Convenção de Nova York, que estabelece que não devem ser impostas condições mais rigorosas ou custosas para a execução da sentenças arbitral estrangeria àquelas impostas à sentença nacional.[8] É uma questão bastante relevante, uma vez que os procedimentos de reconhecimento e homologação impostos às sentenças estrangeiras levam em média de 12 a 15 meses, gerando um ônus expressivamente maior se comparada à execução de sentenças domésticas (OZI, 2009, p. 65).

É fato que diversos países estão flexibilizando a necessidade de obtenção de *exequatur* para a execução da sentença arbitral estrangeira, gradativamente igualando o tratamento desse tipo de sentença com a sentença nacional. Em que pese essa possa ser a tendência, de acordo com os termos do artigo III da Convenção, cada Estado Contratante está livre para reconhecer sentenças arbitrais conforme suas normas procedimentais próprias.

O art. 37 da Lei de Arbitragem prevê as condições formais que devem ser atendidas e os documentos que devem ser apresentados para o ajuizamento de um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeria, refletindo a redação do artigo IV da Convenção de Nova York:

> **Art. 37.** A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:
>
> I – o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;
>
> II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

[8] No redação original da Convenção de Nova Iorque: "Article III – Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral award to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards."

Note-se que o art. 1, § único, da Resolução 9, suspendeu o pagamento de qualquer despesa relacionada à homologação de sentenças estrangeiras no Brasil. Adicionalmente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que nenhuma caução ou garantia deve ser prestada no procedimento para o reconhecimento e execução de sentenças estrangerias no Brasil.

Os artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem estabelecem os motivos para o indeferimento do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, compreendendo todas as hipóteses previstas no artigo V da Convenção de Nova York, sendo eles (CARMONA, 2009, p. 371 et seq; CÂMARA, 2009, p. 148):

a) **existência e validade da convenção de arbitragem**[9]: sob a égide do princípio da autonomia da vontade das partes, o exame de validade da convenção de arbitragem deve ter como base a lei do lugar escolhida pelas partes, e na ausência da escolha da lei, a lei do lugar em que a sentença for proferida, correspondendo à interpretação majoritária em relação ao artigo V(1) (a) da Convenção;
b) **violação do princípio do contraditório e da ampla defesa**: o exame dessa questão deve levar em conta dois elementos, (i) se houve adequada notificação do procedimento ao réu, e (ii) se houve exercício válido e eficaz de seus direitos de defesa;
c) sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem: salvo em caso de laudo arbitral ultra petita, quando for possível destacar a parte do laudo que excedeu os limites fixados pela convenção de arbitragem, deverá o juiz fazer a redução necessária;
d) **srocedimento ou composição irregular do tribunal**: trata da instituição correta do tribunal arbitral quanto à forma, o número de árbitros e sua qualificação;
e) **sentença arbitral ainda não se tenha tornado obrigatória ou tenha sido suspensa ou anulada**: a força obrigatória da sentença deve ser determinada

[9] No caso Láiglon S/A contra a Têxtil União S/A, o STJ decidiu com base no art. 38, I, da Lei de Arbitragem, e no art. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque que, uma vez que o devedor ajuizou uma defesa em um procedimento de arbitragem sem questionar a validade e existência do acordo de arbitragem, considera-se que ele aceitou tacitamente o acordo, mesmo sem assinar propriamente o contrato.

em todos os aspectos de acordo com a lei aplicável. No que diz respeito às sentenças indeferidas ou suspensas, a interpretação atual apresentada por Carmona é a de que, no primeiro caso, a produção de prova demonstrando o indeferimento será suficiente para negar o pedido de homologação, e no último caso, a suspensão ocorrerá a critério do Superior Tribunal de Justiça independentemente do reconhecimento efetivo, desde que os motivos para suspensão tenham sido indeferidos no país de origem;

f) **questão de conflito insuscetível de ser dirimido por arbitragem**: um tribunal estatal pode recusar o reconhecimento e execução se a questão não puder ser dirimida por arbitragem em seu próprio território;

g) **ordem pública**[10]: o conceito de ordem pública pode ser dividido em ordem pública nacional e internacional. Essa distinção tem como base a premissa de que o que compete à ordem pública em casos nacionais não é para ser considerado necessariamente como parte do escopo da ordem pública em casos internacionais. Desse modo, o âmbito da ordem pública em casos internacionais pode ser menor do que em casos nacionais (OZI, 2010, p. 76).

Há de ser dito que, ainda que denegado o reconhecimento da eficácia, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro por vícios formais, poderá a parte interessada intentar novamente demanda em que pretenda ver tal eficácia reconhecida, bastando para isto que esteja sanado o vício anteriormente existente. (CÂMARA, 2009, p. 150).

Diante dessa breve análise, verifica-se que a execução da sentença arbitral é um procedimento de não pouca complexidade, sobrevivendo ainda uma série de questões a serem trabalhadas pelo direito pátrio na busca de uma resposta segura e eficiente à execução das sentenças arbitrais. A complexidade dos procedimentos e certas zonas de penumbra são problemas enfrentados nos mais diversos sistemas jurídicos, fenômeno que clama por um comportamento estratégico na execução da sentença arbitral. O

[10] Sobre o tema, afirma a Profa. Dra. Vera Fradera que "[a]o dispor sobre os limites da autonomia das partes na eleição de regras de direito a serem aplicadas na arbitragem, o legislador pátrio silenciou a respeito dessa distinção. Acreditamos, contudo, que, à medida que os contratantes optarem pela arbitragem para solução de seus conflitos patrimoniais, a prática e as manifestações da doutrina irão contribuir para o deslinde de algumas dúvidas que todavia pairam sobre alguns dos termos inseridos no texto da recente lei nacional de arbitragem" (FRADERA, 2002). Para desenvolvimento do tema, conferir o pedido de homologação de sentença arbitral perante o STJ nº 349, caso Mitsubishi Electric Corporation vs. Ecadin Indústrias Amazônia S/A.

próximo capítulo abordará o modo pelo qual o ambiente institucional afeta os custos dos *players*, para então explorar os custos de transação incorridos pelas partes (vencedora e sucumbente) da relação arbitral.

1.2.CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Para a compreensão dos custos de transação incorridos pelos polos da relação arbitral, o presente capítulo parte de uma análise panorâmica do que pode ser compreendido por custos de transação, abordando a relação desses custos com o arranjo institucional, principalmente a partir das contribuições exponenciais de Ronald Coase. Considerando a amplitude do tema, e a dificuldade de se encontrar definições precisas, o segundo tópico aborda uma possível definição para os custos de transação, a partir dos estudos de Douglas Allen, definição que será essencial para a elaboração de coordenadas estratégicas propostas no presente estudo. Por fim, este capítulo aborda de forma prática os custos de transação incorridos pelas partes envolvidas na execução da sentença arbitral.

1.2.1. Panorama dos Custos de Transação

A escolha pela arbitragem como meio de solução de conflitos alternativo à via judicial tem sido atribuída pela doutrina ao interesse dos *players* na redução dos custos de transação. Ronald Coase introduziu a ideia de custos de transação no seu artigo "The Nature of the Firm" (COASE, 1937), referindo-os como os custos para a utilização do mecanismo de preço. Já no seu artigo "The Problem of the Social Cost", o autor dá uma ideia mais precisa do que seriam os custos de transação. Para ele, para um intercâmbio econômico:

> It is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many

> transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost[11]. (COASE, 1960).

Para ilustrar a exposição acima, considere-se que a empresa X pretende fabricar caminhões, mas não possui tecnologia para a fabricação da carroceria. Desta forma, decide contratar outra empresa para que o fabrique. De acordo com a teoria do mecanismo de preços, a empresa X lançaria no mercado o preço que estaria disposta a pagar (demanda), e outras empresas diriam o preço a partir do qual estariam dispostas a fabricar (oferta). Ou seja, o mercado se organizaria através de um modelo de "oferta e demanda". O que Coase percebeu foi que esse mecanismo não funcionava de modo lubrificado ("*smoothly*", nas suas palavras), mas que haveria custos para a sua utilização – custos de transação. Esses custos estariam associados à procura, negociação e gestão de intercâmbios econômicos.

Um exemplo clássico de custo de transação diz respeito ao custo para fazer valer o contrato. Isso é, quando se envolvem em uma relação contratual, os agentes consideram os custos para (i) monitorar o cumprimento das avenças (qualidade do produto, atingimento de metas, pagamento de parcelas, entre outros), e para (ii) garantir o cumprimento do contrato em caso de inadimplemento. Quanto maiores os custos envolvidos, menor o incentivo dos *players* para se vincularem no mercado a outros agentes (PUGLIESE / SALAMA, 2008, p. 6).

Nesse sentido se revela a importância da qualidade e eficiência dos mecanismos de resolução de disputas. Para o economista Armando Castelar Pinheiro, um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo (PINHEIRO, 2003).

Verifica-se aqui, portanto, a razão pela qual o juízo arbitral, muitas vezes, tem sido um mecanismo de resolução de conflitos mais vantajoso do que o juízo estatal: ao agregar vantagens como celeridade, expertise dos árbitros, imparcialidade e sigilo, a arbitragem tende a reduzir os custos de transação dos agentes, incentivando os

[11] "É necessário descobrir com quem se deseja negociar, informar as pessoas de que se deseja negociar e em que termos, conduzir negociações que conduzam a um acordo, elaborar o contrato, realizar a inspeção necessária para se assegurar de que o termos do contrato estão sendo observados, e assim por diante. Essas operações são muitas vezes extremamente custosas, suficientemente custosas a ponto de restringir operações que seriam realizadas em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos". (Tradução nossa)

intercâmbios econômicos no mercado[12]. Como se vê, a economia dos custos de transação tende a ditar a escolha racional dos agentes no mercado.

A lógica, entretanto, se inverte após a prolação da sentença arbitral. É que, para realizar o direito declarado no título executivo, os agentes devem incorrer em novos custos de transação, que poderão ser maiores ou menores, dependendo do contexto que circunda o processo, lembrando que a execução deverá ser feita perante juízo estatal, longe das benesses da via arbitral.

O objetivo das partes envolvidas na execução da sentença arbitral é apenas um: obtenção de riqueza. O exequente quer estabelecer um direito de propriedade; o executado, mantê-lo. A concretização desse objetivo, ou o esforço pela sua concretização, não ocorre por inércia, mas pela aplicação de uma força, e toda a força importa um custo. Em um mundo ideal, o exequente não teria qualquer custo para buscar a riqueza, e o executado não teria qualquer custo para mantê-la. Tal situação, por óbvio, seria não apenas absurda, mas fenomenologicamente impossível, uma vez que a riqueza ficaria presa entre duas órbitas impondo a mesma força, sem que a situação jamais fosse resolvida.

No mundo real, buscar uma riqueza é incorrer em custos, de modo que tanto maior será a riqueza quanto menor forem os custos. O custo consome a riqueza, e é dentro desse cenário que se justifica um comportamento estratégico, visando à maximização dos resultados. Se o que se busca é a riqueza, e a riqueza é inversamente proporcional aos custos, qualquer comportamento estratégico deverá passar necessariamente pela compreensão daquilo que ameaça o resultado, os custos. Em outras palavras, se o que leva os agentes a resolver seus conflitos por meio da arbitragem é a economia dos custos de transação, maior será o resultado quanto menor forem os custos de transação. Mas, afinal, o que são custos de transação?

Apesar de sua contribuição exponencial, Coase oferece apenas conceitos vagos, como custos envolvidos na utilização do mecanismo de preços, além de uma série de

[12] Sobre a economia dos custos de transação na arbitragem, ver MACHADO, Rafael Bicca. A Arbitragem Empresarial no Brasil – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor; VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Tempo é dinheiro: uma visão analítica econômico-financeira de custos e prazos de litígios; TIMM, Luciano Benetti. JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito.

exemplos que parecem sugerir que os custos de transação incidem apenas nas transações negociais[13]. Esse fenômeno foi muito bem capturado pela doutrina. "In the beginning Coase created transaction costs. His critics might continue: 'And the term was formless and void and darkness was over the surface of the term[14]'" (ALLEN, 1999, p. 895).

É o professor de economia da Universidade Simon Fraser, Douglas Allen, que observou com precisão os caminhos nebulosos por que percorreram os custos de transação para chegar até os dias atuais[15], empreendendo um esforço bem sucedido de sintetizar a evolução histórica e conceitual do termo, oferecendo ao fim uma definição própria, que será abaixo analisada e amplamente utilizada no presente estudo.

1.2.2. Custos de Transação: uma (possível) definição

Para Allen, os custos de transação estão intimamente relacionados ao direito de propriedade, sendo esse definido como:

> **Direito de Propriedade**: a possiblidade de livremente exercer uma escolha sobre um bem ou serviço.

Seguindo, o autor assevera que há uma relação umbilical entre direito de propriedade e riqueza. Para ele, dado que a transação é a transferência de direito de propriedade, não pode existir transação (e, portanto, ganhos a partir da transação) na ausência de direito de propriedade (ALLEN, 1999, p. 878).

