

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

**OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COLETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Uma análise das especificidades do processo coletivo e sua compatibilidade com
a arbitragem**

RENATA GUEDES MOURA

Nº USP 10274947

São Paulo

2021

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

**OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COLETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Uma análise das especificidades do processo coletivo e sua compatibilidade com
a arbitragem**

Relatório Final das pesquisas realizadas no desenvolvimento da monografia de final de curso, apresentado ao Departamento de Direito Processual, em observância ao Edital Tese de Láurea CG-FD nº 01/2020.

RENATA GUEDES MOURA

Nº USP 10274947

São Paulo

2021

Nome: Moura, Renata Guedes.

Título: Os desafios para implementação da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise das especificidades do processo coletivo e sua compatibilidade com a arbitragem

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Titular Flávio Luiz Yarshell

Local de aprovação: _____

Data de aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Titular Flávio Luiz Yarshell

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que me permitiu chegar até aqui, guiando-me sempre pelo caminho da luz e da sabedoria. Meu muito obrigada, também, à minha família: aos meus pais, Reinaldo e Solange, que nunca mediram esforços para me amparar e me proporcionar grandes oportunidades, e às minhas irmãs, Bianca e Larissa, que nunca deixaram de acreditar em mim e sempre me apoiaram; sem vocês, nada disso seria possível.

Meu sincero agradecimento, também, ao meu namorado João, que me acompanhou de perto, dando forças nos momentos de angústia e preocupação e me fazendo acreditar que eu seria capaz. O seu suporte foi essencial nessa jornada.

Agradeço aos meus amigos da São Francisco, em especial aos da turma XI-190, que me acolheram desde minha chegada à São Paulo, no início da graduação, e estiveram comigo até o fim. Nossa união foi imprescindível para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Flávio Yarshell, que nunca hesitou em tirar minhas dúvidas e fornecer seus valiosos ensinamentos. Suas contribuições foram fundamentais para este trabalho.

Agradeço também aos meus colegas de trabalho do escritório Yarshell Advogados, por me proporcionarem grandes aprendizados nos dois anos de estágio em que trabalhamos juntos. A bagagem jurídica que o escritório me forneceu foi imprescindível para o meu amadurecimento profissional e também acadêmico, sendo de grande valia para a elaboração desta monografia.

Por fim, agradeço a todos os meus professores, familiares e amigos, que estiveram comigo nos últimos cinco anos. Ter pessoas incríveis ao meu redor foi muito importante na minha jornada.

RESUMO

MOURA, Renata Guedes. **Os desafios para implementação da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise das especificidades do processo coletivo e sua compatibilidade com a arbitragem.** Tese de Láurea (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Ostentando o Brasil de um dos mais sofisticados sistemas para o manejo de ações coletivas entre os países de *civil law* e sendo um dos lugares que mais utiliza a arbitragem para solução de controvérsias no mundo, inevitável o surgimento do debate referente à possibilidade do uso da arbitragem para dirimir conflitos de natureza coletiva. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade entre os institutos processuais aplicados à defesa de direitos coletivos na jurisdição estatal e o regime arbitral, mapeando os obstáculos a serem enfrentados na utilização de arbitragens coletivas *de lege lata* no país. Para tanto, foi inicialmente delineada a sistemática do microssistema processual coletivo brasileiro, apontando seus pontos mais sensíveis e analisando sua (in)efetividade para promoção de uma ordem jurídica segura, isonômica e eficaz. Posteriormente, foram apresentados os principais aspectos relativos ao instituto da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio. E, por fim, foi realizada uma cuidadosa análise da (in)compatibilidade entre os institutos processuais de cada sistema, apontando eventuais problemas que poderão surgir com o uso da arbitragem coletiva no Brasil sem qualquer disposição legal prévia.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Processo Coletivo; Efetividade do Processo Coletivo; Arbitragem; Arbitrabilidade; Arbitragem Coletiva

ABSTRACT

MOURA, Renata Guedes. **The challenges for implementing class arbitration in the Brazil legal system: an analysis of the specifics of the collective process and it's compatibility with arbitration.** End of Course Thesis (Bachelor of Laws). Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

With Brazil boasting one of the most sophisticated systems for handling class actions among civil law countries and being one of the places that most use arbitration for dispute resolution in the world, the debate regarding the possibility of using arbitration to settle conflicts involving class interests is inevitable. Thus, the present monography aims to analyze the compatibility between the procedural institutes applied to the defense of class interests in the state jurisdiction and the arbitration system, mapping the obstacles to be faced in the use of class arbitration *de lege lata* in the country. Therefore, the systematic of the brazilian microsystem for the protection of class interests was initially outlined, pointing out its most sensitive points and analyzing its (in)effectiveness to promote a safe, isonomic and effective legal order. Subsequently, the main aspects relating to the institute of arbitration in the brazilian legal system were presented. And, finally, a careful analysis of the (in)compatibility between the procedural institutes of each system was carried out, pointing out any problems that may arise with the use of class arbitration in Brazil without any prior legal provision.

