

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

GABRIEL MOURA AGUIAR

**ARBITRAGEM COLETIVA: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A
APLICABILIDADE AO DIREITO BRASILEIRO**

FRANCA

2020

GABRIEL MOURA AGUIAR

**ARBITRAGEM COLETIVA: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A
APLICABILIDADE AO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

FRANCA

2020

A282a Aguiar, Gabriel Moura
Arbitragem coletiva: a experiência internacional e a aplicabilidade
ao direito brasileiro / Gabriel Moura Aguiar. -- Franca, 2020
149 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Jete Jane Fiorati

1. Arbitragem. 2. Direito processual coletivo. 3. Arbitragem
coletiva. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

GABRIEL MOURA AGUIAR

**ARBITRAGEM COLETIVA: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A
APLICABILIDADE AO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof.^a. Dr.^a. Jete Jane Fiorati

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

Franca, _____ de _____ de 2020.

Dedico este trabalho a meus pais e minha irmã, minha família

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo dom da vida, por todo o amor, apoio e paciência durante estes anos, e também à minha irmã e meus padrinhos, todos fundamentais para que este trabalho fosse possível. Agradeço à minha namorada Maiara, companheira de longa data e de mestrado, por ser meu porto seguro, minha amada conselheira e revisora.

Agradeço a meus amigos e companheiros de faculdade, cuja amizade persistiu mesmo após o final do curso e durará para sempre, Arthur, Ícaro, Átila, Matheus, Felipe, Adolfo. Também à Mayra, minha colega de orientação, que, lutando como uma nordestina, cruzou o país para fazer o mestrado, e com quem compartilhei aulas, artigos, congressos e a vida acadêmica francana, e aos colegas da REJ UNESP Adriano, Ana Clara e Ana Lélis.

Agradeço à minha orientadora, Prof^a Dr^a Jete Jane Fiorati, pela confiança em minha capacidade de realizar o mestrado, e pela brilhante e dedicada orientação da dissertação, somada aos ensinamentos das aulas e das conversas. Por fim, agradeço à equipe de servidores da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca, que possibilitam o desempenho de nossas funções acadêmicas.

AGUIAR, Gabriel Moura. **Arbitragem coletiva: a experiência internacional e a aplicabilidade ao direito brasileiro**. 2020. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

RESUMO

A arbitragem é um dos métodos de solução de conflitos mais antigos que se tem notícia, com os primeiros registros de um sistema organizado datando da Idade Média. No Brasil, apesar de prevista desde a Constituição de 1824, seu desenvolvimento ocorreu de forma tardia. Somente em 1996, com a promulgação da atual lei 9.307, o instituto alcançou autonomia do Judiciário e uma regulamentação que permitisse sua evolução. Por outro lado, nos Estados Unidos a arbitragem individual se desenvolveu com mais rapidez, o que também pode ser observado em alguns países que compõem a União Europeia. Paralelamente à arbitragem, a necessidade de tutelar direitos de forma coletiva levou ao desenvolvimento do processo coletivo, área na qual o Brasil se destacou, criando um microssistema processual coletivo com grande êxito. A arbitragem não ficou alheia a este movimento de coletivização, no qual os Estados Unidos assumiram posição de vanguarda. Na União Europeia há, também, um sistema de princípios e regras básicos de processo coletivo, respeitando a soberania dos Estados-membros, com um modelo de arbitragem coletiva ainda em desenvolvimento. No Brasil, apesar de já existirem arbitragens coletivas em curso, não há um modelo estruturado, ou projetos legislativos neste sentido. Portanto, utilizando a metodologia funcionalista e a investigação jurídico-projetiva, o presente trabalho busca, pela análise da arbitragem individual e do processo coletivo no Brasil, Estados Unidos e União Europeia, bem como da arbitragem coletiva nestes últimos, verificar a viabilidade de arbitragens coletivas no Brasil, e propor linhas gerais para um modelo nacional.

Palavras-chave: Arbitragem. Processo coletivo. Arbitragem coletiva. Brasil. Estados Unidos e União Europeia.

AGUIAR, Gabriel Moura. **Arbitragem coletiva: a experiência internacional e a aplicabilidade ao direito brasileiro**. 2020. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

ABSTRACT

Arbitration is one of the oldest known conflict resolution method, with its first registries of an organized system dating back to the Middle Ages. In Brazil, although enforced since the 1824 Constitution, its development was late. Only in 1996, with the enactment of the current law n. 9.307, the institute reached autonomy from the Judiciary and a regulation that allowed its evolution. On the other hand, in the United States individual arbitration developed early, what also occur in some of the European Union countries. Apart from arbitration, the need for a collective treatment of rights led to the development of class or collective procedures, an area which Brazil, stood out, developing a successful procedural collective sub-system. Arbitration was not unaware of this collectivization movement, in which the USA were pioneers. In the European Union, there is also a system of basic rules and principles for collective procedures, respecting the sovereignty of member States, with a developing collective arbitration model. In Brazil, despite the existence of current collective arbitration procedures, there is no structured model, or legislative proposals for one. Therefore, this dissertation aims, through the analysis of individual arbitration and collective judicial procedures in Brazil, United States and the European Union, as well as the collective arbitration in the two latter, check the viability of collective arbitrations in Brazil, and also suggests general baselines for a national model.

Keywords: Arbitration. Collective procedure. Collective arbitration. Brazil. United States and European Union.

3 PERSPECTIVAS E LIMITES PARA A ARBITRAGEM COLETIVA NACIONAL	101
3.1. O Projeto de Lei 5.139/2009	101
3.2. Os desafios e limites da arbitragem coletiva no Brasil	103
3.2.1. Arbitragens coletivas e arbitragens multipartes	104
3.2.2. O microssistema processual coletivo e a autonomia na escolha do direito e do procedimento aplicáveis à arbitragem	105
3.2.3. A multiplicidade de partes, o consenso e a representatividade adequada	106
3.2.3.1. Arbitrabilidade subjetiva dos legitimados e representatividade adequada na arbitragem coletiva	108
3.2.3.2. Intervenção de terceiros	111
3.2.4. Cumprimento da sentença arbitral coletiva e a coisa julgada	115
3.3. Arbitragem coletiva versus processo coletivo: um conflito entre sistemas	117
3.4. Direitos coletivos em espécie e a arbitragem coletiva	119
3.4.1. Direito do consumidor	119
3.4.2. Direito empresarial e societário	121
3.4.2.1. Arbitragem de grupos de sociedades	122
3.4.2.2. A cláusula compromissória estatutária e as sociedades de economia mista	124
3.4.2.3. Proteção de investimentos nacionais e estrangeiros	130
3.5. A escolha de um modelo nacional	132
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Os primeiros registros de um modelo arbitral organizado remontam à Idade Média. Nas Guildas inglesas, os comerciantes reconheciam e valorizavam métodos extrajudiciais de resolução de disputas, preferindo inicialmente a justiça da “lei dos mercadores” em detrimento do sistema oficial do *common law* (WOLAVER, 1934, p. 132, tradução nossa)¹.

Este fenômeno não era restrito à Inglaterra. Em outras regiões de comércio medievais, as guildas possuíam mecanismos semelhantes, a fim de evitar a aplicação do direito feudal que, por ser baseado em múltiplos privilégios e estatutos, era um entrave para as práticas comerciais. Por estes motivos, os comerciantes adotaram regras comuns, não escritas e não vinculadas a um direito estatal, denominadas de *lex mercatória* (FIORATI, 2006, p.30). A *lex mercatoria* é ainda utilizada como fonte normativa para o Direito do Comércio Internacional e, consequentemente, como base para arbitragens comerciais.

No Brasil, é predominante na doutrina a tese de um desenvolvimento tardio da arbitragem. A arbitragem era um instituto em desuso no país até a promulgação da lei dos Juizados de Pequenas Causas e da lei 9.307/96, e tinha seu desenvolvimento “emperrado” por conta de sua regulamentação anterior à 1996 (CARMONA, 2009, p.5). Com efeito, esta se manteve atrelada ao Poder Judiciário até a promulgação da atual lei de arbitragem. Em outras palavras, a arbitragem somente conseguiu sua autonomia do sistema nacional de justiça no final do século XX, quando o então “laudo arbitral” deixou de necessitar de homologação judicial para surtir efeitos, e passou a ser denominado de sentença.

Este desenvolvimento tardio também se verifica no âmbito da arbitragem coletiva. Apesar de o tema ter ganhado importância nos últimos anos, os Estados Unidos possuem desde os anos 1980 uma porta aberta para a arbitragem coletiva, mediante decisão da Suprema Corte, colocando o país em posição de pioneirismo e de fonte de inspiração para outros países (FARIA, 2012, p. [3]). Contudo o percurso da ação arbitral coletiva norte-americana é acidentado, e enfrenta críticas dentro do próprio país.

Na Europa a arbitragem coletiva está em fase inicial de desenvolvimento, porém já possui uma base normativa no direito da União Europeia e é estruturada em alguns países, com destaque para a Espanha. Todavia, no Brasil, ainda não há sequer uma regulamentação. Por sua

¹Original em inglês: From the charters that were issued to the English gilds, it is clear that these traders recognized the value of some extrajudicial method and, in some of the earlier books on the law merchant, it is certain the merchant preferred justice "according to the Law of Merchants" to that of the common law.

vez, dois fatos indicam um potencial do uso da arbitragem coletiva no país: um projeto de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09), que, arquivado, propunha a possibilidade de arbitragem no âmbito desta ação coletiva, e os desdobramentos de processo envolvendo a Petrobrás no estado americano de Nova York (CORAPI; ARAÚJO, 2017).

Como, então, criar um modelo para o país? A resposta para este questionamento está na análise da experiência dos dois principais polos jurídicos mundiais, notadamente no campo da arbitragem, os Estados Unidos e a Europa, aqui representada pela União Europeia. Tanto nos EUA quanto nos países da UE (e no próprio direito europeu), a arbitragem coletiva é derivada da aplicação das regras do processo coletivo na arbitragem individual, criando um sistema híbrido, com características de suas duas origens. Trata-se, pois, de uma fórmula segura para o Brasil, que, contudo, não está imune a críticas e problemas.

Desse modo, o objetivo principal deste trabalho pode ser dividido em três pontos: 1) Confirmar a viabilidade da arbitragem coletiva no Brasil, utilizando fontes bibliográficas e acadêmicas já disponíveis no país e no exterior; 2) Avaliar os dois principais modelos estrangeiros sobre a matéria, o norte-americano e o europeu continental e 3) propor, como um fomento para o debate acerca do tema, linhas gerais para a regulamentação da arbitragem coletiva no Brasil, além analisar ramos do direito no qual, em tese, sua aplicabilidade pode ser mais bem-sucedida.

Como objetivo secundário, de grande importância para o principal, será analisada a arbitragem individual no Brasil, seu histórico e estágio atual, bem como o processo coletivo no país. A finalidade do estudo do processo coletivo brasileiro é a necessidade de seu uso como base para a arbitragem coletiva, em especial no que tange à intervenção do Poder Judiciário, a exemplo do cumprimento da sentença arbitral.

O trabalho proposto apresenta o desafio de comparar legislações de países e regiões com tradições jurídicas diferentes: O Brasil e a Europa Continental, de tradição romano-germânica, e os Estados Unidos, de tradição anglo-saxã (*common law*). Apesar de desafiadora, a comparação legislativa, ou em sentido lato o “direito comparado” tem, na visão de René David, utilidade para “conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional” (DAVID, 1986, p. 3), um dos objetivos principais do trabalho.

Os Estados Unidos e a União Europeia foram escolhidos por serem representantes dos dois principais modelos estrangeiros de processo coletivo (e de arbitragem coletiva), o *opt-out*, baseado no processo coletivo norte-americano (*common law*), e o *opt-in*, baseado no direito europeu continental (*civil law*), e utilizado no processo coletivo brasileiro.

Diante dos objetivos propostos, é inescapável o uso da metodologia do direito

comparado e, dentre os principais métodos, será empregado o método funcionalista. O método funcionalista pode ser definido como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo. Uma vez semelhantes, as respostas a esses conflitos acabam por possuir uma “equivalência funcional” (DUTRA, 2016, p. 198)².

Com efeito, busca-se analisar a resposta norte-americana e europeia ao problema da implementação da arbitragem coletiva em seus respectivos territórios, a fim de obter respostas, ou ao menos uma direção, para o enfrentamento do mesmo problema pelo Brasil. Apesar de derivarem de tradições jurídicas distintas, Estados Unidos e União Europeia promoveram, como solução, e cada um à sua maneira, a aplicação das respectivas regras de processo coletivo na arbitragem.

Outro tipo utilizado será o jurídico-projetivo ou jurídico-prospectivo, sendo este método de investigação o mais adequado para detectar tendências futuras de um dado instituto jurídico ou campo normativo, partindo-se de premissas e condições vigentes. Seu uso se justifica pela demanda por verificar o estado atual da arbitragem no Brasil e suas tendências referentes a coletivização da arbitragem. O raciocínio empregado será o dedutivo, pois a pesquisa se baseia em premissas tidas como verdadeiras que ao menos indicam uma conclusão em determinado sentido (GUSTIN; DIAS, 2006, p.23).

²Nas palavras do autor: “O método funcionalista pode ser definido como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo. A solução legal para problemas correlatos em diversas partes do mundo pode ser aparentemente distinta, mas possui uma “equivalência funcional”, já que esses mesmos problemas – como, por exemplo, acidentes, contratos, mortes – são praticamente idênticos em todo o mundo”.

1 ARBITRAGEM E PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

1.1. Histórico da arbitragem no país

O desenvolvimento da arbitragem no Brasil não foi uniforme, tampouco acelerado. A doutrina majoritária aponta que este ocorreu de forma tardia, ou seja, a arbitragem no país somente foi difundida em momento posterior ao restante do mundo. Isto devido a falta de autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, o que a tornava pouco atrativa para seus potenciais usuários. Esta inconstante evolução da arbitragem, bem como a sua limitada autonomia, ficam evidenciadas com a análise das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional brasileira.

1.1.1 *Constituições*

A Constituição Imperial de 1824 previa, em seu art. 160, o uso da arbitragem nas ações cíveis e nas “penais civilmente intentadas”, ao dispor que as partes poderiam nomear “juízes árbitros” (BRASIL, 1824). Mantinha, pois, a possibilidade de escolha das partes entre a arbitragem e o juízo estatal, em respeito a autonomia da vontade inerente ao instituto. Sob a Constituição de 1824, o Código Comercial e o Regulamento 737, ambos de 1850, impunham a solução por arbitragem em litígios envolvendo contratos de locação mercantil, direito societários ou de naufrágios, avarias e quebras. Todavia, esta compulsoriedade deixou de existir em 1866, com a Lei 1.350 (TIBURCIO, 2001, p. [2]).

A proclamação da República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891 revogaram o ordenamento jurídico do Império, e transferiram matérias de ordem processual para a competência dos estados. A arbitragem, pois, passou a ter regulamentações processuais distintas em cada unidade da federação, com estados mantendo a obrigatoriedade do procedimento arbitral para algumas hipóteses, e outros optando pela voluntariedade (TIBURCIO, 2001, p. [2]).

As Constituições de 1934 e 1937 regulavam a competência privativa da União para legislar, entre outras matérias, sobre arbitragem, autorizada a suplementação da lei federal pelos Estados, sendo vedado às legislações estaduais contrariar ou extrapolar os limites definidos federalmente. A Constituição de 1934 ainda previa a arbitragem para a específica situação do pagamento de indenização aos estados do Amazonas e do Mato Grosso pela incorporação do

Acre ao território brasileiro (art. 5º das Disposições Transitórias), bem como determinava que os estados resolvessem as pendências sobre suas divisas “mediante acordo direto ou arbitramento” no prazo de até cinco anos (art. 13 das Disposições Transitórias) (BRASIL, 1934; BRASIL, 1937). A regulamentação do procedimento arbitral era, ainda, de competência estadual, por força do modelo instituído pela Constituição de 1891.

A Constituição de 1946 silenciou sobre arbitragem, uma vez que o Código de Processo Civil de 1939, lei de caráter nacional, assumiu o regramento, e, pelo mesmo motivo, a Carta de 1967/1969 apenas previu, em seu art. 7º, caput, que os conflitos internacionais seriam “resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe” (BRASIL, [1986]).

A Constituição de 1988 também não prevê regras sobre arbitragem de modo geral, tarefa conferida ao Código de Processo Civil de 1973 e, posteriormente, à lei 9.307/96. A única menção à arbitragem no vigente texto constitucional é a possibilidade de julgamento por árbitros no caso de negociações coletivas trabalhistas frustradas, nos termos do art. 114, IX, §1º (BRASIL, [2019]a).

1.1.2 Legislação infraconstitucional

A arbitragem foi objeto, no âmbito da legislação ordinária nacional, do Código Civil de 1916 e dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973¹. Com a promulgação da lei 9.307/96, o regramento atual, a arbitragem deixou de constar como um título específico da legislação processual, tanto que o vigente Código de Processo Civil, promulgado em 2015, não traz regulamentação específica sobre o tema. O atual CPC optou por prever normas de cooperação entre árbitros e juízes togados e sobre a relação entre arbitragem e o Poder Judiciário, notadamente quanto à execução da sentença arbitral. A lei 9.307/96 e o CPC/2015 serão objeto de estudo em tópicos seguintes.

O Código Civil de 1916, apesar da fragmentação legislativa em matéria processual, era vigente em todo o território nacional, e trazia regulamentação sobre a capacidade de partes e dos árbitros e sobre o compromisso, em seus artigos 1.037 a 1.048. Diante da referência ao compromisso arbitral como a única base para a instauração da arbitragem pelo Código Civil de 1916 (e por todos os diplomas até a atual lei de arbitragem), faz-se necessária sua caracterização imediata. Para Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 94), “o compromisso arbitral nada mais

¹Até 1939, os estados possuíam Códigos de Processo Civil próprios, por força do modelo descentralizado delineado pela Constituição de 1891 (item. 1.1.1. *supra*).

é que a convenção de arbitragem mediante o qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas e será dirimido através da solução arbitral”.

A característica marcante do compromisso arbitral é, pois, a preexistência do conflito entre as partes em relação ao momento de instituição da arbitragem, diversamente do observado com a cláusula compromissória, que é inserida em um contrato para submeter à arbitragem futuros litígios envolvendo o seu objeto. Esta característica do compromisso arbitral permite que casos não vinculados a um contrato, sem um prévio ajuste entre as partes, sejam submetidos a este método de solução de conflitos (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 94-95)². É também o que se depreende da redação do art. 1.037 do Código Civil de 1916.

Os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 conviveram com as normas sobre arbitragem previstas nos Códigos Processuais Cíveis de 1939 e 1973, sendo revogados somente pela Lei 9.307/96, a atual Lei de Arbitragem.

Uma vez competente para tanto, o estado de São Paulo promulgou seu Código de Processo Civil por meio da lei estadual 2.421, de 14 de janeiro de 1930, no qual regulamentou diretamente a arbitragem em seu Livro VIII (SÃO PAULO, 1930, pp. 1947-1948). Os Códigos de processo dos estados vigoraram em paralelo ao Código Civil nacional de 1916, permitindo remissões deste nas legislações estaduais, como ocorreu no caso de São Paulo em relação à arbitragem.

O CPC paulista, portanto, manteve as linhas gerais do Código Civil, atendendo ao comando da lei material de regulamentar as normas de processo aplicáveis à arbitragem, acrescentando, porém, algumas peculiaridades. Neste sentido, manteve a autorização implícita para que juízes de primeira e segunda instância pudessem ser árbitros. Por outro lado, tornou mais clara a liberdade para a instauração da arbitragem após o início do processo, permitindo que fosse instaurada inclusive após o julgamento na primeira instância (art.1.145), além de sujeitar os árbitros às hipóteses de suspeição dos juízes togados (art.1.142) e prever a aplicação subsidiária das regras do processo judicial (conforme o art. 1.148, “juízo comum”) (SÃO PAULO, 1930, pp. 1947-1948).

O Código paulista previa um verdadeiro processo arbitral, com a estipulação de prazos para a escolha e decisões dos árbitros, neste ponto divergindo do Código Civil, que a deixava para o compromisso, bem como para as manifestações das partes e julgamento do caso. (capítulos I e II, arts.1.139 a 1.148). Ainda, exigia a homologação judicial da sentença arbitral para sua execução, e trazia um procedimento para tanto (Capítulo III, arts. 1.149 a 1.155),

² O autor cita o exemplo da solução por arbitragem via compromisso arbitral de conflito acerca da existência do dever de indenizar e de seu *quantum* na hipótese de um acidente automobilístico.

dispensado caso o árbitro fosse juiz estatal de primeira ou segunda instância (art. 1.151) (SÃO PAULO, 1930, pp. 1947-1948).

Apesar de tacitamente revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, que expressamente previa sua aplicabilidade em todo o território nacional e a revogação das disposições contrárias (BRASIL, 1939)³, o Código de Processo Civil de São Paulo somente foi revogado expressamente pela lei estadual 12.245, em 27 de janeiro de 2006 (SÃO PAULO, 2006, p. 6).

O Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro), publicado no período histórico do Estado Novo, marcado pela forte centralização política e enfraquecimento dos poderes das Unidades da Federação, unificou a legislação processual no país, com a uniformização também do procedimento arbitral.

O Código nacional se assemelha, em sua essência, ao Código de Processo Civil paulista, e mantém consonância com o Código Civil de 1916, porém, traz nível de detalhamento maior, buscando corrigir lacunas dos diplomas anteriores. A regulamentação da arbitragem se encontrava no Livro IX, “Do juízo arbitral”, compreendendo os artigos 1.031 a 1.046, em título único dividido em três capítulos: o primeiro com disposições gerais, o segundo sobre o procedimento e o terceiro sobre a homologação da decisão final do árbitro (BRASIL, 1939, pp. 311-438).

O CPC de 1939, como o Código Paulista, exigia a homologação judicial da decisão final do árbitro, que ganhou a denominação de “laudo” arbitral (art. 1.037), e estipulou prazos para o aceite da nomeação pelos árbitros e para as manifestações das partes (arts. 1.032 e 1.036). O Código passou a prever os requisitos obrigatórios do laudo arbitral e o procedimento para sua homologação, em seus artigos 1.038 a 1.042. Ao final deste procedimento e verificada sua regularidade, o juiz declararia executável o laudo, “com força de sentença” (art. 1.042). Havia um rol de hipóteses de nulidade do laudo arbitral no art. 1.045 (BRASIL, 1939, pp. 436- 437).

O CPC de 1939 previa, por fim, a possibilidade de recurso de apelação contra a sentença homologatória do laudo, sendo permitido ainda, em restritas hipóteses, o julgamento do mérito pelo próprio Tribunal, afastando a competência do árbitro⁴.

³ Art. 1º O processo civil e comercial, em todo o território brasileiro, reger-se-á por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituam objeto de lei especial. Art. 1.052. Este Código entrará em vigor no dia 1 de fevereiro de 1940, revogadas as disposições em contrário.

⁴ Nos termos do art. 1.044, o Tribunal, provendo o recurso, mandaria os árbitros promoverem um novo julgamento da questão, salvo nas hipóteses do inciso I (compromisso nulo), quando este seria extinto, ou do inciso IV (não aplicação do direito expresso, salvo autorização no compromisso de julgamento por equidade), quando o próprio órgão jurisdicional estaria autorizado a decidir (BRASIL, 1939, p. 437), conferindo, neste último caso, um efeito devolutivo ao recurso.

Como se demonstrou, a regulamentação da arbitragem, e do processo como um todo, não sofreu alterações significativas do Código Civil de 1916 até o diploma processual civil de 1939. Todavia, na vigência do segundo Código de Processo Civil nacional, promulgado em 1973, ocorreram sensíveis mudanças de paradigmas, tanto na arbitragem quanto no processo.

1.1.2.1 O Código de Processo Civil de 1973 e uma nova visão sobre o processo

O denominado “Código Buzaid” foi a última codificação processual civil a regulamentar a arbitragem, revogando o Código de 1939 e sendo revogado, no trecho dedicado ao tema, pela vigente lei 9.307/96. Apesar de elogiado pela doutrina, foi criticado no que dizia respeito à arbitragem por manter, em linhas gerais, o regramento previsto no CPC anterior. Para Carlos Alberto Carmona, a legislação brasileira impunha dois grandes obstáculos ao desenvolvimento da arbitragem: a cláusula compromissória era ignorada pelo Código Civil de 1916 e pelo CPC/1973, ao passo que remanesce a tradição do direito nacional em exigir a homologação do laudo arbitral pelo Judiciário (CARMONA, 2009, p. 4).

Sobre o primeiro obstáculo, o Código de Processo Civil exigia a constituição do compromisso arbitral, ignorando a aplicabilidade da cláusula compromissória, tanto que, na redação original do CPC/1973, o réu somente poderia alegar como questão prejudicial à análise do mérito da causa a existência de compromisso arbitral, pela dicção do art. 300. A cláusula compromissória pode ser definida como “dispositivo contratual em que as partes preveem que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio de arbitragem” (CARMONA, 2009, p.4).

A cláusula compromissória está, pois, atrelada a um contrato, ainda que não seja necessário que conste no documento, enquanto o compromisso arbitral não depende necessariamente de um negócio jurídico, mas sim de um conflito já instaurado entre as partes, apesar de também exigir um acordo de vontades para sua celebração⁵.

O segundo obstáculo, a necessidade de homologação judicial do laudo, era ainda mais prejudicial ao desenvolvimento da arbitragem no país. Tal modelo era considerado antigo e ultrapassado, de modo que diversos países o abandonavam ou o mitigavam, enquanto permanecia válido no Brasil (CARMONA, 2009, p. 5).

⁵Esclarece Carmona (2009, p.16), que a cláusula compromissória não precisa necessariamente constar no corpo do contrato nem ser contemporânea a ele. pode constar em um aditivo ao contrato original, ou em um pacto acessório a este. Importa, pois, que a cláusula esteja atrelada à solução de litígio futuro envolvendo o negócio jurídico em tela. Se posterior ao conflito, será compromisso arbitral e não cláusula compromissória.

Os efeitos deletérios da homologação se manifestam sobremaneira em uma das principais motivações das partes ao recorrerem a arbitragem, justamente tomar distância do Poder Judiciário:

Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que *a posteriori*. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o *exequatur* retirava várias das vantagens do instituto: o **segredo**, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o **custo**, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim a **celeridade**, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil), faria perdurar a demanda por alguns anos (CARMONA, 2009, p.5, grifos do autor).

Logo, a arbitragem, da forma como era regulamentada na redação original do Código de Processo Civil de 1973, não era atrativa, pois a interferência do Poder Judiciário retirava-lhe a autonomia e seus benefícios frente ao processo tradicional, o que dificultou e atrasou seu desenvolvimento no país, em comparação com a experiência internacional.

A explicação para esta recalcitrância em alterar os princípios da arbitragem está na origem da codificação civil do país. O Código processual de 1973 teve como seu mentor Alfredo Buzaid, que buscou a construção de um processo civil técnico, nos moldes do processualismo europeu clássico, que tinha como principais expoentes Oskar Von Bülow e Liebman. Este processo, além de técnico, era individualista, patrimonialista e baseado em uma tutela repressiva. Este formalismo também era evidente no Código Civil de 1916, e não se tratava, necessariamente, de um modelo negativo ou inapropriado, porém não imune a críticas e defeitos.

Com estas características, o modelo processual do Código Buzaid acaba por adotar, nas palavras de Mariani, uma conduta “neutra em relação à cultura” (MARIANI, 2015, pp. 8-9), distanciando-se dos movimentos sociais. Logo, se fazia necessária uma releitura da concepção individualista original do Código, para além de uma visão “estática” do processo e com maior atenção aos anseios da sociedade (MARIANI, 2015, pp. 8-9).

Para Mauro Cappelletti (1994, p. [1]), a visão formalista era uma “supersimplificação da realidade”, com foco exclusivo no aspecto normativo, conferindo pouca atenção a seus componentes reais: “sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social” (CAPPELLETTI, 1994, p. [1]). Na avaliação do autor, este contexto social novo tem como um de seus principais eixos o “movimento de acesso à Justiça”, que busca superar, no âmbito do processo civil três obstáculos (CAPPELLETTI, 1994, p. [1]).

O primeiro obstáculo é de ordem econômica. Diz respeito à falta de informação e representação judicial adequada, combatido pela primeira onda de acesso à justiça, por meio da prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados. O segundo obstáculo, relacionado à segunda onda, é a ineficiência do modelo tradicional para a resolução de demandas envolvendo os direitos difusos e coletivos, diante da emergência dos direitos sociais. O terceiro, por sua vez, que o autor denominou de “processual”, é a ineficácia do procedimento ordinário para uma adequada solução de conflitos, e é neste ponto que a terceira onda de acesso à justiça se manifesta: o recurso a meios alternativos ao processo comum para a solução de controvérsias (CAPPELLETTI, 1994, p. [1]). Aqui se encontra, historicamente, a arbitragem.

Com efeito, o principal papel da jurisdição é a pacificação social, sendo a finalidade pacificadora uma diferença de primeiro plano entre a função jurisdicional e as demais funções exercidas pelo Estado. A pacificação é “*o escopo magno da jurisdição*, e por consequência, de todo o sistema processual” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 42, grifos dos autores). Quanto aos escopos buscados pelo Estado no exercício da jurisdição, podem ser divididos em sociais, políticos e jurídicos. A pacificação é um escopo social, “uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 42).

Portanto, apesar das virtudes e dos grandes avanços promovidos pelo Código de Processo Civil de 1973, que vigorou por mais de quarenta anos (revogado pelo atual CPC - lei 13.105/2015), era imperiosa e urgente uma atualização do regulamento sobre arbitragem no Brasil, o que foi feito somente em 1996, com a vigente Lei de Arbitragem.

1.2. A Lei 9.307/96

1.2.1. Considerações iniciais

A atual norma arbitral do país foi promulgada sob o nº 9.307, em 23 de setembro de 1996. O anteprojeto que a originou foi elaborado entre o final de 1991 e início de 1992, no âmbito da Operação *Arbiter*, iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, logo abraçada por diversos setores jurídicos, tais como a Universidade de São Paulo, a FIESP, Federação das Indústrias de Pernambuco, a Câmara de Comércio Internacional, entre outros (CARMONA, 2009, p. 10).

A lei 9.307/96, pois, trouxe sensíveis (e esperadas) mudanças no regulamento da arbitragem no Brasil. Para Carmona (2009, p. 11), a nova legislação promoveu de fato a

alteração do paradigma no país, trazendo, enfim, a autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, sem, todavia, retirar deste a possibilidade de controlar a legalidade do procedimento arbitral. Além da autonomia, a cláusula compromissória, esquecida pelo legislador brasileiro até então, foi lembrada na atual lei e colocada em igualdade de efeitos com o compromisso arbitral por meio da convenção de arbitragem.

Apesar disso, a lei 9.307 teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Moreira Alves, de modo incidental na análise de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, da Espanha. Tratava o caso de pedido de homologação de sentença arbitral prolatada naquele país, no ano de 1995, antes da promulgação da vigente Lei. À época, predominava na jurisprudência do STF a necessidade da dupla homologação, e a sentença arbitral não havia sido homologada na Espanha, o que provocou seu indeferimento (BRASIL, STF, 2001).

Todavia, com a promulgação da Lei 9.307 em 1996, a discussão foi reaberta no bojo do Agravo Regimental. Os Ministros do STF, em mudança de entendimento, entenderam por unanimidade pela homologação. Em decorrência de manifestação do Ministro Moreira Alves suscitando a discussão sobre a constitucionalidade da lei o Plenário se debruçou sobre o tema.

Por maioria, vencidos o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence e os Ministros Sidney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves, a Lei de Arbitragem foi considerada constitucional na íntegra. A minoria vencida considerou inconstitucionais os dispositivos que previam o cumprimento forçado da cláusula compromissória (art. 7º), sob o fundamento de, garantido o acesso ao Judiciário pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV), a parte não poderia, de antemão, obrigar-se a participar do procedimento arbitral (BRASIL, STF, 2001).

1.2.2. Arbitrabilidade e direito aplicável na Lei 9.307/96

Arbitrabilidade pode ser entendida como “a reunião de características de um determinado litígio, considerados os direitos atribuíveis a cada uma das partes, que permitem sua submissão à arbitragem” (BRANCHER, 2017, p. [4]). É dividida pela doutrina em duas frentes, a arbitrabilidade subjetiva ou “*ratione personae*” e a arbitrabilidade objetiva ou “*ratione materiae*”. A arbitrabilidade subjetiva se identifica com os sujeitos que o Estado autoriza a utilizar a arbitragem como meio de solução de controvérsias (BRANCHER, 2017, p. [4]). Já a arbitrabilidade objetiva importa um estudo mais analítico.

Um primeiro critério, utilizado por mais de um século, principalmente na França e na Bélgica, foi a relação do direito com a ordem pública. Se incidissem no caso questões de ordem

pública, a arbitragem estaria afastada, nos termos da legislação francesa. A mudança de entendimento ocorreu em meados do século XX por meio da doutrina e jurisprudência francesas, que passaram a admitir exceções a este critério. Este novo entendimento abriu caminho para os atuais critérios de arbitrabilidade observados na maioria dos países: a disponibilidade ou a patrimonialidade do direito, separados ou em conjunto (CAMELO, 2010, pp. [1-3]).

Direitos patrimoniais são aqueles que “detém um valor pecuniário pelas partes, a título de ativo ou passivo, ou seja, os direitos que apresentam um interesse que pode ser apreciado em moeda” (POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien, 2002 apud BRANCHER, 2017, p. [4]). Por disponíveis entende-se os direitos que podem ser constituídos ou extintos por vontade de seu titular e são por ele controlados, passíveis de transação, alienação e renúncias (BRANCHER, 2017, p. [4]).

Nesta esteira, a Lei de Arbitragem brasileira adota os dois critérios, ao dispor em seu art. 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, [2015]). Ressalta-se, pelo dispositivo legal, que os critérios de arbitrabilidade devem ser aplicados cumulativamente, não sendo possível a arbitragem em direitos que contenham apenas uma das características.

Apesar de abandonada como critério de arbitrabilidade, a ordem pública ainda possui sensível importância como limitadora da vontade das partes na arbitragem, quanto a escolha do direito material a ser aplicado. Nos termos do art. 2º da Lei 9.307/96, “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”, e estas poderão escolher livremente o direito aplicável, desde que não contrariem os bons costumes ou a ordem pública (art. 2º, §1º) (BRASIL, [2015]).

Para Carlos Alberto Carmona (2009, p. 68), os bons costumes são identificados com “a honestidade e o recato que se espera das pessoas, bem como a dignidade e o decoro social”, e considera estar este conceito englobado pela atual dimensão mais ampla dada à ordem pública. As normas de ordem pública seriam então “aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito” (CARMONA, 2009, pp. 68-69).

A ordem pública já foi considerada critério para arbitrabilidade de litígios e é considerada, pela atual Lei de Arbitragem brasileira como limite à escolha do direito aplicável pelas partes. Contudo, a ordem pública pode ser também interpretada como um limite não para as partes, mas para o árbitro:

O árbitro a quem é cometida a função (jurisdicional) de dirimir um litígio de acordo com o direito aplicável, tem o dever de aplicar as regras imperativas e, em especial, as que sejam expressão da ordem pública, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas dessa natureza não deve constituir impedimento a que ele seja resolvido por arbitragem (CAMELO, 2010, p.[6]).

Respeitada a ordem pública, não há de fato empecilho legal para, em arbitragens individuais, as partes definirem de forma livre o direito aplicável ao procedimento. Trata-se de uma inovação da lei brasileira, visto que a maioria dos países exige a aplicação da lei nacional para contratos e arbitragens domésticas, permitindo o foro e a lei estrangeira somente para arbitragens e contratos internacionais. Aponta a doutrina que esta liberdade expande os limites da autonomia de vontade das partes, e se justifica pela abordagem também inovadora da Lei de Arbitragem brasileira para a distinção entre arbitragem doméstica e internacional (BAPTISTA; MIRANDA, 2010, p. [4]).

A Lei Modelo da UNCITRAL e diversos países adotam critérios de nacionalidade dos árbitros, das partes ou do objeto do contrato. O Brasil, contudo, adota o critério do local da sentença. Isto confere, por intenção do legislador, uma flexibilização das normas da arbitragem doméstica brasileira, colocando-a em posição semelhante à arbitragem internacional (BAPTISTA; MIRANDA, 2010, pp. [3-4])⁶. Portanto, se a sentença for proferida em país estrangeiro, ainda que com base no direito brasileiro e entre partes brasileiras, será considerada estrangeira e deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça⁷.

Definidas as questões sobre a admissibilidade da arbitragem em suas perspectivas objetiva e subjetiva, bem como o direito a ser aplicado, a lei 9.307/96 trata de sua formação propriamente dita.

1.2.3. *A convenção de arbitragem e sua instituição*

A Lei 9.307/96 trouxe uma abordagem conjunta dos efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral sob a denominação de “convenção de arbitragem”. Nos termos de seu art. 3º, “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o

⁶ Art. 34, parágrafo único, da Lei de Arbitragem: Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional (BRASIL, [2015]).

⁷Art. 105, I, i) da Constituição de 1988, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu dentre as competências originárias do STJ a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, retirando-as do STF (BRASIL, [2019]a).

compromisso arbitral” (BRASIL, [2015]).

1.2.3.1. Cláusula compromissória

A definição legal de cláusula compromissória, também denominada de cláusula arbitral (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 88), se encontra no caput do art. 4º da Lei 9.307/96: “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”, e vai ao encontro da definição doutrinária⁸, que remete à solução de conflitos futuros decorrentes do contrato pela via arbitral (BRASIL, [2015]).

A cláusula compromissória deve ser obrigatoriamente escrita e constar no contrato ou em documento apartado que a ele remeta (art. 4º, §1º), uma vez permitido que a cláusula compromissória componha o contrato após a sua celebração. Disto é possível concluir, conforme Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 89), que “o que caracteriza uma cláusula arbitral é o momento de seu surgimento: anterior à existência do conflito. Não importa, assim, se a cláusula arbitral ou compromissória é contemporânea ou posterior ao contrato”.

Nos contratos de adesão, pela sua própria natureza, há um maior cuidado da legislação, ao prever que a cláusula compromissória somente será eficaz se o aderente for a parte instituidora da arbitragem ou com ela concordar expressamente, mediante documento anexo ou negrito, com “assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (art. 4º, §2º, Lei 9.307/96). Os contratos de adesão possuem estreita relação com o processo coletivo, uma vez que as relações consubstanciadas nesta modalidade contratual envolvem rotineiramente direitos de natureza coletiva, em especial individuais homogêneos, como os contratos de consumo.

A Lei de Arbitragem faz referência à cláusula compromissória de forma genérica, todavia, a doutrina a diferencia em cheia ou vazia. A cláusula compromissória cheia é aquela que cumpre os requisitos do art. 10 da Lei, previstos para o compromisso arbitral, dispensando a celebração do compromisso, e este cumprimento pode ser pela previsão do procedimento ou pela referência a regras de um órgão arbitral já estabelecido, quando estará caracterizada a arbitragem institucional⁹. Deste modo, é a cláusula arbitral cheia que possui independência do compromisso.

⁸Carmona (2009, p.4). Item 1.1.2.1. *supra*.

⁹Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral (BRASIL, [2015]).

A cláusula vazia ou em branco, por sua vez, é aquela na qual as partes contratantes somente se obrigam a submeter os litígios futuros à arbitragem, sem definir ou indicar as regras aplicáveis, exigindo, pois, o compromisso arbitral para tanto. A cláusula arbitral vazia é objeto do art. 6º da Lei de Arbitragem, ao dispor que, na falta de acordo prévio entre as partes sobre a forma de instituição da arbitragem, a parte interessada deverá manifestar à outra sua vontade em iniciar o procedimento “por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral” (BRASIL, [2015]).

O parágrafo único do referido artigo traz a previsão de, na ausência de comparecimento da parte notificada ou diante de sua recusa em instituir a arbitragem, a parte prejudicada propor a ação delineada no art. 7º, perante o órgão judicial que seria competente para o julgamento da causa. O procedimento está descrito nos parágrafos do art. 7º e consiste em um processo para a lavratura do compromisso, no qual a parte contrária é citada para comparecer em audiência designada pelo Juízo. O autor deve, por sua vez, juntar aos autos o documento que contém a cláusula compromissória e, em caso de não comparecimento na audiência, o processo é extinto sem resolução do mérito. Na ausência do réu na audiência, ou na falta de acordo, o juiz fixará as regras e nomeará o árbitro, valendo a sentença como compromisso arbitral.

Questão central no processo de instituição da arbitragem é a previsão, na cláusula compromissória, de critérios para a nomeação do árbitro ou tribunal arbitral. Dispõe o §4º do art. 7º da Lei 9.307/96 que, “se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio”. Para Carlos Alberto Carmona (2009, p. 156), as regras para a nomeação do árbitro constituem elemento mínimo da cláusula compromissória, e são suficientes para afastar a própria necessidade de intervenção judicial. Com efeito, sendo possível a nomeação do árbitro, este, se aceitar a nomeação, terá poderes para deliberar sobre os demais elementos do procedimento arbitral.