Nesse sentido, entende-se que o direito de propriedade poderá ser mais ou menos definido, sendo maior a riqueza quanto mais definido o direito de propriedade. Portanto, os agentes preferem uma propriedade bem definida a uma pouco definida, porque eles preferem mais riqueza do que menos. Os agentes podem aumentar o seu poder de escolha sobre um bem ou serviço (i.e., seu direito de propriedade) de três maneiras:

---

[13] Williamson estudou como os custos de transação estão tanto no mercado quando na estrutura interna da firma. Nas palavras do autor, "Upon opening the "black box" of firm and Market organization and looking inside, the black box turned out to be Pandora's Box: positive costs were perceived to be everywhere" (TADELIS / WILLIAMSON, 2010)

[14] "No começo Coase criou os custos de transação. Seus críticos devem continuar: 'E o termo era amorfo e vazio e a escuridão pairou sobre a superfície do termo'". (Tradução Nossa)

[15] Nas palavras do autor, "Transaction costs. Do another two words exist in the economic lexicon that generate as much friction?" (ALLEN, 1999)

> [...] the individual may steal the good in question. Second, the individual may privatize a good that was preciously in the public domain. Finally, an individual may cooperate with other individuals with an agreement to divide the new wealth in some fashion[16] (ALLEN, 1999).

Ainda com Allen, quando os direitos de propriedade são perfeitos, por definição nenhum ladrão poderá tomar lugar e, portanto, nenhum esforço é necessário para proteger os direitos. Entretanto, quando os direitos de propriedade não estão perfeitamente estabelecidos, os agentes terão que empreender esforços para aumentar seus direitos de propriedade. Aonde há a oportunidade para um ladrão, haverá oportunidade para proteção.

Desta forma, sempre que o direito de propriedade não for perfeitamente definido, os agentes estarão em constante processo de manutenção do direito já existente e na tentativa de estabelecer novos direitos. Essa é justamente a ideia que conduz à definição de custos de transação para Allen (1999):

> **Custos de transação**: os custos envolvidos no estabelecimento e na manutenção de direitos de propriedade.

A partir dessa definição, dizer que uma situação possui um custo de transação zero significa dizer que o direito de propriedade está completo. De outro lado, quando o custo de transação é proibitivamente alto, importa dizer que o direito de propriedade não será mantido ou estabelecido, ou seja, o direito de propriedade é zero.

Interessante notar que o inverso não é necessariamente verdadeiro. Quando um direito de propriedade está completo, perfeito, poderá ocorrer duas hipóteses: ou o custo de transação será zero, ou se estará incorrendo em custo de transação para manter o direito de propriedade, simplesmente porque os benefícios do empreendimento superam os gastos. De outro lado, um agente pode incorrer em custos de transação sem que tenha qualquer direito de propriedade, simplesmente porque o benefício esperado do estabelecimento do direito supera os custos.

---

[16] "O indivíduo pode roubar o bem em questão. Segundo, o indivíduo privatizar o bem que era precioso no domínio público. Por fim, um indivíduo pode cooperar com outros indivíduos em um acordo para dividir a nova riqueza de alguma maneira" (Tradução nossa).

Essa breve definição será valiosa para a compreensão dos custos de transação aplicados à execução da sentença arbitral, correspondendo aos custos que a parte vencedora incorrerá para estabelecer um direito de propriedade (declarado na sentença arbitral), e a parte sucumbente para mantê-lo. O próximo capítulo cuidará de aprofundar essa questão.

1.2.3. Os custos de transação aplicados

Para Pinheiro (2003), a utilidade esperada de recorrer à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada. Desta forma, o professor do Instituto de Economia da UFRJ define que a utilidade de um mecanismo específico de resolução de conflitos, como o judiciário, é uma função do valor do direito em causa, dos custos envolvidos, da rapidez com que uma decisão é alcançada, da imparcialidade do julgador, da taxa de juros, e da previsibilidade das decisões e do tempo até que sejam alcançadas (PINHEIRO, 2003).

Ainda com Pinheiro, compreendemos que o custo esperado de recorrer ao judiciário não depende apenas das taxas pagas à justiça, mas também das despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa. Custas judiciais elevadas, advogados caros e um sistema com problemas de corrupção tendem a encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de disputas ou simplesmente a não iniciarem um litígio (PINHEIRO, 2003).

A probabilidade de êxito da execução é influenciada principalmente por três fatores: a higidez da sentença arbitral, a disposição do juízo estatal, e a disponibilidade de ativos da parte executada. Na pesquisa da PWC, 10% dos entrevistados apontaram a parcialidade do aparato judicial e administrativo como dificuldade mais comum enfrentada na homologação e na execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

O sigilo é um dos importantes fatores pelos quais as partes conflitantes podem optar pela resolução do conflito pela via arbitral. Ao contrário do juízo estatal, a arbitragem via de regra é sigilosa, o que garante a proteção de informações sensíveis à

concorrência, ao *know how*, e ao segredo industrial. Imagine-se que, quando as partes vão recorrer ao Poder Judiciário, vários atos surgem no decorrer do processo. Claramente, alguns fatos trazidos aos autos podem mostrar-se imensamente custosos se tornados públicos (TIMM / JOBIM, 2007, p. 92). Por não ser – via de regra - cercada pelo manto do sigilo, a execução da sentença arbitral pode representar um grande risco de "vazamento" de informações, verdadeiro custo de transação a ser considerado.

Na prática da arbitragem internacional existem as chamadas *black lists*, verdadeiros bancos de dados de empresas recalcitrantes ao cumprimento da sentença arbitral. A inscrição em uma *black list* tende a gerar uma desconfiança do mercado quanto a lealdade das práticas negociais da empresa, representando um custo para a parte sucumbente que não cumpre voluntariamente a sentença arbitral.

Por fim, uma questão interessante é a do (não) precedente ou "leading case" como diminuidor dos custos de transação (TIMM / JOBIM, 2007, p. 94). O sigilo, da mesma forma que protege informações sensíveis à empresa, também evita a criação de um precedente que enseje uma "enxurrada" de ações contra a empresa. É o que se verifica, por exemplo, nos Estados Unidos quanto às condenações de fabricante de tabaco.

> Da consequência, ou seja, do eventual risco de 'enxurrada de demandas' por parte dos supostos lesados, extraímos conclusão típica do pensamento norte-americano: seria prudente não existir um caso paradigmático sobre esse assunto. (TIMM / JOBIM, 2007, p. 94).

O que pretendeu se demonstrar até aqui foi apenas alguns exemplos dos fatores que podem incorporar os custos de transação para os polos da execução da sentença arbitral. Pode-se dizer que os custos de transação para a parte vencedora é o somatório dos custos incorridos para o estabelecimento do direito de propriedade: o custo de execução. E os custos de transação para a parte sucumbente é o somatório dos custos incorridos para a manutenção do direito de propriedade, hipótese em que não há cumprimento voluntário da sentença: o custo de recalcitrância. Essa análise será utilizada na Parte 2 do trabalho na busca de um comportamento estratégico na execução da sentença arbitral, tanto da parte vencedora quanto da parte sucumbente.

2. COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO

Partindo da análise dos custos de transação, o presente estudo propõe diretrizes de comportamento estratégico baseado na lógica econômica das relações, em uma tentativa de descontruir o fenômeno da execução da sentença arbitral. Dessa desconstrução surgem constatações que permitem a elaboração de uma fórmula capaz de revelar o valor do acordo ideal em cada situação, favorecendo a negociação e a tomada de decisão dos players engajados na execução da sentença arbitral. Feito isso, parte-se para uma análise das próprias limitações da fórmula proposta, explorando as suas capacidade e limitações.

Na segunda parte, amplia-se o foco da pesquisa para se analisar as bases pragmáticas da estratégia, para que do exame da relação do homem com o signo (ou do estrategista com a estratégia) se revelem possibilidades de estratégia. É o filósofo francês François Jullien[17] que fornece as bases para um diálogo entre o pensamento ocidental e o pensamento chinês da eficácia (estratégia). Sem pretensões de exaurir o tema, a análise propõe uma melhor compreensão do alcance do nosso modelo (ocidental) de estratégia, a partir de um olhar de "fora", apontando possíveis alternativas às dificuldades encontradas na aplicação da fórmula proposta no tópico anterior.

2.1. A ESTRATÉGIA SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nos capítulos abaixo, o estudo parte da Análise Econômica do Direito para melhor compreender os fenômenos relacionados à execução da sentença arbitral. Dessa análise se buscará um método que norteie a tomada de decisão dos *player* visando a otimização dos resultados. Ao fim, a pesquisa buscará avaliar o alcance e as limitações do próprio modelo proposto.

[17] François Jullien é professor na Universidade Paris VII, filósofo e sinólogo, especialista em China e Grécia antiga, autor de diversos livros que abordam as tradições ocidentais e chinesas, e atualmente é o presidente do Colégio Internacional de Filosofia, em Paris. Em 2010, Jullien ministrou palestra na UFRGS sobre as "*Transformações Silenciosas e o Diálogo Cultural entre Oriente e Ocidente"*.

2.1.1. Quadrantes do Jogo

Para estabelecer qualquer diretriz de comportamento estratégico, o presente estudo se apoia no conceito de custos de transação elaborado por Douglas Allen, acima analisado. Conforme visto, custo de transação tem uma relação íntima com o direito de propriedade, e pode ser entendido como o custo para manter ou estabelecer um direito de propriedade. Um direito de propriedade perfeitamente definido não demanda custo para a sua manutenção. De outro lado, uma propriedade pouco definida demandará custos menores ou maiores para a sua manutenção. Aqui se intui um dos papeis do direito na composição e coordenação da vida em sociedade: diminuir os custos de transação para a manutenção do direito de propriedade, o que equivale a aumentar os custos de transação para que terceiros estabeleçam direito de propriedade sobre determinado bem. Assim, por exemplo, o roubo é punido com prisão, verdadeiro custo de transação para o ladrão. Com esse custo de transação (prisão), o proprietário tem seus custos de transação diminuídos para a manutenção do direito de sua propriedade, e a sociedade ganha em coordenação.

Em outras circunstâncias, contudo, o direito deve coordenar a sociedade não pela manutenção do direito de propriedade, mas pela troca de titularidade do direito de propriedade. É o que ocorre, por exemplo, quando há um dano que deve ser reparado. Parte do patrimônio do agente causador do dano deverá ser transferida para o agente prejudicado, estabilizando-se a tensão criada. Para realizar essa transição, o Estado, por meio do direito, cria um elo entre o agente prejudicado e o bem do agente causador do dano, uma verdadeira ponte que diminui o custo de transação no estabelecimento do novo direito de propriedade. A questão fica mais clara pela ilustração abaixo:

Agente Causador do Dano Agente Prejudicado

No princípio, o direito de propriedade (representado por "$") estava perfeitamente definido para o agente causador do dano, e não havia qualquer custo para a sua manutenção. Após o evento danoso, sobreveio uma sentença judicial condenatória

reconhecendo o direito do agente prejudicado a um valor equivalente a "$". Neste momento, cria-se uma tensão na relação com o bem. O direito de propriedade já não está perfeitamente definido para o agente causador do dano, pois ele terá custos caso o agente prejudicado venha a executar a sentença judicial condenatória, podendo vir inclusive a perder o bem. O agente prejudicado, por sua vez, não possui direito de propriedade definido, mas seu custo de transação para o estabelecimento desse direito foi drasticamente diminuído, visto que conta com o impulso do aparato estatal para alcançar o bem.

Como se vê, não existe, na realidade, propriedade absoluta, apenas custos que determinam resultados. O direito de propriedade é uma dimensão concreta dos custos de transação em jogo: verdadeiros imãs que repelem ou atraem o direito de propriedade.

Nesse estágio, pode-se explorar um esboço de comportamento estratégico na execução da sentença arbitral, pois que se pode perceber que o custo de transação de cada parte (vencedora e sucumbente) irá condicionar seus comportamentos: se execução, ou se cumprimento voluntário. Nesse sentido, a parte sucumbente que estime um custo elevado de recalcitrância (inscrição em *blacklists*, por exemplo), estará mais disposta a cumprir voluntariamente a sentença arbitral do que aquela que estime um custo baixíssimo. Da mesma forma, a parte vencedora que preveja um custo de execução elevado, estará mais disposta a celebrar um acordo do que aquela que experimenta um custo diminuto. Dito isso, pode-se intuir padrões de comportamento das partes ligadas à sentença arbitral da seguinte maneira:

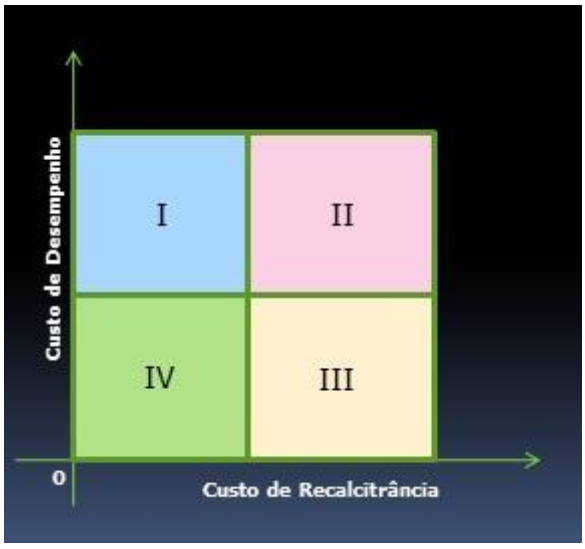

Figura 2: Elaborado pelo autor (2012)

No quadro acima, percebe-se quatro coordenadas de custos de transação. No eixo "x", está representado o custo de recalcitrância da parte sucumbente. Isso é, os custos que deverá experimentar caso não cumpra voluntariamente a sentença arbitral. No eixo "y", está representado o custo da parte vencedora para a execução da sentença arbitral, caso não haja cumprimento voluntário. Desta forma, pode-se estimar, com base nos custos de transação, os seguintes comportamentos:

Quadrante I (Parte Vencedora com custo de execução alto e Parte Sucumbente com custo de recalcitrância baixo): acordo entre 25% e 50% da condenação.