Key-words: Civil Procedural Law; Class Action; Effectiveness of the Class Actions; Arbitration; Arbitrability; Class Arbitration

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação civil pública
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LArb	Lei de Arbitragem
MP	Ministério Público

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS NO BRASIL	13
2.1	O microssistema de processo coletivo brasileiro	13
2.1.1	Breve histórico	13
2.1.2	Legislação brasileira	16
2.2	Espécies de direitos coletivos no ordenamento	20
2.2.1	Direitos difusos	20
2.2.2	Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	21
2.2.3	Direitos individuais homogêneos	23
2.3	Processo coletivo e seus aspectos controvertidos no sistema	24
2.3.1	Legitimidade ativa e adequada representação	25
2.3.2	Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença	28
2.3.3	Relação entre demandas: conexão, litispendência e continência	31
2.4	Efetividade do processo coletivo no Brasil	35
3	APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
3.1	Legislação e experiência brasileira	41
3.2	Arbitrabilidade	42
3.3	Institutos aplicáveis à arbitragem	44

3.3.1	Princípios norteadores da arbitragem	44
3.3.2	Convenção de arbitragem e consensualidade das partes	46
3.3.4	Procedimento arbitral	48
4	OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COLETIVA NO BRASIL	53
4.1	Arbitrabilidade: são os direitos coletivos arbitráveis?	53
4.1.1	Arbitrabilidade objetiva dos direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	54
4.1.2	Arbitrabilidade objetiva dos direitos individuais homogêneos	57
4.1.3	Arbitrabilidade subjetiva na arbitragem coletiva	59
4.2	Processo: análise da compatibilidade entre os institutos processuais da tutela coletiva e o procedimento arbitral	61
4.2.1	Vinculação à convenção arbitral	62
4.2.2	Publicidade	67
4.2.3	Representatividade adequada	70
4.2.4	Coisa julgada	72
4.2.5	Relação entre demandas e o caso da Vale	75
4.2.6	Intervenção de terceiros e participação do Ministério Público	78
4.2.7	Despesas	80
4.2.8	Imparcialidade do árbitro e dever de revelação	82
4.3	Breves comentários ao Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil	85

5	CONCLUSÃO	91
----------	------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo uma análise pormenorizada da compatibilidade entre os institutos do processo coletivo e da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a partir das especificidades e singularidades inerentes à tutela de direitos transindividuais, pretende-se expor os desafios para a implementação da arbitragem coletiva no Brasil.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que a arbitragem é um instrumento processual imprescindível para resolução de litígios na estrutura jurídica brasileira. Consubstanciada na autonomia da vontade das partes, a arbitragem atua como uma forma heterocompositiva de resolução de disputas pela via privada, que ganha ainda mais importância por ser um meio alternativo à famigerada sobrecarga dos órgãos da jurisdição estatal.

Destarte, são inúmeras as vantagens obtidas pela opção da via arbitral nos litígios individuais, das quais cabe dar destaque às principais: maior especialidade do julgador na matéria litigiosa, uma vez que as partes podem escolher o árbitro com maior expertise no assunto; flexibilidade nas disposições processuais, permitindo escolha sobre as regras mais adequadas ao procedimento; celeridade na obtenção de solução definitiva do conflito, considerando que a decisão arbitral não é passível de recursos; e a possibilidade de o processo tramitar em sigilo.

Dessa forma, sendo também um meio importante de ampliação do acesso à justiça, a arbitragem vem sendo cada vez mais desenvolvida e amparada pelo sistema jurídico e pelos Tribunais do país. Com o advento da Lei 9.307/1996, que sistematizou o instituto e conferiu independência à sua jurisdição, houve um crescimento exponencial da arbitragem nos últimos anos, solidificando a reputação internacional do país como *arbitration friendly*¹.

Assim, quando se fala em arbitragem coletiva, pretende-se que a tutela dos direitos transindividuais também seja beneficiada pelas vantagens da via arbitral obtidas nos litígios individuais. E no Brasil, país onde já há um grande avanço na legislação sobre a tutela dos direitos coletivos e um crescente uso da arbitragem, o debate sobre o assunto se mostra imprescindível.

No entanto, o que em um primeiro momento pode aparentar ser uma tarefa simples, com

¹ Conforme aponta a doutrina especializada, “No Brasil, a arbitragem tem evoluído em ritmo vertiginoso. Em duas décadas, o país saiu da estaca zero para se tornar um dos principais mais respeitados mercados de arbitragem do mundo. Tudo isso graças ao esforço do STJ, do Poder Legislativo e da comunidade arbitral.” (Sperandio, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *in* Curso de arbitragem, coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 62).

a mera transposição dos elementos da tutela de direitos transindividuais ao procedimento arbitral, traz, na verdade, grandes desafios, em razão das singularidades dos institutos processuais aplicados aos processos coletivos.