Último ponto trazido pela Lei 9.307/96 acerca da cláusula compromissória é a sua independência em relação ao contrato. O art. 8º, *caput*, da Lei prevê que a nulidade do contrato não importa, necessariamente, na nulidade da cláusula, e seu parágrafo único garante a autonomia do árbitro para decidir sobre a existência, nulidade ou eficácia da cláusula arbitral e do contrato. Esta separação decorre da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato que a contém: “a cláusula compromissória, especificamente, não é parte do contrato em que está inserida. Não é também um contrato dentro de um contrato, mas um negócio jurídico inserto num contrato” (SILVA, 2005, p. [4]).

Carmona (2009, p. 173) entende ser natural a autonomia conferida pela Lei, pois torna possível a aferição da nulidade do contrato pelo próprio árbitro:

A cláusula compromissória recebe da Lei natural autonomia em relação ao contrato onde eventualmente vier inserida. E é natural que assim seja, até porque a nulidade (ou a anulabilidade) do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato. Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seja ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato.

Esta linha de pensamento, a qual garante ao árbitro a possibilidade de decidir sobre a nulidade do contrato que embasa a cláusula arbitral e a própria validade desta, coaduna-se com o princípio da competência-competência. Tal princípio é essencial para a garantia da independência do árbitro e como limitador da intervenção do Poder Judiciário na arbitragem.

1.2.3.2. Compromisso arbitral

Em um resquício das legislações anteriores, a Lei de Arbitragem trouxe regulamentação extensa para o compromisso arbitral, dispersa entre os arts. 9º a 12. Sua definição se encontra no art. 9º, permitidas as modalidades judicial e extrajudicial:

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (BRASIL, [2015]).

De modo diverso do que ocorre com a cláusula compromissória, quando as partes previamente abrem mão da via judicial a fim de submeterem a controvérsia à arbitragem, o compromisso arbitral pode ser celebrado em juízo, mediante acordo entre as partes. Quando judicial, o compromisso é celebrado por meio de termo nos autos, quando, no curso da ação, há proposta de dirimir a controvérsia pela via arbitral (MARINONI; ARENHARDT, 2013, p. 359).

Não há na Lei de Arbitragem ou no Código de Processo Civil de 2015 menção expressa sobre o destino do processo diante da celebração do compromisso arbitral no seu curso. Contudo, a conclusão lógica, e que se harmoniza com o sistema, é a extinção da demanda sem

julgamento do mérito, por aplicação analógica do art. 485, VII, do CPC, que prevê tal modalidade de sentença quando o juiz, diante de arguição do réu em preliminar de contestação, entender pela existência de convenção de arbitragem.

A Lei 9.307/96 traz, no art. 10, os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral. São eles, em síntese, a qualificação das partes e dos árbitros ou, no último caso, a indicação da entidade que se encarregará da nomeação, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar onde será proferida a sentença. O dispositivo seguinte elenca os requisitos facultativos, sendo eles o local ou locais onde se desenvolverá o procedimento arbitral, a autorização para julgamento por equidade, mediante acordo entre as partes, prazo para a apresentação da sentença, indicação da lei ou do procedimento aplicável, responsabilidade pelo pagamento das custas e definição e pagamento dos honorários do árbitro. Caso não fixados os honorários, o árbitro poderá pleitear fixação judicial.

É certo que o compromisso somente será nulo na falta de um dos requisitos obrigatórios previstos no art. 10. Entretanto, é salutar que o compromisso contenha também os elementos facultativos previstos no art. 11, pois um maior detalhamento destes contribui para o bom desenvolvimento da arbitragem, ao evitar conflitos entre as partes e dúvidas em relação ao procedimento, que provavelmente serão, mais cedo ou mais tarde, levadas ao Poder Judiciário para solução.

O compromisso é, via de regra, obrigatório, sendo dispensável somente na hipótese de cláusula compromissória cheia, quando o referido dispositivo contratual já atende ao disposto no art. 10 da Lei de Arbitragem. Todavia, o que se observa na prática é uma definição das regras pelas partes e o árbitro na elaboração do compromisso. No entendimento de Marinoni e Arenhardt (2013, p. 360):

A cláusula, embora vincule as partes pelo julgamento pela arbitragem, não é normalmente suficiente (excetuada a hipótese acima descrita [cláusula “cheia”]) para que esta se processe validamente, pois é na oportunidade do compromisso que as partes, em geral junto com os árbitros, decidirão a respeito dos seus elementos essenciais (requisitos do art. 10). Estes, ao lado de outros elementos que as partes e os árbitros tenham escolhido para integrar o conteúdo do compromisso, vinculam os árbitros e determinam sua competência.

Especial importância possui a delimitação da matéria, uma das principais funções do compromisso arbitral. Uma vez que delimita a competência do árbitro (ou tribunal), o compromisso deve expressa e claramente apontar a matéria sujeita à apreciação arbitral, sob pena de nulidade e risco de tornar viciada a sentença, pois a extrapolação dos limites delineados pelas partes acarreta a anulação da decisão final dos árbitros, nos termos do art. 32, inciso IV

da Lei 9.307/96.

O compromisso será extinto, e consequentemente a arbitragem que nele se baseia, nas hipóteses previstas no art. 12 da Lei:

- I - Escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II - Falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e
- III - Tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral (BRASIL, [2015]).

Depreende-se do dispositivo que a validade do compromisso e do procedimento arbitral como um todo dependem sobremaneira da atuação do árbitro, seja no processo de escolha e aceite ou na prolação da sentença. Por este motivo, a Lei de arbitragem buscou regulamentar a figura do árbitro de forma especial.

1.2.4. Árbitros e procedimento arbitral

A Lei de Arbitragem não trouxe um conceito de árbitro, limitou-se aos termos da escolha e de sua atuação. Coube então à doutrina um conceito:

O árbitro é aquele terceiro indicado pelas partes para solucionar a controvérsia referente a direitos patrimoniais disponíveis. O árbitro deve ser independente das partes (princípio da independência) e não ter interesse na solução da controvérsia (princípio da imparcialidade) (LEMES, 2013, p. [3]).

A indicação pelas partes pressupõe que o árbitro deva ser da confiança destas e também deve ser capaz, sendo estes os requisitos básicos dispostos no caput do art. 13 da Lei 9.307/96 (BRASIL, [2015])¹⁰. A capacidade referida pela lei é, via de regra, a capacidade civil da pessoa natural, cuja aplicação ao árbitro é resumida por Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 113):

Posta assim a questão, tratando-se de pessoa natural, o árbitro deve ser absolutamente capaz, ou seja, deve ter capacidade de exercício pessoal dos

¹⁰ “§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4o As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável” (BRASIL, [2015]).

direitos, o que significa dizer que não pode estar incluído em nenhuma das causas de incapacidade relativa ou absoluta, determinadas, respectivamente, nos arts. 3º e 4º do CC [...].

Com efeito, quando por exemplo o caso envolver pluralidade de partes será, via de regra complexo, e o árbitro deverá estar em pleno gozo de sua capacidade civil para julgá-lo, devendo ser substituído em caso de perda desta (BRASIL, [2015])¹¹. Contudo, ressalta Selma Lemes (2013, p. [4]) que a capacidade técnica também pode, por vontade das partes, ser um critério para indicação dos árbitros, como no exemplo trazido pela autora: “o árbitro deve ser engenheiro civil com 10 anos de atuação em determinado segmento”.

As partes poderão, conforme os parágrafos do art. 13 da Lei de Arbitragem, nomear um ou mais árbitros e seus suplentes, sempre em número ímpar. Quando nomeados em número par, os árbitros estão autorizados a nomear outro para compor o quórum e, em caso de divergência entre as partes, deverão estas recorrer ao Judiciário para a nomeação dos árbitros, seguindo o procedimento do art. 7º da Lei 9.307/96 (cumprimento forçado da *clausula compromissória*). É também permitido às partes estabelecer de comum acordo o processo de escolha dos árbitros, ou recorrerem a normas de órgão arbitral ou entidade especializada, com a possibilidade de afastamento de algumas regras do órgão arbitral, nos termos da Lei.

São também relevantes as normas acerca dos deveres, impedimento e suspeição dos árbitros. Nos termos do art. 13, § 6º da Lei 9.307/96, “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (BRASIL, [2015]); a independência e a imparcialidade são “*standards* de comportamento” (LEMES, 2013, p. [4]). Carmona (2009, p. 242) elenca alguns destes critérios: “o árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes”.

A discrição traz à tona o caro tema do sigilo. A arbitragem no Brasil não é obrigatoriamente sigilosa (não há menção direta ao sigilo na lei 9.307/96), mas, via de regra, este é exigido na grande maioria dos procedimentos arbitrais. Um dos maiores atrativos da arbitragem frente ao processo judicial é a possibilidade de todo o procedimento ser restrito a seus participantes, evitando que acordos secretos ou pormenores de matérias com grande valor

¹¹ “Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. § 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem. § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto” (BRASIL, [2015]).

intelectual e econômico, como fórmulas industriais, sejam divulgados ao público.

Questão delicada sobrevém quando são participantes da arbitragem órgãos públicos ou quando esta envolver direito societário (ou, também, arbitragem coletiva). Nestes casos, diante do princípio da publicidade, ao qual a Administração Pública está sujeita, e a necessidade de conhecimento dos sócios, o sigilo deverá ser moderado, mantido, porém, o dever de discrição do árbitro (CARMONA, 2009, p. 246).

Os árbitros estão sujeitos, no que couber, aos mesmos impedimentos e suspeições dos juízes estatais em relação às partes ou ao litígio a eles submetido, nos termos do art. 14 da Lei 9.307 (BRASIL, [2015])¹². As hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes togados estão previstas nos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, [2017]b). O §1º do art. 14 traz o denominado “dever de revelação” ao árbitro, que o obriga a revelar, antes de aceitar o encargo, qualquer fato que denote dúvida justificada sobre sua independência ou imparcialidade (LEMES, 2013, p. [5]). As normas sobre recusa do árbitro estão previstas no §2º do art. 14 e no art. 15 da Lei de Arbitragem¹³.

O árbitro, além de sujeito às hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes, também é equiparado a funcionário público para fins penais e no exercício de suas funções ou em razão dela, nos termos do art. 17 da Lei 9.307/96¹⁴. Disto decorre que o árbitro poderá incorrer nos crimes próprios cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública, tais como concussão, corrupção passiva e prevaricação (arts. 316, 317 e 319 do Código Penal).

Todavia, o dispositivo de maior importância para o árbitro (e para a arbitragem como um todo), é o art. 18, que diz ser o árbitro “juiz de fato e de direito da causa”, não se sujeitando sua sentença à homologação pelo Poder Judiciário (BRASIL, [2015]). Este artigo afasta expressamente a criticada submissão da decisão final do árbitro ao juiz estatal, garantindo em grande medida a tão aguardada autonomia da arbitragem, conferindo-lhe também poderes instrutórios, ainda que não idênticos aos do juiz estatal.

¹² “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil” (BRASIL, [2015]).

¹³ “Art. 14, § 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação. Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes. Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei” (BRASIL, [2015]).

¹⁴ “Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal” (BRASIL, [2015]).

A inovação legislativa foi, justamente, quanto à autonomia da sentença arbitral em decorrência da dispensa de homologação pelo Judiciário, pois o árbitro era considerado juiz de fato e de direito da causa desde o Código Civil de 1916 (art. 1.041), em disciplina reproduzida por todas as normas de regência desde então. A ideia, até o Código de Processo Civil de 1973, era evitar a possibilidade de a decisão final do árbitro ser passível de recurso sem a opção expressa das partes neste sentido (ELIAS, 2017, p. [4]), evitando que o laudo ou sentença arbitral se submetesse às diversas instâncias recursais judiciais.

O procedimento arbitral está previsto nos arts. 19 a 22-C da Lei de Arbitragem e sofreu significativo aumento pela Reforma legislativa de 2015, com o acréscimo da regulamentação acerca das medidas cautelares e de urgência. A lei 9.307/96 nem poderia trazer uma extensa normatização do procedimento arbitral, como faz o Código de Processo Civil para o processo judicial, pois a arbitragem deriva da vontade das partes, as quais possuem liberdade para definir o procedimento aplicável, trazendo a norma apenas regras básicas e sobre matérias de ordem pública.

O art. 21 da Lei 9.307/96 garante esta autonomia das partes para definir o procedimento, indicar que seguirá regras de um órgão ou entidade arbitral especializada (a exemplo da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI) e, ainda, poderão as partes delegar ao árbitro ou tribunal arbitral a regulamentação do procedimento. Por outro lado, os parágrafos do referido dispositivo legal trazem regras mínimas. No silêncio das partes, incumbe ao árbitro ou tribunal disciplinar o procedimento (§1º), observado o contraditório e a ampla defesa (§2º), com necessidade de constituição de advogado, garantido o direito de eleger representante ou assistente (§3º) e de tentativa de conciliação (§4º) (BRASIL, [2015]).

Os poderes instrutórios do árbitro, inerentes ao fato de ser este o juiz de fato e de direito da causa, estão previstos nos arts. 22 a 22-C da Lei 9.307/96, aqui incluídas as recentes alterações sobre as tutelas de urgência. O art. 22 autoriza o árbitro ou tribunal arbitral a “tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício” (BRASIL, [2015]). As partes e testemunhas são ouvidas em local, dia e hora previamente comunicados por escrito e reduzido a termo, assinado pelo depoente ou terceiro a seu rogo, e pelo árbitro ou tribunal arbitral (BRASIL, [2015]).

A Lei 13.129 de 2015 alterou sensivelmente a matéria das tutelas cautelares e de urgência na Lei de Arbitragem. Em sua redação original, o art. 22, §4º dispunha que quando necessárias medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderiam solicita-las ao órgão judiciário originalmente competente para o julgamento da causa. A Lei 13.129 revogou o §4º

do art. 22, substituindo-o pelos artigos 22-A e 22-B (BRASIL, [2015]).

Uma vez que a arbitragem, e, por consequência, os poderes instrutórios do árbitro, somente se inicia com o aceite da nomeação (art. 19 da Lei 9.307), as medidas cautelares ou de urgência necessárias antes do início da arbitragem serão solicitadas ao Poder Judiciário, devendo a parte requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias da efetivação da medida. Caso contrário, é cessada a eficácia da medida (art. 22-A) (BRASIL, [2015]).

Uma alternativa à via judicial aventada pela doutrina e que consta em regulamentos de órgãos arbitrais é a instituição de um árbitro de emergência. O árbitro de emergência não está previsto na lei 9.307/96, todavia, como as partes possuem liberdade para definir o procedimento e, costumeiramente, remetem esta definição a órgãos arbitrais, o emprego do árbitro de emergência é possível sem contrariar a Lei de Arbitragem. O árbitro de emergência, é, pois, um árbitro indicado para decidir sobre pedido de concessão de tutela cautelar ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral (COUCEIRO, 2017, p. [3]).

Estas discussões, por sua vez, cessam no momento em que a arbitragem é instalada, ou seja, quando o árbitro aceita a nomeação ou o tribunal arbitral é constituído. Nos termos do art. 22-B da Lei 9.307, instituído o procedimento arbitral, o árbitro ou tribunal pode manter, modificar ou revogar a medida concedida judicialmente e assume a competência para resolver as medidas requeridas após sua instalação (BRASIL, [2015]).

Uma das mais significativas alterações promovidas pela Lei de Arbitragem foi a autonomia ante o Judiciário. O afastamento da homologação da sentença arbitral, bem como a delimitação da competência do árbitro e de normas procedimentais básicas, a sedimentaram e concretizaram. Ocorre que a autonomia apenas retirou a subordinação da arbitragem ao Poder Judiciário, sem, contudo, torna-los totalmente independentes, o que demanda uma releitura do vínculo entre ambos.

1.2.5. Autonomia e uma nova relação da arbitragem com o Poder Judiciário

A arbitragem, ou qualquer outro meio de solução extrajudicial de conflitos, não poderia afastar do Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre qualquer questão. Isto porque a Constituição Federal prevê, com *status* de direito fundamental, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do art. 5º, XXXV (BRASIL, [2019]a). Daí a necessidade de se estabelecer um conjunto de normas com a finalidade de regulamentar o elo entre a arbitragem e o Judiciário.

1.2.5.1. A natureza jurisdicional da arbitragem e o princípio da competência – competência

A natureza jurídica da arbitragem, bem como a aplicação de princípios e regras do processo civil, eram motivos de grande controvérsia na doutrina. Apesar da consolidação de uma maioria, ainda não há unanimidade. A origem contratual e privada do instituto leva alguns autores a defender a impossibilidade de conceder características de jurisdição e recusam a aplicação de regras processuais à arbitragem. Pela doutrina portuguesa, Manoel Pereira Barrocas leciona:

De uma forma mais extensa do que seria desejável, existe ainda em certos países, incluindo Portugal, uma tendência para aplicar à arbitragem os princípios e, até mesmo, *in extremis*, o próprio regime legal do processo civil quando as partes, com o propósito de regular um processo arbitral, não tenham diretamente escolhido as regras do processo civil ou indiretamente através da escolha de um regulamento de uma câmara arbitral que o faça. Isso deve-se, sem dúvida, a um imperfeito conceito da arbitragem e um desconhecimento da sua independência relativamente à jurisdição estadual e aos regimes processuais que nela são aplicáveis (2017, p. [1]).

O autor justifica seu posicionamento com base na independência dos tribunais arbitrais em relação aos Tribunais estatais, à natureza privada da arbitragem e à liberdade das partes na escolha do direito aplicável (BARROCAS, 2017, p. [2-4]).

No Brasil, Marinoni e Arenhardt (2013, pp. 352-355) defendem o caráter não-jurisdicional da arbitragem. Para os autores, a arbitragem não se enquadra em nenhuma das definições clássicas e mais utilizadas de jurisdição. Estas definições são baseadas na coisa julgada, na atividade estatal e na substituição da vontade dos particulares pela atuação do Estado em aplicação concreta da lei. Isto porque a sentença do árbitro não faria coisa julgada, não necessariamente se baseia em uma lei estatal e, pelo seu caráter privado, a arbitragem não se identifica com uma atividade estatal. Ainda, não haveria nenhum trauma em se optar pelo caráter não-jurisdicional da arbitragem.

Contudo, parece predominar na doutrina nacional tese diversa, pela qual a arbitragem, apesar de sua origem contratual e privada, possui caráter de jurisdição¹⁵. Para tanto, é necessário aclarar que a atividade jurisdicional não depende obrigatoriamente da intervenção do Estado:

Com efeito, a jurisdição tem por finalidade, antes de tudo, a preservação da ordem jurídica e da paz social. Ela se caracteriza como sendo de índole substitutiva, ou seja, a pretensão ou a “vontade” da parte é substituída pela aplicação da lei ao caso concreto, realizada por aquele que detém o poder jurisdicional (ALVIM; DANTAS, 2014, p. [2]).

¹⁵A esta tese se filiam, dentre outros, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 26) e Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 2).

Assim, o árbitro, apesar de lhe faltar a condição de agente estatal, atua como terceiro imparcial e substituto da vontade das partes, promovendo a defesa da ordem jurídica, pacificação social e aplicação do direito ao caso concreto, direito este que pode ser definido pelas partes no momento oportuno (formação da convenção de arbitragem). Por estes motivos, é possível enquadrar a atividade do árbitro como exercício de função jurisdicional, e a arbitragem como uma forma de jurisdição.

Alvim e Dantas (2014, p. [3]), reconhecendo o caráter jurisdicional da arbitragem, a incluem na teoria do processo e fazem nela incidir todos os princípios constitucionais do processo (a exemplo: contraditório e ampla defesa, vedação da prova ilícita, entre outros). Mais que isto, conferem natureza processual à arbitragem, em um ramo do processo civil denominado “direito processual arbitral”.

Todavia, a jurisdição do árbitro não é ampla tal qual a do juiz estatal, pois falta ao árbitro o poder de império do Estado para fazer cumprir sua decisão, que se limita a declarar o direito, remetendo a fase executiva às regras do cumprimento de sentença judicial. Pode-se destacar também a necessidade de atuação do Poder Judiciário na concessão de medidas cautelares e na condução coercitiva de testemunhas, como já analisado em item *supra*.

Para sequer cogitar a possibilidade de arbitragens coletivas no Brasil, é inafastável a consideração da arbitragem como detentora de caráter jurisdicional e também sujeita às normas do processo civil, notadamente do processo coletivo. Por esta razão, este trabalho filiar-se-á a corrente doutrinária que confere natureza jurisdicional à arbitragem e reconhece a incidência de regras processuais sobre ela, sem prejuízo do debate que ainda persiste. O caráter jurisdicional da arbitragem é igualmente fundamental para reforçar o princípio da competência–competência.

O princípio da competência-competência (também referido no Brasil na grafia original alemã *Kompetenz-Kompetenz*) é uma das garantias da independência do árbitro em relação ao Poder Judiciário. Trata-se da preservação de sua competência para decidir, de ofício ou por provocação das partes, sobre defeitos da cláusula compromissória ou do contrato no qual está posta, separando-a da competência do juiz, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96.

O Código de Processo Civil aparenta igualmente considerar a arbitragem como uma forma de jurisdição e assume uma posição de respeito em relação ao princípio da competência-competência. Nos termos do art. 42, “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir júízo arbitral, na forma da lei” (BRASIL, [2016]), e, além da garantia da instituição da arbitragem, o CPC prevê um

novo mecanismo de cooperação entre as duas jurisdições: a carta arbitral.

Trata-se de forma de comunicação entre juízos na modalidade de cooperação nacional, tal como a carta precatória, cujo propósito está descrito no art. 237, IV, que afirma ser expedida carta arbitral “para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória” (BRASIL, [2016]).

A carta arbitral é um instrumento que reforça a exclusividade de jurisdição do árbitro, cabendo ao juiz somente uma análise formal do ato, sem adentrar no seu mérito, para, então, dar-lhe cumprimento, em respeito à ausência de hierarquia entre juiz e árbitro. Não se trata de um sistema à prova de falhas, a exemplo de, em casos mais complexos, o juiz para quem foi dirigida a comunicação declarar-se incompetente, suscitando conflito perante o Poder Judiciário (NASCIMBENI; FINKELSTEIN, 2017, p. [3-5]). Todavia, a carta arbitral se afigura como um louvável meio de cooperação entre juiz e árbitro, em uma tentativa de harmonizar as duas esferas jurisdicionais outrora conflitantes, respeitando os limites de suas competências.

Entretanto, o princípio em exame sofreu polêmica limitação jurisprudencial, por decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.602.076 – SP, em Acórdão cuja ementa, por resumir adequadamente o litígio, segue transcrita:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2016, p. 1).

O caso era de disputa entre empresa franqueada e empresa franqueadora, na qual a primeira ingressou com ação judicial em decorrência do contrato de franquia. A empresa franqueada, em defesa, alegou a existência de cláusula compromissória, rejeitada pelo juiz sob

o fundamento de inafastabilidade da atuação judicial por tratar-se de contrato de adesão. Irresignada, a franqueadora interpôs Agravo de Instrumento provido por maioria pelo Tribunal de Justiça paulista. A franqueada, agora vencida, interpôs o Recurso Especial perante o STJ, no qual obteve êxito (BRASIL, 2016, p. 1-3).

Para a Ministra Nancy Andrigui, Relatora, a existência de manifesta ilegalidade na cláusula compromissória em contratos de adesão, aferível *prima facie* pelo Poder Judiciário, justifica o afastamento da competência do árbitro, com base em jurisprudência do próprio STJ, em abrandamento declarado do princípio da competência-competência (BRASIL, 2016, p. 17).

A decisão não foi bem recebida pela doutrina, e a crítica reside, em seu principal ponto, sobre a ausência de delimitação pela Corte do conceito de ilegalidade *prima facie*, configurando, assim, uma ameaça ao princípio da competência – competência. Seria possível justificar a ampliação sob a ótica de antecipar-se a declaração de nulidade em uma eventual ação anulatória contra a sentença arbitral, e o fato de tratar-se a matéria de ordem pública. Todavia, a violação da ordem pública não consta entre os motivos do art. 32 da Lei 9.307/96 (objeto de análise no tópico seguinte), sendo esta uma ampliação ilegal das hipóteses previstas no referido dispositivo da Lei de Arbitragem (BRANCHER, 2017, p. [10]).

1.2.5.2. A sentença arbitral e a ação anulatória

A sentença arbitral, sendo decisão de natureza jurisdicional, deve sujeitar-se a regras que vão além do acordo de vontade das partes, e está regulada no Capítulo V da lei 9.307/96, arts. 23 a 33 (BRASIL, [2015]). A sentença, se não convencionado de forma diversa pelas partes, será proferida em até seis meses da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, demonstrando a celeridade inerente à arbitragem e buscada pelas partes (art. 23, caput). Com a Reforma promovida pela Lei 13.129/15, a fim de aproximar o procedimento arbitral das regras do Código de Processo Civil vigente, abriu-se a possibilidade de sentenças arbitrais parciais e de prorrogação do prazo para a prolação da sentença, quando houver comum acordo entre as partes e o árbitro (art. 23, §§1º e 2º) (BRASIL, [2015]).

Os arts. 24 e 26 tratam respectivamente da forma e do conteúdo da sentença arbitral, tornando-a semelhante, em sua estrutura à sentença ou acórdão judiciais. O art. 24 determina que a decisão deve ser documento escrito e que, quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria, prevalecendo o voto do Presidente na falta de acordo. O árbitro vencido pode, querendo, declarar em separado seu voto divergente. O artigo 26, por sua vez, traz os requisitos e a estrutura da sentença arbitral, semelhantes à sentença do juiz togado (BRASIL,

[2015]).

A sentença também deverá conter a data e o lugar onde foi proferida, e deve ser assinada por todos os árbitros, com menção direta ao fato de, em tribunal arbitral, um deles se recusar a assiná-la. A sentença também deverá decidir sobre a responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas com a arbitragem e com litigância de má-fé, nos termos da convenção de arbitragem (art. 27) (BRASIL, [2015]).

A conciliação no curso do processo, incentivada pelo CPC/2015, foi abarcada pela Lei de Arbitragem. Nos termos do art. 28 da Lei, caso as partes entrem em acordo quanto ao litígio, se quiserem, poderão provocar o árbitro ou tribunal declarar a conciliação por meio de sentença. A decisão final, seja em resolução do litígio ou declaratória do acordo, a princípio, põe fim a arbitragem, “devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo” (BRASIL, [2015]).

A sentença arbitral, contudo, pode não ser o marco final da arbitragem, pois a Lei 9.307 prevê, em seu art. 30, o que a doutrina convencionou chamar de “embargos de declaração” (CARMONA, 2009, p. 25) Com efeito, o instituto previsto na Lei de Arbitragem se assemelha sobremaneira com o recurso homônimo previsto no Código de Processo Civil, tratando-se de pedido das partes, no prazo de cinco dias, para correção de erro material na sentença arbitral ou esclarecimento sobre obscuridade, dúvida, contradição ou omissão. O prolator da sentença deverá se pronunciar em dez dias ou em prazo acordado pelas partes, e aditará a sentença se necessário, procedendo na forma do art. 29, segunda parte (BRASIL, [2015]).

Sem prejuízo do princípio da preservação da competência do árbitro acima analisado, autonomia da arbitragem está novamente consagrada no art. 31 da lei 9.307/96, que dispõe expressamente: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL, [2015]). O dispositivo, ao equiparar os efeitos da sentença arbitral à judicial, reforça o conteúdo do art. 18, que prevê ser o árbitro o juiz de fato e de direito da causa, não se sujeitando sua sentença à homologação pelo Poder Judiciário.

Todavia, a autonomia não significou que a sentença do árbitro não possa ser submetida a controle judicial. Além da hipótese já analisada de conflitos envolvendo a cláusula compromissória, o art. 33 da lei 9.307/96 prevê a possibilidade de ação anulatória da sentença arbitral pelo procedimento ordinário do CPC, no prazo de 90 (noventa) dias da notificação da

sentença, quando esta incorrer nos vícios elencados no art. 32 (BRASIL, [2015])¹⁶. O rol da Lei de Arbitragem foi ampliado em relação às hipóteses de nulidade do laudo arbitral, previstas no revogado art. 1.100 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973)¹⁷.

O desenvolvimento da arbitragem no país pressupõe um nível de confiança maior da população no instituto, e esta confiança somente se alcançaria pela previsão das garantias do devido processo legal à arbitragem (CARMONA, 2009, p. 390). Nesta linha, a lei 9.307/96 acrescentou como hipóteses de nulidade da sentença arbitral a sua prolação mediante corrupção passiva, prevaricação ou concussão do árbitro, bem como a violação do quanto disposto em seu art. 21, §2º (BRASIL, [2015])¹⁸, em resumo, as garantias de imparcialidade do árbitro, contraditório e ampla defesa, também inerentes às sentenças judiciais. Esta ampliação tornou a presente ação anulatória mais ampla e mais confiável que o revogado procedimento de homologação do laudo, classificado por Carmona (2009, p. 390) como velho e bolorento, tudo com o objetivo de tornar a arbitragem mais atraente para os litigantes.

O art. 33 da lei 9.307 ainda elenca como hipóteses de intervenção do Poder Judiciário na sentença arbitral o pedido de nulidade no âmbito do cumprimento da sentença arbitral, nos termos do art. 525, §3º do vigente Código de Processo Civil (lei 13.105/2015), e a possibilidade de requerer a prolação de sentença arbitral complementar, quando o árbitro não se pronunciar sobre todos os pedidos submetidos à arbitragem (§4º). A procedência da ação anulatória tem como seu principal efeito a determinação para que o árbitro ou tribunal profira nova sentença, se o caso (BRASIL, [2015]).

Frise-se que, em momento algum, o juiz substituirá o árbitro prolatando sentença em seu lugar, seja em primeira ou segunda instância, como já observado no país em codificações anteriores. O juiz estatal tem seu poder limitado a ordenar a prolação de uma nova sentença

¹⁶ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

¹⁷ “Art. 1.100 É nulo o laudo arbitral: I - se nulo o compromisso; II - se proferido fora dos limites do compromisso, ou em desacordo com o seu objeto; III - se não julgar toda a controvérsia submetida ao juízo; IV - se emanou de quem não podia ser nomeado árbitro; V - se os árbitros foram nomeados sem observância das normas legais ou contratuais; VI - se proferido por equidade, não havendo a autorização prevista no artigo 1.075, IV; VII - se não contiver os requisitos essenciais exigidos pelo artigo 1.095; VIII - se proferido fora do prazo”.

¹⁸ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento [...]. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

arbitral, devido à independência das duas esferas, com base no princípio da competência – competência.

O árbitro não detém todos os poderes do juiz togado, e nem a arbitragem é equiparada ao processo judicial, como se depreende da aplicação do princípio da competência-competência. Apesar de majoritariamente considerado uma espécie de jurisdição, falta ao procedimento arbitral o poder de império do Estado, vez que originado da vontade das partes. Pela ausência deste poder, é defeso ao árbitro (ou tribunal arbitral) promover, ele próprio, o cumprimento forçado de sua sentença, daí a necessidade do cumprimento judicial.

Ademais, o cumprimento da sentença arbitral é mais um meio de controle da arbitragem pelo Poder Judiciário, uma vez que, nesta fase executiva, o vencido poderá questionar a legalidade e retidão do procedimento arbitral.

Até a promulgação da Lei 9.307/96 não havia a previsão de cumprimento da sentença arbitral, posto que esta somente surtiria efeitos após a homologação pelo Poder Judiciário. Uma vez homologada, a sentença arbitral seria executada da mesma forma que a sentença judicial. Com a reforma do Código de Processo Civil de 1973, promovida em 2005 pela Lei 11.232, portanto após a promulgação da Lei de Arbitragem, foi instituído o procedimento de cumprimento de sentença, abolindo o processo autônomo de execução do título judicial, transformando o processo de conhecimento na “fase de conhecimento” e o processo de execução na “fase de cumprimento de sentença” (BRASIL, [2013]).

A sentença arbitral foi, então, prevista como um título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, IV, do revogado diploma processual civil e em consonância com a Lei 9.307/96 (BRASIL, [2013]). Evidente que a execução da sentença arbitral será um processo judicial autônomo, ao passo que a fase de conhecimento se deu fora do Poder Judiciário, no procedimento da arbitragem.

O vigente Código de Processo Civil manteve a sentença arbitral como título executivo judicial, prevista no art. 515, VII. O processamento do pedido de execução não guarda maiores questionamentos, diferentemente da impugnação. A impugnação ao cumprimento de sentença está prevista no art. 525 do CPC, e seus incisos trazem as matérias que poderão ser alegadas neste momento processual (BRASIL, [2019]c)¹⁹. O Código também traz hipótese de

¹⁹ Art. 525, §1º: “§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença”.

inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação em caso de declaração de inconstitucionalidade ou de interpretação incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado (art. 525, §12) (BRASIL, [2017]b). Todavia, estaria o árbitro sujeito às decisões do STF?

Considerando a arbitragem como detentora de natureza jurisdicional, a resposta é positiva. Apesar da natureza privada e consensual da arbitragem, bem como da escolha do julgador pelas próprias partes, estas não podem direcionar a solução da lide. O árbitro, quando aceita a nomeação, assume o papel de terceiro imparcial investido do poder de conduzir o procedimento julgar a controvérsia, de juiz de fato e de direito, e, por isto, sua decisão possui força de sentença e obriga as partes (ABBOUD, 2012, p. [3]).

O árbitro deve decidir conforme o direito e as regras também acordadas pelas partes. Todavia, o procedimento arbitral não pode se furtar ao respeito à ordem pública, e a aplicação de lei inconstitucional pelo árbitro fere essa ordem, isto porque a declaração de inconstitucionalidade da lei a torna um nada jurídico, retirando-a do ordenamento, e, por este motivo, também atinge os particulares, aqui incluído o árbitro (ABBOUD, 2012, p. [3]).

O art. 102, §2º da Constituição Federal dispõe que os efeitos da decisão do STF em controle concentrado valerão contra todos e terão força vinculante em face do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as esferas (BRASIL, [2019]a). Para Georges Abboud (2012, p. [5-6]), o referido dispositivo constitucional também atinge o árbitro, pelo seu exercício de função jurisdicional. Contudo, o árbitro é um particular, o que o coloca fora do organograma do Poder Judiciário, afastando a possibilidade do manejo da Reclamação. A Reclamação, prevista nos arts. 988 a 993 do CPC, é, apesar de entendimentos em sentido contrário, uma ação autônoma, na qual “há o exercício de pretensão pré- processual à tutela jurídica do Estado, que se faz por meio do remédio processual chamado “ação” (COSTA, 2015, p. 2.143).

A lei 9.307/96, pois, regulamenta a arbitragem desde a limitação dos direitos que podem ser submetidos a ela (arbitrabilidade objetiva) e as partes que dela podem participar (arbitrabilidade subjetiva), ao procedimento mínimo a ser seguido até seu fim, com a prolação de uma sentença arbitral. Neste regulamento não se observa menção alguma a um procedimento arbitral coletivo, limitando a Lei de Arbitragem a mencionar regras mínimas para a participação da Administração Pública.

Portanto, se faz necessário um estudo dos principais pontos do processo coletivo no Brasil, e de que forma os direitos submetidos à Lei de Arbitragem poderão se sujeitar a este processo, distinto em diversos pontos daquele caracterizado no CPC.

1.4 Principais aspectos do processo coletivo brasileiro e a arbitrabilidade de direitos coletivos

A origem do processo coletivo remonta à experiência inglesa, no sistema jurídico do *common law*. No século XVII, os tribunais de equidade ingleses (*Courts of Chancery*) passaram a relativizar o princípio processual que exigia a presença de todos os envolvidos na demanda, permitindo que representantes dos grupos atuassem no processo, defendendo, em nome próprio, o direito dos interessados, seja como demandantes ou demandados. Esta seria, para a maioria dos autores, a origem da *class action* e, por consequência, do processo coletivo. A *class action* está prevista no artigo 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos (a norma processual civil do país) desde 1938, tendo passado por uma reforma em 1966 (ZAVASCKI, 2014, p. 23-24).

Nos países do sistema *civil law*, pela lição de Teori Zavascki (2014, p. 27-28), o interesse pela coletivização do processo surgiu a partir dos anos 1970, quando tomou-se consciência da necessidade de preservação do direito ao meio ambiente, diante das crescentes formas de poluição ambiental, além da proteção e defesa do consumidor, sendo estes, até hoje, os principais focos da tutela coletiva de direitos (mas não os únicos). Também se percebeu que os mecanismos tradicionais de processo, marcadamente individualistas, não seriam capazes de adequadamente promover esta nova tutela de forma satisfatória, daí o surgimento da sistemática do processo coletivo, cuja regulamentação, no Brasil, não se encontra codificada, mas repartida entre diplomas que se complementam.

1.4.1 O microssistema processual coletivo

O Brasil não possui uma única ação coletiva ou um “Código de Processo Coletivo” nos moldes do CPC, mas sim o que a doutrina denomina de “microssistema processual coletivo”. É consenso entre os autores que é composto essencialmente pela lei da Ação Civil Pública (LACP - lei 7347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8.078/90), seu “núcleo duro” (NEVES, 2012, p. 10).

Outras leis podem ser incluídas neste microssistema, tais como a Lei da Ação Popular (LAP – lei 4717/65) – primeira ação de tutela coletiva prevista no país, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92), e o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, que compreende a regulamentação constitucional (art. 103 da CF/88) e as leis 9868/99 e 9882/99, que disciplinam, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou omissão

(ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (NEVES, 2012, p. 10-12).

Por outro lado, não há propriamente uma hierarquia entre as leis do microssistema de processo coletivo. O autor defende que a norma a ser aplicável é aquela mais benéfica à tutela do direito, não importando se se trata de lei do núcleo essencial, ou se a lei é posterior ou anterior. Esta posição busca garantir uma proteção mais efetiva aos direitos materiais coletivos *lato sensu*, todavia, o autor reconhece que tal solução gera insegurança jurídica, pois depende da análise do caso concreto (NEVES, 2012, p. 13).

Para conferir maior segurança jurídica, e na esteira da elaboração de um Código-Modelo de processo coletivo ibero-americano, foi proposto no Brasil o Projeto de Lei 5.139/2009, a fim de criar um Código de Processo Coletivo no país (FARIA, 2012, p. [2-3]).

Ao final, a opção foi por realizar apenas mudanças substanciais na Lei da Ação Civil Pública, para torna-la a norma de referência para a matéria. Entretanto, o projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, sob o argumento de conferir excessivos poderes ao juiz, ao Ministério Público e tratamento desigual em favor do autor da ação, não sendo também suficiente para o propósito das ações coletivas de reduzir a litigância e o número de ações²⁰. O projeto previa a institucionalização da arbitragem coletiva, ao autoriza-la expressamente no âmbito da Ação Civil Pública, pela previsão em seu art. 19, §1º (FARIA, 2012, p. [2-3]), entretanto, diante de sua rejeição, a dúvida persiste.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, não trata de processo coletivo, mantendo seu regramento no microssistema. O atual Código concentrou sua atenção no “aprimoramento/ampliação de técnicas de aceleração/aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais” (SICA, 2018, p. [5]). Isto porque estas técnicas já existiam no CPC de 1973, com destaque para os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Como ampliação, o CPC/2015, mais do que aprimorar o sistema já existente de recursos repetitivos, levou esta técnica aos tribunais de segunda instância, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). O IRDR “visa selecionar “causas-piloto” e suspender todos os processos (individuais e coletivos) repetitivos. Fixada a tese, ela há de ser reproduzida de forma “vinculante” por todos os juízes sujeitos hierarquicamente ao respectivo

²⁰ Parecer da Comissão disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E1E9E5975D272084AABC174900B5F522.proposicoesWebExterno1?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010. Acesso em 19 ago. 2019.

tribunal” (SICA, 2018, p. [5]). Nos termos do CPC, o Relator suspenderá os processos individuais ou coletivos pendentes, quando admitir o IRDR (art. 982, I) ou o recurso especial ou extraordinário repetitivo (art. 1.036, II), tornando clara a incidência deste sistema sobre os processos coletivos.

Uma vez analisadas as linhas gerais do processo coletivo no Brasil, indaga-se quais são os direitos cuja defesa e garantia dependem deste instrumental para sua concretização.

1.4.2 *Direitos coletivos lato sensu*

Os direitos coletivos como gênero, ou direitos coletivos *lato sensu*, são divididos e definidos pela legislação em três modalidades: difusos, coletivos e individuais homogêneos, cabendo a doutrina uma complementação e problematização dos conceitos legais. O Código de Defesa do Consumidor definiu, pois, nos incisos do parágrafo único de seu art. 81, as três modalidades dos direitos coletivos *lato sensu*²¹:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- II - Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, [2017]a).