Quadrante II (Parte Vencedora com custo de execução alto e Parte Sucumbente com custo de recalcitrância alto): acordo entre 50% e 75% da condenação.

Quadrante III (Parte Vencedora com custo de execução baixo e Parte Sucumbente com custo de recalcitrância alto): acordo acima de 75% da condenação.

Quadrante IV (Parte Vencedora com custo de execução baixo e Parte Sucumbente com custo de recalcitrância baixo): execução.

No Quadrante I, por exemplo, a Parte Vencedora provavelmente preferirá executar a sentença arbitral a celebrar um acordo em um valor abaixo de 25% do valor da condenação, e a Parte Sucumbente provavelmente optará pela sucumbência ao invés de pagar um valor de acordo acima de 50% da condenação, seguindo a mesma lógica nos Quadrantes II, III e IV.

São apenas constatações iniciais, mas que permitem antever uma série de possibilidades para um comportamento estratégico. Revela-se, por exemplo, o papel da assimetria de informação, conceito que explica falha de mercado em que uma das partes envolvidas na negociação goza de mais informações (ou informações privilegiadas) em relação à outra, gerando um desequilíbrio na relação[18].

Para compreender a aplicação da assimetria de informação na condução da negociação dos *players*, tome-se a perspectiva da parte sucumbente que depara com a seguinte pergunta: será que devo pagar voluntariamente a sentença arbitral? Analisando

[18] Em 2001, o Prêmio Nobel de Economia foi concedido a George Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz em virtude do trabalho sobre a "análise dos mercados com assimetria de informação".

a situação concreta, vê-se acossada por um custo de recalcitrância elevado, em virtude, por exemplo, de prejuízos reputacionais que tenderão a deteriorar certas relações comerciais. Diante dessa situação, o diretor da empresa (doravante CEO - Chief Executive Officer) se apressa e determina o pagamento voluntário da sentença arbitral.

Entretanto, poderia se dar que o mesmo CEO percebesse que, na mesma situação concreta, a parte vencedora também está experimentando um custo elevado para a execução da sentença arbitral (assuma-se que por taxas elevadas e morosidade do aparato estatal). Diante dessa informação, o CEO se detém e capitula: se a parte vencedora também está experimentando um custo de transação elevado, é muito provável que aceitará celebrar um acordo, a fim de evitar as dificuldades da execução. Com os olhos voltados para o modelo acima exposto (Quadrante II), o CEO verificaria um potencial para a celebração de um acordo em um valor entre 50% e 75% da condenação, o que seria muito mais vantajoso do que o pagamento voluntário.

Percebe-se, portanto, o papel fundamental da informação no comportamento estratégico, informação tanto dos custos de transação próprios quanto dos custos de transação da parte adversária.

Adentrando um pouco mais no modelo proposto, não é difícil perceber que a estratégia não será determinada pelo custo de transação real, mas pelo custo de transação aparente. Pois a aptidão do adversário (aptidão como disponibilidade ou vontade) para celebrar um acordo será determinada pelo custo de transação que ele *pensa* incorrer, mas também pelo custo de transação que ele *pensa* incorrer a parte adversária. Esse pensar, entretanto, é uma tentativa mais ou menos bem sucedida de leitura da realidade, e como tal pode ser *manipulada*. Quando se lança o olhar para os custos de transação da parte adversária, as aparências são ao mesmo tempo caminho e obstáculo, ponte e portão. Pois a aparência é sempre uma projeção da realidade que pode ser mais ou menos desfigurada, mas da qual não podemos prescindir se quisermos compreender o que é posto. Verdadeiro jogo de véus.

Revela-se, portanto, outro aspecto interessante da assimetria de informação como elemento estratégico: a dissimulação. Pois que não importa tanto o custo de transação que a parte tem, mas o custo de transação que ela aparenta ter. No mesmo caso hipotético acima exposto, no qual a parte sucumbente possui um custo de recalcitrância alto, viu-se que, pela informação de que a parte vencedora também

possuía um custo de transação elevado, poder-se-ia cogitar de um acordo em um valor entre 50% e 75% da condenação, ao invés do pagamento voluntário. Entretanto, se a mesma parte sucumbente não deixasse "vazar a informação" ou transparecesse que o seu custo de transação era alto, seria possível propor um acordo nos moldes do Quadrante I (custo de execução alto e custo de desempenho baixo), atingindo um valor de acordo entre 25% e 50% da condenação. Ou seja, por não evidenciar seu custo de transação elevado, ou convencer a parte adversária de um custo de transação diminuto, seria possível considerar um acordo entre 25% e 50% da condenação, uma economia drástica em relação ao cumprimento voluntário.

O modelo proposto pelos quadrantes é oportuno para uma compreensão dos custos de transação e do importante papel desempenhado pela informação no desenvolvimento de um comportamento estratégico. Entretanto, tal modelo é demasiadamente abstrato e intuitivo, e carece de elementos tangíveis para uma aplicação prática. Convém, portanto, um aprofundamento do tema.

Tome-se uma sentença arbitral que condene a empresa A ao pagamento de $100 à empresa B, a título de indenização por perdas e danos. Nesse momento, criou-se uma fissura no direito de propriedade da empresa A, fissura da qual a empresa B poderá se valer para estabelecer um direito de propriedade, em prejuízo da empresa A. A situação fica representada da seguinte maneira:

Parte sucumbente Parte vencedora

Para estabelecer definitivamente o direito de propriedade sobre o bem, a parte vencedora deverá executar a sentença arbitral, e essa execução terá custos. Assuma-se que a parte vencedora incorrerá em um custo de $40 para executar a sentença arbitral (no valor $100). Nesse caso, seu ganho final será de $60. Diante disso, é razoável supor que a parte vencedora estaria disposta a celebrar qualquer acordo em valor acima de $60, pois não incorreria nos custos da execução, e seu ganho seria maior.

Do outro lado, suponha-se que a parte sucumbente experimente um custo de recalcitrância de $20, de modo que o resultado final da execução será o valor do bem executado mais o custo de recalcitrância: $120, portanto. Desta forma, pode-se supor que ela estaria disposta a celebrar qualquer acordo em valor abaixo de $120.

	Vencedor	**Sucumbente**
Custo de Transação	$40	$20
Resultado após Execução	$60	- $120

Diante desse cenário, impõe-se a pergunta: se a parte vencedora faria qualquer acordo acima de $60, e a parte perdedora faria qualquer acordo abaixo de $120, qual seria o acordo ideal (ótimo, no sentido de trazer maior vantagem para ambas as partes)? A parte vencedora deveria aceitar um acordo no valor de $70? Ou de $80? E a parte sucumbente, deveria pagar $100 (cumprir voluntariamente), ou um acordo de $90 seria razoável? Mas não seria demais pagar $90 quando a parte vencedora ganharia apenas $60 se executasse a sentença arbitral? Então porque não oferecer $70? Eis a questão.

Com efeito, não parece haver qualquer resposta óbvia para essa pergunta, e qualquer solução passará por uma resposta mais ou menos arbitrária, de acordo com o que se considera *ótimo* para a relação. Percebe-se, entretanto, que esse *ótimo* não poderá ser uma arbitrariedade de apenas uma parte, pois, do contrário, o conceito será unilateral e não servirá para compor um acordo entre as partes. Deve-se, portanto, buscar um conceito que possa ser aceito e aplicado tanto pela parte vencedora quanto pela parte sucumbente, de modo que ambos sintam-se em situação melhor do que a execução, mas sem que uma parte tenha "saído melhor" do que a outra.

Parece haver dois elementos em jogo aqui. *De um*, o acordo deverá trazer maximização de resultados, ganho econômico, diminuição do desperdício. Em uma palavra, eficiência econômica. *De dois*, o acordo deverá respeitar uma noção de justiça, de uma justiça que leve em consideração a posição original de cada agente, que iguale os resultados sem igualar as partes, pois cada um deverá sofrer o peso dos custos de transação que originalmente carregava. Caso contrário, seria igualar partes que originalmente não estavam em situações igualitárias, e o sentimento seria de injustiça. O que se busca, então, é igualar os resultados, e não as partes.

Tome-se o caso hipotético acima exposto, no qual a parte vencedora de uma sentença de $100 incorre em um custo de $ 40 para proceder com a execução, e a parte vencedora incorre em um custo de $20 para se defender da execução. Veja-se novamente o quadro ilustrativo:

Hipótese de **execução**	Vencedor	Sucumbente
Custo de Transação	$40	$20
Resultado após execução	$60	- $120

Como visto, a parte vencedora provavelmente estaria em uma posição melhor se aceitasse um acordo no valor de $70, pois se executasse a sentença, os custos de transação de $40 garantiriam um resultado de apenas $60. E a parte sucumbente, que iria pagar $120, no caso de acordo, pagaria apenas $70. Ou seja, pode-se aferir que a parte vencedora teve um ganho relativo (em relação à execução) de $10, pois na execução ganharia $60, e no acordo ganhou $70. Na mesma linha, verifica-se que a parte sucumbente teve um ganho relativo de $50, pois ao invés de pagar $120 na execução pagou apenas $70 no acordo. Veja-se da seguinte forma:

Hipótese de **acordo ($70)**	Vencedor	Sucumbente
Resultado em execução	$60	- $120
Resultado em acordo	$70	- $70
Ganho relativo	$10	$50

Resta claro que, neste caso, um acordo de $70, ainda que tenha garantido ganho à parte vencedora, favoreceu sobremaneira a parte sucumbente. Não seria razoável, portanto, que a parte vencedora aceitasse a celebração de um acordo como o exposto acima sem que, ao fim do dia, se sentisse prejudicada.

Proponha-se, então, outra hipótese. Imagine-se que as partes proponham um acordo no valor de $90. Neste caso, a parte vencedora, que iria receber $60 com a execução, recebe $90, e a parte sucumbente, que iria pagar $120 na execução, paga $90. Tem-se, portanto, um ganho relativo da parte vencedora de $30, e um ganho relativo da parte sucumbente também de $30.

Hipótese de **acordo ($90)**	Vencedor	Sucumbente
Resultado em execução	$60	- $120
Resultado em acordo	$90	- $90
Ganho relativo	$30	$30

Neste caso, tanto a parte vencedora quanto a parte sucumbente tiveram o mesmo ganho relativo, e o sentimento de justiça se concretizou. A eficiência da relação foi máxima, e cada parte "volta para casa" com o sentimento de ter lucrado, sem tirar proveito, sem ser explorado. A relação negocial foi preservada, não há prejuízos reputacionais no mercado, não há quebra de sigilo. Enfim, seria o desfecho economicamente mais desejável.

Pode-se daí, portanto, atingir o conceito: o acordo ideal deve igualar o ganho relativo das partes em relação à execução. Por ganho relativo, entenda-se a diferença entre o resultado do acordo e o resultado da execução, sendo o resultado da execução o valor do bem menos os custos de transação. Para simplificar, considere-se o seguinte:

$ = valor da sentença

CTv = Custo de transação da parte vencedora

CTs = Custo de transação da parte sucumbente

Vac = Valor do Acordo

Rex = Resultado da Execução para Parte Vencedora ($ - CTv)

Cex = Custo da Execução para a Parte Sucumbente ($ + CTs)

Gv = Ganho relativo da Parte Vencedora [Vac – ($ - CTv)]

Gs = Ganho relativo da Parte Sucumbente [($ + CTs) – Vac]

O que se busca é uma fórmula para o acordo ideal, que deve igualar o ganho relativo das partes em relação à execução. Iguala-se, portanto, o Ganho Relativo da Parte Vencedora (Gv) com o Ganho Relativo da Parte Sucumbente (Gs).

O Ganho Relativo da Parte Vencedora (Gv) é igual ao valor do acordo (Vac) menos o resultado da execução para a parte vencedora (Rex). Portanto, Gv = (Vac – Rex). Se "Rex" equivale ao valor do bem ($) menos os custos de transação da parte vencedora (CTv), então Rex = ($ - CTv). Em outras palavras, o ganho relativo da parte vencedora é igual ao valor do acordo menos o resultado da execução da parte vencedora, que é o valor do bem menos os custos de transação. Portanto, **Gv = Vac – ($ - CTv)**.

Veja-se novamente o quadro ilustrativo:

Valor do bem = $100	Vencedor	Sucumbente
Custo de Transação	$40	[●]
Resultado após execução	$60	[●]

Neste caso:

Hipótese de **acordo ($90)**	Vencedor	Sucumbente
Resultado em execução	$60 **($ - CTv)**	[●]
Resultado em acordo	$90 **(Vac)**	[●]
Ganho relativo	$30 ***[Gv = Va – ($ - CTv)]***	[●]

Já o Ganho Relativo da Parte Sucumbente (Gs) é igual ao valor do acordo (Vac) menos o custo da execução para a parte sucumbente (Cex). Portanto, Gv = (Vac – Cex). Se "Cex" equivale ao valor do bem ($) mais os custos de transação da parte sucumbnete (CTs), então Cex = ($ + CTs). Em palavras, o ganho relativo da parte sucumbente equivale ao valor do acordo menos o custo da execução da parte sucumbente, que equivale ao valor do bem mais os custos de transação. Portanto, **Gs = ($ + CTs) – Vac**.