Em que pese a legislação brasileira sobre tutela dos direitos coletivos ser uma das mais avançadas entre os países de *civil law* – o que já confere um bom arcabouço lógico-operacional às ações coletivas no país –, fato é que ela ainda não apresenta a desejada eficiência e seu processo de evolução não está concluído. Dessa forma, os avanços até então obtidos ainda não são suficientes para o equacionamento das situações concretas relacionadas ao tema e para conferir a almejada efetividade ao sistema.

Em suma, as disposições sobre o assunto estão consubstanciadas na Lei da Ação Civil Pública (LACP) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Apesar de não haver, ainda, uma consolidação normativa dos dispositivos que tratam da tutela de direitos transindividuais, seus princípios e institutos podem ser extraídos de um conjunto de disposições legais, além das já mencionadas acima, que formam o chamado “microsistema processual coletivo”, conforme restará mais bem detalhado no presente estudo.

Assim, considerando que o direito processual coletivo apresenta singularidades que importam aplicação distinta dos princípios e institutos processuais tradicionais, eventual adequação da sistemática do processo coletivo na arbitragem enfrentaria diversos obstáculos, que é justamente o que se pretende aprofundar neste ensaio. Como exemplo, os institutos da legitimação, litispendência e coisa julgada têm feição própria nas ações de interesses coletivos, que não podem ser interpretados à luz dos preceitos norteadores do processo individual.

Destaca-se que o que se deve intentar com a arbitragem coletiva é não só a ampliação do acesso à justiça, disponibilizando mais um meio de solução de controvérsias, mas também uma ordem jurídica verdadeiramente justa e eficiente, que garanta efetividade à resolução do conflito. Sendo assim, pretende-se primeiro apresentar o microsistema do processo coletivo no Brasil e suas particularidades, demonstrando, inclusive, os problemas já enfrentados pela jurisdição estatal na tutela de referidos direitos, para, posteriormente, avaliar a adequação de cada instituto processual do processo coletivo à arbitragem.

Portanto, não basta que seja oportunizado mais um meio alternativo para solução de controvérsias de natureza transindividual, mas é necessário avaliar se os princípios processuais fundamentais serão observados, para garantir que o mencionado acesso à justiça não macule o desrespeito aos direitos processuais fundamentais e obstaculize a obtenção da justiça material

almejada. Destarte, partindo deste pressuposto, propõe-se analisar se o processo coletivo arbitral conseguirá atender efetivamente aos fins pelos quais é proposto, se implementado sem qualquer regulamentação legislativa, como grande parte dos operadores do direito defende atualmente.

2 A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS NO BRASIL

2.1 O microsistema de processo coletivo brasileiro

2.1.1 Breve histórico

Em que pese a tutela dos direitos coletivos ser relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, é inimaginável pensar que conflitos de natureza transindividual surgiram há pouco tempo na sociedade. Em verdade, eles sempre existiram, mas foi apenas a partir do século XX, período em que o mundo passou por uma grande transformação social – com a dinamização das relações pessoais e sua interconexão pelo mundo –, que tais conflitos ganharam mais relevância na sociedade, impulsionando a proteção jurídica de interesses que superam a seara individual.

Dessa forma, o processo coletivo surgiu justamente pela necessidade de fornecer uma resposta adequada aos problemas emergentes da sociedade moderna, com a imperiosa adequação de instrumentos hábeis a solucionar os novos problemas sociais que ultrapassam o interesse individual clássico. Nesse sentido, considerando que o direito, desde seus primórdios, partiu de uma concepção individualista, na qual o interesse deveria possuir um titular para merecer tutela jurisdicional, houve a efetiva necessidade de implementar novos mecanismos processuais adequados à modernização social, para proteger os direitos transindividuais abrangidos dentre os “direitos fundamentais de terceira geração”².

Nesse sentido dispõe Ricardo de Barros Leonel, ao afirmar que o processo coletivo seria um “instrumento destinado a tornar acessível a Justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que pelos métodos tradicionais do processo de cunho clássico ou individual não seriam tuteláveis”³. E, como exemplo dessas novas relações e temas da modernidade, destacam-se os conflitos relacionados ao meio-ambiente, aos consumidores e a questões trabalhistas e societárias.

Como reflexo da supracitada modernização de conflitos sociais, surgiu, também no Brasil, meios para tutelar os interesses coletivos. O marco inicial da inserção do processo

² Nas palavras de Alexandre de Moraes, os direitos de terceira geração seriam “os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos” (*in* Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, 36ª Ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 105 *e-book*).

³ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 29.

coletivo no ordenamento jurídico se deu com Ação Popular, positivada inicialmente na Constituição de 1934 como um instrumento processual apto a conferir a qualquer cidadão a faculdade de pleitear a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Apesar de ter sido suprimida pelo Estado Novo, referido remédio constitucional foi reinserido na Magna Carta em 1946 e, finalmente, foi regulamentado em legislação própria, na Lei 4.717/1965; a chamada Lei da Ação Popular (LAP) que vigora até hoje.

No entanto, foi com o advento da Lei da Ação Civil Pública em 1985 e com a promulgação da Constituição da República de 1988 (CRFB/88), que houve um marco intenso e significativo na busca de instrumentos processuais para tutelar interesses de natureza transindividual no Brasil. Como aponta a doutrina especializada, a nova ordem constitucional “expressamente consagra regras referentes ao processo coletivo, ainda que não trate especificamente de procedimento de tal processo”⁴, tendo prestigiado a tutela material de diversos direitos de natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 216, CRFB/88) e a preservação da probidade administrativa (art. 37, §4º, CRFB/88).

Ademais, ao dispor sobre interesses coletivos na faceta material, elevou também à estatura constitucional instrumentos processuais para sua tutela: a ação popular foi mantida e fortalecida no art. 5º, LXXIII da CRFB/88, ao passo em que a ação civil pública (ACP) foi também consagrada, ao ser conferida legitimação ao Ministério Público (MP) para promovê-la, na tutela quaisquer espécies de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III da CRFB/88).

A partir desse momento, houve também um grande incentivo na ordem infraconstitucional para proteção de direitos que ultrapassavam o interesse individual, oportunidade na qual diferentes leis inseriram dispositivos visando a tutela de direitos na seara coletiva, tais como: Lei 7.853/89, tratando da defesa das pessoas portadoras de deficiência; Lei 7.913/1989, visando a defesa dos investidores no mercado de valores imobiliários; o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei da Improbidade Administrativa; o Estatuto do Idoso; entre outras.

Dentre as diversas leis criadas, contemplando a defesa dos direitos coletivos, insta destacar o Código de Defesa do Consumidor, instituído em 1990, que, assim como a Lei da Ação Civil Pública, representa um grande aparato normativo do direito processual coletivo, na

⁴ Cf. Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo, vol. único, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 52.

medida em que introduziu a classificação dos direitos coletivos *lato sensu*, dividindo-o em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, bem como dispôs sobre outras questões processuais da tutela de direitos coletivos.

Note-se, portanto, que a disciplina relacionada ao processo coletivo está esparsa em diversas leis, pois todos os mencionados aparatos normativos tratam de aspectos processuais da matéria. Dessa forma, a sobreposição de normas, somada com a necessidade de oferecer maior efetividade ao processo coletivo, ensejou, no início do século XXI, um movimento para elaboração de uma nova Lei da Ação Civil Pública, a fim de unificar o tratamento do microsistema, bem como corrigir suas imperfeições. Assim, no ano de 2009, foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.139/09, que, no entanto, foi posteriormente rejeitado pela Câmara dos Deputados.

Mas, em que pese o entusiasmo dos juristas brasileiros com o processo coletivo notável fortemente até o início do século, fato é que o processo coletivo no Brasil vem perdendo sua força. Não obstante à inegável avançada legislação brasileira dispondo sobre a tutela de direitos transindividuais, a prática demonstrou que ainda há a necessidade de melhorias para fornecer a adequada tutela de direitos e o efetivo acesso à justiça almejado pela judicialização dos conflitos de massa.

A corroborar o quanto exposto, destaca-se que houve um nítido desincentivo ao processo coletivo no novo diploma processual civil de 2015, que diante da pouca utilização das ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos, aprimorou as técnicas de julgamentos de casos repetitivos⁵ – e em que pese ter quem entenda que a referida sistemática poderia integrar o microsistema de processo coletivo brasileiro⁶, a assertiva não nos parece adequada, uma vez que os mecanismos preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) pretendem resolver o problema de massificação de demanda no judiciário e não do conflito de massa *per se*, conforme restará mais bem demonstrado em capítulo subsequente⁷. Portanto, apesar de o CPC/15 ter criado mecanismos para tornar as teses dos tribunais vinculantes para os demais juízes e uniformizar a aplicação do direito, não disciplinou, de fato,

⁵ O sistema de recursos repetitivos já existia no Código de Processo Civil de 1973, mas foi aprimorado pelo CPC/15 através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que levou a técnica para os tribunais de segunda instância. Dessa forma, o IRDR visa solucionar “causas-piloto” e suspender todos os processos repetitivos que versem sobre a mesma questão jurídica. Uma vez fixada a tese, ela se torna vinculante para todos os juízes sujeitos hierarquicamente ao respectivo tribunal.