A dimensão e escala destes direitos são justificativas para a própria existência de um processo coletivo. Somente por meio de uma sistemática própria haverá efetiva garantia de direitos fundamentais e acesso à justiça²², posto que, sendo indeterminados ou múltiplos os titulares, haveria uma inércia dos interessados em atuar para a defesa destes direitos, pois um acreditaria que outro a fizesse. Trata-se do fenômeno do *free riding* ou efeito carona, que tem como efeito uma imobilização social e, consequentemente, a ausência de tutela do direito (GAJARDONI, 2012, p. 17).

Para minimizar este efeito, o microsistema processual coletivo conferiu legitimidade ativa a associações e entidades de classe e a órgãos públicos de defesa da coletividade,

²¹ A doutrina denomina de *lato sensu* os direitos coletivos como gênero, uma vez que dentre as modalidades há os “direitos coletivos” (espécie), por sua vez nomeados direitos coletivos *strictu sensu*, para diferencia-los. Também é utilizada a denominação direitos transindividuais para designar o gênero. Por todos, Teori Zavascki (2014, p. 33).

²² A coletivização do processo é colocada como uma das ondas de acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1994, item 1.1.4.).

notadamente a Defensoria Pública e o Ministério Público. A coletivização destas demandas também atenua a proliferação de demandas repetitivas, promovendo maior segurança jurídica e economia processual (GAJARDONI, 2012, p. 18-19).

No mesmo sentido, Barroso (2005, p. [5]), aduz que a opção por estes legitimados visava impedir desvios que poderiam ocorrer com a legitimação individual. Além do mais,

evitou-se conferir ao juiz da causa competência para exercer o controle sobre a representatividade adequada do autor da ação. Criou-se, como se percebe, um sistema baseado na presunção de que essas entidades determinadas entidades e instituições teriam esta capacidade, embora tal presunção possa eventualmente ser afastada no exame do caso concreto (BARROSO, 2005, p. [5]).

Este modelo de representatividade brasileiro, como se verá no capítulo seguinte, se aproxima do modelo europeu de processo coletivo, e destoa do norte-americano, que pode conferir representatividade inclusive a indivíduos.

A sentença em sede de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* terá, obrigatoriamente, uma execução coletiva, pois nestas ações não há tutela de interesses específicos de indivíduos, mas dos direitos transindividuais lesados. Dessa forma, também a execução nesse caso possui algumas peculiaridades. A primeira é, em caso de sentença condenatória em dinheiro, da reversão do montante para um Fundo específico para a recuperação dos bens e direitos lesados, nos termos do art. 13 da Lei 7347/85 (MARINONI; ARENHARDT, 2013, p. 316-317).

Outra peculiaridade que merece destaque é a legitimidade para a execução. Nos primeiros sessenta dias, está será do autor da ação, após este prazo, os demais legitimados coletivos poderão promover-la, e o Ministério Público deverá. Por fim, no caso de sentenças mandamentais ou executivas (obrigações de fazer ou não fazer), a conversão da tutela específica em perdas e danos só poderá ocorrer quando aquela se mostrar impossível ou quando assim desejar o autor da ação, nos termos do art. 84, § 1º do CDC (MARINONI; ARENHARDT, 2013, p. 318-319).

1.4.2.2 Os direitos individuais homogêneos

Apesar do tratamento conjunto do Código de Defesa do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são tratados de forma diferenciada. Para Teori Zavascki (2014, p. 33-34), são considerados direitos coletivos *stricto sensu* os difusos e os coletivos, assim caracterizados: “subjettivamente transindividuais e materialmente indivisíveis [...]. O que é múltipla (e indeterminada) é sua titularidade, e daí a sua transindividualidade” e por serem

indivisíveis, comportam um tratamento no singular, inclusive para a tutela jurisdicional. Os direitos individuais homogêneos, de outro modo,

são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles (ZAVASCKI, 2014, p. 34).

Devido a esta característica, a atuação em defesa de direitos individuais homogêneos do principal legitimado coletivo e responsável pela maioria das ações civis públicas, o Ministério Público, é limitada aos casos nos quais se verificam direitos indisponíveis, relevante interesse social ou relevância social na tutela coletiva (BARROSO, 2005, p. [5]). Um exemplo de situação na qual é observado um direito individual homogêneo, porém sem interesse e relevância social é o ressarcimento dos titulares de caderneta de poupança em decorrência dos planos econômicos de combate à inflação do final dos anos 1980 e início de 1990. Na ocasião, coube a uma entidade privada, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), a propositura de Ações Civis Públicas contra as instituições financeiras.

Por estes motivos, o microssistema coletivo, apesar de inclui-lo na mesma categoria dos demais, traz uma regulamentação distinta para a sentença e seus efeitos nas ações coletivas baseadas em direitos individuais homogêneos, prevista no Capítulo II do Título III do CDC. Dentre as peculiaridades está a execução individual da sentença coletiva. A sentença, via de regra, somente declarará a responsabilidade do réu e fixará montante indenizatório genérico (BRASIL, [2017]a)²³.

Cada interessado, então, promoverá a liquidação da sentença e seu cumprimento, isto dada a natureza individual do direito, que possui um tratamento coletivo somente pela homogeneidade. A execução coletiva é possível quando as sentenças forem liquidadas individualmente ou quando, decorrido um ano sem a habilitação de indivíduos, os legitimados coletivos poderão promover o cumprimento da sentença, quando o valor será revertido para o Fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública para a defesa dos direitos difusos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL [2017]a)²⁴.

²³ “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

²⁴ “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”. “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções [...] (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995. “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

1.4.3 Princípios essenciais do processo coletivo

Pelas notáveis diferenças entre os direitos coletivamente tutelados e os direitos individuais, os princípios que regem o processo individual, ou o enfoque dado a eles não são, necessariamente, coincidentes com os observados no processo coletivo. Ainda em 1986, Ada Pellegrini Grinover ressaltava a mudança de paradigma observada sobre o princípio do devido processo legal rumo a uma tutela coletiva de direitos:

Inicialmente, porém, deve ser ressaltado que, no campo mesmo das garantias do "devido processo legal", é possível detectar uma notável transformação, decorrente da transposição do enfoque, do individual para o social. Com efeito, se de um lado as posições de vantagem das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a ótica de tipo individualista que privilegia o interesse pessoal sobre o social; do outro lado podem ser vistas como garantias, e não apenas das partes mas também do justo processo, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão. Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo (GRINOVER, 1986, p. [2]).

A dimensão do devido processo legal apontada, do direito a uma ordem jurídica justa, é uma das bases do processo coletivo e de sua sistemática (relativamente) independente da observada pelo processo individual. Este princípio está previsto como direito fundamental, nos termos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, [2019]a).

Ademais, o devido processo legal abarca os demais direitos constitucionais processuais (explícitos e implícitos), tais como o contraditório e a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a imparcialidade do juiz, o juiz natural e a motivação das decisões constitucionais. Em síntese: “a expressa garantia do *due process of law* [...] tem o significado de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma” (DINAMARCO, 2009, p. 250).

O exercício do devido processo legal, no processo coletivo, está intimamente ligado ao princípio da participação. Este princípio é decorrência da legitimação extraordinária do titular do direito de ação, que atua como representante da coletividade lesada. Diferentemente do que

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”.

ocorre no processo individual, no qual a parte atua em nome próprio em defesa de direito próprio (legitimidade ordinária), no processo coletivo há a figura do legitimado extraordinário. Isto decorre da impossibilidade dos titulares do direito material discutido no processo dele participarem, por falta de legitimação. Este legitimado coletivo, por sua vez, é definido pela lei processual (NEVES, 2013, p. 77). Em complemento, Lanes (2010, p. 242) aponta como princípio do processo coletivo o dever de colaboração de todos os envolvidos, públicos ou privados, para a produção de provas, cumprimento das decisões judiciais e, em geral, da efetividade da tutela coletiva.

Neste sentido, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor definem como legitimados, em uma junção dos dois dispositivos, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, entes da Administração Pública direta ou indireta, e as associações privadas. Para estas últimas, ambas as leis exigem que sejam constituídas a pelo menos um ano, salvo quando houver interesse social manifesto, evidenciado pelas dimensões ou características do dano ou pela relevância do bem jurídico tutelado (BRASIL, [2017]a)²⁵. Particularmente, o CDC restringe a atuação das entidades e órgãos da Administração Pública aos direitos nele protegidos (direitos do consumidor).

Outro princípio do processo coletivo que merece destaque é o da primazia da solução do mérito. Alçado à categoria de direito fundamental pelo Código de Processo Civil²⁶, este princípio assume uma dimensão maior no tocante ao processo coletivo. O microsistema permite que, em caso de abandono ou desistência da ação coletiva ajuizada por um legitimado, outro legitimado a assuma, mediante edital convocatório publicado pelo juiz da causa a fim de evitar a sentença de extinção sem julgamento do mérito (NEVES, 2013, p. 92-93).

²⁵ Lei da Ação Civil Pública (7347/85), art. 5º: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. [...] § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Código de Defesa do Consumidor, art. 82: Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

²⁶ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, [2017]).

Os fundamentos legais seriam os artigos 5º, §3º da Lei da Ação Civil Pública e 9º da Lei da Ação Popular²⁷. O STJ já chancelou esta tese, no julgamento do Recurso Especial 1.177.453/RS²⁸ (NEVES, 2013, p. 92-93). A possibilidade de substituição no polo ativo em processos individuais é deveras restrita, não sendo permitida em caso de abandono ou desistência do processo, mesmo nos termos do Código de Processo Civil ora vigente.

Outra evidência de uma maior dimensão do princípio da primazia da solução do mérito nos processos coletivos é a fungibilidade, “a possibilidade de receber uma ação por outra” (NEVES, 2013, p. 93) e, nas ações coletivas, sua aplicação pode ser empregada de forma ampla, mesmo em ações com procedimentos distintos.

A fungibilidade está prevista para o processo individual, mas de modo restrito e nas situações definidas em lei (NEVES, 2013, p. 93). A fungibilidade denota uma maior flexibilização procedimental nas ações coletivas o que, apesar de não chegar ao ponto de conferir as partes a possibilidade de definir as regras, como ocorre na arbitragem, confere maior adaptabilidade aos processos coletivos, sendo este um ponto positivo a se considerar na arbitrabilidade dos direitos a ele submetidos.

Lanes (2010, p. 242) também aponta como princípios da tutela coletiva, além do já mencionado dever de colaboração, a razoável duração do processo, isonomia, economia processual, flexibilização procedimental, máxima eficácia (esta que se relaciona com a primazia da solução de mérito) e a publicidade, essencial para dar à coletividade conhecimento sobre o processo.

Uma última questão relevante sobre o processo coletivo, a fim de utilizá-lo como base para a arbitragem, é o tratamento diferenciado da coisa julgada.

1.4.4 Noções gerais sobre a coisa julgada coletiva

A coisa julgada pode ser definida, pela teoria clássica, como “a imutabilidade do que foi definitivamente decidido, limitadamente às partes do processo” (MAZZILLI, 2018, p. [1]),

²⁷ “§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação” (BRASIL, [1977]).

²⁸ Ementa e Acórdão disponíveis em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12086975&num_registro=201000147730&data=20100930&tipo=5&formato=PDF. A Ementa, extensa, porém analítica e didática, torna clara a interpretação extensiva dada pelo STJ aos dispositivos legais acima transcritos, tomando como base a maior amplitude do princípio da primazia do mérito nas ações coletivas e o princípio da economia processual.

definição esta que basta para o processo individual, mas não para o processo coletivo.

Neste, os direitos discutidos são de natureza difusa, coletiva (*stricto sensu*) ou individuais homogêneos, com interesses de outros sem envolvimento na causa, e a limitação da coisa julgada somente às partes tolheria em grande parte o efeito executivo da sentença, o que provocaria uma multiplicação de processos com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir promovidos pelos colegitimados não integrantes do processo original (MAZZILLI, 2018, p. [1]).

O microssistema processual coletivo buscou resolver esta questão mediante a relativização da coisa julgada. Quando as decisões versarem sobre direitos difusos e coletivos (em sentido estrito) e o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer outro legitimado coletivo poderá, com novas provas, promover nova ação. Já em relação aos efeitos subjetivos da coisa julgada, se se tratar de direitos difusos, produzirá em relação a todos (*erga omnes*), pela indivisibilidade de seu objeto e indeterminabilidade de sujeitos (BARROSO, 2005, p. [6]).

Na hipótese de direitos coletivos *stricto sensu*, os efeitos atingirão somente os integrantes do grupo, categoria ou classe, desde que, por definição, ligados à parte contrária por uma relação jurídica base. Quanto a estes, sequer haveria litispendência entre ações individuais e ação coletiva, podendo o titular da ação individual prosseguir com seu litígio. Porém, este não poderá se beneficiar da sentença coletiva se não requerer a suspensão de seu processo no prazo legal (BARROSO, 2005, p. [6]). Aqui também há um tratamento distinto para os direitos individuais homogêneos.

No caso destes, devido às dificuldades de notificar a todos os indivíduos eventualmente afetados para compor a ação, doutrina e legislação optaram por restringir os efeitos da improcedência àqueles que intervieram no processo, mantendo amplos os efeitos da procedência da sentença coletiva, no que a doutrina denomina de coisa julgada *secundum eventum litis*. Isto significa que os indivíduos não atuantes no processo coletivo, diante de uma sentença de improcedência, poderão ingressar com ações individuais (BARROSO, 2005, p. [7]).

Logo, no caso de improcedência por falta de provas, não haveria coisa julgada, permitindo que outros co-legitimados, ou mesmo o autor da primeira ação, ingressasse com nova demanda. Em direitos individuais homogêneos a improcedência também é limitada, sendo mais amplos, para todos os direitos, os efeitos do julgamento procedente. Todavia, em 1997 o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que previu esse modelo, foi alterado²⁹, a fim de limitar a

²⁹“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado

eficácia da coisa julgada aos limites territoriais do juiz prolator da sentença (MAZZILLI, 2018, p. [1-2]).

A medida legislativa foi mal recebida pela doutrina, contudo, tem sido aplicada pela jurisprudência, ao menos de forma mitigada, limitando a eficácia à competência territorial da Corte que julgar o recurso, ou de forma absoluta, no caso de direitos individuais homogêneos. Todavia, ao se analisar o microssistema em sua totalidade, é possível concluir que a alteração não deveria surtir efeito algum.

Isto porque o Código de Defesa do Consumidor também possui previsão acerca dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, na qual não consta a limitação temporal. Contudo, o CDC traz normas de competência em seu art. 93 que podem influir sobre a coisa julgada (MAZZILLI, 2018, p. [2-3]). Nos termos do dispositivo, quando o dano for de natureza local, a competência será a do foro do próprio local; quando o dano for de âmbito regional ou nacional, a competência será do foro da capital do estado ou o do Distrito Federal, com aplicação das regras do CPC sobre competência concorrente e ressalvada a competência da Justiça Federal (BRASIL, [2017]a)³⁰.

Nestes termos, conclui Hugo Nigro Mazzilli (2018, p. [3]), analisando a Lei da Ação Civil Pública em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, que mesmo quando a sentença for prolatada por juiz de capital de estado ou do DF, os efeitos da coisa julgada valerão para todo país, a depender da dimensão do dano, conforme o art. 93 do CDC, afastando, pois, a incidência do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Com efeito, a proposta de um modelo de arbitragem coletiva no Brasil passa, obrigatoriamente, pela adoção no procedimento arbitral das técnicas de processo coletivo, em especial a legitimação extraordinária, a intervenção de terceiros, a execução e a coisa julgada coletiva, dentre outras cuja definição a prática ditará. Este foi o caminho observado no direito comparado, contudo, o sucesso desta empreitada depende da possibilidade de submissão dos direitos coletivos *lato sensu* à arbitragem, o que também implica a participação de entes públicos.

1.4.5 A arbitrabilidade dos direitos coletivos

poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (BRASIL, [2014]). A expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator” foi inserida pela lei 9.494/97.

³⁰ Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

A Lei de Arbitragem brasileira considera arbitráveis os direitos patrimoniais e disponíveis (art. 1º), em um critério duplo de arbitrabilidade objetiva. O Código Civil de 1916 previa que as partes capazes de contratar poderiam elaborar compromisso, ou seja, submeter suas controvérsias à arbitragem, em um critério de arbitrabilidade subjetiva. Já o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, previa que os direitos arbitráveis eram aqueles passíveis de transação.

O Código Civil de 2002 manteve a exigência da codificação anterior, como previsto em seu art. 851, e trouxe mais elementos para o previsto na Lei 9.307/96, em seu art. 852, ao vedar expressamente o uso do “compromisso” (leia-se da arbitragem), para questões de estado, de família e demais direitos que não sejam estritamente patrimoniais” (BRASIL, [2019]b)³¹.

Todavia, alguns autores brasileiros têm defendido uma flexibilização das normas, especialmente do restritivo artigo 852 do Código Civil. Para estes, os aspectos patrimoniais e disponíveis dos direitos podem ser submetidos à arbitragem sem maiores dificuldades. No exemplo de Scavone Júnior, um dos defensores da flexibilização, é o caso dos direitos da personalidade. Não se questiona a natureza indisponível dos direitos da personalidade, uma vez que a pessoa não pode deles livremente abrir mão. Contudo, a lesão a esses direitos é indenizável, e para a atribuição do quantum indenizatório, face disponível e patrimonial, seria cabível a arbitragem (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 16)³².

Como se depreende da sistemática do processo civil coletivo no Brasil e dos legitimados para propor as ações coletivas, a defesa destes direitos depende diretamente da participação de atores públicos, notadamente do Ministério Público. A Administração Pública no Brasil era alheia a arbitragem, posto que os direitos públicos e o interesse público a eles inerente não são, via de regra patrimoniais e disponíveis. Todavia, na esteira da doutrina que defende uma flexibilização do art. 852 do Código Civil, a participação da Administração em procedimentos arbitrais ganhou impulso com a reforma promovida na lei 9.307 em 2015.

Foram acrescentados os §§1º e 2º ao art. 1º, que dispõem: “§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” e “§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou

³¹ Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

³² No mesmo sentido Carmona (2009, p. 38-39), que cita como exemplo o direito a alimentos. Enquanto direito em si não é disponível e tampouco patrimonial, o *quantum* da pensão o é. Também para o autor, a redação do art. 825 do Código Civil nada retirou ou acrescentou ao art. 1º da Lei de Arbitragem.

transações” (BRASIL, [2015]).

A indisponibilidade do interesse público decorre do princípio constitucional republicano. Os bens públicos pertencem à coletividade e, por este motivo, os agentes estatais não podem deles dispor livremente. Todavia, isto não implica afirmar que o Poder Público jamais poderá ser parte em arbitragens; a nova redação da Lei 9.307/96, pela previsão expressa autorizadora, buscou tornar clara esta possibilidade, mesmo que limitada. No entendimento de Eduardo Talamini, há um núcleo fundamental dentro do universo das atividades e bens públicos, aqueles que são *essencialmente públicos* e, portanto, inalienáveis, irrenunciáveis e, conseqüentemente, inarbitráveis, a exemplo do poder de legislar e do Poder de Polícia (TALAMINI, 2005, pp. [1-2], grifos do autor).

Ainda conforme o autor, a indisponibilidade possui duas acepções: a primeira é a vedação à renúncia de um direito determinado; a segunda é a proibição de espontaneamente se reconhecer que o outro tem razão e submeter-se a direito alheio. Somente à primeira hipótese incide sobre as relações de direito público propriamente ditas, pois o Poder Público está adstrito ao princípio da legalidade, que determina peremptoriamente o cumprimento de obrigações e respeito a direitos alheios. A Administração tem o poder-dever de, por exemplo, promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, mediante acordo com o particular contratado, sem necessidade de intervenção judicial. Por outro lado, há matérias na qual o processo judicial é obrigatório, como no caso da persecução penal (TALAMINI, 2005, p. [8]).

É somente na primeira hipótese, na qual a interferência do Poder Judiciário não é necessária, que se pode cogitar a participação da Administração Pública em procedimento arbitral, quando lhe é permitido negociar, dispor de direitos e dar razão à outra parte (TALAMINI, 2005, p. [8]), ou seja, quando, apesar de públicos, os direitos serão patrimoniais e disponíveis. Os direitos coletivos *lato sensu* por sua vez são, em tese, públicos, imateriais e indisponíveis. Todavia, uma análise mais detida demonstra que também nestes direitos há aspectos patrimoniais e disponíveis capazes de autorizar a solução de conflitos coletivos por arbitragem, ainda que não em sua totalidade, em especial quanto aos direitos individuais homogêneos.

Na resolução de disputas coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos há uma maior adaptabilidade da arbitragem. Isto porque tais direitos não são propriamente coletivos, mas sim direitos subjetivos individuais tratados de forma coletiva, em razão de afinidade fática e dos benefícios de um tratamento homogêneo dado a eles.

Neste aspecto, a disponibilidade, relacionada diretamente com possibilidade da livre

disposição do direito, é mais evidente no caso dos direitos individuais homogêneos, o que permite concluir que este não é um óbice para sua arbitrabilidade (MARIANI, 2015, p. 52-54). Também quanto a patrimonialidade não há dificuldades. Estes direitos são essencialmente patrimoniais, e sua violação acarreta, via de regra, uma ação indenizatória, a quantificação em dinheiro, evidenciando o cunho patrimonial (MARIANI, 2015, p. 71). Um exemplo são as lesões a direitos individuais homogêneos em matéria de direito do consumidor, em que se exige uma reparação pecuniária (indenização) em decorrência dos danos causados pelo evento de consumo (MARIANI, p. 71). Esta reparação poderá ser buscada tanto individualmente pelos consumidores lesados quanto em conjunto, por meio de um legitimado para a ação coletiva.

Por sua vez, nos direitos coletivos *stricto sensu*, abrangendo os coletivos e os difusos, ocorre o inverso. Nestes direitos, caracterizados pela preexistência de um vínculo jurídico a unir as pessoas lesadas, a satisfação se dará, via de regra, por prestações de cunho extrapatrimonial ou “in natura”. Um exemplo claro é o dano ambiental; no caso de lesão ao meio ambiente, o objetivo da ação é a recuperação da área atingida, um retorno ao *statu quo ante*, não sendo suficiente a conversão da reparação em indenização, ainda que, quando for impossível a recuperação ambiental, o ordenamento autorize a satisfação pecuniária (MARIANI, 2015, p. 71-72).

Também no âmbito da disponibilidade os direitos coletivos *stricto sensu* apresentam restrições limitadoras à sua arbitrabilidade, mas não impeditivas. Estes são, via de regra, indisponíveis, uma vez que os legitimados para propor as ações coletivas, por defenderem em nome próprio direito alheio (legitimação extraordinária), não há possibilidade de livre disposição, seja por meio de transação, renúncia ou outra forma. Contudo, os direitos coletivos *stricto sensu* não são totalmente indisponíveis.

Para Ada Pellegrini Grinover (2006, p. [3]), “mesmo que se trata de direitos indisponíveis, há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem pode ser utilizada”. A autora exemplifica também com o direito ambiental:

O direito ao meio ambiente sem dúvida é indisponível. O Estado traçou uma reserva para esses direitos em benefício da sociedade e dos indivíduos. Mas o modo de cumprimento da obrigação, esse é disponível. Não ataca o núcleo fundamental do direito indisponível (GRINOVER, DAMIÃO, 2006, p. [3]).

Ou seja, a indisponibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu* está no âmbito da definição da existência e dos limites da obrigação. Superada esta fase, a forma como esta obrigação será cumprida se encontra na esfera de disponibilidade do titular coletivo e, acrescenta-se, também pode assumir um caráter patrimonial.

A transação em direitos transindividuais não é estranha ao microssistema processual

coletivo. A Lei da Ação Civil Pública confere em seu art. 5º, §6 aos legitimados a propô-la “a possibilidade de tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, [2014]).

Trata-se do denominado pela doutrina de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), caracterizado como um acordo firmado entre o órgão público e o infrator de direitos coletivos para que este cesse a lesão e repare o dano. Para Barroso (2005, p. [7]), é um acordo ou compromisso no qual o Ministério Público ou outro legitimado coletivo imputa um comportamento irregular à parte (habitualmente um indivíduo ou empresa) exigindo o ajustamento de sua conduta. Apesar de a lei qualifica-lo como título executivo extrajudicial, o TAC poderá ser homologado pelo juiz, quando deterá, portanto, força de sentença. Em caso de descumprimento, é possível sua execução direta, em decorrência de sua qualificação como título executivo (BARROSO, 2005, p. [7]).

Logo, é possível concluir que, apesar dos desafios e adaptações necessárias para submeter litígios coletivos à arbitragem, tal feito não é só possível, mas se afigura como mais uma forma de garantia de acesso efetivo à justiça, concretizando importante princípio delineado pelo constituintes de 1988, por meio de entidades privadas representativas dos variados grupos sociais (sindicatos, associações, entre outras), e públicas, como o Ministério Público.

Todavia, à falta de uma regulamentação concreta acerca da arbitragem coletiva no país, seja na lei 9.307/96, no Código de Processo Civil ou no microssistema processual coletivo, é necessário recorrer à experiência adquirida por outros países e regiões, cujo desenvolvimento da arbitragem coletiva se encontra em estágio mais avançado: Os Estados Unidos e a União Europeia. Esta análise permitirá, com maior embasamento teórico, um estudo do atual estágio arbitragem coletiva no Brasil e das perspectivas para o seu futuro, e mostrará que alguns conceitos e procedimentos existentes no país são também observados, de certa forma, nos Estados Unidos e no bloco europeu.

2. A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL: ESTADOS UNIDOS E UNIÃO EUROPEIA

2.1.Estados Unidos

Os Estados Unidos serão objeto de análise devido a sua importância e protagonismo no desenvolvimento de um modelo de arbitragem coletiva e, também, por serem representativos de um dos principais sistemas jurídicos mundiais e de um modelo específico de processo coletivo.

2.1.1. *O sistema jurídico do common law*

O Brasil é um país de tradição romanística, da qual fazem parte as nações latinas e germânicas, caracterizada pelo *civil law* ou direito continental, em que há prevalência do processo legislativo sobre as demais fontes do direito, atribuindo-as um caráter secundário (REALE, 2003, p. 141-142). Todavia, convive com o *civil law* uma outra tradição jurídica, anglo-americana, o *common law*. Como esclarece Miguel Reale (2003, p. 142):

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo [o *civil law*], temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial.

Com efeito, nesta tradição a jurisprudência é fundamental para conferir estabilidade ao Direito, posto que este é coordenado e consolidado por meio de precedentes judiciais, baseados em uma cadeia de decisões construída sobre usos e costumes prévios (REALE, 2003, p. 142). Precedente é, pois, “a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão” (COLE, 1998, p. [1]). A força vinculante dos precedentes, por sua vez, deriva de um outro conceito, o *stare decisis*: “Stare decisis é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e “não mudem uma questão decidida” (COLE, 1998, p. [1]).

O *common law* tem sua origem na Inglaterra, e foi levado aos Estados Unidos pelos colonos ingleses que lá se estabeleceram. Contudo, o país abandonou os precedentes ingleses e

passou a seguir seus próprios e, levando em conta o modelo federativo, desenvolveu precedentes vinculantes estaduais, quando a Corte maior do estado os define, e precedentes vinculantes federais, definidos pelas Cortes federais. A Suprema Corte, como tribunal máximo do país, tem o poder de revisão das decisões das cortes inferiores, e seus precedentes, por conseguinte, são vinculantes para todas elas. As Cortes, incluindo a Suprema, podem seguir precedentes já existentes, apenas criando novos quando não existir nenhum para o caso concreto em julgamento, ou quando entenderem que o precedente não é aplicável ao caso, no fenômeno denominado *distinguishing* (ou distinção), permitindo dinamismo e adaptabilidade ao modelo (COLE, 1998, p. [2-3]).

Diante deste cenário, a esfera federal norte-americana possui leis com regras gerais para aplicação em todo o país, que convivem com os precedentes vinculantes e as normas estaduais e, na prática, tem sua interpretação a eles subordinada. Dentre estas normas federais, estão o *Federal Arbitration Act*¹ e as *Federal Rules of Civil Procedure*², na qual está a regulamentação da *class action*, ambas fundamentais para a construção e compreensão da arbitragem coletiva nos EUA, ao menos em nível federal.

Em consonância com o modelo do *common law*, os precedentes da Suprema Corte também possuem grande relevância. Foi a Suprema Corte que, por meio de um caso que se tornou paradigmático, construiu as bases para o modelo de arbitragem coletiva do país. Mesmo as leis podem partir da Corte maior. As *Federal Rules of Civil Procedure*, apesar de sua aprovação pelo Congresso e posterior codificação, tem sua origem na Suprema Corte.

2.1.2. Legislação Federal sobre arbitragem

A arbitragem nos Estados Unidos é regulada pelo *Federal Arbitration Act*. Trata-se de legislação publicada em 1925, porém codificada (incorporada no *United States Code*) em 1947, e alterada em partes nos anos de 1970, 1988 e 1990 (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa). Conforme Schwartz (2004, p. 16-17 – tradução nossa), até a criação da lei, as convenções de arbitragem³ eram consideradas válidas, porém careciam de coercibilidade. As cortes não reputavam válidos pedidos para suspender processos sob a alegação de arbitragem pendente ou como argumento de defesa para pedidos de resolução judicial dos contratos⁴.

¹Ato Federal sobre Arbitragem, em tradução nossa.

²Regras do Procedimento Civil, em tradução nossa, correspondente ao Código de Processo Civil brasileiro.

³Tradução nossa do original em inglês “arbitration agreements”.

⁴Tradução nossa do original em inglês “contract dismissal”.

As cortes judiciais também consideravam válida a revogação de convenções de arbitragem pela manifestação de vontade das partes, uma vez que careciam de coercibilidade. Esta resistência era denominada de “velha hostilidade judicial à arbitragem”⁵, pois a arbitragem era considerada uma antagonista à jurisdição e, portanto, contrária à ordem pública (SCHWARTZ, 2004, p. 16-17 – tradução nossa).

A *American Bar Association*, órgão de classe dos advogados nos Estados Unidos, e diversas associações comerciais passaram a defender a criação de legislações para reverter a postura judicial contrária à arbitragem. Neste sentido, o estado de Nova York aprovou uma lei de arbitragem, mas esta foi reputada como não material, sendo incapaz, pois, de servir ao propósito almejado (SCHWARTZ, 2004, p. 17 – tradução nossa). Logo, em 1922 foi elaborada a lei federal sobre arbitragem, o *Federal Arbitration Act* (FAA), promulgado em 1925.

O FAA, desde 1947, compõe o capítulo 1 do título 9 do *United States Code*, dividido em 16 seções ou parágrafos. O §1 traz as definições de transação marítima e de comércio, sendo sobre estas matérias a incidência da norma⁶, mas é o §2 que delimita esta incidência:

Uma provisão escrita em qualquer transação marítima ou em um contrato que evidencie uma transação envolvendo comércio para resolver por arbitragem uma controvérsia partindo deste contrato ou transação, ou a recusa de cumprimento no todo ou em parte, ou um acordo escrito para submeter à arbitragem uma controvérsia já existente sobre este contrato, transação ou recusa, deve ser válida, irrevogável e vinculante, salvo a existência de lei ou norma de equidade para a revogação de contratos em geral (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa)⁷.

⁵Tradução do original em inglês "the old judicial hostility to arbitration".

⁶ "Maritime transactions", as herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; "commerce", as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce. (UNITED STATES, 2020a). Tradução nossa: “transações marítimas”, como aqui definido, significam contratos de fretamento, conhecimentos de transporte de cargueiros aquáticos, acordos relacionados a atracamento, suprimentos para embarcações ou reparos de embarcações, colisões ou quaisquer outros conflitos em comércio internacional, nos quais, a depender do objeto da controvérsia, serão de jurisdição de direito marítimo; “comércio”, como aqui definido, significa o comércio dentro dos estados ou com nações estrangeiras, ou de qualquer Território dos Estados Unidos ou do Distrito de Colúmbia, ou entre estes, mas nada aqui contido deve aplicar-se em contratos de emprego de marinheiros, ferroviários ou qualquer outra classe de trabalhadores empregados em comércio internacional ou interestadual”.

⁷Original em inglês: A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

Este §2 traz, em suma, a definição de arbitrabilidade objetiva para o FAA, sendo esta os casos envolvendo transações marítimas ou contratos comerciais. O dispositivo também traz os meios pelos quais a arbitragem pode ser escolhida como o meio de solução de conflitos, sendo estes, à semelhança do direito brasileiro: a cláusula compromissória (provisão escrita de uma controvérsia surgida sobre o objeto do contrato) e o compromisso arbitral (acordo para submeter à arbitragem controvérsia já existente acerca do contrato). Quanto à arbitrabilidade, as transações marítimas não trazem maiores questionamentos. Contudo, a interpretação das “transações envolvendo o comércio” foi objeto de julgamento da Suprema Corte.

O caso em questão (*Allied-Bruce Terminix Cos. Inc. et. al. vs. Dobson et. al.*, julgado em janeiro de 1995), possui como um de seus fundamentos o caso *Southland vs Keating*, que firmou a prevalência do FAA sobre as leis estaduais. Com efeito, a discussão mais relevante sobre a lei americana de arbitragem foi o âmbito de sua aplicabilidade, e o caso paradigmático para o encerramento da questão foi o *Southland Corp et.al v. Keating et. al.*, decidido pela Suprema Corte em 23 de janeiro de 1984.

Tratava o processo de uma *class action* proveniente da Califórnia, na qual franquias de uma rede de lojas de conveniência questionavam condutas da franqueadora. Em sua defesa, a franqueadora alegou a existência de cláusula arbitral, solicitando a suspensão do procedimento. No pronunciamento final, a Suprema Corte da Califórnia decidiu em favor das franqueadoras com base na lei estadual, que conflitava com o FAA (UNITED STATES, 1984, p. 1-2 – tradução nossa).

Em apelação da *Southland*, a Suprema Corte reverteu o julgamento do tribunal estadual, sob o argumento de que o Congresso pretendeu, com o §2 do *Federal Arbitration Act*, “declarar uma política nacional em favor da arbitragem e retirou o poder dos estados para exigir o foro judicial para resolver conflitos que as partes contratantes decidiram resolver por arbitragem” (UNITED STATES, 1984, p. 2 – tradução nossa)⁸. Neste sentido, as limitações à incidência da norma constariam em seu texto, e em mais nenhum outro dispositivo:

Nós discernimos somente duas limitações à validade de convenções de arbitragens governadas pelo *Federal Arbitration Act*: elas devem integrar um contrato marítimo escrito ou um contrato “evidenciando uma transação envolvendo comércio”, e essas cláusulas podem ser revogadas conforme “as bases legais ou de equidade para a revogação de qualquer contrato”. Nós não vemos nada no Ato indicando que o amplo princípio de validade está sujeito a qualquer limitação adicional por lei estadual (UNITED STATES, 1984, p. 10-11 – tradução nossa)⁹.

⁸Original em inglês: “In enacting § 2 of the federal Act, Congress declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims that the contracting parties agreed to resolve by arbitration.”

⁹Original em inglês: “We discern only two limitations on the enforceability of arbitration provisions governed by

Para a Corte Maior, ainda, se a intenção do Congresso ao promulgar o Ato fosse criar uma regra processual aplicável somente às cortes federais, ele não o limitaria aos contratos envolvendo o comércio. Desse modo, tal requisito não pode ser utilizado como um limite inexplicável à esfera federal, mas um necessário limite a uma norma aplicável a nível federal e estadual (UNITED STATES, 1984, p.2 – tradução nossa).

A Suprema Corte acrescentou que, diante do fato de a grande maioria dos processos civis se encontrarem na jurisdição estadual, a ideia do Congresso era a de tornar vinculante uma convenção de arbitragem e torna-la dependente do foro do local onde foi redigido, evitando, também, o fenômeno do *fórum shopping*. Em conclusão, decidiu que o propósito da FAA é, de fato, impedir tentativas dos legislativos estaduais de retirar a coercibilidade de convenções de arbitragem (UNITED STATES, 1984, p. 2-3 – tradução nossa).

Neste processo também foi levantada a possibilidade do uso da arbitragem em conjunto com as *class actions*. A *Southland Corp.*, por provocação da Corte de Apelações da Califórnia, argumentou que a lei estadual não permitia o uso do procedimento das *class actions* em uma arbitragem contratual, e levou esta argumentação à Suprema Corte Estadual. Contudo, a Suprema Corte (federal) entendeu que a questão não foi arguida à luz da legislação federal, pois a *Southland* defendia a inaplicabilidade do FAA ao caso e que, por este motivo, não poderia analisar a questão (UNITED STATES, 1984, p. 8-9).

Concluiu a Suprema Corte que: “como não parece ter sido a questão da validade da lei estadual afirmativamente levantada em âmbito federal pela *Southland*, essa Corte não possui jurisdição para decidir essa questão como matéria de lei federal” (UNITED STATES, 1984, p. 9 – tradução nossa)¹⁰. Com esta decisão, a Suprema Corte deixou de analisar a possibilidade de uso das regras do processo coletivo norte-americano na arbitragem, o que fez em 2003, ainda de forma insatisfatória para parte da doutrina.

Na questão efetivamente apreciada pela Suprema Corte, acerca da prevalência do FAA sobre as normas estaduais, a decisão não foi recebida sem críticas, que ainda perduram diante da permanência da decisão como precedente. Para Schwartz (2004, p. 5-6 – tradução nossa), a decisão da Suprema Corte é de um federalismo altamente duvidoso, contrariando seus próprios precedentes e transformando uma norma procedimental de então sessenta anos em instrumento

the Federal Arbitration Act: they must be part of a written maritime contract or a contract "evidencing a transaction involving commerce" I and such clauses may be revoked upon "grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract." We see nothing in the Act indicating that the broad principle of enforceability is subject to any additional limitations under state law”.

¹⁰Original em inglês: Since it does not affirmatively appear that the validity of the state statute was "drawn in question" on federal grounds by *Southland*, this Court is without jurisdiction to resolve this question as a matter of federal law”.

de retirada não autorizada do poder de julgamento das cortes estaduais sobre uma série de disputas. Retirou-se, também, o poder do legislativo estadual de elaborar leis sobre contratos, que tradicionalmente detinha.

Ainda, a Suprema Corte não deu uma justificativa plausível de forte interesse federal na retirada do poder dos estados de julgar ou legislar sobre a matéria (SCHWARTZ, 2004, p. 5-6 – tradução nossa). Apesar das críticas, não foi detectada nenhuma sinalização de mudança do entendimento.

O caso *Allied-Bruce v. Dobson*, proveniente da Suprema Corte do estado do Alabama, foi utilizado para reafirmar o precedente *Southland* no sentido de manter a prevalência do FAA sobre leis estaduais:

Seria inapropriado reverter *Southland* e permitir ao Alabama aplicar seu estatuto antiarbitragem, uma vez que a Corte nesse caso considerou os argumentos agora levantados, e nada de significativo mudou subsequentemente; desde então, neste interim, partes privadas redigiram contratos baseados em *Southland*, e deste então o Congresso, antes e depois do precedente, aprovou legislações estendendo, e não retraindo, o escopo da arbitragem (UNITED STATES, 1995, p. 265 – tradução nossa)¹¹.

Com isto em mente, a Corte deixa claro que o objeto principal é verificar se a linguagem utilizada no FAA limita sua aplicação, criando um “nicho”, uma brecha na qual um estado se manteria livre para aplicar sua lei ou política antiarbitragem. A conclusão é em sentido negativo (UNITED STATES, 1995, p. 272-273 – tradução nossa). A questão de linguagem é a divergência interpretativa sobre o alcance da frase “*a contract evidencing a transaction involving commerce*”¹² do §2 do Ato Federal de Arbitragem, em particular as palavras *evidencing* e *involving*. A Suprema Corte então decidiu que o uso dessas palavras não restringe a aplicação do Ato e, dessa forma, não permite aos estados a aplicação de suas respectivas leis ou políticas antiarbitragem (UNITED STATES, 1995, p. 265 – tradução nossa).

Quanto à primeira, concluiu que *involving* foi empregada com o mesmo sentido de *affecting* (afetar, dizer respeito a), comprovando que, com o FAA, o Congresso utilizou seu poder constitucional de legislar sobre comércio em sua máxima extensão, afastando, assim, interpretações estaduais em sentido contrário à norma (UNITED STATES, 1995, p. 276-277 – tradução nossa).

¹¹Original em inglês: “It would be inappropriate to overrule *Southland* and permit Alabama to apply its antiarbitration statute, since the Court in that case considered the basic arguments now raised, and nothing significant changed subsequently; since, in the interim, private parties have likely written contracts relying on *Southland*; and since Congress, both before and after *Southland*, has enacted legislation extending, not retracting, the scope of arbitration”.

¹²Tradução nossa: “um contrato evidenciando uma transação envolvendo o comércio”.

Quanto à expressão “evidenciando uma transação”, foi ponderado se a transação deveria ser, na prática, interestadual, como poderia se inferir, a princípio, da parte final do §2 do FAA. Todavia, a decisão foi, em interpretação extensiva, favorável à leitura de “transação” como interestadual *em tese*, ainda quando as partes não previram a interestadualidade, reforçando, ainda, que esta interpretação contemplaria, por vontade do Congresso, proteção do consumidor nas relações de consumo. (UNITED STATES, 1995, p. 280-281 – tradução nossa).