No mesmo exemplo acima:

Valor do bem = $100	Vencedor	Sucumbente
Custo de Transação	[●]	$20
Custo da Execução	[●]	$120

Neste caso:

Hipótese de **acordo ($90)**	Vencedor	Sucumbente
Custo da execução	[●]	$120 **($ + CTs)**
Custo em acordo	[●]	$90 **(Vac)**
Ganho relativo	[●]	$30 ***[($ + CTp) – Vac]***

O que se busca é igualar o ganho relativo da parte vencedora (Gv) com o ganho relativo da parte sucumbente (Gs). Ou seja, (Gv = Gs). Tem-se, portanto, a seguinte fórmula:

$$Vac – (\$ - CTv)] = (\$ + CTs) – Vac$$

Isolando o Vac, tem-se:

$$2Vac = (\$ + CTs) + (\$ - CTv)$$

Por fim, tem-se que o valor do acordo ideal é:

$$Vac = \frac{(\$ + CTp) + (\$ - CTv)}{2}$$

Ou seja, o valor do acordo ideal é igual à metade da soma do custo da execução ($ + CTs) com o resultado da execução ($ - CTv).

Veja-se a aplicação prática da fórmula proposta no mesmo caso hipotético. Sabe-se que o valor do bem é $100, que o custo de transação da parte vencedora é $40, e que o custo de transação da parte sucumbente é $20.

Valor do bem = $100	Vencedor	Sucumbente
Custo de Transação	$40	$20
Resultado após execução	$60	- $120

Neste caso, como saber qual o valor ideal de acordo? Aplicando-se a fórmula:

$$Vac = \frac{(\$ + CTs) + (\$ - CTv)}{2}$$

.

$$Vac = \frac{(100 + 20) + (100 - 40)}{2}$$

.

$$Vac = \frac{(120) + (60)}{2}$$

.

$$Vac = \frac{180}{2}$$

.

Vac = 90

Ou seja, um acordo celebrado no valor de **$90** resultará em um ganho relativo de $30 para a parte vencedora e também de $30 para a parte sucumbente. A parte vencedora que iria receber $60 caso executasse a sentença, recebeu $90; a parte sucumbente que iria pagar $120, pagou $90. Essa é a equação que traz a maior *eficiência possível* para as partes, agregando maximização de resultados (*eficiência*) a uma noção de justiça (*possível*). Pois de nada adiantaria equalizar um acordo buscando tão somente a maximização de resultados individuais, pois as vontades não se encontrariam e o acordo restaria prejudicado.

A justiça, neste caso, está no fato de que não as partes, mas os resultados que são igualados, levando em consideração a situação original (custo de transação) de cada parte. Pois do contrário a parte que se encontrava em situação mais confortável antes do acordo se sentiria prejudicada pelo acordo, e a solução litigiosa seria a mais desejável.

Vê-se que, na realidade, a fórmula opera uma distribuição da soma dos custos de transação (única economia possível da relação), de modo que, ao final do acordo, a parte que incorria em um custo de transação maior sentirá os reflexos desses custos pesando sobre o valor do acordo, mas ainda assim estará em uma situação melhor do

que estaria caso a sentença fosse executada e, acima de tudo, a parte adversária não estará em uma situação melhor ou pior do que a sua própria.

Para melhor compreensão do fenômeno, tome-se novamente o caso hipotético acima analisado, com o bem no valor de $100, um custo de transação da parte vencedora de $40, e um custo de transação da parte sucumbente de $20. Nesse caso, já foi visto que o valor ideal de acordo seria de $90, pois ambas as partes teriam um ganho relativo de $30.

Assuma-se agora que, ao invés de $40, a parte vencedora incorra em um custo de transação de $50. E ao invés de $120, a parte sucumbente incorra em um custo de transação de $110. Portanto, a parte vencedora colocada em uma situação um pouco pior (mais $10 de custo de transação) e a parte sucumbente em uma situação um pouco melhor (menos $10 de custo de transação). Neste caso, verificar-se-á (aplicando-se a fórmula) que o acordo ideal não será mais de $90, mas de $80. Ambas as partes continuam tendo um mesmo resultado (ganho relativo de $30), mas sobre cada uma pesou os reflexos de sua posição original (custos de transação).

Se bem observado, o resultado da fórmula proposta poderá ser obtido de modo bastante simples, bastando para tanto encontrar a média aritmética da soma dos resultados após a execução de cada parte. No exemplo abaixo, a parte vencedora estará disposta a receber qualquer valor acima de $60, e a parte sucumbente estará disposta a pagar qualquer valor abaixo de $120 (de fato seria difícil imaginar que houvesse qualquer pagamento acima de $100, que é o valor da sentença, mas tome-se a assertiva acima para fins de compreensão do fenômeno). Como visto, o acordo ideal obtido pela fórmula seria de $90. Mas se tomarmos a média aritmética da soma de $60 (resultado após execução da parte vencedora) com $120 (resultado após execução da parte sucumbente), obter-se-á os mesmos $90.

Valor do bem = $100	Vencedor	Sucumbente	
Custo de Transação	$40	$20	
Resultado após execução	**$60**	**$120**	$60 + $120 / 2 = $90

É um método muito mais simples de se atingir o resultado ideal do acordo, mas de não muita utilidade em uma mesa de negociações. Porque o que precisa ficar claro para os polos da relação é a racionalidade econômica por detrás do acordo, a ideia de máxima *eficiência possível*, atingida pela igualdade dos ganhos relativos, enquadrada pelo binômio *maximização de resultados* x *justiça*. É o que a fórmula se propõe: trazer aos agentes a lógica no plano concreto, favorecendo composições racionais e eficientes.

2.1.2. O Plano de Guerra choca-se com as variáveis

A fórmula proposta, e o caminho que se seguiu até aqui para atingi-la, pode ser de grande auxílio para a desmistificação de alguns fenômenos e para uma melhor compreensão da realidade. Percebe-se, por exemplo, que o resultado que se busca não depende inteiramente dos fatores que envolvem o indivíduo (o estrategista), mas também (e na mesma intensidade) dos fatores que envolvem o adversário. O fato de se incorrer em um custo de transação elevado não deve desestimular o *player*, uma vez que ainda resta (e sempre restará) um campo vastíssimo de negociação, a depender, dentre outros fatores, dos custos de transação e do nível de informação da parte adversária.

Em um ambiente menos hostil, a partes provavelmente estarão dispostas a se abrir para maximizar os resultados e evitar o desperdício (custo de transação), e uma fórmula como a proposta poderá auxiliar no deslinde da composição, colocando as partes em posições desejáveis.

Entretanto, se trazida ao campo da pragmática, a fórmula revela um certo coxear, uma dificuldade de se entender com a realidade. É que, para a sua aplicação, necessita quantificar valores que nem sempre são passíveis de quantificação, e isso representa um risco. Como calcular custos de transação causados por prejuízos reputacionais, pela quebra de sigilo, ou pelo custo de oportunidade (tempo)? É, de fato, um verdadeiro desafio. E, se há uma dificuldade na quantificação dos custos de transação próprios, como quantificar os custos de transação do adversário? O adversário poderá ser inscrito em uma *black list* caso não cumpra voluntariamente a sentença arbitral. Mas, que custo isso representará? Sem quantificação não há fórmula, e, portanto, claudica-se.

Há de se ter em mente que se estará frequentemente diante de uma sentença arbitral estrangeira, com *players* inseridos em distintos sistemas jurídicos e culturais. Como cada *player* responderá aos custos de transação dependerá inteiramente de sua interpretação da realidade, condicionada por pressupostos valorativos individuais e coletivos que muitas vezes escapam aos olhos mais atentos. Como argutamente observa o psicanalista Jung (2008, p. 47),

> Quando, numa conversa, uso palavras como "Estado", "dinheiro", "saúde" ou "sociedade", parto do pressuposto de que os que me escutam dão a esses termos mais ou menos a mesma significação do que eu. Mas a expressão "mais ou menos" é o que importa aqui. Cada palavra tem um sentido ligeiramente diferente para cada pessoa, mesmo para os de um mesmo nível cultural. O motivo dessas variações é que uma noção geral é recebida num contexto individual, particular e, portanto, também compreendida e aplicada de um modo individual, particular. As diferenças sociais, políticas, religiosas ou psicológicas de níveis diferentes.

E mais adiante:

> Podemos rejeitar tais diferenças considerando-as supérfluas ou simples nuanças dispensáveis por serem de pouca aplicação às nossas necessidades cotidianas. Mas o fato de existirem mostra que até os conteúdos mais banais da consciência têm à sua volta uma orla de penumbra e de incertezas. Mesmo o conceito filosófico ou matemático mais rigorosamente definido, que sabemos só conter aquilo que nele colocamos, ainda é mais do que pressupomos. É um acontecimento psíquico e, como tal, parcialmente desconhecido. Os próprios algarismos usados para contar são mais do que julgamos ser: são, ao mesmo tempo, elementos mitológicos – para os adeptos de Pitágoras chegavam a ser divinos -, mas certamente não tomamos conhecimento disso quando empregamos os números com objetivos práticos. (JUNG, 2008, p. 47).

Portanto, para que a fórmula seja aplicável é necessário pelo menos um acordo quanto aos números que compõem a equação. Haverá acordo certamente quanto ao valor do bem, previamente determinado pela sentença. Mas em que situações, em uma mesa de negociações, haverá concordância quanto aos custos de transação da parte

vencedora e da parte sucumbente? Aquilo que representa um prejuízo tremendo para uma parte, pode não ser para outra, e assim por diante. De plano, enfrenta-se duas dificuldades, quais sejam (i) quantificar os custos de transação e, uma vez quantificados, (ii) atingir um acordo de números com a parte adversária.

Mas, além dessas dificuldades, parece haver uma outra limitação espreitando o estrategista. A fórmula (e de regra as fórmulas baseadas em critérios econômicos) parte da premissa de que todos os agentes seguem uma lógica estritamente racional e econômica. É uma simplificação axiológica que visa possibilitar a sistematização da realidade em fórmulas, necessidade tão comum ao homem moderno. Mas, se não for cotejada com a realidade, toda simplificação tende a um erro. É que o homem não é apenas racional, mas é constantemente influenciado por volições e sentimentos que extrapolam sua consciência, e das quais muitas vezes desconhece a origem.

Todo o sujeito é sujeitado, ensina a psicologia, sujeitado por elementos externos (sociedade, moral, leis, etc.) e por elementos internos (o inconsciente em um sentido amplo). Raiva, inveja, ciúmes, preguiça, ambição, orgulho são apenas alguns dos fatores com os quais qualquer homem deve lidar diariamente, e, por mais que se busque dar uma resposta consciente aos elementos subjetivos da psique, se é sempre, de um modo ou de outro, condicionado. É o lema da sociedade moderna: "querer é poder". Mas como é sujeitado esse querer!

Um caso interessante é o Kearns x Ford Motors[19]. Robert Kearns foi o engenheiro norte-americano responsável pela invenção, em 1963, do limpador de para-brisa intermitente. Até então, os limpadores de para-brisa não possuíam uma regulagem intermitente, e seu movimento contínuo ou era muito lento (e a chuva atrapalhava), ou era muito rápido (e a borracha começava a ter atrito com o vidro). Kearns decidiu apresentar o revolucionário invento para a Ford que, não apenas demonstrou interesse, como também desenvolveu ela mesma o produto, violando direitos de patente. Em 1978 Kearns ingressou com uma ação contra a Ford, e em 1982 contra a Chrysler Corporation, também envolvida. Os processos se alongaram até 1995, com Kearns recebendo cerca de $10,1 milhões da Ford e $30 milhões da Chrysler[20]. Durante todo o

[19] Caso Kearn X Ford Motors, disponível em: http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/06/08/07-55835.pdf. Acesso em 16 out. 2012.
[20] O caso serviu de argumento para o filme *Flash of Genius*. Direção de Marc Abraham; Estados Unidos: Universal Pictures, 2008.

processo, Kearns recebeu incontáveis propostas milionárias de acordo, mas, carregado que estava do sentimento de que seu invento havia sido *roubado*, recusava-se a considerar qualquer proposta. Para ele, mais valia a sentença condenatória do que o valor da indenização. O resultado é que, durante os mais de 15 anos de duração dos processos, Kearns esteve tão obcecado em fazer justiça e ser reconhecido pelo seu invento que acabou vendo desmoronar todas as suas relações familiares e afetivas, a ponto de quase enlouquecer.

O caso de Robert Kearns é um exemplo extremo, mas não é preciso ir tão longe para que o problema se apresente. Por mais que o agente busque uma lógica estritamente racional e econômica, estará sempre e constantemente influenciado por elementos subjetivos de ordem individual (ou mesmo pelos próprios interesses da empresa), que desfocam e distorcem a racionalidade econômica. É um fato natural.