⁶ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que as técnicas de julgamento de casos repetitivos integram o microsistema processual coletivo (*in* Curso de direito processual civil: processo coletivo, 11ª ed. Bahia, JusPodivm, 2017, p. 102), mas é um entendimento minoritário na doutrina.

⁷ O tema está mais bem desenvolvido no item 2.4 da presente monografia.

o processo coletivo.

Além disso, também evidenciando a necessidade de reformulação do microssistema processual coletivo – para que a lei acompanhe o dinamismo da vida em sociedade e se adeque à prática forense –, insta destacar que só no ano de 2020 houve dois projetos de lei para reforma da Lei da Ação Civil Pública, que atualmente se encontram em trâmite perante a Câmara dos Deputados⁸.

Portanto, fato é que a história do processo coletivo no Brasil está apenas se iniciando e, conforme restará demonstrado nos capítulos subsequentes, ainda há melhorias a serem feitas para que ele atinja a almejada efetividade na atividade jurisdicional.

2.1.2 Legislação brasileira

Como alhures exposto, o microssistema do processo coletivo no Brasil é formado por leis esparsas, que contêm dispositivos versando sobre a parte processual inerente ao litígio de natureza transindividual. Nesse sentido, pretende-se expor, neste capítulo, os principais dispositivos normativos que integram o sistema, bem como sua contribuição para a construção do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro instrumento com regulamentação autônoma voltado à proteção de interesses de natureza metaindividual consubstanciou-se na Lei da Ação Popular, nº 4.717/1965, que em seu art. 1º, *caput*, determinou que a ação popular seria proposta por qualquer cidadão, visando a proteção do patrimônio público relativo à administração direta ou indireta no âmbito de todos os entes federados⁹. Ato contínuo, o parágrafo 1º do mesmo dispositivo dispôs o que seria considerado “patrimônio público” para fins de proteção da ação popular, abrangendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Portanto, como se percebe, o objetivo inicial da lei era a proteção do patrimônio público, visando proteger interesses difusos, de toda a coletividade.

Ainda, com o advento da Constituição da República de 1988, o objeto da ação popular

⁸ Projeto de Lei nº 4441/2020 e Projeto de Lei nº 4778/2020.

⁹ Art. 1º da Lei 4.717/1965: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

foi ampliado, uma vez que o art. 5º, LXXIII da CRFB/88 determinou que referido remédio constitucional visaria não só a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, como também ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e ao cultural; além disso, ainda possibilitou a isenção de custas ao autor de boa-fé, promovendo uma maior acessibilidade para o uso da ação. Portanto, como se percebe, a LAP foi pioneira em instituir a proteção de direitos metaindividuais, apesar de não aprofundar as questões processuais inerentes à proteção dos mencionados direitos.

Mas o grande aparato que de fato impulsionou a evolução da legislação processual coletiva, foi a LACP, que segundo Rodolfo Camargo Mancuso, é uma ação de “índole predominantemente processual”, uma vez que “objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos”¹⁰. Nesse sentido, a Lei 7.347/1985 ampliou consideravelmente o objeto da tutela coletiva, ao arrolar, ainda que taxativamente na época, matérias de: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹¹. Além disso, também houve uma grande ampliação da legitimação para agir, já que a LACP instituiu a legitimação concorrente em caráter disjuntivo, de forma que a atuação de um ente legitimado para propositura da ação não exclui a de outro.

Importante ressaltar que após o advento de outras leis¹², foram inseridos novos dispositivos à LACP, ampliando ainda mais o objeto da tutela coletiva, dispondo que as matérias arroladas no art. 1º da lei possuiriam caráter exemplificativo e que “qualquer interesse difuso ou coletivo”¹³ poderia ser objeto de ação civil pública, bem como quaisquer interesses individuais homogêneos¹⁴.

Assim, a LACP funcionou como uma diretriz para tutela de direitos coletivos em diversas matérias específicas, posteriormente regulamentadas em leis próprias. Conforme

¹⁰ Cf. Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

¹¹ Em um primeiro momento, a proteção abarcou apenas direitos coletivos, uma vez que, à época da elaboração da lei, ainda não haviam sido positivados os interesses coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, que somente foram disciplinados pelo CDC, em 1990.

¹² Principalmente o Código de Defesa do Consumidor.

¹³ Art. 1º, IV da Lei 7.347/1985, inserido pela Lei 8.078/1990.