Com estes julgados, a Suprema Corte definiu um amplo espectro de aplicação do *Federal Arbitration Act*, colocando-o como norma principal sobre arbitragem, prevalecendo de fato sobre as normas estaduais contrárias ao instituto. Acerca das críticas sobre o anti-federalismo da decisão, o seguinte trecho do acórdão do caso *Allied-Bruce v. Dobson* torna claro que a Suprema Corte não retirou o poder dos estados em decidir sobre os contratos de suas jurisdições, mas impediu que estes tratassem a cláusula arbitral de forma diferente do restante das cláusulas:

Os estados podem decidir sobre contratos, incluindo cláusulas arbitrais, com base em lei geral de princípios sobre contratos, e podem invalidar uma cláusula arbitral com base na exceção do §2. O que os estados não podem fazer é decidir que um contrato é válido o suficiente em todos os seus termos básicos (preço, serviços, créditos), menos na cláusula arbitral (UNITED STATES, 1995, p. 281 – tradução nossa)¹³.

A par das regras gerais estaduais sobre contratos, o *Federal Arbitration Act* traz normas sobre o procedimento arbitral. O §3 trata da suspensão de procedimentos judiciais quando surgir alegação de convenção de arbitragem. Se devidamente comprovada a existência da convenção e por pedido das partes, a corte poderá suspender o julgamento, garantido ao autor da ação o contraditório. O §4 traz a previsão de cumprimento judicial da cláusula compromissória pela autoridade federal competente, por pedido da parte prejudicada, quando a outra resistir a participar da arbitragem (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

Os parágrafos 5 a 13 trazem o procedimento em si. O §5 prevê a nomeação ou substituição dos árbitros nos termos da convenção de arbitragem ou, em caso de silêncio da cláusula ou falha no procedimento, a escolha caberá à corte federal competente. O árbitro, ainda que nomeado judicialmente, seguirá o previsto na cláusula ou compromisso. No silêncio das

¹³Original em inglês: “States may regulate contracts, including arbitration clauses, under general contract law principles and they may invalidate an arbitration clause "upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract." 9 U. S. C. §2 (emphasis added). What States may not do is decide that a contract is fair enough to enforce all its basic terms (price, service, credit), but not fair enough to enforce its arbitration clause”.

partes, a causa será decidida por um único árbitro (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa)¹⁴.

Este processo de escolha se assemelha ao art. 13 da Lei 9.307/96, que dispõe sobre o tema. Porém, a lei brasileira traz maior detalhamento, prevendo o procedimento em caso de escolha de mais de um árbitro, bem como limita a escolha judicial ao árbitro de desempate, quando as partes escolherem em número par (art. 13, §2º)¹⁵.

O §7, em princípio guarda relação com o art. 22 da lei 9.307/96, que prevê os poderes do árbitro na instrução probatória. Contudo, o dispositivo da lei americana, diversamente do art. 21 da norma brasileira, que libera as partes para decidir sobre o procedimento, o regula diretamente.

Apesar de conceder poderes instrutórios ao árbitro, incluindo a prova testemunhal, o §7 do FAA prevê um conjunto mínimo de regras sobre as taxas e a forma da intimação da testemunha, determinando que as taxas serão as mesmas do foro judicial, e que o requerimento deverá conter o nome do árbitro ou, em pluralidade, da maioria deles, e as respectivas assinaturas, e o depoimento seguirá o rito judicial. Por outro lado, em consonância com a lei brasileira, os árbitros podem, na ausência da testemunha, ou de mais de uma, requerer à corte distrital federal competente a condução coercitiva, bem como determinar punição, também aqui na forma das normas judiciárias (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

O §8 é adstrito à arbitragem marítima, e os §§ 9 a 13 e 16, tratam da decisão final do árbitro, sua revisão e seu cumprimento. O FAA não prevê, como faz a lei brasileira, requisitos mínimos para o laudo arbitral¹⁶, bem como não concede a autonomia dada à sentença arbitral no Brasil. Com efeito, a decisão final do árbitro, nos Estados Unidos, não poderá ser chamada de sentença, pois pode ser confirmada ou alterada pelo judiciário, mais especificamente pela corte distrital federal competente (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

O §9 permite que as partes, na convenção de arbitragem, determinem a apreciação judicial do laudo em um prazo de até um ano de sua elaboração, em “ação confirmatória” (execução do laudo) perante corte previamente definida (foro de eleição). Caso as partes não

¹⁴A lei norte-americana diferencia *arbitrator*, comumente traduzido como árbitro, de *umpire*, que significaria, por sua vez, um árbitro apontado por terceiro para dirimir controvérsias entre os árbitros, à semelhança do árbitro escolhido nos termos do art. 13, §2º da lei brasileira.

¹⁵ § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei (BRASIL, [2015]).

¹⁶Tradução nossa de *arbitral award*, como consta no *Federal Arbitration Act* (UNITED STATES, 2020a). Na lei 9.307/96, há normas sobre sentenças arbitrais colegiadas (art. 24) e requisitos obrigatórios da sentença arbitral: relatório, fundamentação, dispositivo, data e local onde foi proferida – art. 26 (BRASIL, [2015]).

definam, caberá à corte federal distrital do local da arbitragem (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

A execução do laudo deve ser feita pela corte, salvo se ocorrer a anulação, correção ou modificação deste, nos termos dos §§10 e 11. O §10 traz as hipóteses de anulação a pedido de qualquer parte¹⁷, sendo estas, à semelhança da lei 9.307/96, parcialidade, corrupção ou meios ilícitos na elaboração do laudo, pelos árbitros ou por um deles. Também há a possibilidade de anulação do laudo quando os árbitros excederem seus poderes ou “os exercerem de forma tão imperfeita que um laudo mútuo, final e definitivo sobre a matéria submetida à arbitragem não seja feito” (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa)¹⁸.

Em mais uma demonstração de ingerência judicial na arbitragem, no caso de anulação a corte poderá, a seu critério e desde que o prazo para a divulgação do laudo não tenha expirado, reconsiderar a decisão em audiência com os árbitros (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa). Todavia, o §11 traz hipóteses de intervenção mais intensa, pois autoriza a corte competente a ordenar a modificação ou a correção do laudo, mediante requerimento das partes:

- a) onde houve evidente erro material de cálculo ou sobre a descrição de qualquer pessoa, coisa ou bem referidos no laudo;
 - b) onde os árbitros decidiram sobre questão não submetida a eles, exceto se se tratar de questão que não afeta o mérito da questão submetida
 - c) onde o laudo for imperfeito quanto à forma sem que o mérito da controvérsia seja afetado;
- A ordem judicial poderá modificar ou corrigir o laudo para tornar efetivo seu intento e promover justiça entre as partes (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa)¹⁹.

Evidencia-se, com este regramento, uma sensível interferência judicial na arbitragem nos Estados Unidos que, no Brasil, a lei 9.307/96 buscou evitar, diante do histórico negativo para a arbitragem desta prática no país. Contudo, nos EUA tal participação do Judiciário na arbitragem aparenta não afetar o desenvolvimento do instituto, cuja importância foi ressaltada pela Suprema Corte nos casos aqui analisados.

¹⁷Conforme o item c) do §10, em caso de arbitragem de direito administrativo, qualquer pessoa afetada pela decisão, ainda que não parte no procedimento arbitral, poderá requerer a anulação, desde que o procedimento ou o laudo não tenham seguido as normas especiais (título 5 do *US Code*, seções 572 e 580) (UNITED STATES, 2020a).

¹⁸Tradução nossa do original em inglês: “(4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made”.

¹⁹Original em inglês: “ In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration— (a) Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award; (b) Where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted; (c) Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy. The order may modify and correct the award, so as to effect the intent thereof and promote justice between the parties.

Os parágrafos 12 e 13 trazem, por seu turno, o procedimento e os requisitos para os pedidos de anulação, modificação ou execução dos laudos, a serem feitos por petição contra a outra parte ou seu advogado, conforme as regras judiciais de peticionamento para a corte competente, sendo os requisitos previstos no §13. Quanto ao §12, se destaca sua parte final, que prevê a possibilidade do juiz competente, a requerimento de uma parte, obstar a execução do laudo proposta pela outra parte, pedido em grande medida semelhante à impugnação ao cumprimento de sentença no processo civil brasileiro (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa) .

O §14 declara que a norma não retroagirá, sendo aplicável somente aos contratos firmados após 1º de janeiro de 1926, e o §15 afasta a recusa de execução da convenção de arbitragem ou do laudo arbitral com base no *Act of State Doctrine*²⁰. O §15 foi acrescentado em 1988 e o anterior §15 foi renumerado para 16, último artigo da lei, que dispõe sobre apelação (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

Com efeito, na lei arbitral norte americana não há uma independência clara entre as esferas judicial e arbitral, sendo possível recurso a uma corte estadual nas hipóteses de ordens que: a) recusam a suspensão do processo sob alegação de convenção de arbitragem; b) negam pedido de prosseguimento da arbitragem; c) negam pedido de cumprimento da decisão arbitral estrangeira nos termos da Convenção de Nova York²¹; d) confirmam ou negam confirmação a um laudo final ou parcial ou; e) modificam, corrigem ou anulam um laudo (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa). Estas decisões claramente afetam o mérito do procedimento arbitral, sendo, pois, justificável o recurso.

Também podem ser objeto de recurso judicial decisões interlocutórias que deferem, confirmam ou modificam obrigações de fazer ou não fazer²² sobre arbitragem ou qualquer decisão final (sentenças, para o direito brasileiro), sobre arbitragem nos termos do FAA (UNITED STATES, 2020a – tradução nossa).

²⁰Trata-se de princípio do *common law*, adotado nas cortes anglo-saxãs, que impede a análise da validade de atos oficiais de Estado estrangeiro exarados no seu respectivo território, salvo em casos de violações de normas internacionais de amplo consenso, como o genocídio. Tal disposição do FAA o torna harmônico com a arbitragem internacional, em especial com a Convenção de Nova York (IGLESIAS, 2020 – tradução nossa).

²¹A Convenção de Nova York foi incorporada no ordenamento jurídico dos EUA como o Capítulo 2 do Título 9 do *United States Code*, sob o nome oficial do documento: *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – na tradução oficial brasileira do decreto) (UNITED STATES, 2020a; BRASIL, 2002)

²²No original *injunctions*, definidas pelo dicionário de inglês jurídico da Universidade de Cornell como “a court order requiring a person to do or cease doing a specific action” (CORNELL UNIVERSITY, 2017) (tradução nossa: “uma ordem judicial determinando a uma pessoa para que faça ou pare de fazer uma ação específica”). Em paralelo com o processo civil brasileiro, uma *injunction* seria equivalente a uma decisão interlocutória de obrigação de fazer ou não fazer.

O item b) do §16 traz as hipóteses de impossibilidade de apelação, sendo estas decisões antagônicas às previstas nos itens anteriores, mantendo processo judicial suspenso à vista da alegação de convenção de arbitragem, autorizando o prosseguimento da arbitragem ou a execução de decisão arbitral estrangeira ou recusando a determinar obrigação de fazer ou não fazer. Contudo, essa impossibilidade não prevalece caso o recurso esteja previsto na seção 1292, b do título 28 do *United States Code* (UNITED STATES, 2020a)²³.

O *Federal Arbitration Act*, apesar de sua promulgação original em 1925, se mantém como a principal norma regulatória da arbitragem nos Estados Unidos, reforçada pelos precedentes da Suprema Corte que confirmam sua atualidade, vigência e força normativa, prevalecendo inclusive sobre normas estaduais que com ela conflitem. O FAA, portanto, compõe o modelo de arbitragem coletiva dos Estados Unidos, sendo a outra parte o processo coletivo, baseado sobremaneira nas *Federal Rules of Civil Procedure*.

2.1.3. O Processo coletivo nos Estados Unidos e sua aplicação na arbitragem

O processo coletivo dos Estados Unidos é baseado na *Rule 23* (Regra 23) das *Federal Rules of Civil Procedure*. Esta norma processual civil não tem origem legislativa, mas na Suprema Corte. A Suprema Corte baixou uma série de regras para uniformizar o processo civil nas cortes distritais federais, não sendo aplicada, a princípio, nas justiças estaduais, pois nos EUA os estados possuem absoluta autonomia para definir suas próprias normas sobre o tema (GAJARDONI, 2016, p. [4]), o que, todavia, não impediu sua adoção também pelas cortes estaduais.

Apesar de sua origem no Poder Judiciário, se tornaram lei positivada, incorporada no *United States Code* com aval do Congresso e vigente desde 16 de setembro de 1938. A Regra 23, em particular, foi emendada diversas vezes, em 1946, 1966, 1987 (correções técnicas), 1998, 2003, 2007, 2009 e 2018, sendo a emenda de 2003 de origem na Suprema Corte, com autorização do Congresso (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa; BARROSO, 2005, p. [18])

Quanto ao processo coletivo, a *Rule 23* regulamenta a denominada *class action*²⁴, assim definida por Barroso (2005, p. [7]): “No direito norte-americano, a ação de classe dá lugar a um

²³O dispositivo indicado pode ser lido como uma cláusula de abertura do sistema recursal civil dos Estados Unidos, pois permite que um juiz distrital, caso entenda que uma decisão interlocutória irrecurável possa ser controvertida e que uma decisão da corte recursal poderia encerrar o litígio (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa).

²⁴Ação de classe, em tradução nossa. Contudo, no Brasil é usada a expressão original em inglês.

tipo de processo no qual uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas atuam em juízo na qualidade de representantes de um grupo maior, uma classe, em razão de compartilharem um interesse comum”.

De início, nota-se que os Estados Unidos seguiram caminho diametralmente oposto ao brasileiro quanto à representação no processo coletivo. Enquanto no Brasil a legitimidade é conferida somente a órgãos públicos ou entidades coletivas privadas, o direito norte-americano afasta os órgãos públicos, e permite a representação da classe a um grupo de pessoas, ou a um indivíduo somente.

A primeira parte da *Rule 23*, o item (a), traz os pressupostos gerais das *class actions*, ressaltando que ela poderá se dar com a multiplicidade de partes no polo ativo ou passivo:

- (a) Pré-requisitos. Um ou mais membros de uma classe podem processar ou serem processados somente se:
 - (1) a classe é tão numerosa que o litisconsórcio entre todos os membros é impraticável;
 - (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe;
 - (3) as alegações ou defesas das partes representantes são típicas das alegações ou defesas da classe e
 - (4) as partes representantes forem proteger de forma justa e adequada os interesses da classe (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa)²⁵.

Há, pois, restrições para a ação coletiva, que somente pode ser usada se cumpridos os requisitos legais, porém mesmo com estas restrições as *class actions* são largamente empregadas. Quanto aos tipos, previstos no item (b) da Regra 23, podem ser dois ou três, a depender da classificação adotada.

Para Teori Zavascki (2014, p. 26), há dois tipos (ou espécies) de *class action*, as *injunctions class actions* e as *class actions for damages*. A primeira diz respeito a “pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis” Já a segunda trata de “pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos” (ZAVASCKI, 2014, p. 26). Todavia, é possível uma classificação em três tipos.

Para Barroso (2005, p. [8]), as *injunctions class actions* são as previstas no item (b) 2 da *Rule 23*²⁶, referente aos casos em que “alguém age – ou deixa de agir – de maneira

²⁵Original em inglês: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
 (2) there are questions of law or fact common to the class;
 (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
 (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

²⁶(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if (...): (2) the party

inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer”. A sentença, nestas hipóteses, seria uma *injunction* ou *declaratory relief*, ou em outras palavras, “a proibição ou a imposição de determinada conduta – não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização” (BARROSO, 2005, p. [8]). Esse tipo tem como principal exemplo a proteção de direitos civis de determinados grupos, como mulheres, negros e imigrantes (BARROSO, 2005, p. [8]).

O terceiro tipo é, para ambos os autores (Barroso (2005, p. [8]) e Teori Zavascki (2014, p. 26), as *class actions for damages*, ações de classe indenizatórias (tradução nossa), comumente empregada nos casos de má conduta de instituições financeiras e corretoras (*securities frauds*) ou práticas abusivas ou anticompetitivas por parte de empresas, com lesão a direitos do consumidor, os *antitrust cases* (BARROSO, 2005, p. [8]).

Prevista na *Rule 23 (b)3*, possui como requisitos a decisão da corte competente no sentido de considerar que as questões de fato e de direito comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões concernentes aos membros individualmente considerados, e que a *class action* é superior a outros métodos para julgar a controvérsia de forma justa e adequada (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa). Ou seja, é o método que irá promover de modo mais eficaz a pacificação social, objetivo principal do processo.

Barroso (2005, p. [8]) observa que há um terceiro tipo de *class action*, previsto na *Rule 23 (b)1*. Este tipo se assemelha ao litisconsórcio unitário do direito brasileiro, no qual é obrigatória a multiplicidade de partes no respectivo polo processual pela necessidade de um julgamento igual para todas²⁷.

Conforme a norma norte-americana, este tipo se aplica em duas hipóteses. A primeira, quando a propositura de ações individuais representa risco de decisões conflitantes em relação aos membros da classe e que poderiam estabelecer padrões de conduta incompatíveis para a parte contrária à classe. A segunda, quando a decisão em processo individual poderá afetar outros membros da classe não partes no processo ou impedi-los de defender seus próprios

opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; Tradução nossa: (b) Tipos de *class actions*: uma *class action* pode ser mantida se a Regra 23(a) for satisfeita e se (...): (2) a parte contrária à classe atuou ou se recusou a atuar em termos que se aplicam genericamente à classe, de modo que decisão condenatória ou decisão declaratória correspondente é apropriada se a classe for considerada como um todo.

²⁷Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. § 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença. § 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar (BRASIL [2019]c).

interesses (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa). São, pois, requisitos de fato semelhantes aos previstos no processo civil brasileiro.

Pela análise da estrutura tripartida do item (b) da *Rule 23*, nota-se que a classificação em três tipos de *class action* é deveras mais próxima da intenção do legislador, bem como mais utilizada pela doutrina brasileira e norte americana (MARIANI, 2015; KILBY, 2005).

2.1.3.1. A certificação da *class action* e o *right to opt-out*

O item (c) da Regra 23 é de grande importância para a *class action* e, em geral, o processo coletivo nos Estados Unidos. O dispositivo trata da certificação da classe (*class certification*), quando são definidas a própria classe e a legitimidade do representante, e é um momento em que os membros da classe podem decidir se prosseguem ou não na ação coletiva.

Isto porque os Estados Unidos seguem o modelo do *opt-out*, em detrimento do *opt-in*, assim definidos pela doutrina norte-americana:

Numa classe *opt-out*, qualquer pessoa dentro do escopo de definição da classe é um membro da classe por padrão, salvo se ela expressamente se excluir da classe, preservando seu direito de litigar individualmente. Em uma classe *opt-in*, por outro lado, uma pessoa dentro do escopo de definição da classe não é, por padrão, um membro da classe, exceto se expressamente se juntar a ela (DODSON, 2016, p. 173 – tradução nossa)²⁸.

Logo, antes de se proceder à certificação, os indivíduos daquela categoria devem ser notificados da existência da ação para, querendo, exercer este direito de retirada, o que não seria necessário em uma classe *opt-in*.

A certificação é assim caracterizada por Barroso (2005, p. [8]):

No tocante à legitimação ativa ou representatividade adequada, caberá ao juiz da causa, tão logo seja possível após o início da ação, determinar se a classe deve ser mantida, isto é, se o processo deve prosseguir como *class action*. Este momento processual decisivo é denominado certificação da classe (*class certification*). Se o juiz negar a certificação, não haverá ação de classe, embora seja possível a continuação do processo apenas pelos “representantes”, mas já então a título individual.

Destarte, é a certificação requisito de admissibilidade da *class action* como ação coletiva, contudo, o representante poderá prosseguir na ação, não mais como representante de uma coletividade, mas como indivíduo.

²⁸Original em inglês: “In an “opt-out” class, any person within the scope of the class definition is a class member by default unless she affirmatively excludes herself from the class and preserves her right to litigate individually. In an “opt-in” class, by contrast, a person within the scope of the class definition is by default not a class member unless she affirmatively join”.

A *Rule 23 (c)* dispõe que o juiz deverá proceder à certificação quanto antes possível, a partir do início da ação pelo representante ou contra ele, bem como definir não somente a classe, mas seus pedidos, questões controvertidas e matérias de defesa, além de indicar o advogado da classe (*class counsel*), previsto no item (g), em decisão que poderá ser revista ou modificada até o julgamento final da ação, seja ela de deferimento ou indeferimento (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa).

Conforme esclareceu o Comitê Consultivo da Casa dos Representantes sobre a norma, o item ou subdivisão (g) foi acrescentado em 2003, ressaltando que a principal responsabilidade do advogado é a representar os melhores interesses da classe, considerada como um todo (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa). Nas palavras do Comitê, “a indicação como advogado da classe significa que a obrigação principal do advogado é para a classe, e não para qualquer indivíduo dela membro” (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa)²⁹.

Contudo, o aspecto mais relevante da certificação da classe é a fase de notificação de seus membros (*notice*). A *Rule 23 (c)(2)(a)* não detalha o procedimento para os casos de litisconsórcio unitário ou de *injunctions class actions*, dispondo apenas que a corte deverá informar os membros da classe apropriadamente (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa)³⁰. Para as *class actions* indenizatórias, porém, a lei traz requisitos obrigatórios e as formas para a notificação.

Dentre os requisitos, está o oferecimento da possibilidade de retirada (*opt-out*), ao prever que a notificação deverá, de forma clara, concisa e em linguagem de fácil compreensão, informar que a corte excluirá da classe qualquer membro que solicitar a exclusão, bem como o prazo e a forma para solicitar essa exclusão. Esta notificação poderá ocorrer simultaneamente com proposta de acordo ou de extinção do processo (regulamentada pelo item (e)), e poderá ser feita por correio, meios eletrônicos ou outro meio apropriado, conforme redação dada pela emenda de 2018 (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa).

Enquanto a certificação é necessária para os três tipos de *class action*, a notificação e a oportunidade para requerer a exclusão da classe somente são previstas nas ações de classe indenizatórias da Regra 23(b)(3), utilizadas sobremaneira para reparações pecuniárias. Todavia, este sistema foi implantado para as *class actions* indenizatórias com a emenda de 1966, que reverteu a redação original de 1938, baseada em um modelo *opt-in*, no qual o julgamento era

²⁹Original em inglês: “Appointment as class counsel means that the primary obligation of counsel is to the class rather than to any individual members of it”.

³⁰(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

vinculante somente aos membros da classe que, na prática, intervieram no caso (WILLIAMS, 2015, p. 602, 606 – tradução nossa).

A doutrina e a Suprema Corte dos Estados Unidos enxergam o *opt-out* como um direito inerente ao devido processo legal, garantido pela Constituição norte-americana, ao menos para as *class actions* que envolvam indenizações pecuniárias. Williams (2015, p. 607), cita o caso *Philips Petroleum Co vs Shutts*, decidido em 1985 pela Suprema Corte, no qual foi assentado que o devido processo legal exige que seja providenciado a uma parte ausente a oportunidade de remover-se da classe por meio da execução e entrega de um formulário de *opt-out* ou de pedido de exclusão à corte responsável pelo julgamento.

Passado o prazo de *opt-out* e definida a classe, a ação seguirá o procedimento previsto no item (d)³¹, e, conforme o texto da Regra 23, o julgamento afetará todos os membros da classe independentemente da procedência ou improcedência da ação. No caso das *class actions* indenizatórias, os efeitos não atingirão os membros da classe que se retiraram da ação. A *Rule 23 (c)(3)* ainda exige que, no julgamento das ações indenizatórias, a decisão especifique os membros da classe para os quais a notificação foi dirigida, exceto os que se retiraram, e informe quem a corte considera membros da classe, sendo este último requisito o único exigido para as outras duas hipóteses de *class action* (UNITED STATES, 2020b – tradução nossa).

A Suprema Corte, por sua vez, aparenta ter ampliado o espectro do *right to opt-out* sobre os efeitos da coisa julgada para as outras hipóteses de *class actions* em relação a partes que não participaram diretamente do processo, novamente em nome da garantia do devido processo legal, ao reafirmar o precedente *Shutts* em mais de uma oportunidade, concluindo que “uma

³¹(d) Conducting the Action. (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require to protect class members and fairly conduct the action-giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters. (2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16. Tradução nossa: “(d) Conduzindo a Ação. (1) Em geral, ao conduzir uma ação conforme esta regra, a corte pode decidir no sentido de: (A) determinar o curso dos procedimentos ou prescrever medidas para prevenir indevidas repetições ou complicações na apresentação de prova ou argumento; (B) determinar proteção aos membros da classe e condução justa do processo, notificando adequadamente alguns ou todos os membros da classe sobre (i) qualquer ato processual (ii) proposta de extensão do julgamento; ou (iii) a oportunidade para os membros esclarecerem se consideram a representação justa e adequada, para intervir e apresentar pedidos ou defesas, ou para de qualquer modo participar da ação; (C) impor condições sobre as partes representantes ou intervenientes (D) determinar emendas em requerimentos para eliminar alegações sobre a representação de pessoas ausentes e para que a ação prossiga de acordo ou (E) resolver questões processuais a essas semelhantes. (2) Combinação ou correções de decisões. Uma decisão proferida conforme a regra anterior pode ser alterada ou emendada de tempos em tempos e pode ser combinada com uma decisão conforme a Regra 16 (Audiências preliminares, agendamentos, gerenciamento do processo).

pessoa não é vinculada a um julgamento *in personam* em um litígio no qual ele não foi designado como uma parte ou para o qual ele não foi tornado parte pelo procedimento” (WILLIAMS, 2015, p. 609 – tradução nossa)³².

Logo, diferentemente do que ocorre no Brasil, os efeitos da coisa julgada nas *class action* incidem sobre os indivíduos mesmo que a ação coletiva seja julgada improcedente, obstando, assim, a possibilidade de ingresso de ação individual sobre a mesma matéria da ação coletiva, salvo se exercido o direito de *opt-out*. Daí a necessidade de enxergar este direito da forma mais ampla possível, uma vez que a permanência do membro da classe na ação coletiva obstará a possibilidade de ingressar individualmente em juízo.

Com efeito, o direito de *opt-out* é a ferramenta pela qual a parte poderá se afastar de uma ação coletiva para buscar a reparação do dano ou a satisfação de suas pretensões individualmente, ou, em outras palavras, seu *individual day-in-court* (dia na corte), sendo esta a explicação mais comum (e mais adequada) para a relação entre o direito de retirada e o devido processo legal (WILLIAMS, 2015, p. 603). Contudo, o autor defende que o *right to opt-out* também é o meio pelo qual a parte garante seu direito de não litigar de forma alguma, individual ou coletivamente, o que denomina de *right not to sue* (direito de não processar) (WILLIAMS, 2015, p. 603).

Ademais, sem o *opt-out*, os indivíduos, ao serem compelidos a litigarem em um procedimento coletivo, “permitiriam que propriedades suas (p. ex.: suas pretensões) sejam usadas por outros (p. ex. os representantes da classe e seus advogados) sem consentimento e para um propósito com o qual talvez não concordem” (WILLIAMS, 2015, p. 604 – tradução nossa)³³.

Este regulamento das *class actions* por parte da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* é a base da arbitragem coletiva nos Estados Unidos. A própria nomenclatura do procedimento arbitral coletivo deixa clara esta correlação direta.

2.1.3.2. O modelo de arbitragem coletiva: a *class arbitration*

A *class arbitration*, apesar de utilizar a norma do processo coletivo como base, não possui previsão legal. Sua validade e limites provém de precedentes da Suprema Corte, em especial dos processos *Green Tree x Bazzle et. al.*, *Stolt-Nielsen S.A. x AnimalFeeds*

³²Original em inglês: “including the longstanding principle “that one is not bound by a judgement *in personam* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process”.

³³Original em inglês: “Compelled adjudication of claims in a mandatory class proceedings deprives individuals of this right to exclude by a allowing their property (i.e., their legal claims) to be used by someone else (i.e. the class representatives and their attorneys) without their consent and for a purpose with which they may not agree”.

International Corp e AT&T Mobility IIC x Concepcion. Por outro lado, os dois principais centros de arbitragem do país, a *American Arbitral Association* (AAA) e o *Judicial Arbitration Association and Mediation Services* (JAMS), incorporaram a arbitragem coletiva em suas respectivas regras internas.

A arbitragem coletiva teve como origem a inserção de cláusulas de arbitragem (individuais) em contratos de consumo por parte de empresas, buscando evitar a judicialização de litígios, preocupadas com certificações de eventuais *class actions*. Nos Estados Unidos, é possível a inclusão de cláusulas arbitrais em contratos de consumo, mesmo de adesão, sendo prática largamente utilizada, de modo diverso do Brasil, onde tal prática é limitada. Assim, não tardou para que estas arbitragens passassem para o âmbito coletivo, tendo as cortes estaduais norte-americanas a vanguarda nesse tema (MARIANI, 2015, p. 89).

Com efeito, em 1980 a Corte de Apelações da Califórnia decidiu não haver obstáculos insuperáveis para um procedimento arbitral coletivo, e decisões semelhantes foram tomadas em outros estados, criando-se, assim um novo sistema:

A partir da jurisprudência californiana, desenvolveu-se um sistema que contava com ampla participação da justiça estatal, responsável pela decisão/cumprimento dos requisitos inerentes às *class actions*, com destaque para a mencionada *certification*, por conta disso chamado de híbrido (MARIANI, 2015, p. 89).

Contudo, o tema ganhou visibilidade somente em 2003, quando a validade da arbitragem coletiva foi apreciada pela Suprema Corte dos EUA, pelo julgamento conjunto dos casos *Green Tree Financial Corp contra Bazzle e Lackey*. Os Bazzles, um casal da Carolina do Sul, firmaram contrato de empréstimo com a *Green Tree*, e o mesmo fizeram Daniel Lackey, George e Florine Buggs, no mesmo estado, ambos regidos pelo direito do consumidor e contendo cláusulas arbitrais. Por entenderem que a legislação bancária estadual foi desrespeitada, os Bazzle solicitaram à justiça estadual a certificação de uma *class action*. Do mesmo modo e por razão idêntica procederam Lackey e os Buggs, em processo distinto (MARIANI, 2015, p. 90).

A justiça da Carolina do Sul certificou a *class action Bazzle x Green Tree* e remeteu as partes ao juízo arbitral, todavia, decidiu de forma diversa no caso *Lackey*, remetendo as partes diretamente ao juízo arbitral, conferindo ao árbitro a análise da certificação. A empresa foi condenada a pagar indenizações milionárias, em torno de dez milhões de dólares, e recorreu até a Corte de Apelações do estado, sob o argumento de ilegalidade da arbitragem coletiva. A Suprema Corte da Carolina do Sul avocou os processos e, em julgamento conjunto, manteve a

condenação e considerou que o silêncio do contrato sobre o cabimento ou não da ação arbitral coletiva nesses casos a autorizaria (MARIANI, 2015, p. 90).

Os processos foram, então, levados à Suprema Corte pela *Green Tree*, novamente julgados em conjunto, sob ao mesmo fundamento (ilegalidade da arbitragem coletiva), refutados pelos consumidores. Por apertada maioria (cinco votos contra quatro), foi decidido que, no silêncio do contrato, caberia ao árbitro determinar se aquele conflito vedaria, ou não, a arbitragem coletiva (MARIANI, 2015, p. 91).

A Suprema Corte delimitou como questão principal a resposta à pergunta: Os contratos proíbem a *class arbitration*? Com base em precedente anterior, a Corte Maior concluiu que “Conforme o que as partes aparentemente acordaram, um árbitro, e não um juiz, deveria responder a questão relevante, e qualquer dúvida sobre o “escopo de questões arbitráveis” deve ser resolvida em favor da arbitragem” (UNITED STATES, 2003, p. 445 – tradução nossa)³⁴.

Para a doutrina, a Suprema Corte observou que a cláusula compromissória não tratou da arbitragem de classe, apenas autorizou o árbitro a decidir sobre questões envolvendo o contrato (POST; GUINIER, 2003, p. 412-413). Este posicionamento está claro no acórdão:

Ao mesmo tempo, nós não podemos automaticamente aceitar a solução da Suprema Corte da Carolina do Sul sobre esta questão de interpretação do contrato. Segundo os termos dos contratos das partes, cabe ao árbitro decidir a questão sobre a possibilidade de a cláusula arbitral proibir a arbitragem de classe. As partes concordaram em submeter ao árbitro “todas as disputas, alegações ou controvérsias decorrentes do ou relacionadas a esse contrato ou as relações derivadas desse contrato” (UNITED STATES, 2003, p. 451 – tradução nossa)³⁵.

Apesar de conceder ao árbitro a decisão sobre a admissibilidade da arbitragem de classe, o acórdão traz indicações do entendimento da Suprema Corte, em sentido favorável à *class arbitration*. O Juiz-Chefe Rehnquist, em voto vencido, interpretou que a *class arbitration* era incompatível com a cláusula compromissória dos contratos das partes com a *Green Tree*, assim redigida: “as disputas “devem ser resolvidas... por um árbitro selecionado por nós [*Green Tree*] com consentimento seu [cliente da *Green Tree*]” (UNITED STATES, 2003, p. 450 – tradução nossa)³⁶.

³⁴Original em inglês: “Hence the parties seem to have agreed that an arbitrator, not a judge, would answer the relevant question, and any doubt about the “scope of arbitrable issues” should be resolved “in favor of arbitration”.

³⁵Original em inglês: At the same time, we cannot automatically accept the South Carolina Supreme Court's resolution of this contract- interpretation question. Under the terms of the parties' contracts, the question-whether the agreement forbids class arbitration-is for the arbitrator to decide. The parties agreed to submit to the arbitrator “[a] disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract.”.

³⁶Original em inglês: “[...] disputes “shall be resolved ... by one arbitrator selected by us [*Green Tree*] with consent of you [*Green Tree's customer*]”.

Contudo, o Juiz Breyer, representante da maioria e redator do acórdão, argumenta que esta maioria não entende ser a linguagem tão clara. Em síntese do próprio acórdão, o que se observou no caso foi uma arbitragem realizada por meio de um árbitro escolhido pela *Green Tree* com o consentimento de um consumidor que, no caso, era uma pluralidade de consumidores. Uma vez que houve uma escolha do árbitro pela empresa e consentimento dos consumidores, pelos termos literais do contrato, não haveria óbice para a *class arbitration*. Porém, ressalta o acórdão que a *Green Tree* não escolheu um árbitro específico para decidir a disputa contra os outros membros da classe, mas essa é uma questão que a linguagem do contrato não resolve (UNITED STATES, 2003, p. 451 – tradução nossa).

Portanto, a conclusão que se chega é a de que, não sendo algo aferível pela linguagem, pelos termos literais do contrato, a análise da questão entra na seara interpretativa. Sendo, pois, válida a cláusula compromissória e cumpridas as formalidades nela exigidas para a escolha do árbitro, cabe a ele resolver a admissibilidade da arbitragem de classe, e não ao Poder Judiciário.

Ainda, foi decidido que a corte máxima estadual, em seu julgamento dos dois processos, direcionou a atividade do árbitro, de modo que este, na certificação, aplicou a vontade da Corte, e não sua própria, o que contraria a autonomia da arbitragem conferida pelo §2 do FAA. Deste modo, a decisão estadual foi anulada, conferindo ao árbitro a competência plena para decidir sobre a possibilidade de certificação da arbitragem coletiva (UNITED STATES, 2003, p. 454 – tradução nossa).

Para Post e Guinier (2003, p. 413), este posicionamento se encontra no sentido dos precedentes da Suprema Corte, uma vez que se considera a possibilidade de os tribunais assumirem que as partes pretendiam que eles, e não os árbitros, deveriam decidir uma questão particular à arbitragem. Dentre essas circunstâncias estariam a validade da convenção de arbitragem ou disputas sobre arbitrabilidade e, nos casos *Green Tree* se discutia qual tipo de procedimento arbitral era permitido pela cláusula compromissória, e não se havia consentimento para a arbitragem de algum litígio. Logo, decidiu a Suprema Corte que caberia ao árbitro decidir a questão sobre a admissibilidade da arbitragem coletiva, sendo uma questão de interpretação do contrato, confirmando a validade da convenção de arbitragem por seus próprios termos.

Desse modo, o julgamento dos casos *Green Tree* contra os *Bazzles*, *Lackey* e *Buggses* foi o responsável por referendar o modelo de arbitragem coletiva dos Estados Unidos, modelo este híbrido, por envolver a junção³⁷ da *class action* com a arbitragem. A discussão sobre os

³⁷No original “coupling of the class action device with an arbitral proceeding” (KILBY, 2005, p. 420).

pontos positivos e negativos desta junção vai além da decisão da Suprema Corte. Os que defendem tal prática argumentam que a *class arbitration* ou *classwide arbitration* não é vedada pelo ordenamento, e, combinando as virtudes dos dois institutos, pode ser um método eficaz e justo de solução de conflitos de massa, como ressaltou a Corte Maior da Califórnia no caso pioneiro em 1980 (KILBY, 2005, p. 421-422 – tradução nossa).

Já os críticos apontam que a arbitragem de classe se afigura como uma ameaça ao devido processo legal, posto que uma *class action* só pode ser vinculante a membros da classe se adequadamente representados (como bem ressaltado pela *Rule 23*), devendo o Poder Judiciário fiscalizar as arbitragens coletivas, gerando um problema logístico e tornando o procedimento algo ineficiente e embaraçoso. Outro ponto de crítica é a falta de participação dos membros da classe na escolha dos árbitros, que recairia ao representante ou ao advogado, levando a problemas de legitimidade (KILBY, 2005, p. 423-424 – tradução nossa).

Além dos questionamentos sobre a viabilidade da *class arbitration*, a decisão da Suprema Corte sofreu críticas da doutrina por ter enfrentado o tema de forma vaga, deixando diversas questões em suspenso, que poderiam ter sido pacificadas. Os tribunais estaduais, antes do julgamento, já haviam tomado decisões conflitantes entre eles, ora permitindo renúncia expressa à arbitragem coletiva, ora afastando-a, bem como interpretando o silêncio da cláusula arbitral como impedimento para a *class arbitration*, como defendia a *Green Tree* na Suprema Corte, ou como autorização. Apesar das críticas, a decisão foi vista, em geral, de forma positiva, pois não barrou a arbitragem coletiva (MARIANI, 2015, p. 92-93).

Outra questão deixada em aberto foi uma análise mais detida acerca da compatibilidade da arbitragem de classe com o *Federal Arbitration Act*. A resposta parece positiva, contudo, a Suprema Corte não deu contornos definitivos (KILBY, 2005, p. 425 – tradução nossa). A cláusula compromissória inserida em ambos os contratos previa que a arbitragem seguiria as normas do FAA, o que foi reconhecido e validado pela Suprema Corte (UNITED STATES, 2003, p. 448– tradução nossa), mas a compatibilidade não foi analisada. Isto é especialmente problemático, pois cria uma brecha para que empresas possam afastar as temidas *class actions* judiciais ou mesmo arbitrais, tornando mais penosa a litigância contra elas, notadamente em matéria de consumo (KILBY, 2005 – tradução nossa).

Ademais, as cortes federais vinham decidindo que a arbitragem de classe só era possível quando prevista expressamente na cláusula arbitral. Logo, enquanto não houver um pronunciamento da Suprema Corte, a permissibilidade da arbitragem coletiva em face do FAA, oriunda dos casos *Green Tree* será ameaçada por cláusulas arbitrais que expressamente a afastam (KILBY, 2005, p. 429-433 – tradução nossa).

Neste sentido, a *class arbitration* teve seu alcance reduzido por dois julgamentos da própria Suprema Corte que, apesar de apreciarem a questão da arbitragem de classe no FAA, se distanciaram do precedente *Green Tree x Bazzle*. O primeiro deles foi o *Stolt Nielsen S.A X AnimalFeeds International Corp.*, de 2010. A primeira empresa é uma transportadora marítima, com fatia considerável do mercado de transporte de pequena quantidade de líquidos, e foi contratada pela segunda. O contrato continha uma cláusula arbitral abrangente e silenciava quanto à possibilidade de *class arbitration* (MARIANI, 2015, p. 95-96).

O governo americano verificou após investigação que a *Stolt Nielsen* fixava preços de forma ilegal e, dentre outros processos, foi acionada em arbitragem coletiva pela *AnimalFeeds*. A *Stolt Nielsen*, por sua vez, aventou impossibilidade devido ao silêncio do contrato. A *class arbitration*, contudo, foi certificada pelo tribunal arbitral (MARIANI, 2015, p. 96-97), mas neste caso,

a discussão, à luz do direito estadunidense (em especial do *Federal Arbitration Act*, que dá ampla autonomia às partes na delimitação do que será levado à arbitragem), ficou centrada na intenção das partes ao contratar a cláusula arbitral. E (...) restou aferido que no silêncio da cláusula arbitral, a arbitragem na forma coletiva transcendia a contratação levada a efeito, que presumivelmente permitiria a arbitragem apenas na forma individual (MARIANI, 2015, p. 97).