Então, como coadunar esses elementos com uma fórmula que exige valores quantificados? Para um indivíduo carregado de desejo de vingança, ou calcado numa noção radical de justiça, pouco importa que o seu custo de transação seja elevado, ele buscará o *seu ideal* "custe o que custar".

Ainda que possa pautar unilateralmente a conduta do *player*, a principal meta da fórmula será favorecer a celebração de um acordo, gerando a economia dos custos de transação (eficiência). Mas o estrategista apoiado na fórmula necessitará de valores, de números (CTv, CTs, etc.). Suponha-se que ele o encontre, com o máximo de precisão. A questão é, que eficácia terá a fórmula se a parte adversária não estiver razoavelmente conectada com a lógica racional econômica da situação? Provavelmente nenhuma, pois a realidade não costuma se curvar às fórmulas.

Começa-se a perceber um problema (uma limitação) que extrapola as fronteiras da fórmula proposta, pois as dificuldades apontadas (quantificação dos custos de transação, concordância das partes quanto à quantificação e cotejo com elementos subjetivos de ordem individual) não atingem apenas a presente fórmula, mas parecem afetar toda e qualquer fórmula que não esteja encerrada em um sistema fechado, no campo das ciências que criam as suas próprias realidades (e.g., matemática, física). Pois no "mundo real", no mundo extra-laboratório, o homem está mergulhado em fatores que muitas vezes escapam ao seu controle e ao seu entendimento: as variáveis.

O homem, entretanto, não poder sucumbir à realidade, então cria fórmulas e se esforça para que a realidade caiba nela. Às vezes funciona, outras não. É que para dar conta das variáveis, toda quantificação necessita operar um rasgo mais ou menos arbitrário na realidade, mutilá-la, em busca de uma certeza possível. Mas o que sobra desse rasgo é que o muitas vezes faz a diferença, e o estrategista, agarrado a sua certeza possível, fica à mercê da realidade desconhecida, relegada. Então, como escapar a essa armadilha? Se o homem ocidental buscou controlar a realidade por meio de cálculos, gráficos e fórmulas, como escapar a essa limitação imposta justamente pelos cálculos, gráficos e fórmulas? Buscar possíveis respostas a essas perguntas será o desafio dos próximos capítulos.

2.2. A ESTRATÉGIA EM BASES PRAGMÁTICAS - UM RECUO DA GRÉCIA À CHINA

Será que o estrategista, diante de uma sentença arbitral, poderá prescindir de uma lógica cartesiana para atingir um resultado desejável? Coloque-se a questão da seguinte maneira: será que o homem ocidental é capaz de conceber a produção de resultados (eficácia) sem ser calcado em modelos que, como visto, tendem a apresentar uma série de dificuldades quando aplicados na realidade (fora do âmbito das ciências exatas)?

É incontestável que o homem ocidental atingiu uma capacidade de produção surpreendente, e a prova disso está na ciência, na tecnologia, nas grandes metrópoles. Nenhuma outra civilização é comparável em termos de *techné* (produção). Mas essa certeza do sucesso do mundo ocidental enquanto modelo cultural/social/produtivo desbota quando pensamos na eficácia não mais no campo da produção (*techné*), mas no campo da conduta (*práxis*). Não mais o comportamento estratégico da linha de produção, mas o comportamento estratégico do homem no mundo, na guerra, na política, no discurso, enfim, nas relações humanas. Será que a nossa tradição racional/lógico/cartesiana está suficientemente preparada para guiar o homem através das variáveis ocultas que ameaçam a estratégia dos planos previamente traçados?

É o filósofo francês Francois Julien que aponta uma orientação da tradição ocidental para pensar a eficácia “a partir da abstração de formas ideais, edificadas em

modelos, que se projetariam sobre o mundo e que a vontade teria como meta realizar. É a tradição do plano traçado previamente e do heroísmo da ação" (JULLIEN, 1998, p. 9). Jullien identifica em Platão o argumento fundante do modo ocidental de compreensão da realidade a partir de modelos abstratos e idealizados, e que influencia diretamente o nosso modo de compreensão da eficácia (produção da realidade) ainda hoje. Pois se o real reside em abstrações, o homem ocidental primeiro identifica o real em sua forma idealizada (fim), e depois investe a vontade para encontrar os meios para atingi-lo. Daí, provavelmente, a tendência de se pensar a estratégia, sempre, através de fórmulas. Observa o filósofo francês que:

> Até que ponto jamais saímos completamente desse esquema, e será que podemos sair dele, podemos mesmo interrogá-lo ("nós", continuadores, no seio da tradição europeia, das primeiras clivagens gregas)? Ele está tão bem assimilado que não o vemos mais – que não nos vemos mais: traçamos uma forma ideal (eidos), que colocamos como objetivo (telos) e agimos em seguida para fazê-la passar para os fatos. Tudo isso aconteceria por si mesmo – objetivo, ideal e vontade: com os olhos fixos no modelo que concebemos, que projetamos sobre o mundo e do qual fazemos um plano a executar, escolhemos intervir no mundo e dar forma à realidade. E quanto mais, em nossa ação, soubermos permanecer próximos dessa forma ideal, tanto maior será a chance de sermos bem-sucedidos (JULLIEN, 2009, p. 14).

O mesmo filósofo analisou a fundo uma outra construção da realidade, calcada em outras bases, e que por isso mesmo exige outra postura do homem diante da estratégia, a tradição milenar chinesa.

> Eis que é possível encontrar na tradição chinesa uma concepção de eficácia que ensina a deixar advir o efeito: não a visa-lo (diretamente), mas a implica-lo (como consequência); ou seja, não a busca-lo, mas a recolhê-lo – a deixa-lo resultar. Bastaria, dizem-nos os antigos chineses, saber tirar proveito do desenrolar da situação para deixar 'portar por ela'. Se não nos empenhamos nem forçamos, não é porque pensávamos em nos desligar do mundo, mas para termos mais êxito nele. Essa inteligência que não passa pela relação teoria-prática, mas se apoia na evolução das coisas, chamá-la-emos *estratégica* (JULLIEN, 2009, p. 9-10).

Percebe-se de pronto uma diferença radical nas duas tradições. De um lado, a tradição grega, apoiada na teoria-prática, no objetivo, no meio-fim, na força que gera resultados, na ação que concretiza os planos. A estratégia do martelo. Mais além, na tradição chinesa, vislumbra-se um outro pensar da eficácia, apoiada no devir, nas causas-efeitos, nos potenciais da situação, na transformação gradual e constante. A estratégia da água. O presente capítulo buscará traçar um paralelo entre essas duas tradições, sem pretensões de eleger a vencedora, a melhor, mas ocupado de compreender o próprio modelo ocidental a partir de um olhar de "fora", atingindo-se, daí, possíveis alternativas estratégicas para a gestão de situações, notadamente no campo da execução de sentenças arbitrais.

Antes do ato há a postura: uma certa pré-disposição a um modo de relação com os outros, o mundo e si mesmo (BORNHEIN, 2009, P. 16). O que o estudo busca, mais especificamente, é um enquadramento da postura do homem diante da estratégia, da produção de efeitos e resultados. O objetivo dessa análise, como já mencionado, será verificar possíveis modulações ao modelo estratégico proposto no presente estudo – baseado em fórmula - que, como visto, traz consigo certas limitações.

Para tanto, parte da Grécia antiga para encontrar as raízes de uma postura ocidental lastreada em idealizações, e acaba por contrapô-la com um modo radicalmente diferente de conceber o real e a estratégia, a tradição milenar chinesa[21]. A estratégia, e os diferentes modos de encará-la, será o foco dos próximos capítulos.

2.2.1. Com os olhos fixos no ideal – Grécia

Para Platão, o real se encontraria no plano das representações, das formas ideais. O mundo em que vivemos seria apenas uma cópia corruptível dessas representações. Árvore e casa seriam conceitos perfeitos e abstratos que pairariam em um plano superior, sendo copiados no mundo imanente. O real, portanto, estaria em um plano inatingível para os homens comuns, sendo apreendido apenas pelos espíritos contemplativos, os filósofos[22].

[21] Nas palavras do próprio filósofo que serve de inspiração ao presente tópico, "*não devemos temer, para alçar a discussão para fora do patamar da opinião, o gume do conceito*" (JULLIEN, 2009, p. 12).
[22] A história do conhecimento, sem dúvida, é a história pelo poder.

Diante dessa construção da realidade - baseada em abstrações -, o homem foi dualizado entre corpo (corruptível) e alma (perfeita), mutilada sua unidade. Para o alto foi alçada a realidade, para o mundo das essências, e a dimensão terrena foi tomada como algo vulgar ou quase desprezível. O homem de Platão, portanto, vive no mundo com os olhos voltados para cima, buscando no ideal que se esconde atrás das nuvens a representação da realidade que deve ser alcançada. Trata-se de uma realidade fugidia, mas que recompensa àquele que a atinge com o carimbo de "*vencedor*". Realidade e perfeição, como se vê, confundem-se na concepção platônica.

A partir dessa noção, cumpre analisar duas questões: no que importa essa construção platônica da realidade para a eficácia, e de que maneira ela influencia ainda hoje a conduta do homem ocidental.

Com a construção platônica da realidade a partir da dualização (concreto-abstrato; corpo-alma; corruptível-perfeito), parece ter sido inculcado no homem a seguinte mensagem: "*aquilo que tu és, e tudo aquilo que te rodeia, é imperfeito, corrutível. A ti cumpre buscar a perfeição*".

É uma mensagem retumbante, pois há uma meta a ser seguida. O *ser*, por si só, já não garante nada, pois não há uma *unidade*. A relação com o mundo, portanto, passa a ser de procura, pois há uma constante falta de preenchimento na existência. A imperfeição, nesse sentido, passa a ser compreendida não como parte integrante de um todo, completo, perfeito na sua imperfeição, mas como aquilo que separa o *ente* do ideal, que o corrompe.

Os efeitos da ruptura dessa unidade podem ser percebidos na representação dos deuses na Grécia antiga. Todos eles, sem exceção, são dotados de tremendas virtudes, mas também de grandes defeitos. São, em outras palavras, ampliações da própria humanidade. Mas os deuses da mitologia não sobreviveriam à dualização platônica: no lugar deles, um Deus, representação máxima da perfeição. A meta, portanto, já não é potencializar a sua própria humanidade, com qualidades e defeitos, mas atingir a perfeição do além-mundo, do além-humano.

A ruptura realizada por Platão não poderia deixar de colocar o homem em uma posição de angústia, de inadequação com a existência. A permanente falta de preenchimento promete acabar apenas quando atingido o ideal, pois o *ser* passaria a

comungar com a essência das coisas, ele próprio seria redimido e alçado a um mundo de abstrações perfeitamente ordenado. À essência das coisas (à perfeição) foi dado um sentido de totalidade, como que se existisse por si só, encarnando aquilo que *não se é*, mas que *se deve ser* – o ideal não contemplaria o não-ideal.

Percebe-se, nesse ponto, que houve uma inevitável quebra da lógica interna das coisas. Se antes era possível reconhecer uma unidade (perfeição) na própria dualidade da natureza (dia-noite; masculino-feminino; belo-feio; corajoso-covarde; virtuoso-medíocre), como se fossem dois lados da mesma moeda, em Platão houve uma quebra dessa unidade, pois um lado da moeda foi projetado para o alto (como aquilo que é perfeito, que é bom), e outro foi projetado para baixo (como aquilo que é corruptível, ruim). O próprio alto e baixo não seriam representações de uma unidade, mas ganhariam conotações positiva (alto) e negativa (baixo), como se o *alto* pudesse existir sem o *baixo*.

O mundo em que vivemos, portanto, já não possui uma ordem lógica interna. O que há é a ordem do mundo abstrato, e a desordem do mundo imanente. Já não é possível reconhecer uma relação de causa e efeito entre forças opostas da natureza, que geram um movimento ordenado dentro do caos aparente. A única salvação, pode se dizer, seria o mundo das essências.

> Sócrates – Na verdade, Adimanto, quem está inteiramente ocupado em contemplar a essência das coisas não tem sequer tempo para se envolver com as vicissitudes humanas e encher-se de inveja e rancor, acabando por litigar com os próprios semelhantes. Pelo contrário, ele se dá a contemplar objetivos ordenados e imutáveis e que, longe de se prejudicarem uns aos outros, estão todos sob a ordem e a razão e, por isso, os imita e se conforma quanto possível com eles. Ou você acha possível não imitar aquilo de que alguém se aproxima com amor? (PLATO, 1968, VI, c).

Não é difícil perceber porque os deuses gregos não sobreviveriam aos seus defeitos. As qualidades e os defeitos do homem já não interagiriam para formar um todo perfeito, coeso. A humanidade, em outras palavras, perdeu para a idealização.