¹⁴ Segundo Ricardo de Barros Leonel, “O art. 117 da Lei 8.078/1990 acrescentou o art. 21 à Lei 7.347/1985 (...) Assim, ao determinar a aplicação à Lei da Ação Civil Pública de dispositivos do título do Código de Defesa do Consumidor que tratam da parte, por assim dizer, ‘processual’ deste último (...), deixou claro o legislador que passaram a ser tuteláveis quaisquer interesses individuais homogêneos por meio da ação civil pública da Lei 7.347/1985” (*in* Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 133).

aponta Teori Albino Zavascki, a ACP consubstanciou-se como um:

“instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (= indenização em dinheiro) ou pessoal (= de cumprir obrigações de fazer ou não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios”¹⁵.

Neste período – mais precisamente entre a década de 1980 e 1990 –, houve leis setoriais indicando os esforços legislativos para a ampliação da proteção dos interesses difusos no país, através do uso da ACP, tais como: a Lei sobre Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981); a Lei de Proteção dos Investidores de Mercado de Valores Mobiliários (Lei 7.913/1989); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 7.069/90); a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993); a Lei de Proteção das Pessoas Portadoras de Deficiência; o Estatuto do Idoso; e a Lei de Infrações à Ordem Econômica.

Insta ressaltar que referidos dispositivos normativos versando sobre o uso da ação civil pública em matérias específicas – que não se esgotam nos acima mencionados – mantiveram, na essência, ainda que com as adaptações necessárias, a linha procedimental adotada originalmente na LACP, que possui aplicação subsidiária para todas as demais.

Posteriormente, em 1990, houve o segundo grande marco para o microssistema processual coletivo, através da edição do Código de Defesa do Consumidor. Referido diploma legislativo aumentou consideravelmente a proteção dos direitos metaindividuais ao trazer novidades conceituais com maior especificidade, conferindo maior segurança jurídica ao uso do processo coletivo, principalmente relativamente a temas que ainda eram objeto de dúvida pelos juristas.

Nesse sentido, o legislador teve o cuidado de disciplinar a diferenciação de cada interesse transindividual, conceituando os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito, bem como os individuais homogêneos. Embora não isenta a críticas quanto a sua precisão, como aponta Ricardo de Barros Leonel¹⁶, com certeza teve o condão de afastar incertezas e dúvidas quanto às mencionadas categorias jurídicas, que estavam longe de ter posições conceituais unânimes na doutrina ou na jurisprudência.

Outrossim, o diploma consumerista também trouxe grandes avanços processuais relativamente ao instituto da prova e da coisa julgada no âmbito coletivo, determinando a

¹⁵ Cf. Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 63.

¹⁶ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 147.

inversão do ônus probatório¹⁷, bem como a extensão dos efeitos da sentença proferida na ação civil pública¹⁸. Além disso, ainda trouxe, como já mencionado, modificações essenciais à LACP, tornando exemplificativo o rol de matérias a serem objeto da ACP, de forma a permitir a defesa em juízo de qualquer interesse difuso ou coletivo, bem como de possibilitar a tutela de interesses individuais homogêneos.

E ao lado dos já mencionados diplomas normativos, a promulgação da Constituição Federal de 1988 reforçou e impulsionou a linha evolutiva da tutela de interesses coletivos no Brasil, auferindo princípios e disposições fundamentais para sua concretização, positivando relevantes valores metaindividuais, como: meio ambiente (art. 225 da CRFB/88), trabalho (art. 200, VIII da CRFB/88), patrimônio cultural (art. 216, §1º da CRFB/88), consumidores, (art. 170, V da CRFB/88), entre outros.

Além disso, o Constituinte também exarou a preocupação com a tutela coletiva de direitos em outros dispositivos¹⁹, inclusive prevendo expressamente o uso da Ação Popular para proteção de direitos coletivos; a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança Coletivo; bem como a instauração de Dissídios Coletivos. Por fim, ao prever que a legitimação do Ministério Público para promoção de ACP não exclui a dos demais²⁰ e ao credenciar associações e sindicatos para pleitos coletivos²¹, a CRFB/88 motivou uma democracia plural e participativa em defesa dos interesses supraindividuais.

Por fim, importante ressaltar que, apesar da tentativa de dar um panorama geral das leis que dispõem sobre o processo coletivo, elas não se esgotam nos mencionados dispositivos

¹⁷ A inversão do ônus probatório está disposta no art. 6º, VIII do CDC. Conforme aponta Rodolfo Camargo Mancuso, “a melhor exegese é a de que ficou autorizado o aproveitamento de outros dispositivos do CDC para o ambiente da ação civil pública (...), e assim se passa, v.g., com o alvitre da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)” (*in* Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 63). No mesmo sentido, Marcelo Abelha: “Ora, sendo o art. 6º, VIII, uma norma de direito processual civil, é ilógico que não se entenda como contida nessa regra de inversão do ônus da prova na determinação do art. 21 da LACP” (*in* Breves Considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais, Aspectos processuais do direito ambiental, coords. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, Rio de Janeiro – São Paulo, Forense Universitária, 2003, p. 183).