Com base nisto, a arbitragem de classe foi afastada, concluindo-se que o árbitro foi além de sua competência ao certificar o procedimento coletivo (MARIANI, 2015, p. 98).

Após a decisão *Green Tree x Bazzle*, as cláusulas arbitrais, que antes previam apenas vedações à *class actions*, passaram a vedar também as arbitragens de classe e, após divergências entre a doutrina e os tribunais inferiores, a questão chegou à Suprema Corte dos EUA pelo caso *AT&T Mobility LLC x Concepcion*, originado na Califórnia. Um casal, Vincent e Liza Concepcion firmaram um contrato de dois anos de prestação de serviços com a AT&T, atraídos por um anúncio da empresa que oferecia um celular gratuitamente caso efetuado o negócio. Ao verificarem que deveriam pagar \$30,22 em impostos pelo aparelho supostamente gratuito, o casal iniciou uma *class action* (GILLES; FRIEDMAN, 2012, p. 637 – tradução nossa).

Em sua defesa, a AT&T alegou a existência de cláusula compromissória em seu contrato padrão de prestação de serviços, cláusula esta que continha uma vedação ao uso das *class actions*, e exigiu que fosse instaurado uma arbitragem individual com base nesta cláusula. A corte federal californiana, por sua vez, com base em precedente anterior, afastou a cláusula impeditiva de *class action*, mas, reconhecendo a validade da cláusula compromissória, direcionou às partes para uma arbitragem de classe. Contudo, a Suprema Corte reformou a

decisão estadual pela apertada maioria de 5x4 (GILLES; FRIEDMAN, 2012, p. 627, 637 – tradução nossa).

A Corte máxima dos Estados Unidos entendeu que o *Federal Arbitration Act* prevalecia sobre o direito estadual (como já havia decidido no precedente *Southland x Keating*), e, dessa forma, não haveria óbice para aplicar a renúncia à tutela coletiva estabelecida no contrato, restringindo o uso da arbitragem à sua forma individual (MARIANI, 2015, p. 100-101). A maioria aduziu que o entendimento da corte estadual e o respectivo precedente que a embasou permite categoricamente que requerentes em quaisquer casos de direito do consumidor seriam antiéticos em relação à arbitragem (GILLES; FRIEDMAN, 2012, p. 638 – tradução nossa).

Para Mariani (2015, p. 100-101), a Suprema Corte também ressaltou que o princípio fundamental da arbitragem é que esta é uma questão contratual, e que ela deve ser aplicada conforme o contrato em observância ao FAA, ainda que em face de argumentos de ordem pública como os utilizados pelo tribunal estadual, atendendo ao espírito da lei de arbitragem federal.

A posição da maioria neste caso foi fortemente criticada pela doutrina norte-americana, pois entendeu-se que a prevalência da renúncia à tutela coletiva seria uma “fraude generalizada” contra as pequenas ações. Com efeito, Gilles e Friedman (2012, p. 639 – tradução nossa) questionaram o que restou da prática das *class actions* após a decisão do caso *Concepcion*. Os autores apontam que diversos estatutos federais exigem claramente que as ações coletivas estejam disponíveis como um remédio processual. Em outros casos, indicam que não haveria como estender a vedação contratual por falta de ligação das partes atingidas com a relação jurídica contratual, citando como exemplos fraudes securitárias, violações de direitos civis e de leis ambientais ou danos de consumo em massa (GILLES; FRIEDMAN, 2012, p. 639 – tradução nossa).

Por outro lado, foi aplaudido pelas empresas. A doutrina considera defender o uso da distinção deste precedente, e a prática judiciária nos Estados Unidos demonstra as dificuldades e celeumas dele oriundas, com a negativa de certificações de *class arbitrations* pelos órgãos de arbitragem e o ingresso dos consumidores irrisignados no Poder Judiciário (MARIANI, 2015, p. 100-101).

Demonstrando o desequilíbrio gerado nas relações jurídicas entre indivíduos, notadamente consumidores e empresas, algumas iniciativas legislativas foram levantadas para reequilibrar a balança, tais como o *Arbitration Fairness Act* em 2011 e a criação do *Consumer*

Financial Protection Bureau (CFPB)³⁸ (GILLES; FRIEDMAN, 2012, p. 652-654 – tradução nossa). O *Arbitration Fairness Act* foi aprovado em 2017 e complementado em 2019, e o CFPB foi efetivamente criado em 2011.

Apesar das limitações promovidas pela Suprema Corte, a arbitragem coletiva se consolidou nos Estados Unidos a partir do precedente *Green Tree*, sendo este desenvolvimento exemplificado pelo seu uso nas duas principais instituições arbitrais estadunidenses: a *American Arbitral Association* e o JAMS. No caso da AAA, ainda em 2003 a Associação criou em seu quadro de regras as *Supplementary Rules for Class Arbitrations*, para adaptar seu procedimento arbitral à então nova modalidade, contendo as garantias da Regra 23 da norma de processo coletivo dos EUA (AAA, 2003; MARIANI, 2015, p. 94).

As regras preveem procedimentos para a redação da cláusula arbitral coletiva e para verificar a possibilidade de instauração da arbitragem como coletiva, seguindo o precedente da Suprema Corte (Regra 3), bem como normas de certificação da classe e notificação de seus membros (Regras 4 a 6), de julgamento (Regra 7), possibilidade de acordo, confidencialidade e pagamento das taxas (Regras 8 a 10) (AAA, 2003; MARIANI, 2015, p. 94).

É evidente, pois, que modelo dos Estados Unidos para arbitragem coletiva, a *class arbitration*, é um sistema híbrido, baseado na norma de processo coletivo do país, nos precedentes da Suprema Corte e no *Federal Arbitration Act*, além das regras internas das principais câmaras arbitrais, com destaque para a AAA.

Trata-se de um modelo calcado no *opt-out*, pelo qual os membros de uma coletividade litigante estão automaticamente inseridos na ação, salvo se manifestarem expressamente interesse em retirar-se desta, que sofre críticas dentre a própria doutrina norte-americana e estrangeira. Devido a estas críticas, e o fato de a maioria dos países do continente seguirem o sistema jurídico do *civil law*, a Europa optou por um caminho distinto dos Estados Unidos, adepto do *common law*, apesar da observância de pontos em comum, devido ao atual intercâmbio entre os sistemas.

2.2. União Europeia

A Europa promoveu, até o presente momento, “a mais ampla e bem-sucedida experiência de integração” (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 482). Em ilustração destes avanços, A União Europeia atual é um mercado comum e uma união econômica e monetária, na qual se

³⁸Lei de Justiça na Arbitragem e Agência de Proteção Financeira ao Consumidor, respectivamente (traduções nossas).

aplica o conceito de cidadania europeia, e possui um complexo aparato institucional (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 482), que coexiste com as respectivas normas de organização interna dos Estados-membros.

Desta forma, é necessário um panorama da formação e estruturação da União Europeia, para caracterizar o alcance e o escopo do direito europeu, uma vez que a análise da arbitragem e do processo coletivo será feita predominantemente sobre as normas comunitárias, elaboradas pelos órgãos de cúpula do bloco, e não pelos países membros.

2.2.1. Formação e estrutura da União Europeia

Atualmente composta por vinte e sete membros³⁹, a União Europeia teve sua origem no pós-Segunda Guerra Mundial, por iniciativa da França. Em 1949 foi criado o Conselho da Europa, “organização internacional que reunia os Estados europeus com vistas a estreitar a cooperação no continente e evitar novos conflitos armados” que, no presente, atua para promover a democracia e proteger direitos humanos e o Estado de Direito (PORTELA, 2016, p. 1.051).

Em 1951, pelo Tratado de Paris, foi criado o primeiro bloco econômico do continente: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), composta por França, Alemanha (Ocidental), Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, o Benelux. A finalidade da CECA era a de administrar a produção e controlar as atividades econômicas sobre estes produtos, e isto era feito por meio de uma autoridade supranacional, a “Alta Autoridade”, que possuía competência para obrigar os Estados-membros a seguir as decisões tomadas majoritariamente pela Comunidade (PORTELA, 2016, p.1.051).

A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço era, pois, restrita às áreas planejadas, e havia um plano para a criação de outras Comunidades europeias. Entretanto, em meados dos anos 1950 este esforço de intensificação da integração arrefeceu e, para reanima-lo, foi formada uma comissão pelo Benelux para a criação de um mercado comum. A França, por seu turno, sugeriu a criação de novos blocos setoriais. Prevaleceu a proposta do Benelux, acrescida de um bloco específico para a energia atômica (DE SMEDT, p 348-349 – tradução nossa).

Assim, em 1957, foi assinado, pelos seis países membros da CECA, o Tratado de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM). A partir da década de 60, porém, as instituições europeias

³⁹A partir de 31/01/2020, o Reino Unido deixou formalmente a União Europeia, e desde então ambas as partes se encontram em negociações para definir as relações entre ambos, no longo processo denominado “Brexit”.

então existentes iniciaram um processo de unificação sob a CEE, e foi criada a Comissão Europeia, a maior autoridade do bloco europeu (até os dias atuais). Esta integração, impulsionada pelo Ato Único de 1986, culminou no Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia – TUE), assinado em 1992, pelo qual foi criada de fato a União Europeia e a base para a união monetária, concretizada pelo Euro (PORTELA, 2016, p. 1.051-1.052).

Atualmente, o Tratado da União Europeia e o Tratado de Roma (instituidor da CEE), foram englobados sob o Tratado de Lisboa, firmado em 2007 e em vigor desde 2009, sendo o Tratado de Roma renomeado para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE (PORTELA, 2016, p. 1.052). Nos termos do art. 13º do TUE, são órgãos da União Europeia o Parlamento, o Conselho Europeu, o Conselho⁴⁰, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça, O Banco Central e o Tribunal de Contas (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 22). Nos termos do art. 288º do TFUE, as instituições da União Europeia exercem suas competências por meio de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres, sendo estes últimos não vinculantes (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 171-172)⁴¹.

A União Europeia possui personalidade jurídica própria, baseada nos tratados, mas suas competências são estabelecidas sobre dois princípios: o princípio das competências atribuídas e o princípio da subsidiariedade. O primeiro afasta da UE competências genéricas, mantidas para os Estados, atribuindo-a competências específicas, “limitadas a concretizar os objetivos constantes dos tratados” (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 486). No âmbito desta competência, por sua vez, incide a teoria dos poderes implícitos, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, pela qual

a outorga de competência às instituições confere-lhes, automaticamente, os meios para adotar as medidas apropriadas para cumprirem as metas que lhes foram confiadas. Os fins que os tratados indicam circunscrevem a liberdade de ação da UE e impedem a prática de atos que deles se distanciem (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 486).

Logo, os órgãos da União Europeia estão limitados pela vontade dos Estados-membros, manifestada nos Tratados. Já o princípio da subsidiariedade busca compatibilizar a ação do bloco com as atividades dos Estados-membros. Assim, os órgãos da União Europeia só

⁴⁰O Conselho Europeu foi o organismo internacional criado em 1949. O “Conselho”, também denominado Conselho da União Europeia ou Conselho de Ministros, é o órgão da UE “competente para definir as principais políticas da instituição, porém com escopo menor que o do Conselho Europeu” (PORTELA, 2016, p. 1.052-1.053).

⁴¹Os atos normativos são assim definidos: “O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos

atuariam em situações que repercutam na esfera comunitária ou ultrapassem as dimensões nacionais (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 486).

Conforme estes princípios, as competências da UE podem ser exclusivas ou concorrentes. Nas competências exclusivas, a intervenção estatal é afastada e, nas competências concorrentes, há atuação comunitária “quando os Estados não legislarem ou legislarem de modo insuficiente” (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 486).

Arbitragem e processo são matérias de competência concorrente, nas quais incide com mais força o princípio da subsidiariedade, preservando a autonomia dos Estados para a manutenção de seus modelos internos. Contudo, esta autonomia estatal não impede a atuação da União Europeia nestes temas, em especial para buscar uma harmonização entre os sistemas internos e conforma-los ao modelo comunitário, inclusive por meio de atos de natureza vinculante.

2.2.2. *Arbitragem na União Europeia*

A arbitragem na União Europeia é, pois, baseada nas normas comunitárias, no direito internacional e, com mais importância, nas internas dos países membros. No direito europeu também há a diferenciação entre procedimentos envolvendo Estados-membros e entre estes e países de fora do bloco, notadamente em arbitragens de investimento. Todavia, conforme Estudo realizado pelo Diretório Geral de Política Interna do Parlamento Europeu, assume grande importância a lei nacional do país sede da arbitragem, sendo a pedra fundamental de toda arbitragem europeia (EUROPEAN UNION, 2014, p. 8 – tradução nossa)⁴² Tal não poderia ser diferente, pois o direito comunitário, na matéria, tem atuação limitada.

Porém, as leis internas dos países europeus são, ao oposto do que ocorria no Brasil até 1996, favoráveis à arbitragem, sendo algumas delas baseadas ou ao menos influenciadas pela Lei Modelo da UNCITRAL. Desse modo, os Estados-membros da UE estão entre os que mais recorrem à arbitragem no mundo, com destaque para a arbitragem internacional. Dentre eles, assumem maior protagonismo França, Suécia, Reino Unido e, de fora da União, mas ainda no continente europeu, a Suíça, nos quais se situam instituições e câmaras arbitrais de grande prestígio, inclusive internacional (BARROCAS, 2016, p. 60)⁴³.

⁴²Original em inglês: “The legal framework applicable to arbitration includes the laws of one or more States connected to the proceedings or to the parties, as well as the 1958 New York Convention and several other international and transnational sources of law. However, national law, particularly that of the “seat” of the arbitration (i.e. the State in which the arbitration is legally located) is the cornerstone of any arbitration”.

⁴³O Reino Unido se retirou da União Europeia em 31/01/2020, portanto à época do texto ainda era um Estado-

Todavia, esta afinidade com a arbitragem não implica um regramento uniforme. Há uma divisão entre os países membros da UE sobre a separação de regimes legais em arbitragens domésticas ou internacionais. Na maioria das jurisdições (ou países), a lei interna não diferencia a arbitragem doméstica da internacional, ou seja, sendo a arbitragem realizada no território do Estado, a mesma lei é aplicada. Outros, todavia, possuem em suas legislações internas normas diferenciadas para arbitragens domésticas ou internacionais, entre eles países de destaque como a França e a Suíça (EUROPEAN UNION, 2014, p. 10 – tradução nossa)⁴⁴.

Esta constatação prática permite concluir que:

Tendo em vista a atual evolução deste fenômeno legal, a arbitragem internacional é hoje descrita por alguns estudiosos como um sistema transnacional de justiça civil e comercial, uma ordem legal autônoma e em grande medida independente dos sistemas nacionais. Entretanto, do ponto de vista dos Estados, esta noção de arbitragem internacional não é, via de regra, reconhecida nas legislações nacionais (com algumas exceções notáveis, a exemplo da França): nesse contexto, a arbitragem é comumente vista como um mecanismo privado de resolução de disputas, sediada em uma jurisdição específica e regulada pelas leis nacionais desta (EUROPEAN UNION, 2014, p. 35 – tradução nossa)⁴⁵.

Por este motivo, predomina nos países da União Europeia a adoção de um mesmo regime para arbitragens domésticas e internacionais, desde que sediadas em seu território. Para arbitragens com sede entre outros países, é aplicada a Convenção de Nova York de 1958 sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, da qual todos os membros do bloco são partes (BARROCAS, 2016, p. 65).

A prevalência da Convenção de Nova York sobre o tema é evidenciada pela não incidência sobre a arbitragem do Regulamento 1215/2012, conjunto do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da competência judiciária e do reconhecimento e execução de decisões

membro.

⁴⁴Original em inglês: “In some jurisdictions, the laws applicable to arbitration do not distinguish in any way between domestic and international arbitration. In this case, whenever an arbitration is seated in that State, it is subject to the same law. Some other jurisdictions, however, differentiate between domestic and international arbitration, setting forth two separate legal regimes for arbitration: one to be applied when the proceedings are seated in the State but the dispute qualifies as domestic, and one to be applied when the dispute qualifies as international. In each case this is determined by the State’s own law. The majority of States included in this Study apply the same law to both domestic and international arbitrations, but some States, including leading arbitral States France and Switzerland, have different laws for domestic arbitrations and international arbitrations.”. A Suíça não é um Estado-membro da União Europeia, mas foi objeto de análise do estudo.

⁴⁵Original em inglês: “in light of the current evolution of this legal phenomenon, international arbitration is now described by some commentators as a transnational system of civil and commercial justice, an autonomous legal order largely independent from national systems. However, from the point of view of States, such a notion of international arbitration is not generally recognized in national legislation (with some notable exceptions, such as France): in this context, arbitration is usually seen as a private mechanism of dispute resolution, which is seated in one particular jurisdiction and regulated by its national laws.”

em matérias civis e comerciais, por expressa previsão desta⁴⁶, reforçando, ainda, o caráter de subsidiariedade do direito comunitário no tema.

Barrocas (2016, p. 55), um crítico da influência do processo sobre a arbitragem, aponta que muitos arbitralistas europeus saudaram esta separação, receando um risco da aproximação entre as esferas judicial e arbitral. No Brasil, por outro lado, esta aproximação foi feita sem prejuízos, ao menos não significativos, para a arbitragem.

Contudo, a prevalência do direito nacional não impediu que o direito da União Europeia, dentro das competências definidas nos Tratados, dispusesse sobre arbitragem ou sobre seu gênero, os métodos alternativos de solução de conflitos, com uma abordagem setorial, com destaque para as áreas de consumo e de investimentos, bem como envolvendo diretamente os Estados-membros. A arbitragem coletiva também é objeto do direito da UE, derivada do modelo de processo coletivo delineado pelo bloco, e que será objeto do tópico seguinte.

O artigo 207º do TFUE, números 1 e 2, assenta que a política comercial comum, incluindo a celebração de acordos comerciais e de investimentos, é baseada em princípios comuns, bem como na uniformização de práticas externas e medidas de defesa comerciais, conduzidas pela União conforme quadro de medidas definido pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 140).

A redação do nº 1 levou Barrocas (2016, p. 56) a afirmar que a competência para a celebração de acordos internacionais sobre investimentos (AIIs) é exclusiva da União. O nº 3 torna clara esta competência exclusiva, ao dispor que a Comissão edita recomendações ao Conselho e este autoriza e conduz as negociações (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 140)⁴⁷. Como consequência, os órgãos da UE ganharam competência para celebrar, em nome da União, porém vinculantes para os Estados-membros, acordos multilaterais de investimento (BARROCAS, 2016, p. 57).

Assim, desde 2009, quando entrou em vigor o Tratado de Lisboa, os Estados-membros estão proibidos de celebrar novos acordos de internacionais investimentos com países terceiros (de fora do bloco) sem autorização prévia da UE e, quando autorizados, a celebração ocorre

⁴⁶2. O presente regulamento não se aplica:
(...)

d) à arbitragem (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 6).

⁴⁷3. Quando devam ser negociados e celebrados acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais, é aplicável o artigo 218º, sob reserva das disposições específicas do presente artigo. Para o efeito, a Comissão apresenta recomendações ao Conselho, que a autoriza a encetar as negociações necessárias. Cabe ao Conselho e à Comissão assegurar que os acordos negociados sejam compatíveis com as políticas e normas internas da União. As negociações são conduzidas pela Comissão, em consulta com um comitê especial designado pelo Conselho para a assistir nessas funções e no âmbito das diretrizes que o Conselho lhe possa endereçar. A Comissão apresenta regularmente ao comitê especial e ao Parlamento Europeu um relatório sobre a situação das negociações.

conjuntamente com a União. Os AIs celebrados antes da vigência do TFUE continuam válidos até a celebração, pela União, de tratados multilaterais, que vincularão o signatário original e os demais países do bloco (BARROCAS, 2016, p. 57).

Dentre estes Acordos, os mais conhecidos são os BITs, ou *Bilateral Investment Treaties* sendo, em sistematização de Barrocas (2016, p. 56), divididos em duas partes: uma primeira, na qual são estabelecidos os direitos do investidor frente ao Estado receptor e uma segunda, em que é definido o meio de resolução de litígios envolvendo o acordo no território do Estado receptor, optando-se, via de regra, pela arbitragem. Esta escolha se dá, além dos benefícios comumente relacionados à arbitragem (com destaque para a celeridade e a confidencialidade), pela fácil execução das sentenças arbitrais estrangeiras na Convenção de Nova York, ou mesmo sem a necessidade de uma corte estatal, por meio da Convenção do ICSID (BARROCAS, 2016, p. 59).

Por estes motivos, pois, a arbitragem de investimento é largamente utilizada na União Europeia, sendo sujeita às regras gerais do direito comunitário ou, quando envolver diretamente um Estado-membro, as normas internas deste. No direito do consumidor, por sua vez, há, mais que um uso propriamente, um incentivo ao emprego da arbitragem por parte das normas comunitárias.

A defesa dos direitos dos consumidores é prevista como um direito fundamental da União Europeia, nos termos da Carta de Direitos Fundamentais, que a garante “em nível elevado” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a, p. 401)⁴⁸. O artigo 169º do TFUE, com vistas à garantia deste direito fundamental, dispõe no item 1 que:

a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 124).

O item 2, b) do mesmo artigo prevê que, para assegurar este elevado nível de proteção e defesa, a União tomará medidas para apoiar, complementar e acompanhar as políticas seguidas pelos países membros, por meio de medidas a serem adotadas pelo Parlamento e pelo Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2016b, p. 124), medidas estas que poderão ser vinculantes aos Estados-membros.

⁴⁸Artigo 38º. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

Dentre as medidas, ainda em 2009, antes mesmo da entrada em vigor da atual versão do TFUE, o Parlamento Europeu e o Conselho promulgaram a Diretiva 2009/22 sobre as ações inibitórias para proteção dos interesses dos consumidores. O objetivo da Diretiva é a uniformização do procedimento em todo o bloco, a fim de garantir a efetividade da proteção e evitar a quebra da confiança dos consumidores e das organizações no mercado interno e entraves surgidos pela produção de efeitos diversos entre os Estados-membros (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 30). Todavia, a Diretiva de 2009 não previa originalmente a resolução extrajudicial dos conflitos de consumo, razão pela qual foi editada a Diretiva 2013/11, também do Parlamento e do Conselho.

A Diretiva de 2013, respeitando a competência dos Estados-membros para legislar sobre arbitragem, prevê regras básicas para um sistema de solução pré-processual ou extrajudicial, sem entrar no âmbito de normas procedimentais. A sua criação foi assim justificada:

A resolução alternativa de litígios (RAL) proporciona uma solução extrajudicial simples, rápida e pouco onerosa para resolver litígios entre consumidores e comerciantes. Contudo, a RAL não está ainda desenvolvida na União de uma forma suficiente e coerente (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63).

A esta falta de desenvolvimento se aliam diferenças existentes entre os Estados-membros em matéria de cobertura, qualidade e divulgação da RAL, o que se afigura como uma barreira ao mercado interno. Isto porque vários consumidores evitam fazer compras fora de seu país (fisicamente ou via internet) por falta de confiança nos atuais mecanismos de solução de litígios, bem como muitos comerciantes podem ser forçados a não venderem para consumidores de fora de seu Estado de origem. Ademais, países com um sistema de RAL mais desenvolvido possuem uma vantagem competitiva, o que afeta a concorrência dentro do bloco (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63-64).

Logo, a Diretiva prevê um *standard* mínimo em métodos de resolução de litígios de consumo, de observância obrigatória pelos Estados-membros, com vistas a uma harmonização de procedimentos e da qualidade destes para que, após a aplicação, “os consumidores tenham acesso a mecanismos extrajudiciais de reparação de elevada qualidade, transparentes, eficazes e equitativos, independentemente do lugar da União em que residam” (UNIÃO EUROPEIA, 2013a, p. 70).

Com esta finalidade, a Diretiva exige que os Estados garantam o acesso dos consumidores residentes em seu território a entidades de RAL que satisfaçam os requisitos nela previstos, autorizando, ainda, que estas criem um procedimento próprio, dentro dos limites

estabelecidos no artigo 5º, 4, assegurada, ainda, a competência, independência e imparcialidade das entidades (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 72).

Portanto, a arbitragem, sendo considerada um método de resolução alternativa de litígios, se sujeita às regras da Diretiva 2013/11 quando envolver matérias de consumo. Isto é observado claramente em Portugal, país no qual foi prevista expressamente aplicação da Diretiva na arbitragem, pela transposição desta ao ordenamento jurídico nacional. A lei portuguesa 144/2015, ao transpor a norma da União, promoveu, dentro do escopo desta, um detalhamento de alguns de seus pontos, entre os quais a sua incidência sobre a arbitragem. Como se depreende do artigo 5º, já havia em Portugal um procedimento para a criação de centros de arbitragem, e este passou a sujeitar-las ao cumprimento dos requisitos originalmente previstos na Diretiva, com a chancela da Direção Geral do Consumidor (PORTUGAL, 2015, p. 7.252).

Além dos requisitos, a lei 144/2015 criou, por indicação da Diretiva, uma rede de arbitragem de consumo, com o seguinte objetivo, previsto no art. 4º, 1: “assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo que agrega.” (PORTUGAL, 2015, p. 7.252)⁴⁹.

A esta rede compete, ainda, a promoção do funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, e a coleta de estatísticas sobre este funcionamento informadas pelos centros, a ser encaminhada para o órgão interno de fiscalização, sem prejuízo da competência deste. Cabe, ainda à Direção Geral do Consumidor o monitoramento desta rede – art. 4º, 2 e 3 (PORTUGAL, 2015, p. 7.252).

A aplicação da Diretiva 2013/11 em Portugal demonstra a necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos internos às normas comunitárias, atendendo ao espírito da própria criação da União Europeia e, no caso específico da arbitragem, promovendo seu desenvolvimento setorial. Mesmo quando a norma da União não é em tese vinculante, os países buscam a sua observância, como é o caso do processo coletivo e, por consequência, da arbitragem coletiva no bloco. O direito do consumidor é, inclusive, o campo no qual a arbitragem coletiva se encontra mais desenvolvida na União Europeia.

⁴⁹Com efeito, a própria Diretiva prevê um incentivo à criação de redes de entidades de RAL nos países e, como medida de transparência, a informação dessa participação por parte das entidades (UNIÃO EUROPEIA, 2013a, p. 69 e 73). Contudo, a Diretiva não dispõe qual a espécie de RAL a ser utilizada, ao contrário de Portugal, que criou, em sua legislação interna e com base na norma comunitária, uma rede de arbitragem de consumo (PORTUGAL, 2015).

2.2.3. O processo coletivo europeu e a arbitragem

Quanto ao processo coletivo, a União Europeia possui uma recomendação geral de princípios, diferentemente do processo e da arbitragem individual, nos quais há um peso maior dos ordenamentos jurídicos internos e regulamentações pontuais no âmbito do direito comunitário. A norma principiológica comunitária geral é a Recomendação da Comissão Europeia nº 396, de 11 de junho de 2013 que, apesar de sua natureza não vinculante, é uma resposta à necessidade europeia de tutelar de forma adequada os direitos coletivos por meio de um modelo comunitário.

Todavia, mesmo antes desta Recomendação, a União Europeia possuía um regramento avançado sobre ações coletivas. Este modelo é o *collective redress*, traduzido na versão portuguesa da Recomendação como tutela coletiva (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 60). A doutrina define o *collective redress* como “um mecanismo procedimental que permite, por razões de economia processual e/ou eficiência da vinculação, a junção de vários litígios semelhantes em um único processo judicial” (VOET, 2014, p. [4] – tradução nossa)⁵⁰. A Recomendação 396, em conceito mais detalhado, divide a tutela coletiva em inibitória e indenizatória:

Para efeitos da presente recomendação, entende-se por: a) «Tutela coletiva», i) um mecanismo jurídico que garanta a possibilidade de duas ou mais pessoas singulares ou coletivas, ou uma entidade com legitimidade para intentar uma ação representativa, pedirem coletivamente a cessação de um comportamento ilegal (tutela coletiva inibitória), ii) um mecanismo jurídico que assegure a possibilidade de duas ou mais pessoas singulares ou coletivas que aleguem terem sofrido danos numa situação de dano em massa, ou uma entidade com legitimidade para intentar uma ação representativa, pedirem coletivamente uma indemnização (tutela coletiva indemnizatória) (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 62 – em português europeu).

Por sua vez, o objetivo primordial desta tutela processual coletiva, seja a inibitória ou indenizatória, é promover maior acesso à justiça, tornando possível a reparação de danos individuais de pequeno valor, além de aumentar o poder de negociação dos indivíduos prejudicados e contribuir para uma administração da justiça mais efetiva, evitando a formação de múltiplos processos sobre idêntica questão de direito (VOET, 2014, p. [4] – tradução nossa)⁵¹.

⁵⁰Original em inglês: “a procedural mechanism that allows, for reasons of procedural economy and/or efficiency of enforcement, many similar legal claims to be bundled into a single court action”.

⁵¹Original em inglês: “Collective redress facilitates access to justice in particular in cases where the individual damage is so low that potential claimants would not think it worth pursuing an individual claim. It also strengthens the negotiating power of potential claimants and contributes to the efficient administration of justice, by avoiding numerous proceedings concerning claims resulting from the same infringement of law”.

Estes objetivos também estão claros na Recomendação, em particular no item 1, primeira parte. O primeiro título do documento ainda reforça que seu âmbito de aplicação é o de permitir às partes a possibilidade de reparação de danos em massa decorrentes de violações a direitos da União. Cabe aos Estados-membros, garantido o respeito a suas tradições jurídicas, “dispor de mecanismos de tutela coletiva a nível nacional, tanto inibitórios como indemnizatórios, que respeitem os princípios básicos enunciados nesta recomendação” (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 62).

Este dispositivo, por sua vez, não tem a intenção de harmonizar ou uniformizar os sistemas nacionais, mas a de listar alguns princípios comuns e não vinculantes acerca da tutela coletiva (judicial ou extrajudicial) para guiar os Estados-membros na elaboração de seus mecanismos internos, dentro dos objetivos definidos (VOET, 2014, p. [9] – tradução nossa)⁵². Tal postura da Comissão Europeia evidencia que se trata do exercício da competência concorrente conferida à UE, na qual o bloco possui atuação subsidiária.

Para Voet (2014, p. [9] – tradução nossa), os princípios da Recomendação se aplicam a qualquer área em que forem relevantes pedidos de tutela coletiva indenizatória ou inibitória contra violações a direito comunitário⁵³, em especial nas seguintes áreas:

Todos os Estados-membros devem ter mecanismos de tutela coletiva nas áreas nas quais o direito da União confere direitos a cidadãos e empresas: proteção ao consumidor, concorrência, proteção ao meio ambiente, proteção a dados pessoais, legislação sobre serviços financeiros e proteção de investidores (VOET, 2014, p. [9] – tradução nossa)⁵⁴.

A Recomendação é dividida em princípios gerais, aplicados aos dois tipos de tutela coletiva, e princípios aplicáveis a cada uma delas. Os princípios gerais dizem respeito, inicialmente, à legitimidade e qualificação das partes para levar o litígio ao Judiciário, a admissibilidade do pedido, que deve ser feita o quanto antes no processo, mediante verificação dos tribunais, notificação da propositura da ação, sucumbência, reembolso e capacidade financeira para pagamento das custas (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 62-63).

No âmbito do financiamento, a Recomendação demanda que os Estados-Membros assegurem que a parte vencida reembolse a vencedora pelas custas processuais, sem prejuízo

⁵²Original em inglês: “The goal is not to harmonize the national systems, but to list some common, non-binding, principles relating both to judicial (compensatory and injunctive) and out-of-court collective redress that Member States should take into account when crafting such mechanisms.

⁵³Original em inglês: “The principles set out in the Recommendation should be applied horizontally and equally in those areas but also in any other areas where collective claims for injunctions or damages in respect of violations of the rights granted under Union law would be relevant”.

⁵⁴Original em inglês: “all Member States should have collective redress mechanisms in those areas where Union law grants rights to citizens and companies: consumer protection, competition, environment protection, protection of personal data, financial services legislation and investor protection”.

das condições estabelecidas nas leis nacionais aplicáveis. É a positivação do “princípio do perdedor-pagador”, nos exatos termos do item 13, ou, em denominação mais familiar à doutrina brasileira, princípio da sucumbência (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63).

Todavia, a preocupação maior recai sobre a origem dos valores usados para financiar o processo e a mitigação dos riscos de influência externa. Exige-se, no item 14, que a parte requerente declare, no início do processo, a origem dos fundos usados para seu custeio, e autoriza o tribunal, nos termos do item 15, c), a suspender a ação caso a parte vencida não disponha de recursos suficientes para arcar com as custas da parte adversa. A Recomendação não veda o financiamento por terceiros, mas autoriza a suspensão do processo quando o terceiro não possuir recursos suficientes para arcar com as custas e os ônus da sucumbência (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63).

Outra preocupação pertinente coberta pela Recomendação 396 é a possibilidade de disputas envolvendo partes de países diferentes, ou, nos termos da norma, casos transfronteiriços. Nesses casos, os Estados-membros precisam assegurar em suas respectivas leis nacionais que a pluralidade de nacionalidades das partes, individuais ou coletivas, não impeça uma ação coletiva única em um foro igualmente único (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63). A observância deste item é crucial para o sucesso do modelo proposto, uma vez que a necessidade de separação de processos desvirtuaria a essência da tutela coletiva, e limitaria a incidência da Recomendação a casos envolvendo nacionais de países com legislações harmonizadas.

O maior desafio da Recomendação, e de qualquer sistema de tutela coletiva de direitos ou de direitos coletivos, mais do que lidar com a nacionalidade das partes, é o de definir como se dará a autorização, pela pluralidade de sujeitos envolvidos, para a atuação de seu representante.

2.2.3.1. Legitimidade para a tutela coletiva: o modelo *opt-in*

A Recomendação trouxe, também, diretrizes detalhadas para a legitimidade ativa e as formas de ingresso em uma ação coletiva. O direito europeu, em tese, adota a teoria da legitimidade extraordinária, também adotada como regra no processo coletivo brasileiro. Todavia, faz uma divisão acerca dos tipos de ações coletivas, como visto no parágrafo 17 das considerações iniciais:

A legitimidade para intentar uma ação coletiva nos Estados-Membros depende do tipo de mecanismo de tutela coletiva. Em certos tipos de ação

coletiva, como as ações de grupo, em que a ação pode ser interposta conjuntamente por quem alegue ter sofrido um dano, a questão da legitimidade é mais simples do que no contexto das ações representativas, em que a questão da legitimidade processual deve ser clarificada (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 61).

Estas “ações de grupo” podem ser entendidas, em comparação com a *class action* norte-americana, como aquela na qual não há uma entidade propriamente dita envolvida na ação, ocasião em que as partes, que podem ser somente indivíduos, escolhem, dentre eles, um representante processual ou, em paralelo com o Brasil, ações coletivas de direitos individuais homogêneos.

Já as ações representativas são definidas pela Recomendação como aquelas intentadas “por uma entidade representativa, uma entidade certificada *ad hoc* ou uma autoridade pública em nome e por conta de duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas” (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 62). Nesses casos, é possível traçar um paralelo com as ações coletivas brasileiras, que somente podem ser propostas por entidades públicas ou privadas previamente definidas pelo microssistema. Estas entidades representativas são entidades públicas ou privadas habilitadas pelos Estados para que possam litigar coletivamente, com designação prévia e oficial dos Estados, ou por certificação *ad hoc* por autoridades ou tribunais nacionais para uma ação representativa específica (item 6 da Recomendação) (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63).

As entidades representativas, nos termos da Recomendação, item 4: não devem ter fins lucrativos; devem ter recursos financeiros e humanos e conhecimento jurídico suficientes para representar uma classe e defender seus interesses da melhor forma; e “deve existir uma relação direta entre os objetivos principais da entidade e os direitos concedidos pelo direito da União que se alega terem sido violados e em relação aos quais é intentada a ação” (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 62-63).

Ademais, o representante da classe deve ser capaz de divulgar informações sobre a suposta violação a direitos conferidos pela lei europeia e sua intenção de interromper esta violação (tutela inibitória) ou de buscar uma reparação dos danos (tutela indenizatória), regra esta aplicável também as entidades legitimadas para a ação coletiva (VOET, 2014, p. [10] – tradução nossa)⁵⁵. Ou seja, o representante necessita de uma causa de pedir, pedido e fundamentação adequada, fundamentação esta que deverá levar em conta a liberdade de

⁵⁵Original em inglês: “The class representative should be able to disseminate information about a claimed violation of rights granted under Union law and his or her intention to seek an injunction to stop it as well as about a mass harm situation and his or her intention to pursue an action for damages in the form of collective redress. The same possibilities for the representative entity, ad hoc certified entity, a public authority or for the group of claimants should be ensured as regards the information on the ongoing compensatory actions.”

expressão e informação, as peculiaridades do caso, as regras da União sobre e a proteção da reputação e do valor de mercado da empresa ré (VOET, 2014, p. [10] – tradução nossa)⁵⁶.

A Recomendação 396/2013 da Comissão adota, especificamente para a tutela coletiva indenizatória (o equivalente à *class action for damages*) o princípio da adesão, significando, nos termos do parágrafo 21, que “a parte requerente deve ser constituída com base no consentimento expresso das pessoas singulares ou coletivas que aleguem ter sido lesadas” (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 64). O princípio da adesão é, pois, o *opt-in*, ou seja, o modelo no qual o autor coletivo só poderá litigar se autorizado pelas partes individuais ou coletivas.

Ademais, segundo o parágrafo 22, os membros da parte requerente devem ter a oportunidade de livremente abandonar a ação, até a decisão final ou resolução do caso, nas mesmas hipóteses previstas para as ações individuais, “desde que isso não prejudique a boa administração da justiça” (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 64), o que pode ser lido como uma ressalva a possibilidade de tumultuar o processo. O parágrafo 23 autoriza o ingresso no processo de pessoas singulares ou coletivas que aleguem terem sido atingidas pela situação de dano em massa discutidas na ação, nos moldes do parágrafo anterior, ou seja, caso também optem por ingressar na ação.

Por fim, os países membros devem garantir que, no caso de financiamento por terceiro por meio de uma entidade privada, seja vedado a esta: tentar influenciar decisões processuais, inclusive sobre acordos, financiar a ação contra seu concorrente ou seu dependente, utilizando o processo como vingança privada, ou cobrar juros excessivos sobre o financiamento, conforme o parágrafo 16 (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 63).

Apesar da clara separação entre os modelos, o caminho para a arbitragem coletiva na União Europeia (a ser seguido também pelo Brasil) é o mesmo trilhado pelos Estados Unidos, ou seja, uma adaptação das normas do processo judicial coletivo ao procedimento arbitral.

2.2.3.2. Arbitragem coletiva na União Europeia

A arbitragem coletiva no bloco europeu se encontra em um patamar de desenvolvimento inicial, inferior ao dos Estados Unidos, porém superior ao brasileiro,

⁵⁶Original em inglês: “The dissemination methods should take into account the particular circumstances of the mass harm situation concerned, the freedom of expression, the right to information, and the right to protection of the reputation or the company value of a defendant before its responsibility for the alleged violation or harm is established by the final judgement of the court.⁴⁰ The dissemination methods are without prejudice to the Union rules on insider dealing and market manipulation.⁴¹”

especialmente em matéria de consumo. Porém, há base jurídica no direito comunitário para evolução não somente em direito do consumidor.

A Recomendação 396/2013, neste sentido, defende o uso de métodos alternativos de solução de conflitos em direitos coletivos, considerando que podem ser formas eficazes para se obter reparação de danos em massa. Devem, todavia, sempre coexistir com a via judicial ou serem um elemento facultativo desta, e cabe aos Estados-membros incentivar o uso dos métodos alternativos, colocando-os à disposição das partes antes ou durante o processo judicial, com o expresse consentimento destas. A Recomendação traz, ainda, as previsões de suspensão do prazo prescricional quando as partes decidirem tentar a resolução extrajudicial do litígio, até a eventual retirada de uma delas, e de verificação da legalidade dos termos vinculativos pelos tribunais (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p.64), disposições evidentemente mais voltadas para a conciliação e a mediação.

Apesar de não dispor diretamente sobre a arbitragem coletiva, a Recomendação não a veda, sendo possível inferir que o incentivo ao uso dos métodos extrajudiciais de solução de litígios inclui a arbitragem. A Diretiva 2013/11, que trata da resolução alternativa de litígios de consumo também não traz disposições relativas à tutela coletiva, mas diferentemente da Recomendação, abre margens para a sua implantação.