É dentro desse contexto que se formata a postura do homem platônico diante da realidade: a procura incessante pelo ideal. O homem que desconhece o ideal anda às

cegas, correndo o tremendo risco de ter a sua existência dissipada, pois a natureza já não se sustenta por si só. Os olhos se voltam sempre para cima, procurando a meta a ser atingida, verdadeiro antídoto da existência. É assim que para Aristóteles:

> Se existe, então, para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele; e se nem toda coisa escolhemos visando à outra [...], evidentemente tal fim deve ser o bem, ou melhor, o sumo bem. Não terá o conhecimento desse bem, então, grande influencia sobre a nossa vida? Não alcançaremos, como arqueiros que visam a um alvo certo, com mais facilidade aquilo que nos é mais conveniente? (2003, p. 17-18)

Mas deve se lembrar nesse ponto que a essência das coisas não é algo a ser apreendido pelos homens comuns. É trabalho de espíritos contemplativos, os filósofos. Portanto, ou o homem se empenha em atividades filosóficas, ou então deve se socorrer de modelos que o guiem para o ideal. O modelo, nesse sentido, é uma encarnação terrena do ideal que pode ser seguida por qualquer indivíduo. Há o modelo de herói, o modelo de governante, o modelo de estética, o modelo de afeto, o modelo de guerra, e assim por diante. Como o mundo já não garante qualquer ordem interna, todos querem um modelo a ser seguido para ser guiado à perfeição.

Jullien se refere a um processo de clivagem[23] do pensamento ocidental. Para o filósofo, o pensamento platônico-aristotélico operou uma dobra no pensamento ocidental, no sentido de vinco resultante do hábito – uma dobra da razão:

> A dobra, doravante, está vincada: impõe-se a nós esta junção – teoria-prática – cuja razão justificativa não cogitaríamos mais sequer de contestar (e, por mais que retrabalhemos a articulação desses termos, não saímos deles). Vejo inclusive aí um dos gestos mais característicos do Ocidente moderno (ou do mundo – se é a partir do "Ocidente" que ele se padroniza?): todos em casa, e quaisquer que sejam os papeis, o revolucionário traça o modelo da sociedade a construir, ou o militar o plano de guerra a conduzir, ou o economista a curva de crescimento a realizar... Outros tantos esquemas projetados sobre o mundo, e marcados por idealidade, que em seguida devermos,

[23] Clivagem como "propriedade que têm certos cristais de se fragmentar segundo determinados planos, que sempre são faces possíveis do cristal".

> como se diz, fazer entrar nos fatos. Mas o que significa aqui "fazer entrar", quando é *no real* que se pretende fazê-los? (JULLIEN, 1998, p. 15)

A partir do momento em que há a idealização do *real*, há também a imediata idealização do resultado. O resultado não é um processo garantido pela ordem natural das coisas, mas sim um *chegar-se mais perto possível* do ideal, do plano traçado. Deste modo, o estrategista analisa a situação, identifica o ideal, traça o plano, e investe toda a sua vontade para que o plano resulte, para que venha para o mundo dos fatos. Aconteça o que acontecer, o importante é que o plano não seja frustrado. A *vontade* do indivíduo, portanto, ganha importância capital. O que garante o resultado não é a relação de causa e efeito das forças inscritas no seio da situação, mas a quantidade de força aplicada para a transformação da realidade.

Mas nesse processo, um fato é inevitável, que *ideal* e *concreto* se choquem na *realização.* Como dito anteriormente, o plano de guerra se se choca com as variáveis. Justamente por estar com os olhos fixos no ideal, o estrategista tende a perder de vista a subjetividade da situação, deixando de tomar partido dos potenciais positivos, e de se adaptar aos potenciais negativos.

Forja-se, assim, uma formulação da realidade e do agir no mundo que não será mais questionada, pois o próprio modelo se ofereceu como modelo (de pensamento). Na condição de herdeiros dessa tradição iniciada na Grécia (antiga) e ratificada na Europa, cogitar um outro modo de eficácia, sem o auxílio de modelos e idealizações, é quase impensável, pois é um comando inserido no núcleo do pensar. Age-se assim como que por inércia.

É possível identificar essa dificuldade do homem ocidental de pensar a condução da ação sem o modelo nas mais diversas áreas, da oratória (poder) à realização pessoal (felicidade). Uma prova dessa dificuldade é pensar a guerra:

> Com efeito, por aquilo que, enquanto ação, ela radicaliza e leva ao extremo, a guerra revela da melhor maneira os impasses a que conduz a concepção da ação eficaz, na medida em que ela procede de uma modelização ou se encerra numa concepção técnica (as duas, aliás, como começamos a perceber, caminham juntas). Tomo por testemunho o que diz dela Clausewitz no outro extremo de nossa

> tradição, no início do século XIX, quando faz o balanço dos esforços feitos para teorizar a guerra na Europa. Ele constata aí um fracasso. Este se deve primeiramente, a seu ver, ao fato de se ter começado a conceber a guerra como se concebeu o resto, sob o ângulo da produção material e que com isso se perdeu seu princípio propriamente ativo: a ciência da guerra começou por se ocupar da arte de fabricar armas e de construir fortificações, da organização do exército e do mecanismo de seus movimentos, evoluindo, assim, da poliorcética e da tática iniciais para uma arte mecânica cada vez mais elaborada. Ou, quando tenta sistematizar esses dados materiais, ela reduz a superioridade na guerra a simples dados numéricos (fazendo assim repousar a guerra em leis matemáticas); ou então procede por geometrização de um dos fatores em jogo [...]. 'Resultado puramente geométrico e sem valor', conclui severamente Clausewitz: por sua perspectiva unilateral, inacessível à variável e exclusivamente material, uma tal teorização é incapaz de 'dominar a vida real'. (JULLIEN, 1998, p. 23)

O que é analisado aqui é a guerra modelo e a guerra real. O plano de guerra é traçado no gabinete, longe da totalidade que é *a guerra*. Pois a guerra pode ser vista como números, números de soldados, de armas e de mantimentos. Mas, quando vista de perto, a guerra é uma realidade tão complexa que é impossível entendê-la em sua radicalidade. Pontes que caem, mantimentos que acabam, homens que desertam: não são os números que fazem a guerra, mas os instantes, as sutilezas.

O plano, entretanto, não pode dar conta de tudo isso, pois a radicalidade das situações não é revelada. É assim que as *variáveis* afetam a ação do estrategista em dois momentos: na elaboração do plano, e na execução do plano. Pois, ainda que se tenha sido diligente e sagaz, o plano tende a ser engolido pela realidade, justamente porque o que foi previamente planejado é muitas vezes frustrado pelas variáveis. Na guerra tudo é simples (segundo o projeto inicial), mas a coisa mais simples é difícil. "Em suma, a prática sempre trairia um pouca a teoria. E o modelo continua no horizonte do olhar. Retirado para o céu, o ideal é inacessível" (JULLIEN, 1998, p. 16). Em suma, a variável seria um inimigo invisível, pois estaria sempre à espreita para ameaçar o plano previamente traçado,

> Já que a guerra não é uma atividade da vontade ‘aplicada a uma matéria inerte’, como acreditaram erroneamente os teóricos anteriores, mas, sim, um objeto que ‘vive e reage’, é óbvio que essa vivacidade da reação se furta por natureza a todo plano preestabelecido. (JULLIEN, 1998, p. 26).

Trazendo para o cotidiano, tome-se o exemplo de um pesquisador empenhado na realização de um trabalho científico. Sabendo da importância da elaboração de um plano de pesquisa, passa semanas elaborando o plano até atingir um resultado excelente: um plano de encher os olhos. A partir do momento em que larga o plano para se debruçar nos livros, começa a perceber que a matéria não está se encaixando perfeitamente no plano previamente traçado. O enfoque não está adequado; seria necessária uma adaptação. Diante dessa situação, não seria improvável que o pesquisador despenderia certo tempo tentando fazer o conhecimento caber no plano traçado, em uma verdadeira ginástica mental, até que, por fim, frustrado, admitiria a necessidade de adaptação.

Nesse contexto, já não surpreende o fato de que o comportamento estratégico proposto no presente estudo tenha necessitado reduzir a relação arbitral a um modelo matemático. Trata-se do primeiro impulso de um herdeiro das primeiras clivagens gregas. Para estabelecer o comportamento estratégico, precisou encontrar o *modelo* que guiaria as tomadas de decisão dos *players.* Nada mais lícito, o ocidente se desenvolveu de forma notável apoiando-se justamente nos modelos. Entretanto, o que se buscou demonstrar até aqui foi que essa tendência à modelização, quando levada para o campo da conduta (*práxis*), pode ser arriscada, pois o apego excessivo ao plano traçado tende a retirar do homem a sua capacidade de apreciação das forças em jogo, assim como seu poder de adaptação.

Tal é desafio do homem quando enfrenta o mundo além dos limites da indústria e do laboratório, quando enfrenta a realidade viva. No mundo real, no mundo das gentes, a eficácia do modelo muitas vezes esbarra nas variáveis, isso é, na própria realidade, e o homem fica à mercê de sua própria estratégia.

Mas como superar esse modelo se ele não for sequer reconhecido como modelo? Por falta de referências que criem um contraste, corre-se o risco de não se reconhecer o pensar como uma contingência, como um dos pensares possíveis, deixando assim de

captar qualquer ponto de superação. É diante desse cenário que a proposta lançada por Jullien (1998, p. 10) se torna convidativa:

> Da questão da eficácia, ainda impregnada de voluntarismo, à da "eficiência", por onde se chega ao fundo a imanência, cabe tentar uma *décalage*. Entendendo-se *décaler* nos dois sentidos do termo: operar um certo deslocamento em relação à norma (a de nossos hábitos de pensamento) passando de um quadro a outro – da Europa à China e reciprocamente – que faça mexer nossas representações e ponha em movimento o pensamento; e também *décaler* no sentido de tirar o calço: para começar a perceber aquilo contra o qual não cessamos de manter travado o pensamento mas que, por isso mesmo, não podemos pensar.

Eis a proposta do próximo capítulo: iniciar um diálogo entre o ocidente e a China que faça mexer as nossas representações e, assim, revele nós - para nós mesmos.

2.2.2. Apoiando-se nas propensões - China

Diante da proposta lançada, é possível encontrar na China uma noção de eficácia não mais calcada na *ação-idealização*, mas no *portar-se*[24]. Portar no sentido de ser portador, de que a situação porta nela mesma um resultado, mas também no sentido de deixar advir o resultado. O real já não se encontra alçado no horizonte, acima dos olhos, como objetivo que deve ser realizado pela ação, mas ele se realiza no processo, no desenvolvimento das coisas.

A transformação da realidade, por si só, está a cada instante revelando o real. Por isso o sentido das coisas não se encontra na imitação do perfeito, ou em Deus, mas no próprio movimento do mundo, não havendo o que mude, há apenas o mudar. A mutação, desta forma, seria o caráter mesmo do mundo. Mas, para esse pensamento, a

[24] A presente análise, baseada nos estudos de François Jullien, é baseada no pensamento antigo chinês, principalmente na linha Taoísta, que não necessariamente domina ou detém o poder na China. O presente estudo, entretanto, não está tão preocupado com a realidade na China, mas em procurar bases axiológicas de eficácia distintas da ocidental, ao que o pensamento Taoísta responde de forma notável. De qualquer modo, é possível dizer que as noções aqui estudadas são encontradas de forma marcante no pensamento da China atual, e é por isso que o estudo se permitirá chamá-las de "pensamento chinês". O estudo do filósofo francês se baseou principalmente em tratados antigos de estratégia, obras de sábios e glosadores.

mutação é, em si mesma, invariável, ela sempre existe[25]. Jullien (1998, p. 29) introduz a questão da seguinte maneira:

> [...] o pensamento chinês nos faz sair dessa dobra. Isso porque ele não construiu um mundo de formas ideais, como arquétipos ou puras essências, a separar da realidade e que pudessem dar-lhe forma: todo real se lhe apresenta como um processo, regulado e contínuo, decorrente da simples interação dos fatores em jogo (ao mesmo tempo opostos e complementares: os famosos *yin* e *yang*). A ordem não decorreria, portanto, de um modelo, no qual se possa fixar o olhar e que se aplique às coisas; ao contrário, essa ordem está contida inteiramente no curso do real, que ela conduz de um modo imanente no curso do real, e cuja *viabilidade* ela assegura (daí o tema onipresente no pensamento chinês do "caminho", o *tao*). Ao se propor esclarecer a marcha das coisas, ao elucidar sua coerência interna e para conformar a ela a própria conduta, o sábio chinês não concebeu atividade contemplativa que fosse um puro conhecimento (*theorein*), tivesse um fim em si mesma, ou mesmo fosse o fim supremo (a felicidade) e pudesse ser desinteressada. O "mundo" não é para ele um objeto de especulação, não há, de um lado, o "conhecimento" e, do outro, a "ação". Por isso, o pensamento chinês desconhece logicamente a relação teoria-prática: desconhece-a, mas não por ignorância, ou porque ele teria permanecido na infância; ele simplesmente passou ao *lado*. Como passou ao lado da ideia do Ser ou do pensamento de Deus.

O pensamento chinês propõe a transformação da realidade de uma forma indireta, oblíqua, pois o movimento do mundo determina o curso das coisas, e de pouca ou nenhuma relevância é a luta contra o movimento. Seria o mesmo que se lutar contra o vento ou contra as águas: por mais que se tente, o resultado é ínfimo; o desperdício, máximo. Não se força, adapta-se. Se o vento é forte, ajusta-se as velas. Se a água é turbulenta, aproveita-se a correnteza. O sábio, portanto, não é aquele que conhece os fins (a prudência grega), mas aquele que sabe se colocar em permanente adaptação perante o processo, para que ao final a sua vontade resulte, sem forças, sem traumas.

[25] O I Ching, um dos mais antigos e um dos únicos textos chineses a chegarem aos nossos dias, é chamado de *Livro das Mutações.*

Não há o heroísmos da ação, que investe toda a vontade para um fim. O resultado, para o chinês, deve advir...