¹⁸ O art. 103 do CDC permitiu a extensão dos efeitos do julgado coletivo para a esfera individual em benefício da vítima, o que vem sendo chamado pela doutrina de “transporte *in utilibus* da coisa julgada”. Nesse sentido: Patricia Miranda Pizzol *in* Tutela Coletiva, processo coletivo e técnicas de padronização das decisões, ed. 2020, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, p. 65 *e-book*.

¹⁹ Tais como: (i) art. 5º, LXXIII, ao prever o uso da ação popular para a tutela de bens coletivos; (ii) art. 5º, LXX, prevendo o mandado de segurança coletivo; (iii) art. 8º, III, ao determinar o dever de proteção de interesses coletivos pelo sindicato; (iv) art. 114, §2º, assentando a possibilidade de ajuizamento de dissídios coletivos; (v) art. 129, III, dispondo sobre a função institucional do Ministério Público de defender direitos difusos e coletivos por meio de ação civil pública; (vi) art. 127, determinando ser função do Ministério Público defender interesses sociais.

²⁰ Chamada de “legitimação concorrente e disjuntiva”.

²¹ Arts. 5º, LXX, 8º, III e 102 da CRFB/88.

legais. Mas o que se nota, é que os dispositivos basilares para formar o que atualmente chamamos de “microssistema processual coletivo” estão disciplinados na Lei da Ação Civil Pública, na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

2.2 Espécies de direitos coletivos no ordenamento

Em prol de uma melhor sistematização dos direitos de natureza transindividual no ordenamento jurídico, o legislador propôs uma estruturação conceitual dos direitos coletivos no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81²². Conforme entendimento de Kazuo Watanabe, com o qual concordamos, o texto normativo utilizou os termos “interesses” e “direitos” como sinônimos, pois “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação entre eles”²³.

Dessa forma, denominou-se “direitos coletivos *lato sensu*” todos os direitos transindividuais deduzidos em juízo, sendo o gênero dos quais são espécies: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Nos próximos tópicos, serão abordados aspectos inerentes a cada um deles²⁴.

2.2.1 Direitos difusos

De acordo com o art. 81, parágrafo único, I do CDC, direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Dessa forma, sob o aspecto objetivo, tais interesses são caracterizados pela indivisibilidade do bem jurídico, e, pelo aspecto objetivo, pela indeterminação dos titulares e inexistência de relação jurídica base entre eles.

Primeiramente, no que tange ao aspecto objetivo, salienta-se que a indivisibilidade do

²² Art. 81 da Lei 8.078/90: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. 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; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²³ Cf. Watanabe, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1198 *e-book*.

²⁴ A presente monografia não pretende ignorar as demais classificações defendidas por parte da doutrina para as espécies de direitos coletivos tutelados no ordenamento jurídico brasileiro, que serão abordadas oportunamente (vide item 4.1 *infra*).

bem jurídico importa em uma comunhão indivisível de direitos entre seus titulares, sendo, destarte, essencialmente coletivos e insuscetíveis de apropriação exclusiva. Portanto, embora comum a todos os membros da coletividade, os direitos difusos não pertencem individualmente a ninguém, de forma que, como leciona Pedro da Silva Dinamarco, “não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação”²⁵.

Relativamente ao aspecto subjetivo, além de indeterminados, seus titulares são também indetermináveis, uma vez que, em grande parte das situações, o direito difuso concerne a toda uma coletividade ou à parcela significativa dela. Ademais, como já dito, não há relação jurídica base entre os membros da coletividade, mas tão somente uma circunstância de fato atingindo todos eles. Assim, como bem aponta Ricardo de Barros Leonel, eles “restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo, podendo certas vezes concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido”²⁶.

Destarte, diante de sua indivisibilidade e da indeterminação de seus titulares, os direitos difusos assumem caráter necessariamente indisponível, na medida em que qualquer reparação pecuniária a seus titulares seria indireta, destinada a um fundo, conforme preconiza o art. 13 da LACP²⁷.

Por fim, como exemplo de direitos difusos, a doutrina destaca a proteção ao meio-ambiente, no caso da poluição de um rio por uma fábrica, ou propagandas enganosas nos meios de comunicação, situações nas quais haverá diversos indivíduos espalhados na sociedade a serem potencialmente atingidos por uma circunstância de fato – conscientes na prática de um único ato danoso pelo infrator.

2.2.2 Direitos coletivos *stricto sensu*

Da mesma forma como nos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais e indivisíveis, tendo por titulares uma coletividade. No entanto, a diferença substancial entre eles é que estes possuem titulares determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica base, conforme determina o inciso II do parágrafo único do art. 81 do

²⁵ Cf. Dinamarco, Pedro da Silva. Ação Civil Pública, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 53.