Diz a Diretiva que esta “não deverá obstar a que os Estados-Membros conservem ou estabeleçam novos procedimentos de RAL para tratar, em conjunto, litígios idênticos ou semelhantes que oponham um comerciante a vários consumidores” (UNIÃO EUROPEIA, 2013a, p.66), e que os mecanismos de RAL e a tutela coletiva de direitos dos consumidores não são mutuamente exclusivos, mas complementares (UNIÃO EUROPEIA, 2013a, p.66).

A demonstração da complementaridade veio pela Espanha, com a implantação da arbitragem coletiva de consumo no país, o maior exemplo de uso da arbitragem coletiva na União Europeia, em qualquer matéria. Sendo a arbitragem (individual ou coletiva) matéria na qual a legislação nacional prevalece sobre a comunitária, o desenvolvimento da arbitragem coletiva ocorrerá mais a nível nacional, porém com a observância das normas da União quanto aos princípios e regras mínimas de uniformização, em especial a Recomendação 396 e a Diretiva 11, ambas de 2013.

A arbitragem individual de consumo na Espanha é regulamentada pelo Decreto Real 231/2008, por força do sistema de proteção do consumidor da União Europeia. Porém, a Administração Pública espanhola e associações de consumidores vinham promovendo o uso de mecanismos extrajudiciais de tutela coletiva na seara consumerista, em resposta a recomendações do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia, anteriores à Recomendação

396/2013. Tal bandeira teria, ainda, base constitucional (CREMADES; CORTÉS, 2013, p. 155 – tradução nossa).

Porém de nada valeria este direito sem mecanismos para sua aplicação na arbitragem, e as vantagens para a criação desses mecanismos eram, para a doutrina espanhola, a possibilidade de evitar múltiplas ações judiciais que, sobrecarregariam as cortes, julgamentos divergentes, a proteção de direitos coletivos, e a distribuição equitativa de reparações de danos. A utilidade da arbitragem coletiva, diante destes benefícios, seria inegável, e permitida para os consumidores para fazer cessar ou reduzir uma ação injusta, obter uma declaração judicial dos direitos das partes ou obter indenizações (CREMADES; CORTÉS, 2013, p. 156 – tradução nossa).

A arbitragem coletiva de consumo é considerada pelo Decreto Real 231/2008 uma disposição especial, contida na seção 2ª do Capítulo V. Nos termos do artigo 56:

A arbitragem coletiva de consumo tem por objeto resolver em um único procedimento arbitral de consumo os conflitos que, com base no mesmo pressuposto fático, foram capazes de lesionar os interesses coletivos dos consumidores e usuários, afetando um número determinado ou determinável deles (ESPAÑA, [2017] – tradução nossa)⁵⁷.

A lei espanhola, pois, limita o emprego da arbitragem coletiva de consumo aos casos de direitos individuais homogêneos (número determinado de consumidores) ou coletivos *stricto sensu* (número determinável de consumidores), lesados com base no mesmo evento.

Quanto ao procedimento, nota-se que há uma grande ingerência estatal, uma vez que a arbitragem será conduzida pela Junta Arbitral de Consumo competente no território de domicílio de todos os consumidores lesados ou que podem ter sido lesados pelo ato. Caso tal território abranja mais de uma comunidade autônoma, a competência será da Junta Arbitral Nacional. O procedimento pode ser iniciado de ofício pelo presidente da Junta competente, ou por iniciativa de associações de consumidores da área territorial respectiva, não sendo legítimos, portanto, indivíduos, ainda que como representantes. A empresa será notificada para dizer se aceita participar da arbitragem, e será promovido o chamamento dos consumidores lesados (ESPAÑA, [2017] – tradução nossa).

O artigo 59 dispõe que os consumidores serão notificados para, no prazo de dois meses, fazerem valer seus direitos no procedimento arbitral, em clara manifestação do modelo *opt-in*, ou seja, apenas os consumidores que assim quiserem farão parte do procedimento. Há,

⁵⁷Original em espanhol: “El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos”.

ainda, uma determinação de suspensão dos pedidos de arbitragem individual, salvo se já iniciada a arbitragem, quando esta será trasladada para o âmbito coletivo. A parte reclamada também poderá opor uma exceção de arbitragem coletiva, quando o órgão arbitral trasladará a ação individual para a coletiva (ESPAÑA, [2017] – tradução nossa).

A Espanha está, pois, em estágio avançado em matéria de arbitragem coletiva, ao menos em matéria de consumo. Todavia, a doutrina europeia aponta que a maioria dos países do bloco não se encontra no mesmo patamar, mas há um prognóstico positivo:

Em vista dos novos mecanismos de tutela coletiva que foram recentemente ou logo serão adotados em várias jurisdições da União Europeia e o fato de que os membros da UE possuem uma forte tradição no uso dos métodos alternativos de solução de conflitos, o uso potencial da arbitragem na solução de disputas de massa foi examinada, e as vantagens que podem ser oferecidas pela incorporação de ferramentas de arbitragem em um mecanismo de tutela coletiva (ex.: *class action*) foram explicitadas (BILLIET, 2013b, p. 233 – tradução nossa)⁵⁸.

A arbitragem coletiva na União Europeia, apesar de seu desenvolvimento ainda inicial em comparação com os Estados Unidos, se encontra em estágio mais avançado que o brasileiro e, em especial quando comparada com a experiência norte-americana, poderá ser de grande valia para a construção da arbitragem coletiva no Brasil, levando-se em conta as similitudes com a tradição jurídica europeia e os modelos de processo coletivo.

2.3. O Brasil frente aos modelos norte-americano e europeu

O Brasil, e da mesma forma a maioria dos países europeus, possui tradição jurídica romano-germânica, que confere mais importância às leis em detrimento dos precedentes judiciais, como faz a tradição anglo-saxã do *common law*, seguida notadamente pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido. Contudo, nos últimos anos é perceptível um intercâmbio entre os sistemas ou, como sintetizou Barroso (2005, p. [1]): “as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota de progressiva aproximação”.

Nos países de família romanística, a influência do *common law* é percebida com um progressivo destaque dos precedentes judiciais (BARROSO, 2005, p. [1]), e o aumento da

⁵⁸Original em inglês: “In view of the new collective redress mechanisms that have recently been or may soon become enacted in various EU jurisdictions and the fact that EU Member states have a strong tradition in the use of ADR, the potential use of arbitration for the resolution of mass disputes has been examined and the advantages that could be offered by incorporating arbitration tools into a collective redress mechanism (e.g. class action) have been made explicit”.

importância dos precedentes é de fato visível no Brasil. O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um rol de precedentes vinculantes; as decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de inconstitucionalidade são, há muito, vinculantes e, desde 2004, também o são súmulas aprovadas por maioria qualificada, as súmulas vinculantes.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (2001, p. [1]), aponta que a ação coletiva brasileira para a tutela de direitos individuais homogêneos se assemelha à *class action for damages* da Regra 23 (b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure*, uma vez que ambas são destinadas à reparação de danos individualmente sofridos. Contudo, Brasil e Estados Unidos deram soluções diferentes para os problemas inerentes ao processo coletivo. Nos Estados Unidos, a *class action* é baseada em um modelo *opt-out*, no qual os membros de determinada classe, se não desejarem permanecer no processo, sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada, positivos ou negativos, devem pedir expressamente sua retirada. Quanto à legitimidade, a Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* a confere para indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado, representadas por um membro da classe. A adequação desta representação será determinada pelo juiz, no procedimento de certificação da classe (BARROSO, 2005, p. [9]).

No Brasil, por outro lado, os legitimados são órgãos públicos ou pessoas jurídicas de direito privado, cuja representatividade é presumidamente adequada, o que afasta um procedimento de certificação. Todavia, a ausência desse procedimento implicaria também na falta de notificação dos interessados, o que é compensado pela restrição dos efeitos da coisa julgada no caso de improcedência da ação coletiva (BARROSO, 2005, p. [9]).

Isto não impediu, contudo, a existência no Brasil de um mecanismo semelhante a um *opt-out*. Como visto na análise do processo coletivo, o autor de uma ação individual com base nos mesmos fatos e anterior à uma ação coletiva poderá requerer a suspensão de seu processo e aguardar o desfecho da ação coletiva. Ocorre que a parte poderá optar por prosseguir com seu processo individual, repudiando o coletivo, o que importaria, também, em renúncia à coisa julgada *secundum eventum litis*, afastando a possibilidade do aproveitamento da sentença coletiva, caso favorável. Seria, pois, um *opt-out* da tutela coletiva do direito em litígio.

A questão da representatividade adequada nas *class actions* é controversa mesmo na doutrina norte-americana. As críticas da doutrina dizem respeito predominantemente às ações indenizatórias (*class actions for damages*). Aponta-se que esta modalidade, a par dos benefícios, permite abusos processuais, tais como a prática de advogados no sentido de identificar, conduzir e solucionar demandas com um grande número de indivíduos, cobrando vultosos honorários, sem que muitos desses indivíduos sequer saibam da existência da ação (HENSLER, et. al., 2000, p. 471 – tradução nossa). Tal prática seria, inclusive, contrária ao

devido processo legal e ao direito da parte de buscar a tutela de seus direitos de forma individual, ou o direito de manter-se inerte (o *right not to sue*).

Para coibir estas práticas, foi editado em 2005 o *Class Action Fairness Act*, que institui regras de limitação de honorários advocatícios, proteção contra perdas dos membros da classe, discriminação contra estes por motivos de domicílio, além de exigir a notificação das autoridades em caso de proposta de acordo (com claro propósito de fiscalização), ampliando também competências das cortes federais (BARROSO, 2005, p. [9]).

Contudo, tal medida não foi suficiente para aplacar as críticas e a desconfiança em relação às *class actions*, ilustrada pela opinião dos órgãos da União Europeia. Tanto que se observam poucos efeitos do modelo da *class arbitration* fora dos Estados Unidos, e, mesmo no próprio país, há críticas doutrinárias e um percurso acidentado, marcado por avanços e principalmente recuos, o que é evidenciado pelos principais julgados da Suprema Corte. Essas dificuldades enfrentadas pela arbitragem de classe se justificam pois a *class action* e a arbitragem são, a princípio, dois modelos distintos que se excluíam mutuamente (MONTEIRO, 2018, p. [7]).

Ainda para Monteiro (2018, p. [7]), o principal motivo para esta incompatibilidade seria a técnica do *opt-out*, empregada nas ações coletivas norte-americanas. Com efeito, a arbitragem possui uma origem contratual, pautada na autonomia das partes e especialmente no consentimento, algo que o *opt-out* parece não considerar, pois seria difícil aferir com segurança que todos os interessados consentiram em se submeter à jurisdição arbitral, maculando o procedimento.

Em consonância com as críticas da doutrina, mesmo norte-americana às *class actions*, a opção da Comissão Europeia pelo *opt-in*, em detrimento do *opt-out* das ações coletivas dos Estados Unidos, foi, mais do que intencional, deliberada. Isto porque a Comissão considera que o modelo das *class action* não possui salvaguardas suficientes para impedir a litigância abusiva, colocando os réus, via de regra empresas do ramo da indústria e do comércio, em posição de inferioridade e sob pressão para aceitarem acordos (JUDICE, 2016, p. [5]), mesmo com as mudanças promovidas.

A Comissão, pois, em atos anteriores à Recomendação e nela própria, previu mecanismos, no sistema *opt-in* da UE, para evitar os riscos observados nas *class actions*, sendo eles a proibição de indenizações punitivas e a imposição de limites à honorários de resultado e ao financiamento por terceiros. (JUDICE, 2016, p. [5]).

O principal deles é a proibição de indenizações punitivas (ou *punitive damages*). Estas são indenizações determinadas em complemento às indenizações compensatórias, quando o

autor do dano agiu com negligência, malícia ou dolo. O propósito é o de educar o ofensor e desestimular a repetição do comportamento, tendo, pois, características de uma pena pecuniária (GATTAZ, 2016, p. [3]). No Brasil, doutrina e jurisprudência limitam a incidência das indenizações punitivas, muito com base na vedação ao enriquecimento sem causa contida no Código Civil (GATTAZ, 2016).

Contudo, nos Estados Unidos não há uma regra a nível federal para regulamentar os *punitive damages* (as *Federal Rules of Civil Procedure* silenciam a esse respeito), cabendo aos estados este papel, o que leva a regulamentações distintas. É possível, porém, observar alguns pontos comuns nas legislações estaduais:

(a) a ocorrência de um ato ilícito que pode se dar em razão de uma relação extracontratual (tort) ou em razão de inadimplemento contratual total ou parcial (breaches of contract); e (b) a ocorrência de um prejuízo, com exceção dos torts "dedutíveis per se" (actionable per se) que podem justificar uma reparação civil ainda que não se alegue ou demonstre os efetivos prejuízos, por exemplo, os casos de assault [agressão] ou false imprisonment [prisão falsa, ilegal] (GATTAZ, 2016, p. [4]).

Apesar da existência de limites impostos pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, a Europa vê com maus olhos esta prática, o que se depreende de uma rápida análise de alguns países.

No caso da França, a doutrina reconhece que as cortes dos Estados Unidos autorizam a prática dos *punitive damages*, e que tal prática tem a vantagem de evitar problemas na atribuição de provas aos danos e, principalmente, de dissuasão, prevenindo novos abusos. Todavia, demonstrando a resistência europeia, a Corte de Cassação, mais alto tribunal francês, decidiu que as indenizações punitivas são contrárias à ordem pública, por serem desproporcionais com o dano sofrido e uma quebra de contrato (DERAINS; DESCOMBES, 2013, p. 48). Posicionamentos semelhante podem ser observados, por exemplo, em Portugal e na Suécia (BILLIET (org.), 2013), e isto se refletiu na norma da União Europeia sobre o tema.

Nos termos da Recomendação 396, as indenizações não poderão superar o que seria devido numa ação individual, e devem ser especialmente vedadas condenações que imponham uma sobrecompensação do dano sofrido para a parte autora, previsto no parágrafo 31. O segundo é a vedação à subordinação dos honorários advocatícios ao resultado (os honorários *ad-exitum*), suscetível ao direcionamento do processo neste sentido, ou, caso permitidos, exige-se que sejam regulamentados, nos termos do parágrafo 30 (UNIÃO EUROPEIA, 2013b, p. 64-65).

A União Europeia indicou também um modelo de representatividade semelhante ao brasileiro, baseado em órgãos públicos e organizações privadas, também evitando os problemas

inerentes ao procedimento de certificação da *class action*, que demandaria a notificação dos interessados, e haveria o risco de um indivíduo participar da ação e sujeitar-se aos efeitos do julgamento sem seu conhecimento, em decorrência da necessidade de *opt-out*.

O processo coletivo brasileiro, pois, guarda mais semelhanças com o modelo europeu que com o norte-americano. No Brasil também é adotado o modelo *opt-in*, uma vez que os indivíduos poderão participar do processo a depender de sua vontade, bem como executar facultativamente as sentenças coletivas, se a eles favoráveis.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXI, aponta como direito fundamental a possibilidade de as associações representarem seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, desde que expressamente autorizadas (BRASIL, [2020]a), mas não diz como seria dada essa autorização.

Posteriormente, a lei 9494/97 dispôs que a sentença em ação coletiva promovida por associação somente abrangeria os substituídos (associados) com domicílio na região de competência do órgão prolator da decisão. Ainda, quando a ação fosse intentada contra a Administração direta, autarquias ou fundações de quaisquer entes federados, a petição inicial deveria vir acompanhada de cópia da ata da assembleia de autorização e lista dos associados (BRASIL, 2001), mas a questão, contudo, não foi pacificada.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário da União, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu pela possibilidade de ingresso de quaisquer ações por associações e sindicatos, como substitutos processuais, inclusive mandamentais, na defesa de seus filiados, sem necessidade de autorização expressa ou procurações individuais. O acórdão reformou decisão de primeira instância que excluiu da execução da sentença associados que não participaram da demanda. O recurso (RE 573.232/SC), teve repercussão geral reconhecida, foi parcialmente conhecido e provido na parte conhecida, prevalecendo a tese do Ministro Marco Aurélio, vencido o Relator original Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2014, p. 1-2).

O Ministro Marco Aurélio entendeu que a Constituição Federal separa os sindicatos, considerados substitutos processuais, das associações, que o Ministro chama de “entidade embrionária do sindicato”, consideradas representantes. E, em relação às associações:

o legislador foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que tenham – e isso pode decorrer de deliberação em assembleia – autorização expressa, que diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito – os integrantes da categoria profissional (BRASIL, 2014, p. 18).

Em outras palavras, decidiu-se que a associação, como representante processual, necessita de uma anuência direta e expressa dos filiados, seja por meio de assembleia ou por autorizações individuais. Seria necessário, pois, que os associados optassem favoravelmente pelo ingresso na ação, sem a qual a associação careceria de legitimidade ou, mais especificamente, de representatividade adequada.

A associação juntou aos autos uma relação dos que seriam beneficiados pela decisão, e esta relação, segundo o Ministro Marco Aurélio, permitiu à União implementar sua defesa. Ocorre que, no cumprimento da sentença de procedência, outros associados, que não participaram da fase de conhecimento, pleitearam a sua execução individual (BRASIL, 2014, p. 19).

O Ministro indagou, então, se seria possível esta “carona”, e concluiu em sentido negativo, pois os exequentes não autorizaram a associação a agir no momento oportuno, tampouco foram indicados como beneficiários. Dessa forma, não optaram favoravelmente pelo ingresso na ação coletiva e, por este motivo, não foram representados no processo. Em conclusão, compreendeu-se que a inclusão dos beneficiários na fase de execução era incompatível com o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2014, p. 19-20).

Contudo, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal não ficou nítido no acórdão, cabendo a doutrina os esclarecimentos. Neste sentido, pela análise da *ratio decidendi* do caso, houve uma restrição do âmbito de sua incidência, excluindo as ações coletivas. Nas palavras de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 210-211):

O acórdão é extenso e discute vários pontos importantes. Contudo, observando-se o inteiro teor em uma leitura atenta, apenas houve convergência da votação em relação a uma *ratio decidendi*, a um dos fundamentos para a decisão. Apenas esse se tornou, por consequência, o fundamento determinante para a aplicação do precedente para os casos futuros. Assim, aplicando-se a regra dos julgamentos colegiados que exige a convergência dos votos para a identificação dos fundamentos determinantes a tese vencedora tratou não de substituição processual, em ação coletiva, conforme prevista no art. 129, III e § 1º, da CF/88, mas de ação por representação, consoante o previsto no art. 5º XXI, da CF/88.

Os Ministros do STF, nos debates durante o julgamento, discutiram outros pontos, inclusive a legitimidade das associações e a constitucionalidade do dispositivo da lei 9494/97 que exige a apresentação da lista. Porém, pela análise do acórdão, o consenso, e, portanto, os efeitos do julgado como precedente, deverão incidir apenas sobre a interpretação do art. 5º, XXI da CF nos casos em que a associação atua como representante processual, exigindo autorização

expressa por mandatos ou assembleia, não bastando autorização estatutária genérica (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 211).

Assim, nos processos coletivos, a regra é a da atuação da associação como substituta processual de seus associados, na qual os representa defendendo, em nome próprio, direito alheio, não sendo necessária autorização expressa.

De fato, no microssistema processual coletivo, a legitimidade coletiva pode ser classificada como de “substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 183). a legitimação, segundo os autores, é autônoma, pois o legitimado conduz a ação de forma independente da participação dos titulares do direito em litígio, porém pode ser exclusiva, quando somente o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, devendo o titular intervir no processo como assistente litisconsorcial, caso não seja parte (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; 2016, p. 183).

A legitimação, por sua vez, é concorrente, pois mais de um sujeito, no caso os previstos na legislação coletiva, estão autorizados a discutir judicialmente a tutela de direitos coletivos, e disjuntiva, pois exercida de forma independente da vontade dos outros colegitimados (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; 2016, p. 183).

O Brasil possui, como já se evidenciou, um sistema de processo coletivo próprio e bem desenvolvido que permitiria, em tese, sua aplicação na arbitragem. Contudo, não se trata de uma simples junção de métodos de solução de conflitos, pois a criação e posterior operação deste instituto híbrido requer a delimitação de sua incidência, dos papéis dos indivíduos e organizações públicas e privadas envolvidas, bem como a solução de questões práticas de grande importância, das quais depende o próprio sucesso da arbitragem coletiva no Brasil, a exemplo da representatividade dos legitimados coletivos e do modelo de efeitos da coisa julgada a ser aplicado. Há, também, uma clara resistência à arbitragem coletiva dentre os teóricos e operadores do direito no país.

3 PERSPECTIVAS E LIMITES PARA A ARBITRAGEM COLETIVA NACIONAL

3.1. O Projeto de Lei 5.139/2009

A referida proposição legislativa foi um projeto de uma nova Lei da Ação Civil Pública, mas denominado pela doutrina de projeto de código de processo coletivo. Para Gajardoni (2012, p. 24) o Projeto “consolida na Lei da Ação Civil Pública praticamente todo o trato do processo coletivo brasileiro, constituindo-se em verdadeiro código na esteira dos anteprojetos que o antecederam”.

Com efeito, o Projeto, de relatoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, pretendia de fato criar um Sistema Único Coletivo e, para esta finalidade, traz diversas e pertinentes inovações, tais como: ampliação dos direitos coletivos tutelados e do rol de legitimados, novas previsões sobre tutela antecipada e execução da multa, bem como novas regras sobre competência, inquérito civil, coisa julgada, liquidação e execução de sentenças coletivas, além de um cadastro nacional de processo coletivos, inquéritos civis e TACs (LANES, 2010, p. 242).

A proposta da nova lei foi elaborada por uma Comissão de dezoito juristas nomeada pelo Ministério da Justiça, composta por Ada Pellegrini Grinover, Fernando Gajardoni, Sergio Cruz Arenhart, o atual Procurador Geral da República Augusto Aras, entre outros, e presidida pelo Desembargador Federal Rogério Favreto. Contudo, apesar de inovador e elaborado pela referida Comissão de respeitados operadores do direito, o projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (LANES, 2010, p. 238).

O Deputado Biscaia, relator, foi o único a apresentar recurso à Mesa Diretora da Câmara para levar o Projeto à votação em Plenário, recurso este que aguarda andamento desde 12/05/2010 (BRASIL, 2009). Além do relator na Casa Legislativa, a Comissão de juristas também se manifestou, por meio de nota técnica, na qual reafirma a importância da proposição e ressalta sua generosidade para a sociedade brasileira e a possibilidade de inovação e modernização do processo coletivo brasileiro (LANES, 2010, p. 238).

Apesar de sua rejeição, e para além das propostas já apresentadas, o anteprojeto tem importância para este estudo, pois dentre as inovações traria uma autorização para arbitragem nas ações coletivas, porém ainda vinculada ao processo judicial. Na disposição de seu art. 19:

Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão (BRASIL, 2009, p. 6)

O Projeto também considerou a possibilidade de transação e, indiretamente, da arbitragem, nos casos de indisponibilidade do bem coletivo. Nestes casos, dispostos no §4º do art. 19, a transação seria possível quanto ao modo de cumprimento da obrigação (BRASIL, 2009, p. 6), parcela na qual é possível cogitar-se a transação, mesmo por parte dos legitimados públicos, o que será objeto de tópico seguinte.

A audiência preliminar mencionada no caput foi inspirada na audiência inicial prevista no art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente à época, na qual seria possível buscar a transação entre as partes (LANES, 2010, p. 240). Ressalta o autor que o Ministro Luiz Fux, coordenador do então anteprojeto do novo Código de Processo Civil (hoje a vigente lei 13.105/2015) conteria “exigência de exaustiva tentativa de conciliação antes do ajuizamento de ações” (LANES, 2010, p. 240). Contudo, o CPC/2015 prevê uma audiência obrigatória de tentativa de conciliação após o início da demanda, a ser afastada somente por manifestação expressa das partes¹.

Apesar de rejeitado pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 5.139/2009 é de grande importância como indicativo da pertinência e da possibilidade de arbitragens coletivas no país. Entretanto, o seu silêncio acerca dos procedimentos a serem seguidos, bem como seu esquecimento na tramitação legislativa denotam o caminho tortuoso e desafiador a ser seguido para que um modelo de arbitragem coletiva se torne uma realidade.

Recentemente, foram propostos na Câmara dos Deputados dois projetos de lei para reformas no microssistema processual coletivo brasileiro. O primeiro deles é o Projeto de Lei nº 4441/2020, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, apresentado em 02 de setembro, e tratando-se de um projeto de nova Lei da Ação Civil Pública. Não há menção à arbitragem, como ocorrera no projeto de 2009, porém há previsão para que a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos sejam estimulados por juízes, membros do

¹Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (BRASIL, [2019]c).

Ministério Público e advogados, inclusive no curso do processo judicial. Em termos de tramitação, o projeto aguarda despacho inicial da Mesa Diretora da Câmara (BRASIL, 2020d).

A outra proposição legislativa, também de uma nova lei para regular a Ação Civil Pública, é o Projeto 4778, de 1º de outubro de 2020, de autoria do Deputado Marcos Pereira. Este projeto não faz referência à arbitragem, conciliação ou mediação, porém traz disposição permitindo o ingresso de outros legitimados coletivos em até trinta dias do ajuizamento, sendo permitido o aditamento dos pedidos e da causa de pedir. Este projeto também aguarda o despacho inicial da Mesa Diretora da Câmara, e conta com pedido de apensamento ao PL 4441/2020, do Deputado Paulo Teixeira, seu autor (BRASIL, 2020e).

Apesar de não mencionarem expressamente a arbitragem, e um deles fazer referência aos métodos alternativos de solução de conflitos, os projetos demonstram que o propósito reformador do processo coletivo brasileiro se mantém ativo, sendo ainda possível, na tramitação dos projetos, discussões acerca da arbitragem coletiva e dos percalços que sua regulamentação deverá enfrentar.

3.2. Os desafios e limites da arbitragem coletiva no Brasil

A arbitragem coletiva no Brasil deverá seguir, no que lhe for cabível, os ditames da lei 9.307/96, acrescida dos elementos do processo coletivo. Neste sentido, o procedimento arbitral coletivo é limitado pelos mesmos critérios gerais de arbitrabilidade aos quais está submetida a arbitragem individual. No campo da arbitrabilidade objetiva, a disponibilidade e a patrimonialidade, previstas no art. 1º, segunda parte, da Lei 9.307/96 e, na arbitrabilidade subjetiva, a capacidade das partes de contratar e, conseqüentemente, transigir (art. 1º, primeira parte, da lei arbitral). Todavia, aferir se os direitos em litígio são disponíveis e patrimoniais é tarefa mais complexa no âmbito coletivo, bem como verificar se as partes são aptas a participar de um procedimento arbitral.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, já se verificou que certos direitos, ainda que difusos ou coletivos *stricto sensu* possuem tais características, mesmo que parcialmente. Quanto aos direitos individuais homogêneos, tais requisitos são facilmente preenchidos, como já analisado. Acerca da arbitrabilidade subjetiva, no microssistema processual coletivo brasileiro, diversamente do modelo norte-americano, que permite a representação individual da classe, há uma previsão taxativa de legitimados, sendo a maioria deles órgãos estatais, com destaque para o Ministério Público. Estes órgãos, por sua vez, não possuem, a princípio, capacidade de contratar e transigir, pois estão sujeitos ao interesse público, via de regra indisponível.

Há também a possibilidade de arbitragens com multiplicidade de partes no polo ativo, no polo passivo ou em ambos, sem que o direito em litígio seja coletivo. Trata-se de assunto intensamente debatido no âmbito da arbitragem coletiva, no Brasil e no exterior.

3.2.1. *Arbitragens coletivas e arbitragens multipartes*

A rigor, faz-se necessária uma diferenciação entre arbitragens coletivas e arbitragens multipartes, notadamente no Brasil, onde o processo coletivo é plenamente desenvolvido, e guarda características distintas em relação ao processo e à arbitragem individuais, em especial quanto à legitimidade ativa e aos direitos objetos de tutela. Para compreender a diferença, é preciso compreender, com base no processo, qual a definição de “coletivo”. Neste ponto, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 29-30) lecionam que:

o processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e se, no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo (grifos dos autores).

Desta caracterização de processo coletivo derivam os outros conceitos da matéria. Ação coletiva é aquela que origina um processo coletivo, enquanto a tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (as que envolvam os direitos coletivos *lato sensu*) em face de outra passiva (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 32).

Portanto, a multiplicidade de partes não é o principal requisito para a qualificação de um processo coletivo. Ela quiçá é necessária, uma vez que um único autor poderá litigar contra somente um réu e, caso atue em defesa de direitos coletivos de um grupo, este processo será considerado coletivo.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado na arbitragem, mormente se se considerar que a proposta de um modelo de arbitragem coletiva pelo Brasil passa, necessariamente, pela adaptação das regras do processo coletivo ao procedimento arbitral. Logo, uma arbitragem, para ser considerada coletiva, dependerá da participação, como sujeito, de um grupo e, como objeto litigioso, de uma relação jurídica envolvendo um direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

Já a arbitragem multiparte, por sua vez, independe de um direito coletivo litigioso, mas exige a pluralidade de integrantes nos polos ativo, passivo ou em ambos. Para demonstrar a separação, a lei 9.307/96, que silencia a respeito da arbitragem coletiva, menciona a arbitragem multipartes no seu art. 13, §4º, quando dispõe sobre a escolha dos árbitros². Na definição de Monteiro (2018, p. [2]): “arbitragens multipartes é a expressão geralmente usada para referir as situações em que mais de duas partes estão envolvidas no mesmo processo arbitral (seja essa pluralidade inicial ou sucessiva, activa, passiva ou mista)”.

Logo, o que importa para uma arbitragem ser considerada multiparte é apenas a pluralidade de pessoas, físicas ou jurídicas, no polo ativo, passivo ou em ambos. Esta pluralidade pode ser superveniente à instauração da arbitragem, sendo uma conversão de uma arbitragem individual em multipartes como ocorre, por exemplo, com o ingresso de empresas do mesmo grupo societário em arbitragem envolvendo originalmente uma delas. Na arbitragem coletiva, por sua vez, o elemento caracterizador é a discussão de um direito coletivo de um grupo, ainda que este grupo litigue por meio de uma única parte. É também sobre a arbitragem coletiva que incidirão com maior amplitude as regras do processo coletivo.

3.2.2. O microssistema processual coletivo e a autonomia na escolha do direito e do procedimento aplicáveis à arbitragem

A lei 9.307/96 possui como um de seus principais pontos positivos, fundamental para o desenvolvimento da arbitragem observado no país desde a sua promulgação, a liberdade de escolha pelas partes do procedimento a ser seguido, prevista no art. 21. A flexibilização permite, como já visto, que uma arbitragem seja realizada no Brasil tendo como base direito estrangeiro e, ainda, seja considerada como uma arbitragem nacional, uma vez que o país segue o critério territorial para definir se será uma arbitragem estrangeira. Assim, mesmo que embasada em leis internacionais, o procedimento arbitral realizado no Brasil será considerado arbitragem brasileira, devendo, contudo, respeitar a ordem pública e os bons costumes, sendo sujeita, também, aos termos da Convenção de Nova York (BAPTISTA; MIRANDA, 2010, p. [4]).

²“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (...). § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)” (BRASIL, [2015]).

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor dispõe expressamente que suas normas são de ordem pública, nos termos de seu art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, [2017])”. Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 51-52), com razão, enxergam o CDC como um elemento aglutinador do microsistema processual coletivo, com características de código, uniformizador de normas, e utilizam como exemplo destas características a previsão de seu art. 1º e a natureza de ordem pública de suas disposições.

Os autores também ressaltam que a ideia de microsistema pressupõe uma inter-relação entre as normas que o compõem, o que justifica a incidência das normas do CDC sobre as demais leis processuais coletivas, principalmente as leis que regulam a Ação Civil Pública e a Ação Popular, e que formam o núcleo do microsistema, entendimento este adotado pelo STJ (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 54-55).

Nesse cenário, a autonomia garantida pela lei 9.307/96 deve, na arbitragem coletiva, ceder diante da imperatividade das normas do microsistema processual coletivo. Tal posicionamento está em linha com a própria lei arbitral, que exige das arbitragens o respeito à ordem pública.

Portanto, nas arbitragens coletivas, não há possibilidade de escolha para as partes tanto no direito aplicável quanto nas regras procedimentais: o árbitro deverá decidir com base nas regras do microsistema processual coletivo, e seguir o procedimento nele previsto, com todas as garantias e peculiaridades nele previstas, dentre elas, a publicidade, em regra, dos atos procedimentais, tornando a confidencialidade, muito comum na prática da arbitragem individual, a exceção nas arbitragens coletivas. Estas exigências podem ser facilmente exemplificadas pelas arbitragens coletivas de consumo, nas quais as normas protetivas ao consumidor do CDC não podem ser afastadas pelas partes, mesmo que de modo parcial.

Um outro ponto de controvérsia entre as normas de processo coletivo e arbitrais é a existência de mais de um indivíduo no polo ativo e/ou passivo, e a necessidade de consentimento expresso para se participar de uma arbitragem.

3.2.3. *A multiplicidade de partes, o consenso e a representatividade adequada*

A arbitragem é, diversamente do processo judicial, plenamente baseada na autonomia da vontade das partes. Somente aqueles que manifestarem expressamente sua anuência poderão,

via de regra, participar de um procedimento arbitral. Mais ainda, estas partes devem ser capazes de contratar, sendo este o critério de arbitrabilidade subjetiva. Na arbitragem individual a manifestação da vontade e a arbitrabilidade subjetiva são definidas sem maiores dificuldades pela convenção de arbitragem (aqui compreendidas a cláusula arbitral e o compromisso), baseada, assim, em um negócio jurídico, anterior ou posterior ao conflito.

Contudo, na arbitragem coletiva há questões de ordem teórica e prática que tornam complexas tanto a definição das partes quanto a manifestação de seu consentimento. De início, observa-se que o caráter consensual da arbitragem não pode ser abandonado, uma vez que “a arbitragem se pauta, vigorosamente, no princípio da liberdade. No âmbito da autonomia da vontade das partes contratantes” (MARTINS, 2012, p. [2]). Abrir mão desta autonomia é desvirtuar a essência da arbitragem, retirando seu principal pilar e sua maior diferença e vantagem para o processo judicial.

É necessário, pois, que todas as partes envolvidas na arbitragem aceitem participar do procedimento. Resta saber, entretanto, quem são as partes. Na *class action* dos Estados Unidos, indivíduos podem litigar em conjunto com uma classe, seja no polo ativo ou passivo representados por um membro desta, sendo que a classe e o representante são definidos na fase de certificação. No Brasil, por sua vez, os legitimados para propor uma ação coletiva são taxativamente definidos em lei, carecendo, pois, de um procedimento de certificação, já que a legitimidade é presumida legalmente.

Os legitimados coletivos, públicos e privados, por força da incidência da regra do processo coletivo, devem atuar na arbitragem como substitutos processuais, defendendo, em nome próprio, direito alheio. As associações, quando autoras em uma arbitragem coletiva, atuam na defesa de todos ou de uma parte dos associados.

Contudo, uma vez que não há, no Brasil, os procedimentos de certificação e notificação das *class actions* dos Estados Unidos, aplicados também na arbitragem de classe naquele país, os associados não podem manifestar expressamente consentimento à arbitragem. Tal ausência, por sua vez, é compensada pela possibilidade da parte repudiar a arbitragem coletiva e ingressar com um processo individual, em uma forma de *opt-out*.

Para o polo passivo, é certo que se trata de um modelo *opt-in*, pois a parte deverá manifestar consentimento expresso para ingressar na arbitragem. Cabe aqui, contudo, ressaltar diferenças entre as hipóteses de compromisso arbitral e cláusula compromissória. Na existência de cláusula compromissória, quando a parte já optou antes do litígio pela solução arbitral, é possível que esta seja compelida a participar do procedimento, inclusive judicialmente, nos termos da lei 9.307/96, uma vez que o consentimento, ou o *opt-in*, foi dado na celebração do

negócio. Nos casos de compromisso arbitral, quando a arbitragem é proposta após a questão tornar-se controvertida, a parte contrária deverá ser notificada para manifestar sua concordância, sendo sua recusa impeditiva do prosseguimento da arbitragem.

Nas arbitragens multipartes, por seu turno, ressalta-se que há uma prevalência do *opt-in* tanto para partes no polo ativo quanto no passivo, pois a ausência de um direito coletivo *lato sensu* litigioso permite uma maior flexibilização procedimental e em termos de legitimidade, não havendo, necessariamente, a substituição processual observada no processo coletivo e na arbitragem coletiva. A questão da representatividade também é mais nítida na arbitragem multiparte, porém enseja mais questionamentos na arbitragem coletiva.

3.2.3.1. Arbitrabilidade subjetiva dos legitimados e representatividade adequada na arbitragem coletiva

A ordem pública é um dos limites para a arbitragem individual, por força da lei 9.307/96. Diz a norma arbitral que as partes poderão escolher com liberdade as regras de direito aplicáveis ao procedimento, desde que não violem a ordem pública e os bons costumes. Na definição de Carmona (2009, p. 69), normas de ordem pública “são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os princípios de direito”. Daí a necessidade de limitar a autonomia das partes para que a arbitragem a respeite. A ordem pública difere do interesse público, sendo este último relacionado com a atividade do Estado³.

Os legitimados públicos ao processo coletivo, desse modo, atuam sob o pálio da ordem pública e sem perder de vista o interesse público. Os entes federados e autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, mencionados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, tem presumida sua atuação na defesa dos interesses públicos posto que integrantes da Administração Pública. O Ministério Público, por sua vez, retira a necessidade de respeito à ordem pública e a defesa do interesse público de sua missão constitucional, bem como a Defensoria Pública⁴.

³A doutrina administrativista desdobra o interesse público em primário e secundário. Para Ricardo Alexandre e João de Deus (2018, p. 168), o interesse público primário “é aquele relacionado à satisfação das necessidades coletivas (justiça, segurança, bem comum do grupo social, etc), perseguido pelas atividades-fim do Poder Público (...)”. Já o interesse público secundário “corresponde ao interesse individual do próprio Estado, estando relacionado à manutenção das receitas públicas e à defesa do patrimônio público, operacionalizada mediante exercício de atividades-meio do Poder Público” (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 168).

⁴Referente ao Ministério Público, dispõe o art. 129 da Constituição Federal de 1988 que, dentre suas funções institucionais está “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos

Para Eduardo Talamini (2005, p. [1]), o interesse público é, em si, indisponível, porém, isso não impede que, em algumas situações, o Poder Público não possa “submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar a determinadas pretensões”. Um exemplo são os direitos coletivos *lato sensu* que possuem aspectos disponíveis e patrimoniais, ou os são totalmente, caso dos individuais homogêneos. Outro exemplo, apontado por Talamini (2005, p. [3]), é a possibilidade do uso da arbitragem para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, quando o particular estiver em desvantagem.

Superada a questão da arbitrabilidade objetiva, permanece a dúvida acerca da arbitrabilidade subjetiva. Diz a lei 9.307/96 que podem ser partes aquelas capazes de contratar (e, acrescenta-se, transigir). A lei arbitral, após a reforma de 2015, passou a permitir à Administração Pública participar de arbitragens, por meio do órgão ou autoridade autorizados para realizarem acordos ou transações. Esta arbitragem também deverá ser de direito e pautar-se no princípio da publicidade.

Cabe, contudo, destacar a atuação do Ministério Público. Nos termos do art. 127 da Constituição Federal, o *Parquet* “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, [2020]a). Em sentido semelhante, prevê o Código de Processo Civil que cabe ao órgão ministerial atuar como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolverem, entre outros, interesse público ou social.

Mariani (2015, p. 181) questiona se o texto constitucional limitaria a atuação do Ministério Público ao processo judicial, pelo excerto “função jurisdicional do Estado”, concluindo em sentido negativo. Para o autor é necessário considerar que em 1988, quando promulgada a CF, a arbitragem era incipiente e lhe faltava adequado tratamento legislativo (o que ocorreu com a lei 9.307/96), demandando analisar o texto constitucional “com temperamentos” (MARIANI, 2015, p. 181).

Ademais, a presença do Ministério Público não torna o direito em conflito necessariamente indisponível, não influenciando, assim, na sua arbitrabilidade. O *Parquet* poderá, de fato, contribuir para o procedimento arbitral coletivo e, em essência, importa mais o adequado exercício de sua função institucional do que o ambiente no qual é exercida, se judicial

direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (inciso II) (BRASIL, [2020]a). Quanto à Defensoria, dispõe a CF em seu art. 134 que: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”

ou extrajudicial. Observa-se, inclusive, que já é permitido ao Ministério Público atuar ativamente fora do juízo, como ocorre no inquérito civil. Quanto às questões procedimentais, o MP atuaria de modo semelhante à ação judicial, sendo-lhe permitido dirigir-se ao árbitro ou tribunal arbitral, receber comunicação dos atos e participar de audiências (MARIANI, 2015, p. 181).