Se a realidade é um processo, todo processo se desenvolve através de uma relação de causa e efeito. Portanto, não se busca o resultado por meio da ação, mas por meio da transformação; não se age sobre as situações, apoia-se nelas. Por tais motivos, compreende-se que o sábio chinês não procura agir apegado às fórmulas, pois:

> [...] em vez de traçar um modelo que sirva de norma à sua ação, o sábio chinês é levado a concentrar a atenção no curso das coisas, tal como está envolvido nele, para descobrir-lhe a coerência e tirar proveito de sua evolução. Ora, dessa diferença poder-se-ia tirar uma alternativa para a conduta: em lugar de construir uma forma ideal que se projeta sobre as coisas, obstinar-se em detectar os fatores favoráveis que atuam em sua configuração; em vez de fixar um objetivo para a sua ação, deixar-se levar pela propensão; em suma, em vez de impor um plano ao mundo, apoiar-se no potencial da situação. (JULLIEN, 1998, p 30).

A imagem aqui é a da torrente que, em seu impulso, é capaz de arrastar pedras; ou da balestra esticada e cujo disparo está pronto a partir. Diz-se que a situação é por si mesma fonte de efeito: a torrente obtém potencial, faz advir; no caso da balestra, a disposição funciona automaticamente tão logo é acionada, ela forma um dispositivo. Por isso que para o pensamento chinês:

> [...] conta menos nosso investimento pessoal, impondo-se ao mundo e graças ao nosso esforço, do que o condicionamento objetivo resultante da situação: é a ele que devo explorar, com ele é que devo contar, ele sozinho basta para determinar o sucesso. Se força e fraqueza, é dito a seguir, são uma questão da situação, coragem e covardia são uma questão de potencial (decorrente da situação). Coragem e covardia são, pois, o produto da situação em vez de nos pertencerem como próprio (e, poderíamos acrescentar, de dependerem de nossa responsabilidade). Como glosa um comentador (Li Quan), se as tropas obtiverem o potencial estratégico, "então os covardes serão bravos"; se o perderem, "então os bravos serão covardes. (JULLIEN, 1998, p. 30).

O pensamento chinês não cansou de explorar essa imagem, conforme expõe um comentador chinês:

> Prova disso é a imagem que encerra essa exposição de estratégia: aquele que se apoia no potencial contido na situação utiliza seus homens em combate do mesmo modo que se faz rolar toras ou pedras. 'É próprio da natureza das toras e das pedras permanecerem imóveis num solo plano e entrarem em movimento num solo inclinado; se são quadradas, param; se são redondas, rolam: o potencial das tropas que sabemos empregar em combate é comparável ao das pedras redondas que descem de uma alta montanha rolando'.(JULLIEN, 1998, p. 32).

Não é que o estrategista chinês não procure ou não conheça o seu ideal, a sua meta, mas ele não se preocupa em traçar planos para depois realizá-los, pois não há plano a ser traçado. A estratégia é um permanente adaptar-se, pois o processo (e seus movimentos), uma vez iniciado, é inevitável, cabendo ao estrategista se apoiar nos potenciais positivos e se adaptar ao potencial negativo. Não há como evitar os processos, mas apenas como se adaptar. Se o inimigo avança, eu fortaleço a minha posição; se o inimigo foge, eu o encurralo; se o inimigo vence uma batalha, eu o envaideço para que me subestime e se enfraqueça; se o inimigo perde uma batalha, eu mantenho o moral do seu exército baixo. As variáveis, assim, já não são algo a ser temido, pois é justamente nelas, e não no plano, que o estrategista espera se apoiar para ser guiado à vitória.

> Não se deveria, aliás, limitar essa energia *potencial de situação* ao simples terreno das operações. Tornou-se tradicional concebê-la de maneira mais ampla – notadamente sob estes três aspectos conjuntos (cf. Li King). Como potencial moral: 'quando o general despreza o inimigo e suas tropas estão felizes em combater, quando seu ardor se eleva até o céu e sua energia é como um furação'; como potencial topográfico também: quando, sendo apertado o desfiladeiro e estreito o caminho, 'um único homem guarda a passagem e mil homens não poderiam passar'; como potencial por 'adaptação', enfim: quando se pode aproveitar-se do afrouxamento do inimigo e de seu cansaço, quando ele está esgotado pela sede e pela fome, quando 'seus postos avançados ainda não foram estabelecidos e sua retaguarda ainda está atravessando o rio'... Em todos esses casos, quem sabe apoiar-se no

> potencial de situação pode facilmente levar a melhor. Ou, segunda a expressão de um comentador, 'com pouco esforço' pode-se obter 'muito resultado'. (JULLIEN, 1998, p. 33).

Por isso que, para o pensamento chinês, não há o que ser feito até que a situação revele algum potencial. Alguém é covarde ou corajoso não por um predicado interno, uma virtude própria, mas por causa da situação, e por isso não se tenta insuflar coragem nos soldados por meio de discursos (forçando um ideal, um modelo), mas levando-os para uma situação na qual a coragem é uma decorrência natural. Essa, por sinal, é uma ideia tão radical que muitas vezes se encontra exemplos extravagantes na história da China. Constata-se, por exemplo, a prática de combate em "terreno mortal", no qual os soldados eram levados a penetrar tão profundamente no território inimigo que a única chance de sobrevivência era a vitória[26]. Jullien (JULLIEN, 1998, p. 34-35) explica da seguinte maneira:

> Os antigos tratados de estratégia não hesitam em explorar esse recurso ao extremo – a ponto de nos chocar. Pois, para fazer crescer essa energia de situação, o estrategista chinês não se apoia apenas naquilo que, na topografia ou no estado das tropas, pode ser desfavorável a seu adversário; ele acomoda igualmente a situação de modo que suas próprias tropas se vejam levadas a manifestar um máximo de ardor. Para isso, basta que as conduza a uma situação de perigo tal que não tenham outra saída senão combater com todas as suas forças para escapar dela (SZ, cap. 11, "Jui di"). Assim, ele só determina o combate em "terreno mortal", ou seja, após ter feito suas tropas penetrarem profundamente em território inimigo; pois então é como se depois de tê-las feito subir bem alto, 'lhes tirasse a escada': como não podem recuar, estão condenados a combater até a morte. Não pede, pois, a seus homens que sejam naturalmente corajosos, como se isso fosse uma virtude intrínseca, mas, diante da situação de perigo em que os lança, ele os obriga a sê-lo.

Percebe-se que o estrategista somente entrará em combate quando já tiver conseguido se fortalecer o suficiente ou enfraquecido suficientemente o inimigo. Se a situação não se mostra favorável, não há porque lutar, de modo que o combate não é

[26] Aqui se revela que o sábio chinês não compreende a eficácia por meio da ação (tal como o estrategista grego), mas por meio das circunstâncias.

ganho no campo de batalha, mas fora dele, trabalhando-se nas causas que fortalecem seu adversário; quando o combate é iniciado, o inimigo já se encontra subjugado, e a batalha, já está ganha.

Há, portanto, um permanentemente conectar-se com a realidade, com as causas e efeitos que se desenvolvem o processo, e é percebendo na sua origem a causa que irá dar início a um processo que se pode tirar proveito de cada instante, carregando a situação gradualmente para onde se quer, adaptando-se constantemente. A palavra aqui não é força, mas flexibilidade. O quanto antes se reconhecer o potencial da situação, ainda em seu estágio embrionário, maiores são as possibilidades de benefício, atuando a montante na situação. Quanto antes se conhecer a causa de uma moléstia, maiores são as possibilidades de cura[27]. É por isso que Jullien (JULLIEN, 1998, p. 34) observa que:

> [...] está excluída desde o início a ideia de predeterminar o curso dos acontecimentos em função de um plano traçado de antemão, como ideal a realizar, e que seria estabelecido mais ou menos definitivamente (no sentido do 'plano estratégico' de que fala Clausewitz [..]). O estrategista chinês, com efeito, evita projetar sobre o desenvolvimento vindouro algum dever ser, que ele teria concebido pessoalmente e gostaria de lhe impor, já que é desse próprio desenvolvimento, tal como é levado logicamente a se processar, que ele pretende tirar vantagem.

Aqui o próprio ideal de guerra ganha contraste. Enquanto que o resultado ideal para o ocidental é a dizimação completa do inimigo, subjugando-o pela força bruta, o oriental pretende subjugá-lo sem derramar qualquer gota de sangue. A variável, portanto, no lugar de malograr o projeto, cria o potencial, favorece a estratégia. Infinitamente maleável, acompanhando a situação, não a forçando nem mesmo tensionando-a jamais, assim caminha o sábio chinês, com vistas à maximização dos resultados.

> Como o resume um comentador (Li Quan), não há "valor" em matar; em vez de destruir as forças do adversário, mas vale fazê-la pender para o nosso lado. Penetrando profundamente em seu território,

[27] Aqui talvez se expliquem as razões pelas quais a medicina ocidental se desenvolveu notadamente no campo das alopatias e das intervenções (ação), ao passo que a medicina tradicional oriental prioriza técnicas voltadas à alimentação e às práticas físicas (transformação).

> separando-o de suas bases, cortando suas relações, obriga-se o inimigo a ceder, ele se submete espontaneamente; e, ao mesmo tempo que tomo o país inimigo intato, 'mantenho intatas minhas próprias tropas": a economia é máxima. (JULLIEN, 1998, p. 65).

No cerne deste pensamento está a noção de transformações silenciosas. Vem daí a consciência, por exemplo, de que a Queda da Bastilha não foi a Revolução Francesa, mas o culminar de um processo que se havia iniciado muito antes. Da mesma forma, quando alguém se olha no espelho e se surpreende com cabelos brancos e rugas, esse alguém não envelheceu naquele dia, mas ocorreu naquele instante o descortinar de uma verdade, ápice de um processo que vinha operando silenciosamente há muito tempo, nas profundidades abissais da realidade. A proposta chinesa é detectar as tendências e os processos ainda na fase embrionária para poder atuar a montante nas causas e efeitos. Há, portanto, a dissolução da individualidade do evento no processo. Não mais controlar a realidade, mas adaptar-se, não mais conduzi-la, mas conduzir-se, e por isso que a categoria determinante do estrategista chinês é a *discrição*.

> A eficácia é tanto maior, em suma, quanto for *discreta.* O sábio transforma o mundo por aquilo que ele deixa emanar de sua personalidade, dia-a-dia, pouco a pouco, sem precisar se impor nem se colocar como exemplo (ZY, § 33); assim também, do bom general não há nada a louvar – nem sua "clarividência" nem sua "coragem" (SZ, cap. 4, "Xing"). A afirmação nos surpreende, mas é rigorosa: ao melhor estrategista não se cogita de erguer estátua. Isso porque ele soube fazer a situação evoluir tão bem no sentido desejado, intervindo a montante e de maneira progressiva, que tornou a vitória "fácil", não havendo por que louvá-lo por isso. Estava ganho de antemão, como se diz, uma vez concluído o combate e para reduzir-lhe o mérito. Mas isso é justamente conceder, sem que se saiba, o maior dos elogios. Pois é porque o mérito é tão completo que o êxito se afigura natural, e passa portanto despercebido. (JULLIEN, 1998, p. 77).

Começa-se a perceber que não há como se pensar um comportamento estratégico na execução da sentença arbitral sem se repensar o próprio modo como encaramos a estratégia, ou, dito de outra forma, o modo como encaramos o *agir no mundo.* Pois se na origem o homem buscava as suas respostas no transcendental (na idealização, em Deus), será que a ciência, ao tentar superar o transcendental, ao "explicar" a natureza

por meio de fórmulas e modelos, não se alçou ela própria ao transcendental (a outra idealização), como se capaz fosse de "controlar" a natureza? De fato, ela é capaz de controlá-la quando a prende na redoma do laboratório. Mas, o que cabe nessa redoma? O que conseguimos, de fato, *controlar*?

Nesse indagar se encontra o motivo da análise aqui empreendida sobre o pensamento chinês da eficácia: fazer mexer as nossas representações, propiciando um melhor entendimento sobre as nossas próprias possibilidades e limitações, de modo que o estrategista, seja em uma contenda doméstica, seja em uma disputa em foros orientais, seja guiado por uma estratégia bem modulada.

Não se pretende aqui explorar a radicalidade dos potenciais estratégicos do pensamento chinês, escopo que fica reservado para um futuro estudo. Por ora, dão-se os primeiros passos para uma compreensão de que a cultura ocidental parece estar demasiadamente apegada aos modelos, o que tende a limitar a gestão de situações e pessoas (*práxis*). Esse apego se explica por um processo de clivagem do pensamento ocidental a partir da tradição platônica, responsável por uma dualização (corpo e alma) que desbordou em uma idealização do real, e que desde então foi sendo absorvida e inserida no núcleo do pensar ocidental.

Tal fenômeno fica mais evidente quando analisada em paralelo com o pensamento chinês, que não construiu um mundo de formas ideais, como arquétipos ou puras essências, mas que compreende o real como um processo, regulado e contínuo, decorrente da simples interação dos fatores em jogo, ao mesmo tempo opostos e complementares.