Há também a possibilidade de o Ministério Público atuar como parte em uma arbitragem coletiva. Aqui, o campo de sua atuação é mais restrito. Com efeito, o órgão ministerial não possui a autonomia necessária para dispor do direito defendido ou transigir sobre ele, senão nos limites definidos por lei. Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damião Gonçalves (2006, p. [11]) aventaram a hipótese de inserção de uma cláusula compromissória em um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado pelo Ministério Público. Esta autorização poderia abranger, no âmbito subjetivo, os demais legitimados para a propositura da Ação Civil Pública e celebração de TAC (previstos na Lei 7347/85), e, objetivamente, a convenção de arbitragem como um todo, incluindo o compromisso arbitral (NERY, 2017, p. [11]).

Contudo, parece prevalecer na doutrina brasileira uma posição intermediária, com efeito mais acertada e harmônica, na qual se permite aos legitimados públicos coletivos a celebração de convenção de arbitragem, mas dentro de certas balizas. No que diz respeito aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, devido a indisponibilidade inerente a estes direitos, a arbitragem pode se dar quanto ao cumprimento da obrigação, quando esta já foi estabelecida judicialmente ou na hipótese de descumprimento de TAC. Já no caso dos direitos individuais homogêneos, cuja disponibilidade e a patrimonialidade são de plano aferíveis, estas balizas são mais amplas.

Outra questão crucial para as arbitragens coletivas é a adequação da representatividade. No processo coletivo dos Estados Unidos, e, consequentemente na *class arbitration*, a jurisprudência e o direito norte-americanos asseguram o procedimento de certificação, no qual o juiz (ou o árbitro) aferirá se a parte coletiva está adequadamente representada e defendida. No direito europeu, há a possibilidade de um representante escolhido pelas partes, o que lhe confere legitimidade, ou de uma entidade representativa, que deve ser uma autoridade pública ou uma entidade certificada *ad-hoc* com base nas legislações internas dos países membros. Estes estariam, também, aptos a representar o grupo em uma arbitragem coletiva.

No Brasil, onde os legitimados para o processo coletivo estão taxativamente previstos em lei, não há uma definição clara sobre quem deverá representar o grupo, notadamente em arbitragens coletivas. Há uma discussão na doutrina brasileira acerca da possibilidade de um controle judicial da representação, por influência do direito norte-americano, ou se esta decorre

diretamente da lei pela legitimação *ope legis* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 187-188).

Prevalece, contudo, que há espaço para um controle judicial, e isto se daria pelo que a jurisprudência denominou de “pertinência temática”, ou seja, um vínculo de afinidade do tema da ação com o legitimado coletivo, o que valeria, inclusive, para autoridades públicas, como o Ministério Público, além das associações privadas, para as quais a necessidade de pertinência temática torna-se mais evidente (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 188-189). O direito europeu, por sua vez, já prevê, na Recomendação 396, que o representante coletivo guarde pertinência temática com o direito litigioso.

Uma vez que é possível para o juiz controlar a representatividade adequada nos processos coletivos, nada impede que o árbitro, juiz de fato e de direito da causa, tenha o mesmo poder nos procedimentos arbitrais coletivos, ou mesmo nas arbitragens multipartes. Contudo, uma vez que a arbitragem é baseada em um compromisso ou numa cláusula compromissória, quem seria legitimado para firma-los? Para a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover (2006, p. [14]), os legitimados para assinar a convenção de arbitragem seriam os mesmos para a ação coletiva, com base na máxima do “quem pode o mais, pode o menos”.

A representatividade, por sua vez, estaria vinculada à legitimidade para a convenção de arbitragem, ou, nas exatas palavras da Prof.^a Ada, “dentro da idéia da legitimação para as ações coletivas está embutido outro conceito que é o da representatividade adequada” (GRINOVER, 2006, p. [14]). Logo, um membro do Ministério Público legitimado para uma determinada Ação Civil Pública estaria, por exemplo, apto a firmar uma convenção de arbitragem e representar um grupo (ou a coletividade) em uma arbitragem coletiva, o que pode ser estendido às outras autoridades públicas. Quanto às associações, o representante será definido conforme seus regimentos internos.

Uma última questão sobre a multiplicidade de partes na arbitragem é a intervenção de terceiros, e a conseqüente complexidade que esta traz para o procedimento arbitral.

3.2.3.2. Intervenção de terceiros

A intervenção de terceiros é um instituto tipicamente processual, contudo, a doutrina discute sua aplicabilidade na arbitragem. O Código de Processo Civil elenca e regulamenta, em seus arts. 119 a 138, as seguintes hipóteses de intervenção: assistência; denúncia da lide;

chamamento ao processo; o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae* (BRASIL, [2019]c).

A assistência, nos termos do art. 119, é o ingresso no processo de terceiro interessado no desfecho favorável deste para uma das partes para assisti-la. A assistência poderá ser simples, quando auxiliará a parte, possuindo os mesmos poderes e arcando com os mesmo deveres que esta (art.121) ou litisconsorcial (art.124), quando o assistente será litisconsorte da parte, na hipótese de o resultado do processo interferir em sua relação jurídica com a parte (BRASIL, [2019]c)⁵.

A denunciação da lide é exclusiva da parte autora, e consiste no ingresso no polo ativo daqueles definidos na lei processual, que pode ser aceito ou forçado . Nos termos do art. 125, I e II do CPC, pode ser feita ao alienante imediato para exercício dos direitos decorrentes da evicção ou àquele obrigado a ressarcir por direito de regresso. O chamamento ao processo, semelhante à denunciação da lide, permite ao polo passivo convocar o afiançado, quando somente o fiador for réu, os demais fiadores, quando a ação não foi proposta contra todos, ou demais devedores solidários, quando não forem todos demandados (BRASIL, [2019]c).

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137, como o próprio nome indica, é um procedimento, dispensado somente quando requerida a desconconsideração na petição inicial, que visa afastar a alienação ou oneração de bens da pessoa jurídica para o sócio, em fraude à execução. O CPC permite, ainda, a desconconsideração inversa, quando o sócio, com propósito ilícito, transfere bens à pessoa jurídica. Por fim, o *amicus curiae*, previsto no art. 138, é a possibilidade de participação de pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada, mediante autorização do juiz ou relator em decisão irrecorrível. O julgador deve considerar, para a participação do *amicus* “a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (BRASIL, [2019]c).

Estas modalidades de intervenção de terceiros podem ser, em geral, aplicadas ao processo coletivo. Todavia, o microssistema traz algumas diferenças. Quanto ao litisconsórcio, a Lei da Ação Civil Pública expressamente o autoriza em seu art. 5º, §2º, limitado, contudo, aos legitimados coletivos. Esta autorização, ainda, é extensiva a todo o microssistema processual coletivo, não estando restrita à Ação Civil Pública, mas deverá haver concordância prévia entre

⁵A oposição, considerada intervenção de terceiros pelo Código de 1973, sob a vigência do CPC/2015 ganhou o status de procedimento especial. De todo modo, Mariani (2015, p. 170-171) a afasta no processo coletivo e na arbitragem, por entender, de modo acertado, que sua admissão desvirtuaria elementos básicos da ação coletiva, em especial a legitimidade ativa e a natureza dos direitos em litígio.

os litigantes. Quando não for possível o litisconsórcio, será possível a assistência, vedado o ingresso de terceiros não legitimados nas ações que versarem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito (MARIANI, 2015, p. 165).

Em sede de direitos individuais homogêneos ocorre o oposto: dispõe o art. 94 do CDC que, ajuizada a ação, será publicado edital em órgão oficial para dar conhecimento aos interessados para intervirem como litisconsortes. Entretanto, em uma interpretação sistemática do microsistema processual coletivo, ressalta-se que o pedido de intervenção deve ser tempestivamente solicitado, sendo permitido ao juiz, ainda, limitar o número de litigantes nos termos da legislação processual, aplicável também, por analogia, à assistência (MARIANI, 2015, p. 166).

Merece também destaque a limitação da denunciação da lide em matéria de consumo. Nos termos do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor a denunciação é vedada nos casos de responsabilidade do comerciante pelo fato do produto ou do serviço. Por analogia, e com a finalidade de evitar o tumultuamento do processo coletivo, vislumbra-se possível a aplicação do art. 125, §2º do CPC, que limita a denominada denunciação sucessiva ou denunciação da denunciação, dispondo que o denunciado poderá utilizar o recurso somente uma vez, trazendo outra parte para o polo ativo.

A arbitragem, apesar de compartilhar a definição processual de “terceiro”, sendo aquele que não é parte, possui peculiaridades que devem ser levadas em conta, e a principal delas é a limitação da jurisdição do tribunal arbitral, posto que este não tem jurisdição sobre todos, mas somente sobre aqueles que estão vinculados à convenção de arbitragem, como esclarece Monteiro (2018, p. [5]):

De facto, importa não esquecer que a convenção de arbitragem delimita o âmbito subjectivo do processo arbitral, pelo que se o terceiro não assinou a convenção de arbitragem, nem está, de alguma forma, vinculado pela mesma, pura e simplesmente não poderá intervir – o tribunal arbitral não terá jurisdição em relação a esse terceiro; dir-se-á, a este propósito, que nem o terceiro pode impor às partes a sua intervenção espontânea, nem as partes podem forçar a sua intervenção provocada.

Com efeito, não é necessário que o terceiro tenha assinado a convenção, mas, para participar da arbitragem, deve possuir alguma relação com ela. Outro aspecto é, novamente, a voluntariedade. Considerando que esta é “a pedra angular da arbitragem”, é necessário que o terceiro consinta em participar do procedimento (MONTEIRO, 2018, p. [5]). Na doutrina brasileira, Carmona (2009, p. 83), ressalta a necessidade de que os interessados, entenda-se não só os terceiros, manifestem seu consentimento.

A participação do terceiro não signatário da convenção de arbitragem, seja ele pessoa física ou jurídica importaria, a princípio, numa extensão da convenção de arbitragem para abarca-lo. As doutrinas portuguesa e brasileira rechaçam esta possibilidade, mas conferem soluções distintas para o problema. Em Portugal, Monteiro (2018, p. [6]) compreende que não há uma extensão da convenção, quiçá uma intervenção de terceiros, pois o terceiro que se acha vinculado à convenção é, na verdade, parte desta, e a pertinência desta vinculação deverá ser analisada caso a caso pelo tribunal arbitral.

Carmona (2009, p. 82) esclarece o âmbito em que estas situações ocorrem com mais frequência na arbitragem, e faz importante questionamento:

em sede de comércio internacional é comum que uma das empresas de determinado grupo econômico celebre um contrato (que contenha cláusula compromissória, por exemplo), embora diversas sociedades componentes do mesmo grupo tenham participado ativamente da relação jurídica. Seria tal atuação suficiente para arrastar empresas a eventual juízo arbitral decorrente do contrato que não firmaram?

A Câmara de Comércio Internacional (CCI), sediada em Paris, possui precedente positivo, no sentido de permitir a extensão da convenção de arbitragem a um grupo de sociedades, mesmo quando somente uma das sociedades a ele pertencentes tenham firmado a convenção, desde que tenham participado de modo relevante no negócio (CARMONA, 2009, p. 82-83).

No Brasil, contudo, o autor não vê possível essa solução, e também não compreende o terceiro como vinculado à convenção, não tendo celebrado o compromisso arbitral ou firmado o contrato no qual consta a cláusula compromissória. (CARMONA, 2009, p. 83). Para as arbitragens coletivas, a solução mais restrita da doutrina brasileira parece ser a que melhor se adapta ao procedimento.

Carmona (2009, p.83), também entende não ser possível o emprego do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do Código Civil (e atualmente no art. 133 do CPC). O incidente, segundo o autor invocado por alguns como forma de expansão da convenção de arbitragem, não pode ser manejado na via arbitral, justamente por ser inadmissível que a decisão do árbitro inclua parte que não lhe outorgou jurisdição, sendo ineficaz tal decisão.

Portanto, levando-se em conta todos os elementos, a posição de Mariani (2015, p. 175) sobre admissibilidade da intervenção de terceiros em arbitragens coletivas parece ser a mais acertada. Para o autor, são cabíveis a assistência, o litisconsórcio e o *amicus curiae*, pois

ao mesmo tempo em que se agregam terceiros que vêm de forma a colaborar com a solução do litígio originário, são modalidades de intervenção que, por sua própria natureza, só se fazem viáveis por iniciativa/concordância do

terceiro. Atende-se, assim, ao que de melhor o processo coletivo e a arbitragem podem oferecer (MARIANI, 2015, p. 175).

Com efeito, as referidas modalidades de intervenção de terceiros harmonizam as principais características da arbitragem, em especial seu caráter consensual, com a maior flexibilidade do procedimento e a primazia da solução do mérito e da atividade satisfativa ampla, inerentes ao processo coletivo.

A par da multiplicidade de partes, outra questão pertinente para um modelo de arbitragem coletiva brasileiro é a definição do modo como uma sentença arbitral coletiva será executada, e sobre quem recairão seus efeitos.

3.2.4. *Cumprimento da sentença arbitral coletiva e a coisa julgada*

A decisão final do árbitro, com a lei 9.307/96, ganhou autonomia do Poder Judiciário e o título de sentença arbitral, não dependendo mais de homologação do juiz estatal para surtir plenos efeitos. Contudo, apesar da autonomia e do reconhecimento do caráter judicial da arbitragem, devido a sua natureza consensual e contratual, esta carece de coercitividade, não detendo o poder de império do Estado. O CPC/2015, por sua vez, conferiu à sentença arbitral o status de título executivo judicial, permitindo seu cumprimento pelo procedimento dos arts. 513 e seguintes da lei processual.

A sentença arbitral coletiva deverá ter os mesmos moldes de sua correspondente individual, sujeitando-se às normas do art. 26 da lei 9.307/96. Não haveria óbice também para o emprego da ação anulatória, nas hipóteses da lei de arbitragem, previstas nos arts. 32 e seguintes. Quanto ao cumprimento da sentença, por sua vez, a base normativa será o microssistema processual coletivo, dependendo da modalidade do direito sob o qual versava a controvérsia.

O cumprimento de sentença, no processo coletivo, como já analisado *supra*, é comum para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito e diferenciado para os individuais homogêneos. Para os dois primeiros, o cumprimento será coletivo, promovida pelos legitimados coletivos, inicialmente para o autor da ação, e subsidiariamente, por outro. No caso dos direitos individuais homogêneos a execução é individual, devendo os interessados se habilitarem no processo, promovendo a liquidação de sua parte. Na ausência de habilitados no período de um ano, caberá o cumprimento a um legitimado coletivo, com destaque para o Ministério Público.

A liquidação é imprescindível devido a necessidade de individualização das situações

particulares, “delimitando de maneira precisa aqueles que se dizem membros da coletividade e a extensão do seu dano, de forma a possibilitar ao demandado que exerça o devido contraditório também nessas fases [do cumprimento da sentença arbitral]” (MARIANI, 2015, p. 183). Quanto ao foro, a liquidação será, em regra, processada no juízo arbitral, porém é permitida no juízo estatal, a critério do legitimado coletivo ou da pessoa lesada, sendo possível a convivência de liquidações nas duas vias (MARIANI, 2015, p. 184-185). No mais, o cumprimento da sentença arbitral coletiva seguirá os trâmites da sentença judicial.

Quanto à coisa julgada, por sua vez, a natureza consensual da arbitragem entra em conflito com as regras do microssistema processual coletivo. No processo judicial coletivo, nos termos do CDC, a coisa julgada poderá afetar a todos, no caso dos direitos difusos, da totalidade do grupo ou da classe, nos direitos coletivos *stricto sensu* ou dos indivíduos que participaram da demanda no caso de direitos individuais homogêneos, a depender da procedência ou improcedência da ação.

Na arbitragem individual, contudo, a lei 9.307/96 dispõe em seu art. 31 que a sentença arbitral produzirá, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença judicial. Tendo em vista a necessária manifestação de vontade para participar de um procedimento arbitral é possível cogitar que “apenas aqueles que quiserem arbitrar seus conflitos serão sujeitos aos efeitos da arbitragem” (PEREIRA; QUINTÃO, 2015, p. [4]), ou seja, somente se sujeitariam à coisa julgada material aqueles que consentiram com o ingresso na arbitragem.

Contudo, as normas do microssistema processual coletivo possuem expresso caráter de ordem pública e, por este motivo, nas arbitragens coletivas, as partes não possuem a autonomia procedimental garantida pela lei 9.307/96. Não é diferente quanto à coisa julgada, uma vez que, no microssistema, há um regramento próprio para o assunto nos arts. 103 e 104 do CDC, o mesmo diploma no qual consta o caráter de ordem pública de suas normas. Nestes termos, e considerando que o respeito à ordem pública é inafastável na arbitragem, por disposição expressa da lei 9.307/96, é certo que o regime da coisa julgada nas arbitragens coletivas deverá respeitar o microssistema processual coletivo, notadamente o CDC.

A aplicação do modelo de coisa julgada do microssistema processual coletivo nas arbitragens coletivas, a coisa julgada *secundum eventum litis*, implica na possibilidade de a parte prejudicada por um desfecho desfavorável ingressar em juízo para a tutela de seus direitos, com fundamento, também, no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Tal fato tem potencial de tornar pouco atrativa a arbitragem coletiva para empresas, notadamente as que atuam no mercado de consumo, pois o procedimento arbitral não impediria uma eventual ação judicial coletiva. Nos Estados Unidos, a posição inicial favorável da

Suprema Corte em relação às arbitragens de classe culminou em uma reação das empresas por meio da inserção, em convenções de arbitragem, da proibição expressa de *class arbitrations*. É possível cogitar reação semelhante de empresas brasileiras, quando a arbitragem coletiva se desenvolver com mais vigor no país, sendo esta uma questão que, certamente, demandará posicionamento dos tribunais superiores.

A análise da coisa julgada na arbitragem coletiva acende, ainda, um alerta para a possibilidade de conflitos entre a arbitragem coletiva e o processo coletivo.

3.3. Arbitragem coletiva *versus* processo coletivo: um conflito entre sistemas

A proposta de um modelo de arbitragem multipartes no Brasil depende da aplicação de regras da tutela processual coletiva. Contudo, não se busca uma fusão entre os dois sistemas, posto que as peculiaridades de ambos, aqui já trabalhadas, impediriam que isto ocorresse sem graves prejuízos. A manutenção desta independência, por sua vez, implica em um risco de controvérsias envolvendo a simultaneidade de procedimentos, notadamente em razão das características da legitimidade coletiva.

Como já analisado, há uma pluralidade de legitimados coletivos, e esta legitimidade é autônoma, não sendo exigido um litisconsórcio ou a concordância de todos para que um inicie um processo coletivo. Logo, se duas ou mais partes possuem autonomia para ingressar em juízo para a defesa dos direitos coletivos, é possível que isto ocorra ao mesmo tempo e em relação aos mesmos fatos.

Destacam-se, nessas situações, dois elementos processuais: a conexão e a litispendência. Para Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2016, p. 147), conexão é “uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais”. Essas demandas, por sua vez, devem ser distintas, mas devem manter entre si “algum nível de vínculo” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR 2016, p. 147).

A conexão tem como efeito jurídico mais comum a modificação da competência, reunindo em um único juízo todas as causas conexas. No processo coletivo, o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública torna prevento, ou seja, competente para todas as causas que tenham a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, o juízo da primeira ação proposta (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 147).

A litispendência, por sua vez, tem a dimensão de pressuposto processual negativo, por impedir nova propositura de ação ainda pendente de análise, ainda não julgada. Há litispendência quando houver identidade de partes, pedido e causa de pedir, ou seja, quando a mesma questão controvertida originar dois processos. Em complemento, ocorrerá a litispendência quando uma mesma situação jurídica litigiosa tem sua solução buscada em mais de um processo. O processo coletivo, pela natureza da legitimidade, também admite a litispendência sem coincidência de partes, bastando identidade de pedido e causa de pedir (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; 2016, p. 150, 154-155).

A resolução da litispendência no processo individual é a extinção do processo mais recente sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V do CPC, que poderá ser aplicada ao processo coletivo. Contudo, nas hipóteses de litispendência coletiva sem identidade de partes, a solução não poderá ser a extinção de um dos processos; será necessária a reunião deles para julgamento conjunto (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 155). Indaga-se, pois, quais seriam as soluções possíveis quando um dos processos tramitar no juízo arbitral, questionamento também feito por Mariani (2015, p. 122).

No caso de um dos colegitimados coletivos iniciar uma arbitragem, seriam três comportamentos para os demais: intervir na arbitragem, o que, como já visto, seria possível, manterem-se inertes ou questionar a litispendência, especialmente na hipótese de ajuizamento de ação judicial por outro legitimado. Nesta última hipótese, haveria litispendência entre a arbitragem e o processo judicial? A resposta é positiva (MARIANI, 2015, p. 122), com o que aqui se concorda.

Uma vez possível a litispendência, dois cenários exsurtem, com soluções distintas. Na hipótese de arbitragem preceder o processo judicial, o juiz poderá determinar a reunião dos processos, o que traria dificuldades técnicas insuperáveis, sendo, na prática, um caminho pouco viável. A impossibilidade de união dos processos leva à oportunidade de o autor do processo coletivo ingressar, com o seu consentimento, na arbitragem anteriormente instaurada; caso não consinta, seu processo judicial culminará, fatalmente, em uma sentença de extinção sem julgamento do mérito (MARIANI, 2015, p. 123-124).

Na hipótese de o processo judicial preceder à arbitragem coletiva, entende-se que esta restaria prejudicada. Tal solução, longe de afrontar a autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, ressalta o caráter jurisdicional do procedimento arbitral, resolvido pela aplicação do instituto da litispendência, utilizado para dirimir conflitos processuais, tanto que, na situação oposta, é a própria ação judicial que poderá ser fulminada. É possível cogitar, contudo, uma suspensão da arbitragem coletiva até que se conclua o processo judicial, que

poderá prosseguir caso o resultado no juízo estatal seja desfavorável à coletividade, respeitadas as regras dos efeitos da coisa julgada.

Apresentados os pressupostos e os limites da aplicação das regras do processo coletivo à arbitragem, cumpre observar em quais direitos coletivos a arbitragem poderá enquadrar-se com mais êxito.

3.4. Direitos coletivos em espécie e a arbitragem coletiva

Dois ramos do direito se destacam como campos possivelmente promissores para a aplicação da arbitragem coletiva: o direito do consumidor e o direito empresarial. Quanto ao primeiro, verifica-se que o processo coletivo já é largamente empregado, sendo o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei 7.347/85, as principais normas do microssistema processual coletivo brasileiro.

Em direito do consumidor há também uma predominância de direitos individuais homogêneos e de ações indenizatórias, que cumprem, via de regra, os requisitos de arbitrabilidade objetiva sem maiores desafios. Por outro lado, há a intrincada questão dos contratos de adesão em matéria de consumo, nos quais a própria arbitragem individual é limitada por lei.

No âmbito do direito empresarial e societário há também direitos coletivos patrimoniais e disponíveis, portanto, arbitráveis, bem como um uso amplo e bem-sucedido da arbitragem individual. Todavia, neste ramo jurídico há maior possibilidade de existirem arbitragens complexas, bem como outros empecilhos para a arbitragem, tais como questões de ordem pública, participação de entes públicos e a proteção de acionistas minoritários.

3.4.1. Direito do consumidor

A arbitragem em direito do consumidor teve seu campo de incidência restrito pelo Código de Defesa do Consumidor. Como lei protetiva do consumidor, o CDC traz um rol exemplificativo de cláusulas abusivas em seu art. 51, consideradas nulas de pleno direito. Dentre elas está a “utilização compulsória de arbitragem” (BRASIL, [2017]a). Esse dispositivo legal é resultado de um receio inicial do legislador no uso da arbitragem como alternativa ao processo judicial (em detrimento do consumidor). Todavia, estes receios foram sobrepostos

pelos benefícios da arbitragem, evidenciados pelo desenvolvimento tecnológico (ALEM; MEDICI JUNIOR, 2008, p. 283).

Outro receio externado no CDC é o da possibilidade de danos causados aos consumidores por contratos de adesão, prevendo que cláusulas que limitem os direitos do consumidor devem ser destacadas⁶. No mesmo sentido, o Código Civil dispõe que as cláusulas duvidosas em contratos de adesão são interpretadas em favor do aderente⁷. A lei de arbitragem, por sua vez, em sua redação original já previa a possibilidade de cláusula compromissória em contratos de adesão, porém, nos termos do art. 4º, §2º, esta só terá eficácia se “o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (BRASIL, [2015]).

A doutrina debateu sobre a compatibilidade do art. 4º, §2º da lei arbitral, seis anos mais recente que o CDC, com seu art. 51, VII. Uma corrente considerava impossível a arbitragem em contratos de adesão, outra entendia que o dispositivo da lei 9.307/96 revogara tacitamente a proibição de utilização compulsória de arbitragem do código consumerista. Contudo prevaleceu, e com acerto, corrente intermediária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que defende a harmonização entre as normas, considerando que persiste a vedação do CDC, trazendo a lei de arbitragem requisitos para que a cláusula compromissória fosse válida e eficaz nesses contratos (ALEM; MEDICI JUNIOR, 2008, p. 284-287).

A arbitragem coletiva de consumo enfrenta, como principais desafios, a falta de um “regulamento procedimental que se amolde às peculiaridades de uma demanda coletiva” (ALEM; MEDICI JUNIOR, 2008, p. 295). Como exemplos de previsões que este regulamento poderia ter, os autores citam a possibilidade de coletivização de arbitragens individuais derivadas de um mesmo modelo contratual, ou que digam respeito a mesma espécie de direito individual, ou como os árbitros interagirão com o Ministério Público, em sua função de fiscal da lei (ALEM; MEDICI JUNIOR, 2008, p. 295). Tais medidas, se existentes, de fato auxiliariam o desenvolvimento de arbitragens de consumo.

Quanto à arbitrabilidade, os direitos coletivos de consumo poderiam seguir as mesmas diretrizes já apontadas. Neste sentido, há maior campo para a arbitragem coletiva em sede de

⁶Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (...). § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (BRASIL, [2017]a).

⁷Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (BRASIL, [2020]b).

direitos individuais homogêneos, comuns em matéria consumerista. Para Além e Médici Junior (2008, p. 295), apenas os direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos seriam arbitráveis. Os primeiros, a depender da patrimonialidade e disponibilidade a serem analisadas no caso concreto, os últimos, pela sua natureza claramente divisível, tem os requisitos de arbitrabilidade aferíveis com mais facilidade.

Como já visto, as normas do Código de Defesa do Consumidor, bem como do microssistema processual coletivo, são de ordem pública, e não podem ser afastadas por vontade das partes. O CDC também veda a utilização compulsória de arbitragem, o que pode ser visto como um impeditivo. Apesar destes fatos, Arnaldo Wald (2016, p. [10]) entende que a arbitragem de grupos em relações de consumo é possível, desde que garantido amplo direito de defesa e afastadas quaisquer formas de abuso de direito.

Depreende-se, pois, que há viabilidade para a arbitragem coletiva de consumo, notadamente quando a controvérsia envolver direitos individuais homogêneos, não sendo as normas consumeristas impeditivos para sua realização. Exige-se, todavia, um maior rigor procedimental, notadamente quanto ao consentimento do consumidor, que deverá ser expresso, após o fornecimento de todas as informações pertinentes e os esclarecimentos de quaisquer dúvidas.

O direito empresarial e societário, por sua vez, pela natureza dos conflitos normalmente a ele inerentes, indicam uma maior adaptabilidade da arbitragem coletiva, bem como das arbitragens multipartes.

3.4.2. *Direito empresarial e societário*

No direito empresarial, as relações jurídicas são predominantemente patrimoniais e disponíveis. Com efeito, a arbitragem tem sua origem na resolução de conflitos comerciais na Idade Média, e se mantém até os dias atuais como uma das principais formas de solução de controvérsias nesta matéria. Os principais atributos da arbitragem, confidencialidade, celeridade e flexibilização procedimental são atrativos notadamente para as grandes corporações e para as arbitragens internacionais, que optam por ela em detrimento do processo judicial.

Logo, a arbitragem individual é uma antiga realidade para o direito empresarial, mesmo no Brasil, onde o instituto se desenvolveu tardiamente em relação a outros países. Na

arbitragem coletiva, o direito empresarial tem uma posição de vanguarda, sendo sobre este tema as primeiras arbitragens coletivas no país.

O direito empresarial também não é estranho ao processo coletivo. Em alguns casos, “o interesse de grandes grupos de investidores individuais converge numa mesma direção (podendo caracterizar a existência de direito individual homogêneo)” (MARIANI, 2015, p. 121). Por este motivo, o legislador brasileiro, por meio da lei 7.913/89, criou a possibilidade de utilização da Lei da Ação Civil Pública “para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado” (MARIANI, 2015, p. 121).

A lei 7.913 limitou a titularidade desta ação coletiva ao Ministério Público, agindo de ofício ou por provocação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), todavia, a própria norma autoriza a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública, o que para Mariani (2015, p. 121), permite, acertadamente, a ampliação da legitimidade ativa a todos os legitimados coletivos. O caráter de defesa de direito individual homogêneo de acionistas e investidores se torna nítido com a previsão do art. 2º da lei, que dispõe serem os valores obtidos na condenação revertidos aos lesados, permanecendo depositados em conta do juízo até que os indivíduos promovam as respectivas habilitações.

Na esteira do processo coletivo, a arbitragem comercial coletiva poderá também ser utilizada, e “pode em muito contribuir com a boa prestação jurisdicional” (MARIANI, 2015, p. 121). Contudo, apesar de não trazer maiores desafios quanto à arbitrabilidade objetiva e sua adaptabilidade ao processo coletivo, e, no âmbito da arbitrabilidade subjetiva, a participação do Estado, notadamente por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

No direito empresarial e societário também possui destaque as arbitragens multipartes, uma vez que os litígios nesta área não raro envolvem multiplicidade de pessoas físicas ou jurídicas, mas não direitos coletivos, e sim direitos individuais interligados por relações comerciais ou empresariais, o que se evidencia nos casos envolvendo grupos de sociedades.

3.4.2.1. Arbitragem de grupos de sociedades

As arbitragens de grupos de sociedades podem ser denominadas, como os direitos individuais homogêneos, de “acidentalmente coletivas”. Todavia, quando não se observar a situação de lesão a direitos coletivos, ainda que individuais homogêneos, este tipo de arbitragem se enquadrará na modalidade multipartes, pois haverá uma pluralidade de envolvidos.

Para Gustavo Tepedino (2011, p. [2]), “a teoria do grupo de sociedades traduz o fenômeno, mais econômico que jurídico, da união de várias sociedades independentes entre si sob direção comum”. Ainda conforme o autor, no Brasil, com base na lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) os grupos societários são divididos em grupos de direito, quando a união é formalizada, indo além do controle acionário, e de fato, quando há apenas o controle acionário (TEPEDINO, 2011, p. [2]).

A legislação societária brasileira impõe restrito controle sobre as relações entre os grupos, para que os negócios de uma sociedade do grupo não sofram influência de outra sociedade em razão da ligação existente entre elas (TEPEDINO, 2011, p. [2]). Contudo, tais restrições não impedem que uma sociedade integrante de um grupo participe de arbitragem na qual outra sociedade do mesmo grupo tenha firmado, sozinha, contrato com cláusula compromissória.

Porém, para Tepedino (2011, p. [3]), uma eventual extensão de cláusula compromissória neste cenário deve observar peculiaridades do grupo e do negócio celebrando, sendo, portanto, uma análise casuística. Por este motivo, o autor viu a necessidade de um aprofundamento no estudo, utilizando como base os parâmetros fixados na experiência internacional, notadamente na jurisprudência da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Da análise dos julgados da CCI, o autor concluiu que “o Tribunal busca em elementos distintos da assinatura o consentimento dos envolvidos, pois parte da premissa de que não se afigura possível tornar-se parte de procedimento arbitral sem com ele consentir” (TEPEDINO, 2011, p. [6]).

De modo geral, o comportamento das sociedades no negócio indicará se outras integrantes do grupo além da signatária da cláusula arbitral poderão participar da arbitragem. Dos julgados da CCI se extraem como atitudes diversas da assinatura que indicam o consentimento para envolver o grupo a atuação do presidente do grupo nas negociações, ou a clara intenção das partes em envolver outras sociedades do grupo no negócio. Todavia, a CCI já considerou que a própria existência do grupo de sociedades gera uma presunção de consentimento, presunção relativa, capaz de ser revertida pela análise do caso concreto. É fundamental, assim, que o consentimento seja evidente, ratificado pela existência de outros elementos que não a assinatura da cláusula compromissória (TEPEDINO, 2011, p. [3-6]).

No Brasil, a celeuma sobre a possibilidade de extensão da cláusula compromissória é mais relevante no caso dos grupos de sociedades de fato, por serem mais comuns (bem como inexistir um vínculo formal, apenas controle acionário). Também no país é necessária uma análise casuística para aferir se o controle comum é suficiente para se presumir o consentimento

das sociedades do grupo, sendo este indispensável. Também não se afigura como óbice à extensão a obrigatoriedade de cláusula compromissória escrita, prevista na lei de arbitragem, pois o que se analisa é a sua força vinculante sobre partes não signatária (TEPEDINO, 2011 p. [6-7]).

No país a extensão também se baseia no comportamento das sociedades do grupo, demonstrando a possibilidade de extensão quando não signatárias atuarem ativamente na elaboração do contrato ou na sua execução (TEPEDINO, 2011, p. [7]). Conclui-se, pois, que a arbitragem de grupo de sociedades poderá ser, de fato, acidentalmente coletiva. Entretanto, verifica-se um melhor enquadramento no âmbito das arbitragens multipartes, pois haverá uma pluralidade de envolvidos, que adviria não da celebração da convenção de arbitragem por uma série de pessoas, mas pela extensão desta, discutindo direitos e interesses individuais das respectivas sociedades envolvidas, sem um tratamento coletivo.

3.4.2.2. A cláusula compromissória estatutária e as sociedades de economia mista

A inserção de cláusula compromissória em contratos empresariais e societários é prática comum no Brasil e no mundo. Entretanto, a natureza jurídica e as particularidades da sociedade anônima tornam controversa a amplitude da cláusula arbitral em relação aos associados.

A sociedade anônima, S.A. ou companhia, “é constituída por um contrato associativo (ou plurilateral), que cria uma organização perene e se distingue nitidamente dos contratos de troca” (LOBO, 2009, p. [3]). A distinção reside no fato de o contrato da sociedade anônima ser aberto, e permitir a alteração das participações societárias de modo semelhante à circulação de mercadorias, o que também autoriza a presença de sócios desconhecidos entre si, com irrelevância das relações pessoais entre eles, podendo revezarem-se no quadro social sem que o contrato constitutivo seja afetado. Por estes motivos, o contrato que origina a sociedade anônima é distinto da norma que a regula internamente: o estatuto (LOBO, 2009, p. [3]).

O estatuto da S.A. é o ordenamento da sociedade, com status de lei perante os acionistas presentes e futuros, e tem como fontes o ordenamento jurídico do Estado e o contrato constitutivo (LOBO, 2009, p. [3]). Desde 2001, por meio de uma alteração na Lei das Sociedades Anônimas (art. 109), é possível a resolução de disputas societárias por meio de arbitragem (BRASIL, [2020]c), o que permitiu o surgimento das cláusulas compromissórias estatutárias. A doutrina diverge sobre se a cláusula compromissória estatutária vincula somente os acionistas que a aprovaram ou a todos, atuais e futuros.

Para Carlos Augusto da Silveira Lobo (2009, p. [2-3]) retirar da incidência da cláusula os acionistas futuros é incompatível com o regime jurídico da sociedade anônima, e implica em desenvolvimentos que vão de encontro ao anonimato, inerente ao próprio tipo societário. Ainda conforme o autor, “Tal como as demais disposições do estatuto social, a Cláusula Compromissória Estatutária incorpora-se à ação e com ela circula. Quem adquire ações de companhia (...) está ipso facto vinculando-se à Cláusula” (LOBO, 2009, p. [4]), entendimento que aqui se adota.

Entretanto, dentre as sociedades anônimas se destaca a sociedade de economia mista, tipo especial de companhia que tem participação majoritária de ente público. Este tipo societário pode ser definido como “uma sociedade anônima de capital aberto cujo acionista majoritário é o governo brasileiro” (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [2]). A Petrobrás, talvez a maior e mais notável sociedade de economia mista, no ano de 2002, seguida da alteração na Lei 6.404/76, inseriu em seu estatuto uma cláusula compromissória ampla, vinculando a própria companhia, acionistas, conselheiros fiscais e administradores, determinando como órgão arbitral⁸.

Isto posto, a principal dificuldade acerca da admissibilidade da arbitragem coletiva em S.A. recai sobre a aplicação dos efeitos amplos da cláusula compromissória estatutária na sociedade de economia mista, em especial para o ente público controlador. Isto é evidenciado no caso da Petrobrás envolvendo acionistas lesados pela depreciação do valor da companhia devido aos atos ilícitos que a envolveram nos últimos anos.

Um grupo de acionistas, sentindo-se prejudicados pela abrupta queda no valor da Petrobrás na Bolsa de Valores de Nova York, ingressou com uma *class action* na Corte Distrital Federal Sul do estado nova-iorquino, requerendo uma reparação pelas perdas financeiras, em caso conhecido como *In re Petrobras Securities Litigation* (oficialmente *Civil Action 14-cv-09662*) (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [1-2]). Os fatos que embasam a ação coletiva são os seguintes:

Os autores da ação alegam que a Petrobras estava no centro de um antigo e multibilionário esquema de subornos e propinas, em razão do qual os acusados

⁸Corapi e Araújo (2017, p. [4]) transcrevem a referida disposição estatutária: Art. 58. Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

produziam declarações falsas e enganosas em suas demonstrações financeiras, no que tange aos gastos em infraestrutura, bens imóveis e equipamentos, e também no que diz respeito à integridade da sua administração e efetividade de seu controle financeiro e orçamentário, todas condutas que violariam o Securities Exchange Act de 1934, o Securities Act de 1933⁹ e a lei brasileira, além de levar os investidores a engano, na aquisição das ações, e ao subsequente prejuízo econômico (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [3]).

Alegam pois os requerentes que foram induzidos a erro pela Petrobrás, que aparentava ser uma forte, hígida e bem administrada empresa, mas em verdade era afetada internamente por um esquema de corrupção de grandes proporções, envolvendo diretamente seus dirigentes e políticos brasileiros. A empresa seria, então, responsável por reparar as perdas financeiras decorrentes da redução de seu valor de mercado pela descoberta das condutas ilícitas.

Em sua defesa, a Petrobrás alegou que a ação não deveria ser conhecida, pois em seu Estatuto há, desde 2002, uma cláusula compromissória geral, remetendo as disputas envolvendo acionistas e a sociedade para a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). Em análise do caso, o Juiz Federal responsável pela *class action*, acatando parcialmente as alegações da companhia brasileira, certificou a ação de classe apenas em relação aos acionistas que compraram ações na Bolsa de Nova York, sendo estes submetidos à jurisdição dos Estados Unidos e às normas do país. Os demais acionistas, que compraram ações na Bovespa, deveriam sujeitar-se à arbitragem conforme a cláusula compromissória estatutária. A decisão foi tomada em julho de 2015 (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [4]).\

Para os autores, dentro das matérias sujeitas a quórum qualificado pela Lei 6.404/76, e do direito de retirada de sócios, a decisão da justiça americana foi condizente com a legislação brasileira, pois

a solução definitivamente propugnada pela lei para o problema do alcance subjetivo da cláusula arbitral foi, portanto, obrigar a todos os acionistas, uma vez que tenha sido aprovada a inserção de convenção de arbitragem, garantindo, aos dissidentes, direito de recesso com o devido reembolso de suas ações (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [11]).

Com efeito, o juiz estadunidense, na decisão, mencionou que o art. 109 da lei de sociedades anônimas brasileira autoriza expressamente a inclusão de cláusulas arbitrais, e que, segundo as novas regras do mercado, as empresas deveriam adotar obrigatoriamente cláusulas compromissórias em seus estatutos, como estabelecimento de um padrão mais elevado de governança corporativa. O magistrado também constatou que a Petrobrás, por meio de resolução do conselho e voto dos acionistas, aprovou a inclusão da cláusula arbitral, tornando

⁹Ambas são as normas reguladoras e protetivas do mercado de títulos e ações dos Estados Unidos, e compõem, respectivamente, os capítulos 2B e 2A do Título 15 do *United States Code*.

claro para os acionistas atuais e futuros, nas declarações anuais ao órgão regulador do mercado nos EUA, a existência da cláusula (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [11]).

O magistrado norte-americano, com menção a doutrinadores brasileiros, entendeu que o acionista, ao comprar ações de uma companhia após a inserção de cláusula compromissória estatutária, manifesta seu consentimento e obrigatoriamente se vincula a ela. Ressaltou o juiz que a inserção da cláusula compromissória no estatuto da Petrobrás foi feita em 2002, e que a empresa vinha informando, nos relatórios anuais à SEC (*Securities Exchange Commission* – órgão regulador do mercado de ações dos EUA), garantindo ciência da cláusula aos adquirentes de ações. Limitou a incidência, contudo, aos adquirentes de ações a partir de 2010 (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [11]).

Foi feita, ainda, uma verificação do texto da cláusula arbitral estatutária da Petrobrás:

O juiz vai além e, analisando os termos específicos dessa cláusula, constata que, ao se referir a disputas ou controvérsias que tenham por objeto a aplicação das disposições contidas nas normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários e nas demais normas aplicáveis, o funcionamento do mercado de capitais, em geral, compreende exatamente a demanda dos adquirentes de títulos acionários comprados na BM&FBovespa, alegando violações de normativa da Comissão de Valores Mobiliários e de outras leis brasileiras aplicáveis às negociações com valores mobiliários (CORAPI; ARAÚJO, 2017 p. [11]).

Ou seja, o juiz nova-iorquino analisou detidamente o dispositivo, concluindo que ele diz respeito à demanda dos acionistas da Petrobrás que adquiriram seus títulos mobiliários no mercado brasileiro e, no mais, “ao comprar ações da Petrobras na BM&FBovespa, a subclasse concordou com a cláusula arbitral prevista no estatuto social da companhia, e o artigo 58 do estatuto da Petrobras abrange as alegações de direito brasileiro aduzidas pelos autores” (CORAPI; ARAÚJO, 2017, p. [12]).

Corapi e Araújo (2017, p. [18-20]) também indagaram se, diante dos desdobramentos do Caso Petrobrás, seria possível, no Brasil, a arbitragem coletiva societária indicada na decisão. A conclusão foi em sentido positivo, com base na legislação brasileira e nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo a arbitragem coletiva a melhor ferramenta de acesso à justiça dos acionistas minoritários, cujas demandas são, em muitos casos, economicamente inviáveis.

A decisão, apesar de proveniente da justiça dos Estados Unidos, foi, com efeito, um marco para a arbitragem coletiva no Brasil, pois a colocou como a principal via de tutela dos direitos de parte dos acionistas lesados, notadamente os minoritários. O procedimento arbitral coletivo foi de fato instaurado na Câmara de Arbitragem do Mercado da Bovespa contra a

Petrobrás. Devido a confidencialidade dos procedimentos arbitrais, a CAM não divulga informações sobre seu andamento, todavia, consta no ementário das sentenças arbitrais da Câmara ementa de 03/12/2019, na qual o tribunal arbitral reconhece a legitimidade da União, acionista controladora da Petrobrás, para participar da arbitragem (B3, 2019, p. 4).

Nos termos da decisão da justiça de Nova York, da melhor interpretação da legislação societária brasileira e do previsto no Estatuto da Petrobrás, a cláusula compromissória estatutária da companhia vincularia todos os acionistas, atuais e futuros, que concordaram com o emprego da arbitragem. Entre estes acionistas está a União, cuja recusa, sendo esta acionista majoritária, não permitiria a inclusão da cláusula arbitral, autorizando a conclusão de que houve anuência por parte desta. Todavia, com a instauração da arbitragem coletiva, a União recorreu ao Judiciário brasileiro, para se afastar do procedimento arbitral, no que obteve êxito até o presente momento.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, praticamente inviabilizou o sucesso deste procedimento arbitral, ao decidir que a União não poderá dele participar, contrariando posicionamento do tribunal arbitral. A decisão foi tomada no Conflito de Competência 151.130/SP, por maioria, com base no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, vencida a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, julgado em 27/11/2019 e publicado em 11/02/2020 (BRASIL, [2019]d). A ementa do acórdão explica de forma precisa o entendimento majoritário da Corte:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis no 13.129/2015 e 10.303/2001.

2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).

3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social".

4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público – circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" – sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado (BRASIL, [2019]d).

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer a possibilidade de uso da arbitragem pela Administração Pública, entendeu faltar à União, no caso, tanto arbitrabilidade subjetiva, pela ausência de lei autorizadora ou previsão estatutária expressa, quanto objetiva, por entender que o objeto da demanda transcenderia a cláusula compromissória do Estatuto da Petrobrás.

Para a Corte, a disposição arbitral estatutária se limitaria a autorizar o procedimento apenas em face da aplicação da Lei das Sociedades Anônimas sobre o Estatuto, não permitindo, portanto, a análise do conflito envolvendo os acionistas minoritários lesados e a conduta dos dirigentes (e da própria Companhia, diga-se).

A análise poderia por certo pender favoravelmente à arbitragem pela aplicação do princípio da competência-competência que, fundamental para a atual força que este método de resolução de conflitos possui no país, garante ao árbitro, essencialmente, o poder de decidir sobre sua própria competência sem intervenção do Poder Judiciário. Todavia, o STJ fechou esta porta, ao decidir que a discussão se daria em ponto anterior à análise da competência, sobre a própria existência da cláusula compromissória em relação à União. A consequência lógica desta argumentação, e o resultado final do julgamento, foi a decretação da competência exclusiva do Poder Judiciário, no caso o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A doutrina, como já visto, vai em direção contrária ao STJ. A cláusula compromissória estatutária, tomando como base o regramento societário e arbitral, tem seu âmbito de aplicação estendido a todas as questões que envolvam a sociedade anônima, situação na qual se encaixa a Petrobrás, mesmo possuindo natureza jurídica de sociedade de economia mista. A União, apesar de ente público, deu sua anuência à modificação do Estatuto da Companhia para a inclusão da cláusula compromissória, estando, pois, em tese, sujeita às suas disposições.

O julgado também vai contra a decisão no Caso *Petrobras Securities Litigation*, no qual o juiz norte-americano, em minuciosa análise da cláusula compromissória estatutária à luz do

direito brasileiro, concluiu pela amplitude do dispositivo arbitral, a incluir todas as demandas envolvendo a companhia.

A prevalecer o entendimento da Corte Máxima Federal, a arbitragem coletiva no Brasil sofrerá uma sensível redução em seu âmbito de incidência, pois os entes públicos, acionistas majoritários das sociedades de economia mista, poderão obstar arbitragens com as quais não concordem, um poder excessivo e contrário à legislação brasileira. Está pendente de análise embargos de declaração opostos contra o acórdão, sendo ainda possível a alteração da decisão no âmbito do STJ, ou por meio de eventual recurso ao Supremo Tribunal Federal.

No mais, à exceção das sociedades de economia mista, por enquanto, a decisão da justiça norte-americana assegurou a viabilidade de arbitragens coletivas nas demais sociedades anônimas, sujeitando, inclusive, acionistas que adquiriram ações após a inserção da cláusula arbitral no estatuto da companhia, e garantindo uma via de acesso à prestação jurisdicional por parte de acionistas minoritários.

3.4.2.3. Proteção de investimentos nacionais e estrangeiros

A arbitragem é a principal forma de resolução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros. Como se observa na União Europeia, a importância da proteção de investimentos e o uso da arbitragem para este fim cresceu sobremaneira nos últimos anos, demandando regulamentações do direito comunitário. Mesmo antes, contudo, a arbitragem já era o principal meio de resolução de conflitos decorrentes dos Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs), o que demandou especial atenção do Tratado de Lisboa, centralizando a questão nos órgãos da própria UE (BARROCAS, 2016, p. 55-56).

O Brasil possuía uma histórica resistência em participar do sistema dos BITs, tendo inicialmente firmado catorze deles nos anos 1990, porém abandonou a internalização de todos no início dos anos 2000. Esta resistência foi quebrada em 2015, pela criação e implantação de um modelo próprio, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) a partir de 2015 (FERNANDES; FIORATI, 2015, p. 249). Enquanto a grande maioria dos BITs elegem arbitragem como forma de solução de controvérsias, os ACFIs optaram pela prevenção de litígios por negociação, sendo o modelo arbitral dos BITs um dos fatores para sua preterição pelo Brasil (FERNANDES; FIORATI, 2015, p. 269).

Contudo, mesmo sem o amparo de acordos de investimentos favoráveis, não há óbice para o desenvolvimento da arbitragem de investimentos no Brasil, incluindo a arbitragem

coletiva, ou multipartes, considerando que os direitos usualmente discutidos nestes casos são patrimoniais e disponíveis, e as partes claramente capazes de contratar, cumprindo, assim, os critérios de arbitabilidade.

Ainda no âmbito dos investimentos, a arbitragem, notadamente a multipartes, se afigura como um método ideal de solução de conflitos das denominadas sociedades em conta de participação. Trata-se de um tipo de sociedade não personificada, composta por duas categorias de sócios: o sócio ostensivo e os sócios participantes, também denominados sócios ocultos. Nestas sociedades apenas o sócio ostensivo exerce as atividades empresárias, aparece e se obriga perante terceiros. Os sócios participantes, por sua vez, apenas participam dos resultados, e se obrigam somente perante o sócio ostensivo, nos termos do art. 991 do Código Civil (SANTA CRUZ, 2018, p. 293-294)¹⁰.

A não personificação da sociedade é prevista expressamente no Código Civil, que afasta a necessidade de quaisquer formalidades para sua constituição, aduzindo, ainda, que o contrato social possui efeito somente entre os sócios, e que sua inscrição em qualquer registro não confere à sociedade personalidade jurídica¹¹. Neste sentido, conforme esclarece André Santa Cruz (2018, p. 293), a doutrina costuma denominar a sociedade em conta de participação de “sociedade secreta”.

Contudo, para o autor, trata-se na verdade de um contrato especial de investimento, uma vez que “a sociedade só existe internamente, ou seja, entre os sócios. Externamente, isto é, perante terceiros, só aparece o *sócio ostensivo*, o qual exerce, em seu nome individual, a atividade empresarial, e responde sozinho pelas obrigações contraídas” (SANTA CRUZ, 2018, p. 294 – grifos do autor). Logo, depreende-se que se trata de um verdadeiro contrato de investimento, no qual o investidor, o sócio participante, opta por permanecer longe dos olhos do público, participando apenas nos resultados de seu capital colocado na sociedade.

Assim, para a solução de disputas envolvendo tal “sociedade”, a arbitragem se amolda com maior sucesso frente ao processo judicial. A confidencialidade da arbitragem permite que o sócio oculto assim se mantenha perante o público, sem desvirtuar a configuração das partes no negócio, bem como traz as demais vantagens do procedimento arbitral, como a maior flexibilização das regras, possibilidade de escolha de árbitros ou câmaras arbitrais especializadas e duração abreviada.

¹⁰Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social (BRASIL, [2020]b).

¹¹

Dentre as arbitragens aqui analisadas, a que melhor se adaptaria ao caso é a arbitragem multipartes, uma vez que, no caso de pluralidade de sócios participantes, se vislumbra apenas uma multiplicidade de pessoas detentoras de direitos individuais autônomos, porém relacionados entre si. Porém, não há impedimento legal para a realização de arbitragens coletivas nestas hipóteses o que, em teoria, poderá ocorrer, desde que respeitadas as regras do microsistema processual coletivo, entre elas a maior rigidez procedimental e a publicidade, tornando, na prática, seu uso pouco atrativo para os envolvidos.

3.5. A escolha de um modelo nacional

As arbitragens coletivas no Brasil são, mais que viáveis, uma realidade na prática. O procedimento envolvendo a Petrobrás dentre outras eventualmente em curso, demonstram que se trata de um instituto que tende a se multiplicar e fortalecer no país. De acordo com o Relatório Anual de 2019 da Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), um dos principais órgãos arbitrais do país, mais de um quarto dos novos casos admitidos naquele ano (28,86%) eram arbitragens multipartes, totalizando 642 requerentes e requeridos (CCBC, 2019).

Os Estados Unidos e a União Europeia, com destaque para a Espanha, que atualmente contam com modelos já estruturado de arbitragem coletiva, o fizeram empregando suas normas de processo coletivo aos respectivos procedimentos arbitrais, e o Brasil, apesar de ainda não possui um modelo próprio de arbitragem coletiva, está pronto para seguir o mesmo caminho.

A lei de arbitragem brasileira, hoje amplamente aceita e empregada, confere às partes, em seu art. 21, liberdade de escolha do procedimento, respeitados os limites da arbitrabilidade, ordem pública e bons costumes, bem como dispõe sobre redação e cumprimento da convenção de arbitragem e traz regras sobre escolha dos árbitros e regras procedimentais mínimas.

O processo coletivo brasileiro, por sua vez, um dos mais desenvolvidos do mundo, oferece as ferramentas necessárias para que a arbitragem no Brasil adentre em uma nova fase na seara coletiva: definição dos direitos a serem tutelados, os legitimados a essa tutela, técnicas de resolução de conflitos entre órgãos jurisdicionais, bem como regras procedimentais, a exemplo do cumprimento da sentença e dos efeitos da coisa julgada.

Todavia, um modelo de arbitragem coletiva no Brasil deve respeitar alguns parâmetros básicos. Inicialmente, deverá ser empregado um sistema *opt-in*, a exemplo do modelo europeu, no qual somente serão sujeitos à arbitragem os que manifestarem expressamente seu

consentimento, seja por representação, autorizando um legitimado coletivo a instaurar o procedimento, ou diretamente, como no caso de sociedades em grupo. Também deverão ser respeitadas as normas da lei 9.307/96 quanto à arbitrabilidade e ao respeito à ordem pública e aos bons costumes, à sentença arbitral e ação anulatória, bem como eventual homologação de sentença arbitral coletiva estrangeira.

Observados estes parâmetros, cumprirá aos operadores do direito resolver questões que permanecem nebulosas na discussão de um modelo de arbitragem coletiva, em especial a harmonização da confidencialidade da arbitragem com o princípio da ampla publicidade do processo coletivo, notadamente quando participarem integrantes da Administração Pública, e o pagamento das custas da arbitragem e dos honorários de árbitros, advogados e demais profissionais envolvidos.

Quanto à forma como este modelo será implantado, pela filiação do Brasil à família jurídica romano-germânica, entende-se que se dará pela via legislativa. Surgem então como possibilidades uma reforma na lei de arbitragem, a inserção de regras arbitrais no microssistema processual coletivo, notadamente na Lei da Ação Civil Pública, ou um novo projeto de Código de Processo Coletivo, com um detalhamento maior que o previsto no Projeto 5.139/2009.

Seja qual for a opção escolhida, é certo que a futura construção legislativa deverá contar com amplo debate dos parlamentares com órgãos públicos e a sociedade civil, em especial membros do Poder Judiciário, advogados, árbitros, Ministério Público, e, de modo geral, os envolvidos com a arbitragem e o processo coletivo.

CONCLUSÃO

O desafio inicial enfrentado pela arbitragem no Brasil foi a desconfiança dos operadores do direito. A arbitragem, apesar de prevista no país desde a Constituição de 1824, era pouquíssimo usada e aceita, em geral desconhecida por juízes, advogados e pela sociedade como um todo. Após a Segunda Guerra Mundial, a arbitragem assistiu um aumento no número de casos, mas ainda incipiente (WALD, 2016, p. [2]).

Há consenso na doutrina que, até 1970, havia descaso pela arbitragem no Brasil, tendo a mudança de paradigma ocorrido entre as décadas de 1970 e 1980, com início em São Paulo, Rio de Janeiro e Recife, quando a resistência foi finalmente vencida entre os operadores do direito, e um número maior de arbitragens começou a ocorrer (WALD, 2016, p. [2]). Justamente nos anos 1980 os primeiros projetos de uma lei autônoma foram elaborados, e culminaram, em 1992, com o anteprojeto da atual Lei de Arbitragem, promulgada em 1996.

Superadas a desconfiança e as dúvidas sobre a constitucionalidade da Lei 9.307/96, a arbitragem enfrentou questões operacionais pontuais, todavia, com a regulamentação atual, pode desenvolver-se de forma constante e positiva, como resume Arnaldo Wald (2016, p. [6]):

A Lei 9.307/1996 correspondeu, na realidade, ao que a sociedade brasileira almejava. Criou-se um processo ágil e flexível, adaptável às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manter os princípios básicos do contraditório e do direito de ampla defesa das partes. Com uma lei clara e coerente, a melhor e a mais completa que se poderia elaborar, naquele momento, sem ter tido qualquer experiência prévia, e mantendo-se algumas cautelas para evitar conflitos com o Judiciário, colocaram-se os pilares de um novo instituto e de uma técnica totalmente renovada para a solução dos conflitos.

Luiz Antônio Scavone Júnior (2018, p. 2) considera, em complemento, que as mudanças promovidas na arbitragem pela lei 9.307/96 “fortaleceram o instituto como meio alternativo de solução de conflitos e permitiram seu desenvolvimento como importante mecanismo para a consecução do objetivo maior do direito: a paz social pelo fim dos conflitos”. A pacificação social é, de fato uma das principais funções da jurisdição estatal.

Todavia, com mais de vinte anos de vigência, praticamente livre da resistência inicial em relação ao tema e sob a influência de uma nova ordem processual civil, a Lei de Arbitragem está diante de novos desafios. O Código de Processo Civil de 2015, como uma tentativa de atenuação da crise que afeta o Poder Judiciário brasileiro e da multiplicação de processos de massa (um dos fatores preponderantes da crise, diga-se) passou a valorizar os métodos

consensuais de solução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), e também instituiu um sistema organizado de precedentes vinculantes (art. 927) (BRASIL, [2019]c).

Nesta valorização, o CPC buscou criar meios de cooperação entre juiz e árbitro, com a instituição da carta arbitral, e, em conformidade com a Lei 9.307/96, manteve a autonomia da arbitragem e a natureza de título executivo judicial da sentença arbitral. Por outro lado, o CPC e a Reforma da Lei de Arbitragem de 2015 não trataram diretamente sobre a possibilidade de “coletivização” de arbitragens individuais, ou arbitragem coletiva. Contudo, o Código de Processo Civil, o microssistema processual coletivo ou a lei de arbitragem, apesar de silenciarem a respeito da possibilidade de arbitragens coletivas, não trouxeram vedações expressas a elas, o que permitiu o desenvolvimento do tema no país.

A regulamentação brasileira sobre arbitragem foi, por décadas, um fator decisivo para o lento desenvolvimento do instituto no país, e alvo de críticas da doutrina e de operadores do direito. Quanto ao processo coletivo, por outro lado, o Brasil foi pioneiro e construiu um modelo complexo, porém eficiente, de fato promotor de um efetivo acesso à justiça.

Para Teori Zavascki (2014, p. 31-32), o Brasil foi o país de *civil law* que de forma mais profunda e rica promoveu uma revolução em prol da criação de mecanismos de tutela coletiva, pela ampliação das matérias sujeitas à Lei da Ação Popular e as promulgações da Lei da Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor.

Disto decorre a conclusão que, caso não se considerar adequada a tutela de direitos transindividuais, não o será por falta de mecanismos processuais. O país de fato possui um desenvolvido sistema processual coletivo, dependendo a arbitragem coletiva, para sua operacionalização no Brasil, da adaptação das regras deste sistema, contando com as pertinentes contribuições das experiências estrangeiras sobre o tema.

Com efeito, a análise dos processos de fusão da arbitragem com o processo coletivo nos Estados Unidos e a União Europeia, além de provarem que tal tarefa é possível e benéfica, trouxeram valiosas lições para o Brasil, bem como definiram parâmetros nos quais o país poderá se apoiar na construção de seu próprio modelo. O Brasil tem a chance de, aprendendo com os erros dos que percorreram o anteriormente o caminho e absorvendo os acertos, desenvolver uma exemplar normativa para as arbitragens coletivas.

As bases para tanto estão postas, a necessidade transparece nas ações movidas contra a Petrobrás e no aumento desta modalidade de arbitragem nos principais centros do país, resta, pois, um movimento dos operadores do direito e parlamentares, para repetir a quebra de paradigmas e a revigoração representada, na arbitragem individual, pela lei 9.307/96.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 214, p. 271-298, dez. 2012. Disponível em:

<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016cde d239be60864bd0&docguid=I8002947027db11e2b4be010000000000&hitguid=I8002947027d b11e2b4be010000000000&spos=14&epos=14&td=18&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 12 ago. 2019.

ALEM, Fabio Pedro. MEDICI JUNIOR, Fernando. Novas tendências para solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem. *In: Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/96*. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (org.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281-291.

ALEXANDRE, Ricardo. DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do Direito Constitucional Processual.

Revista de Processo. São Paulo, vol. 234, p. 365-388, ago. 2014. Disponível em:

<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500 00016cded43062e0551d3a&docguid=I76f5d600116111e49e87010000000000&hitguid=I76f5 d600116111e49e87010000000000&spos=9&epos=9&td=16&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 07 ago. 2019.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de direito internacional público. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA). Active Rules. **Supplementary Rules for Class Arbitrations**. Disponível em: <https://www.adr.org/active-rules>. Acesso em: 20 ago. 2020.

B3 – BOLSA BRASIL BALCÃO (Bolsa de Valores de São Paulo). Câmara de Arbitragem do Mercado. **Ementário**. São Paulo: 2019. Disponível em: . Acesso em 18 set. 2020.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Silvia Júlio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 27, p. 11-34, out.- dez. 2010. Disponível em:

<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500 00016cded52867b400eadf&docguid=I03b873b03e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=I03b8 73b03e5f11e09ce30000855dd350&spos=7&epos=7&td=15&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 12 ago. 2019.

BARROCAS, Manoel Pereira. A arbitragem no direito da União Europeia. **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, n. 52, p. 55-67, out./dez. 2016.

BARROCAS, Manoel Pereira. A razão por que não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do processo civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 52, p. 369-374, jan. - mar. 2017. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016cded732948de456f1&docguid=Ib9c26b70fb0a11e68f94010000000000&hitguid=Ib9c26b70fb0a11e68f94010000000000&spos=6&epos=6&td=21&context=86&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 103, p. 131-153, dez. 2005. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000174eb0774c0dba76233&docguid=Ib6f0fc40f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib6f0fc40f25611dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BILLIET, Philippe. General Conclusion. *In Class Arbitration in the European Union*. Philippe Billiet (Ed). Antuérpia: Maklu, 2013, p. 233-236. Disponível em: <http://www.maklu-online.eu/nl/tijdschrift/class-arbitration-european-union/2013/class-arbitration-in-the-european-union/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BILLIET, Philippe. Introduction. *In Class Arbitration in the European Union*. Philippe Billiet (Ed). Antuérpia: Maklu, 2013, p. 11-20. Disponível em: <http://www.maklu-online.eu/nl/tijdschrift/class-arbitration-european-union/2013/class-arbitration-in-the-european-union/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRANCHER, Paulo M. R. Ilegalidade prima facie como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 53, p. 315 – 332, abr. – jun. 2017. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016cded9aa60dc872c9f&docguid=I9bc1f6f0481611e789e4010000000000&hitguid=I9bc1f6f0481611e789e4010000000000&spos=12&epos=12&td=18&context=117&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Rio de Janeiro: 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [1945]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Coleção das leis da República dos Estados Unidos do Brasil**. V.II, p. 311-438. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/republica/colecao5.html>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF:

Presidência da República, [2019]c. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973** – publicação original. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1973. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]c. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.441/2020.** Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Autor: Sr. Paulo Teixeira. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020d. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=102C2CE8089D4FAEA9C50D21114CB504.proposicoesWebExterno1?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020. Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.778/2020.** Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Autor: Sr. Marcos Pereira. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020e. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263651>. Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.139/2009.** Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 04 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Conflito de Competência nº 151.130 – SP.** Conflito de competência. Arbitragem ou jurisdição estatal. Cláusula compromissória. Art.

58 do estatuto social da Petrobrás. Submissão da união a procedimento arbitral. Impossibilidade. Discussão acerca da própria condição de existência da cláusula ao ente público. Competência exclusiva da jurisdição estatal. Inexistência de autorização legal ou estatutária. Pleito indenizatório com fundamento na desvalorização das ações por impactos negativos da Operação "Lava Lato". Pretensão que transcende ao objeto societário (...). Suscitante: American International Group Inc. Retirement Plan *et. al.* Suscitado: Câmara de Arbitragem do Mercado *et. al.* Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Relator p/ Acórdão: Ministro Luís Felipe Salomão, 27 de novembro de 2019d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=CC+151130&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.602.076 – SP (2016/0134010- 1)**. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do art. 4º, § 2º, da lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento *prima facie* de cláusula compromissória “patológica”. Atuação do poder judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Recorrido: GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda.. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=Resp+1602076&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha**. 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis (...). 2. laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF [...]. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: RESIL Industria e Comercio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 573.232 Santa Catarina**. Representação – associados – artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Alcance. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. Título executivo judicial – associação – beneficiários. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. Recorrente: União. Recorrido: Fabricio Nunes e Outro(a/s). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 14 de maio de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630085>. Acesso em: 04 set. 2020.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADA. Centro de Arbitragem e Mediação. **Relatório Anual 2019**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/>. Acesso em: 18 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 74, p. 82-97, abr. – jun. 1994. Disponível em:
<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cdedc5901df89d95a&docguid=I6ad4c610f25711dfab6f010000000000&hitguid=I6ad4c610f25711dfab6f010000000000&spos=17&epos=17&td=20&context=140&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
 Acesso em: 04 jul. 2019.

CARAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 27, p. 129 – 161, out. – dez. 2010. Disponível em:
<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cded52867b400eadf&docguid=I4c3ee1703a5711e0baa700008558bb68&hitguid=I4c3ee1703a5711e0baa700008558bb68&spos=10&epos=10&td=15&context=70&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
 Acesso em: 15 ago. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COLE, Charles D. Stare Decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: O sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 752, p. 11-21, jun. 1998. Disponível em:
<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb0899c5d3b6ed0b&docguid=I9917bf20f25011dfab6f010000000000&hitguid=I9917bf20f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=35&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
 Acesso em 29 jul. 2020.

CORAPI, Diego; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. A obrigatoriedade da cláusula de arbitragem prevista nos estatutos das companhias abertas: anotações a partir da decisão no caso *in re* Petrobras Securities Litigation (S.D.N.Y, 116 f. supp. 3d. 368, july 30, 2015). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 55, p. 161-199, out. – dez. 2017. Disponível em:
<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cdedd8f9d8925a62f&docguid=I2704b080c54a11e7b7eb010000000000&hitguid=I2704b080c54a11e7b7eb010000000000&spos=12&epos=12&td=14&context=159&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
 Acesso em: 18 set. 2020.

CORNELL UNIVERSITY. Legal Information Institute. Injunction. *In*: **Wex** (legal dictionary

and legal encyclopedia). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/injunction>. Acesso em 06 ago. 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da Reclamação. In: **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.138-2.155.

COUCEIRO, Roberta Menezes. Da concessão pelo juiz brasileiro de tutela cautelar antecedente à instituição de arbitragem com sede fora do Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 52, p. 123 – 139, jan. – mar 2017. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cded732948de456f1&docguid=Ib9980010fb0a11e68f940100000000000&hitguid=Ib9980010fb0a11e68f940100000000000&spos=13&epos=13&td=21&context=102&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 ago. 2019.

CREMADES, Bernardo M. CORTÉS, Rodrigo. Class Actions and Arbitration Procedures – Spain. In: **Class Arbitration in the European Union**. Philippe Billiet (Ed.). Antuérpia: Maklu, 2013, p. 153-171. Disponível em: <http://www.maklu-online.eu/nl/tijdschrift/class-arbitration-european-union/2013/class-arbitration-in-the-european-union/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (trad. Hermínio A. Carvalho). 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DE SMEDT, Anne Boerger. Negotiating the foundations of European Law, 1950-57: the legal history of the Treaties of Paris and Rome. **Contemporary European History**, n. 21, 3, Cambridge, p. 339-356, 2012, doi 10.1017/S0960777312000239. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/contemporary-european-history/issue/96A434E80B9073B997211CE7188E9260>. Acesso em: 20 jul. 2020.

DERAINS, Yves. DESCOMBES, Aurore. Class Actions And Arbitration in the European Union – France. In: **Class Arbitration in the European Union**. Philippe Billiet (Ed.). Antuérpia: Maklu, 2013, p. 29-48. Disponível em: <http://www.maklu-online.eu/nl/tijdschrift/class-arbitration-european-union/2013/class-arbitration-in-the-european-union/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Vol. 4: processo coletivo. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol.1. 6.Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, vol. 115, n. 2, p. 171-214, nov. 2016. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44984876>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set. - dez. 2016.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 54, p. 79-122, jul. – set. 2017.

Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cdee2e540d1553d03&docguid=I5e4fc8208ed311e7b7a9010000000000&hitguid=I5e4fc8208ed311e7b7a9010000000000&spos=7&epos=7&td=11&context=217&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 23 jul. 2019.

ESPAÑA. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Texto consolidado. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado** (BOE-A-2008-3527), Madrid: Ministerio de la Presidencia, [2017]. Disponível em:

<https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/15/231/con>. Acesso em: 20 ago. 2020.

EUROPEAN UNION. European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs: Legal affairs. **Legal instruments and practice of arbitration in the EU: Study for the JURI Committee**. União Europeia: Bruxelas, 2014. Disponível em:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dce3e998-b5c0-4629-be93-b02cf01caaec/language-en/format-PDF/source-135629488>. Acesso em 22 jul. 2020.

FARIA, Marcela Kohlback de. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas - PL 5.139/2009. Análise da experiência norte-americana. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 34, p. jul.-set. 2012. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016cdee00c8c94924e62&docguid=Ia677bce006d211e28476010000000000&hitguid=Ia677bce006d211e28476010000000000&spos=17&epos=17&td=24&context=186&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 19 ago. 2019.

FERNANDES, Érika Capella. FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, ano 52, n. 208, p. 247-276, out. – dez. 2015. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517706/001055994.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 set. 2020.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio Internacional**. Franca: Unesp – FHDSS, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I: Teoria geral do processo coletivo**. Coleção Saberes do Direito, n. 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil.

Revista de Processo Comparado. São Paulo, vol. 4, p. 43 – 63, jul. – dez. 2016. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb094e67bb8d7580&docguid=I27c3d660a89811e6b198010000000000&hitguid=I27c3d660a89811e6b198010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=54&crumb->

action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 20 ago. 2020.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 964, p. 191 – 214, fev. 2016. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000175bd29de0c6db3f58d&docguid=I105b9290d14a11e5ae5e010000000000&hitguid=I105b9290d14a11e5ae5e010000000000&spos=4&epos=4&td=17&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 12 nov. 2020.

GILLES, Myriam. FRIEDMAN, Gary. After Class: Aggregate Litigation in the Wake of "AT&T Mobility v Concepcion". **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 79, n. 2, p. 623-675, 2012. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41552910>. Acesso em: 11 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 136, jun. 2006, p. 249 – 267. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000174eb09e2fe9db1cbc9&docguid=I912734000c2e11e186fc00008558bb68&hitguid=I912734000c2e11e186fc00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 set. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 43, p. 19 • 30, jul. – set. 1986. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016cdee13d99ed8695d3&docguid=I31801b80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I31801b80f25711dfab6f010000000000&spos=21&epos=21&td=28&context=202&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 ago. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 101, p. 11 – 27, jan. – mar. 2001. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000175b8f40ecdb6e5b89f&docguid=I8265c0a0f25611dfab6f010000000000&hitguid=I8265c0a0f25611dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=19&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 nov. 2020.

HENSLER, Deborah R.; PACE, Nicholas M.; DOMBEY-MOORE, Bonita; GIDDENS, Beth; GROSS, Jennifer; MOLLER, Erik K. Achieving the objectives of rule 23(b)(3) class actions. *In: Class actions dilemmas*. RAND Corporation: 2000, p. 471-505. Disponível em:

<https://www.jstor.org/stable/10.7249/mr969icj.22>. Acesso em: 21 ago. 2020.

IGLESIAS, Alfonso. **Act of State Doctrine**. Oxford Bibliographies: 2020. Disponível em: <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0207.xml>. Acesso em 07 ago. 2020.

KILBY, Greg. Leaving a Stone Unturned - The Unanswered Question from Green Tree Financial Corp. V. Bazzle: Does the Federal Arbitration Act Permit Classwide Arbitration? **University of Miami Law Review**. University of Miami Law School Institutional Repository, vol. 59, n. 3, p. 413-433, 2005. Disponível em: <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol59/iss3/4>. Acesso em: 19 ago. 2020.

LANES, Júlio Cesar Goulart. Processo civil coletivo (Projeto de Lei no 5.139, de 2009) e a audiência preliminar: contribuições para a efetividade e a tempestividade. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**. Canoas, vol. 11, n. 2, p. 237-249, jul. – dez. 2010. Disponível em: <https://www.ulbra.br/upload/d0e1c3b2e844c1a529ecec0814e7216e.pdf>. Acesso em 04 set 2020.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada. Quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da lei 9.307/1996). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 36, p. 231-251, jan. – mar. 2013. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cdee4ff81e0551e0d&docguid=Ibac317d0888211e280ef010000000000&hitguid=Ibac317d0888211e280ef010000000000&spos=21&epos=21&td=25&context=241&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 ago. 2019.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 22, p. 11-32, jul. – set. 2009. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb0aac19cc8e8bac&docguid=I65a6a8a02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I65a6a8a02d4111e0baf30000855dd350&spos=2&epos=2&td=2&context=99&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

MARIANI, Romulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais**. 4. Ed. V. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 2, p. 583-610. Set. 2014. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb0c00c9d5ed0b04&docguid=Ia8304f60b9d011e1a7cb000085592b66&hitguid=Ia8304f60b9d011e1a7cb000085592b66&spos=1&epos=1&td=1&context=136&crumb->

action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em 09 set. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A coisa julgada no processo coletivo em face do art. 16 da Lei 7.347/1985 e dos arts. 94 e 103 da Lei 8.078/1990. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 998, p. 623 – 629, dez. 2018. Disponível em:
<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cdee6a7f7439f36c8&docguid=I19757ae0ecb711e8810c010000000000&hitguid=I19757ae0ecb711e8810c010000000000&spos=1&epos=1&td=27&context=257&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 22 ago. 2019.

MONTEIRO, Antônio Alberto Pinto. A pluralidade de partes na arbitragem: os principais equívocos que ainda subsistem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 58, p. 311-335, jul. – set. 2018. Disponível em:
<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000174eb0c963638232d5b&docguid=I2f1b6d709f8a11e88b69010000000000&hitguid=I2f1b6d709f8a11e88b69010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=154&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em 09 set. 2020.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; FINKELSTEIN, Claudio. Carta arbitral: possíveis situações de não cooperação do juízo estatal. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 54, p. 125-150, jul. – set. 2017. Disponível em:
<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cdee2e540d1553d03&docguid=I6847a9608ed311e7b7a9010000000000&hitguid=I6847a9608ed311e7b7a9010000000000&spos=6&epos=6&td=11&context=225&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 14 ago. 2019.

NERY, Ana Luiza. Notas sobre a arbitragem coletiva no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, vol. 53, p. 103 – 127, abr. – jun. 2017. Disponível em:
<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000174eb0d1eec0609a1bf&docguid=I8fb8a7a044f11e7af4f010000000000&hitguid=I8fb8a7a044f11e7af4f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=169&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em 10 set. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Cesar. QUINTÃO, Luísa. Entidades representativas (art. 5º, XXI, da CF) e arbitragem coletiva no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 47, p. 105 – 123, out. – dez. 2015. Disponível em:
<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb0deab407d3d850&docguid=Ifc525290b9b911e5a3a3010000000000&hitguid=Ifc52>

5290b9b911e5a3a3010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=191&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 04 set. 2020.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei 144/2015. Transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n.os 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio. **Diário da República**, Série I, Lisboa, n.º 175, p. 7.251-7.258, 08 set. 2015. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/144/2015/09/08/p/dre/pt/html>. Acesso em: 24 jul. 2020.

POST, Robert C. GUINIER, Lani. The Supreme Court 2002 Term. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachussets, vol. 117, n. 1, p. 1-491, nov. 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3651943>. Acesso em 10 nov. 2020.

REALE, Migue. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTA CRUZ, André. **Direito Empresarial**. 8. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

SÃO PAULO. Lei 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. N. 45, 23 fev. 1930, p. 1861-1948. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f1930%2fdiario%2520oficial%2ffevereiro%2f23%2fpag_1861_DI19QD0JOO6NJe093FKDBMR E66H.pdf&pagina=1861&data=23/02/1930&caderno=Diário%20Oficial&paginaordenacao=101861. Acesso em: 23 jul. 2019.

SÃO PAULO. Lei nº 12.245, de 27 de janeiro de 2006. Revoga as leis que especifica, relativas ao período compreendido entre os anos de 1921 e 1930. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Vol. 116, n. 19, Seção I -Poder Executivo, 28 jan. 2006, p.6-7. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20060128&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=6>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**. São Paulo, vol. 7, p. 269-281, 2018. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001759ad29353483c1337&docguid=I3b891170440611e69b4a01000000000000&hitguid=I3b891170440611e69b4a01000000000000&spos=6&epos=6&td=14&context=195&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em 05 nov. 2020.

SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 5, p. 52-75, abr. - jun. 2005. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cdee789c36ee6bb88&docguid=I9fec8710f25311dfab6f010000000000&hitguid=I9fec8710f25311dfab6f010000000000&spos=25&epos=25&td=27&context=276&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 14 ago. 2019.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 128, p. 59-78, out. 2005. Disponível em

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cdee9e74bd1553d5a&docguid=Ib0e0dc80f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib0e0dc80f25611dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=18&context=293&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 18 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades.

Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 903, p. 9-25, jan. 2011. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000174eb0e7a9b71fe7860&docguid=Ibf12cb103e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=Ibf12cb103e5f11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=206&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 15 set. 2020.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: histórico e lei 9.307/96. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 104, p. 79 – 99, out. – dez. 2001. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000016cdeefdd401ba2697&docguid=Ib095bf30f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ib095bf30f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=18&context=311&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 23 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/02).

Jornal Oficial da União Europeia. C202, Bruxelas, ano 59, p. 389-405, 07 jun. 2016a.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>.

Acesso em: 23 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE). **Jornal Oficial da União Europeia**, L201,

Bruxelas, ano 55, p. 60-65, 26 jul. 2013a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>. Acesso em: 22 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores (Versão codificada). **Jornal Oficial da União Europeia**, L 110, Bruxelas, p. 30-36, 01 maio 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:PT:PDF>. Acesso em: 23 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) nº. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL). **Jornal Oficial da União Europeia**, L 165, Bruxelas, ano 55, p. 63-79, 18 jun. 2013b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=LT>. Acesso em: 23 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação). **Jornal Oficial da União Europeia**, L 351, Bruxelas, ano 55, p. 1-32, 20 dez. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&rid=3>. Acesso em: 03 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 202/01). **Jornal Oficial da União Europeia**. C202, Bruxelas, ano 59, p. 1-388, 07 jun. 2016b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>. Acesso em: 22 jul. 2020.

UNITED STATES. House of Representatives. Office of the Law Revision Counsel. **United States Code**. Title 9 – Arbitration. Chapter 1: General Provisions. Act July 30, 1947, chapter 392, §1. Vol. 61 Statute 669. Atualizado até Public Law 116-150 (22/07/2020)a. Disponível em: <https://uscode.house.gov/download/download.shtml>. Acesso em: 06 ago. 2020.

UNITED STATES. House of Representatives. Office of the Law Revision Counsel. **United States Code**. Title 28 – Appendix. Federal Rules of Civil Procedure (As amended to December 1, 2019). Atualizado até Public Law 116-150 (22/07/2020)b. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/title28a&edition=prelim>. Acesso em: 07 ago. 2020.

UNITED STATES. House of Representatives. Office of the Law Revision Counsel. **United States Code**. Title 28 – Judiciary and judicial procedure. Part. IV – jurisdiction and venue. Chapter 83 – Courts of Appeals. Atualizado até Public Law 116-151 (03/08/2020)c. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/part4/chapter83&edition=prelim>. Acesso em: 06 ago. 2020.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: Southland Corp. v. Keating. Relator: Justice Warren Earl Burger. October Term, 1983. **U.S. Reports**, vol. 465, p.

1-36, 1984. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep465001/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: Green Tree Financial Corp., nka Conseco Finance Corp. v. Bazzle et al., in a Representative Capacity on behalf of a Class and for all Others Similarly Situated, et al. Relator; Justice Stephen G. Breyer, 2002.

U.S. Reports, vol. 539, p. 444-460, 2003. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep539444/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: Allied-Bruce Terminix Cos., Inc., et al. v. Dobson et al. Relator: Justice Stephen G. Breyer. October Term, 1994.

U.S. Reports, vol. 513, p. 265-297, 1995. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep513265/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

VOET, Stefaan. European collective redress: a *status quaestionis*. **International Journal of Procedural Law**, vol. 4, 2014/01. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2318809>. Acesso em: 24 jul. 2020.

WALD, Arnaldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 50, p. 59 - 78, jul. – set. 2016. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016cdeec12125def3881&docguid=Iccada9007fb511e686f50100000000000&hitguid=Iccada9007fb511e686f50100000000000&spos=29&epos=29&td=41&context=330&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

WILLIAMS, Ryan C. Due process, class action opt-outs, and the right not to sue. **Columbia Law Review**. Nova York, vol. 115, n. 3, p. 599-659, abr. 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43267875>. Acesso em: 10 nov. 2020.

WOLAVER, Earl S. The Historical Background of Commercial Arbitration. **University of Pennsylvania Law Review**. Filadelfia, vol. 83, n.2, 1934, p. 132-146. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss2/2. Acesso em: 18 jun. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.