CONCLUSÃO

O estudo aqui desenvolvido procurou salientar o importante papel desempenhado pelo instituto da arbitragem no mundo como instrumento de solução de controvérsias que, por suas características agregadas de celeridade, especialidade, sigilo, entre outras, tende a maximizar a eficiência das relações negociais. Pode-se dizer, desta forma, que a arbitragem representa um verdadeiro fomento à economia global, permitindo um engajamento dos agentes no mercado com um maior nível de segurança e eficiência.

Entretanto, foi também demonstrado que a prática da arbitragem pode revelar algumas dificuldades que eventualmente podem comprometer os resultados dos *players*. Dentre essas dificuldades, uma que se destaca - e é objeto do presente estudo - é a execução da sentença arbitral. Questões como dificuldades de se encontrar ativos da parte contrária, parcialidade do juízo estatal, demora dos procedimentos da execução, honorários e taxas judiciais podem tornar a execução da sentença arbitral uma experiência traumática, senão mal sucedida. Com esse foco, o presente estudo se ocupou de encontrar argumentos que fundamentassem um comportamento estratégico para guiar a conduta dos *players* na maximização de resultados.

Dentro desse cenário, foi analisado como os custos de transação influenciam na tomada de decisão dos agentes no mercado. Por custos de transação se definiu os custos envolvidos na manutenção ou no estabelecimento de um direito de propriedade, sendo essa definição importante para a análise dos custos de transação aplicados na execução da sentença arbitral. Apontou-se os custos da parte vencedora como aqueles envolvidos na tentativa de se estabelecer o direito de propriedade declarado na sentença arbitral, e o custo da parte sucumbente como o custo para tentar manter o direito de propriedade pleiteado pela parte vencedora. Desta forma, estabelece-se dois pesos a serem colocados em uma balança: o resultado da execução da parte vencedora (Rex), determinado pelo valor do bem ($) menos os custos de transação da parte vencedora (CTv), e o custo da execução para a parte sucumbente (Cex), determinado pelo valor do bem ($) mais os custos de transação da parte sucumbente (CTs).

A partir dessa compreensão foi possível desenvolver os quadrantes de um jogo, coordenadas que apontam de forma mais ou menos intuitiva os resultados esperados de acordo com a composição dos custos de transação no caso concreto. Essa coordenada

(quadrante do jogo) serviu de base para a compreensão de que as partes tendem a estar dispostas a celebrar acordos para maximizar seus resultados, chamando-se de ganho relativo a vantagem que cada parte obtém com o acordo em relação à execução da sentença arbitral.

Mas a questão que se enfrentou nesse ponto foi a seguinte: qual o valor ideal de acordo? O estudo verificou que o acordo ideal seria aquele que atende a dois conceitos, (i) maximização de resultados, ou seja, colocar as partes em situações melhores do que a que seria alcançada caso a sentença fosse executada, e (ii) justiça, isso é, equalizar os resultados, de modo que nenhuma parte seja mais favorecida do que a outra, mas sem desconsiderar a posição original de cada uma (custos de transação), de modo que cada parte suporte o ônus que originalmente carrega.

Procurou-se atingir essa equalização por meio de uma fórmula que demonstrasse o valor do acordo que iguala o ganho relativo das parte. Considerando que o ganho relativo da parte vencedora (Gv) é o valor do acordo (Vac) menos o resultado da execução (Rex), e que o ganho relativo da parte sucumbente (Gs) é o custo da execução (Cex) menos o valor do acordo (Vac), verificou-se que [Gv = Vac – Rex], sendo [Rex = $ - CTv], então [Gv = Vac – ($ - CTv)]; e que [Gs = Cex – Vac], sendo [Cex = $ + CTs], então [Gs = ($ +CTs) – Vac]. Portanto, iguala-se os ganhos relativos (Gv = Gs), de modo que [Vac – ($ - CTv) = ($ + CTs) – Vac]. Isolando-se o valor do acordo, tem-se que o valor do acordo ideal é **Vac = [($ + CTs) + ($ - CTv)]/2**. Isso é, o valor do acordo ideal é igual à metade da soma do custo da execução (Cex = $ + CTs) com o resultado da execução (Rex = $ - CTv).

Conforme se verificou, essa fórmula atende aos dois conceitos almejados de (i) maximização de resultados e de (ii) justiça, pois iguala os ganhos relativos, mas de forma sensível à posição original de cada player. Conforme o exemplo exposto, na hipótese de um bem no valor de $100, com custo de transação da parte vencedora de $40, e um custo de transação de parte sucumbente de $20, a fórmula aponta um acordo no valor de $90. Ou seja, a parte vencedora que iria receber apenas $60, recebe $90, e parte sucumbente que iria perder $120, perde apenas $90, e ambas as partes têm um ganho relativo de $30. Veja-se que a fórmula distribui a soma dos custos de transação das partes, pois em conjunto elas apresentam um ganho relativo de $60 ($30 + 30), justamente a soma dos custos de transação de cada uma ($40 + $20).

Entretanto, se no mesmo caso a parte vencedora tivesse um custo de transação de $50, e a parte sucumbente um custo de transação de $10, ou seja, a parte vencedora em uma posição sensivelmente pior do que no caso anterior, a fórmula apontaria um acordo não mais no valor de $90, mas de $80. Ou seja, ambas as partes teriam um ganho relativo de $30, haveria a distribuição da mesma soma de custos de transação ($60), mas a fórmula faz com que cada parte suporte o ônus que previamente carregava, sem privilegiar uma em relação à outra.

Com efeito, a fórmula proposta esclarece alguns fenômenos, permitindo verificar que o fato de se incorrer em um custo de transação elevado não deve necessariamente desestimular o *player*, uma vez que o resultado tende a ser influenciado na mesma proporção pelos custos de transação da parte adversária. Desta forma, via de regra, sempre haverá um amplo espaço de atuação para que o estrategista atinja um resultado favorável, principalmente por meio da negociação e da assimetria de informação.

O estudo avançou colocando a própria fórmula em xeque, afim de testar o seu real alcance. Verificou-se que, apesar de ser um meio capaz de trazer a racionalidade econômica para o seio da relação, favorecendo a celebração de acordos eficientes, a fórmula, quando colocada em prática, tende a perder de vista a subjetividade da relação, perda essa verificada principalmente pela dificuldade de (i) quantificação dos custos de transação, (ii) consenso quanto aos números que devem compor a fórmula (na mesa de negociações), e (iii) cotejo com elementos subjetivos de ordem individual.

Foi essa análise do alcance e das limitações das fórmulas, orientadas para a conduta, que exigiu um olhar sobre as bases pragmáticas da estratégia, para que do exame da relação do homem com o signo (ou do estrategista com a estratégia) se revelasse uma compreensão mais apurada sobre as nossas próprias possibilidades. Para tanto, buscou-se na análise do pensamento antigo Chinês uma noção radicalmente diferente de eficácia, de agir no mundo, permitindo um diálogo que retorna como um indagar sobre o nosso próprio pensar. Tal como um peixe, que somente percebe onde está quando é retirado do oceano, o estudo partiu da premissa de que o estrategista percebe melhor as dimensões e as fronteiras do seu agir quando se permite um recuo do olhar para outras realidades.

Conforme analisado, mais que modelar uma fórmula ideal colocando-a como uma meta, o que implica forçar a impregnação dessa meta na realidade, aquilo que vem

a ser eficácia na China se aplica a demarcar, a detectar os fatores favoráveis existentes no seio da situação abordada. O que o estudo percebeu é que a ideia (no pensamento chinês) é fazer evoluir continuamente a situação em função dos fatores que podem ser revelados, de maneira que da situação mesma decorra o efeito. Ou seja, o plano pré-estabelecido não é apenas desnecessário, como também indesejável, pois é das circunstâncias e das variáveis que o estrategista pretende tirar proveito. É nas forças atuantes na situação, e não no ideal (fórmulas), que está o seu foco. Assim, se hoje não é favorável, é preferível esperar, mais do que se destroçar enfrentando uma situação adversa.

Disso decorre uma segunda noção, a de "transformação silenciosa". Diferentemente do herói, que não apenas estabelece uma meta como age de maneira que propicia a forma ideal que traçou (tome-se aqui a fórmula proposta), um dos temas mais marcantes do pensamento chinês é o não agir, que não deve de forma alguma ser compreendido no sentido da passividade ou de ausência de engajamento. Se o estrategista não age, ele transforma, faz lentamente evoluir a situação no sentido desejado, por influência. Enfim, a transformação manifesta-se como o contrário da ação. Enquanto esta é local, momentânea e ligada a um sujeito específico, a outra é global e progressiva. Nós não a vemos, mas ela acontece. Como o envelhecimento de uma pessoa, que percebemos quando a comparamos com uma fotografia de 20 anos atrás. O pensamento chinês dissolve a individualidade do evento no processo.

Tal estudo, sobre as bases do pensamento chinês da eficácia, longe de descartar a utilização da fórmula proposta, serviu como um recado ao estrategista, para que esteja permanentemente conectado e adaptado à realidade.

Por algum motivo essas questões parecem remeter ao gênio da lâmpada de Aladin, das Mil e Uma Noites. Nos conta a história que, após se esfregar a lâmpada, o gênio aparece para realizar desejos maravilhosos e inimagináveis, sendo um fiel companheiro, mas eventualmente esse mesmo gênio se encoleriza ou toma o pedido ao pé da letra, gerando efeitos desastrosos. Tal como o gênio da lâmpada de Aladin, as fórmulas, às vezes, podem ser ambíguas. O que o diálogo entre a Grécia e a China parece sussurrar é um lembrete, como que dizendo: *as fórmulas devem trabalhar para nós, e não contra nós*. Eis as sementes para um futuro estudo.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Douglas W. *Transaction Costs.* 1999. Disponível em: http://www.sfu.ca/~allen/allentransactioncost.pdf. Acesso em: 26 jun. 2011.

ALVIM, J. E. Carreira. *Decretação de Nulidade da Sentença Arbitral: inconsistência da teoria da dupla porta.* 2006. Disponível em: http://www.educs.learningobject.com.br/Ipejartigos.asp?post=A&id=233. Acesso em: 10 jul. 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* São Paulo: Martin Claret, 2003.

BORNHEIM, Gerd A. *Introdução ao filosofar: o pensamento filosófico em bases existenciais.* 3ª Ed. São Paulo: Editora Globo, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. *Cláusula Compromissória – Auto-suficiência da Cláusula Cheia.* RT-91, v. 800, p. 137-144, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem – *Lei nº 9.307/96.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo.* 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

COASE, Ronald H. *The* Problem *of Social Cost.* 1960. Disponível em: http://weber.ucsd.edu/~jlbroz/Courses/POLI200C/syllabus/Coase_social%20cost.pdf. Acesso em: 31 jan. 2012.

_____. *The Nature of the Firm*. 1937. Disponível em: http://www.tfasinternational.org/aipe/academics/morriss2012/thenatureofthefirm.pdf.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Aspectos Problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis: comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 26 de setembro de 1996).* RTDC, v. 9, jan/mar 2002.

GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo del Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

IUDICA, Giovanni. *Law and Globalization.* 2009. Bocconi School of Law Student-Edited Papers, paper nº 2009-02/EN. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1437526. Acesso em 15 mar. 2010.

JULLIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas: do universal ao multiculturalismo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. *Tratado da Eficácia.* São Paulo: Editora 34, 1998

JUNG, Carl G. *O Homem e seus Símbolos.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem: características, efeitos e funções.* In Revista do Advogado, ano XXVI, nº 87, setembro de 2006.

MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil – uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. *As três fases da Arbitragem, I*n Revista do Advogado, ano XXVI, nº 87, setembro de 2006.

OZI, Fábio Teixeira et al. Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil. In *Arbitragem no Brasil*, vol. 1, São Paulo: Impressão Régia, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* 2003. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Direito_e_Economia_num_Mundo_Globalizado:_Coopera%C3%A7%C3%A3o_ou_Confronto%3F. Acesso em: 13 abr. 2010.

PLATÃO. *The Republic of Plato***.** Tradução de Allan Bloom. 2ª Ed. Estados Unidos: Basic Books, 1968.

PRICEWATERHAOUSECOOPERS (PWC). *International Arbitration: Corporate attitudes and practices.* 2008.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha e geração de valor. In *Arbitragem no Brasil.* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Orgs.), Sine Loco: Quartier Latin, 2008.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem.* 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

REIFF, Paulo Bezerra de Menezes. Execução de Título Extrajudicial e Arbitragem. In: *Arbitragem no Brasil*, vol. 1, São Paulo: Impressão Régia, 2010.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Cumprimento da Sentença Arbitral Condenatória.* Informativo de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 24, 2009. Disponível em: http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=24&artigo=402&l=pt. Acesso em: 13 mar. 2012.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença.* 2ª Ed. Ijuí: Editora Ijuí, 2006.

WILLIAMSON, Oliver; TADELIS, Steven. *Transaction Cost Economics.* 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2020176. Acesso em 16 jun. 2012.

Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication 843, 2007

TIMM, Luciano Benetti Timm; JOBIM, Eduardo. *A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito.* Porto Alegre: Direito e Justiça, v. 33, n. 1, p. 80-97, junho 2007.

VAZ, José Gilberto; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Tempo é dinheiro: uma visão analítica econômico-financeira de custos e prazos de litígios.* 2009. Disponível em http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=426. Acesso em: 16 out. 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach.* 1981, American Journal of Sociology 87:548-577.