²⁶ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 112.

²⁷ Art. 13 da Lei 7.347/85: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

CDC: “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”. Assim, relativamente ao aspecto objetivo, isto é, ao bem jurídico tutelado, os direitos coletivos são idênticos aos difusos e em ambos os casos não há possibilidade de os membros da coletividade obterem tutela judicial individualmente, conforme alhures evidenciado.

Portanto, é o aspecto subjetivo que os diferem, como bem pontua Ricardo de Barros Leonel: “é possível identificar dois dados diferenciadores: maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados”²⁸. Nesse diapasão, importa esclarecer que: a relação jurídica base preexiste ao evento danoso, isto é, não nasce da sua lesão ou ocorrência; e seus titulares são pessoas determináveis pelo grupo, categoria ou classe representados na ação, que provavelmente serão indeterminadas em um primeiro momento.

Ainda, imperioso ressaltar que os direitos coletivos *stricto sensu* não podem ser confundidos com interesses de pessoas jurídicas ou mera soma de interesses individuais, pois em ambos os casos tratar-se-iam de direitos individuais. É necessário, portanto, haver uma “alma coletiva”, como bem leciona Pedro da Silva Dinamarco: “o interesse coletivo á a síntese dos interesses individuais e não mera soma, sendo necessário que haja uma alma coletiva”²⁹.

Dessa forma, a fim de exemplificação, identificam-se interesses coletivos *stricto sensu* na pretensão de alunos de determinada rede de ensino, para que não haja alteração na grade curricular dos alunos, ou de um sindicato, litigando em prol de melhorias para a classe de trabalhadores por ele representada. E, em ambos os casos, “há uma unidade de sentimento e de ação, coordenada à realização de um escopo comum, correspondente a uma pluralidade ou totalidade orgânica formada por vários indivíduos”³⁰.

Por fim, cabe uma ressalva a alguns direitos, denominados pela doutrina de coletivos *stricto sensu*, mas que apresentam cunho individual, uma vez que o ajuizamento de ação individual pelo titular do direito é permitido. Como leciona Rômulo Greff Mariani, nas hipóteses de *recall* ou abusividade em contratos de plano de saúde, há uma maior aproximação com direitos individuais homogêneos – uma vez que são unidos por situações jurídicas iguais

²⁸ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 113.

²⁹ Cf. Dinamarco, Pedro da Silva. Ação Civil Pública, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 56.

³⁰ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 114.

que permitem ajuizamento de ação individual pelos titulares do direito –, do que com direitos coletivos em sentido estrito. Portanto, para que um direito seja efetivamente classificado como coletivo *stricto sensu*, ele deve ser integralmente indivisível e com seus titulares determináveis.

2.2.3 Direitos individuais homogêneos

Inspirado nas *class actions for damages*³¹ do direito norte-americano, o legislador brasileiro definiu os direitos individuais homogêneos, sucintamente, no inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC como os direitos “decorrentes de origem comum”³². Com efeito, de acordo com a definição dada pela doutrina especializada, “são interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem, v.g., prejuízos divisíveis surgidos numa origem comum”³³, tendo a lei estabelecido como requisito apenas a “homogeneidade” e “origem comum” para caracterização de referidos direitos.

Assim, resta evidente que os direitos são ontologicamente individuais, mas que, por apresentarem a mesma procedência, com questões de fato ou de direito comuns – identificadas na conduta da parte contrária –, são tratados processualmente de forma coletiva. Dessa forma, diferentemente dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, nada impedindo que seus titulares ajuízem demandas individuais para sua tutela.

Como bem leciona Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o legislador criou referida “ficção jurídica” para, atendendo às necessidades da vida contemporânea, garantir efetividade à Justiça, possibilitando a “tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes”³⁴. Dessa forma, os direitos individuais homogêneos, antes fragmentados em ações individuais, passaram a poder receber um tratamento molecular nas ações coletivas, visando a proporcionar economia processual, acesso à justiça e maior

³¹ Ação de reparação de danos à coletividade no direito norte-americano, disciplinadas na Regra 23 (b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

³² De acordo com Kazuo Watanabe, “Essa modalidade de ação coletiva constitui, praticamente, uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de ação bastante assemelhada à *class action* do sistema norte-americano. Assemelhada, mas não de todo idêntica, pois houve necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais” (*in* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1206 *e-book*).

³³ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 116.

³⁴ Cf. Didier Jr, Fredie e Zaneti Jr, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo, 11ª ed. Bahia, JusPodivm, 2017, p. 76.

segurança jurídica com o julgamento unificado.

Neste ponto, imperioso ressaltar que a doutrina se divide quanto à natureza de referidos direitos: seriam eles a mera soma de direitos individuais ou, ao serem tratados coletivamente, adquiriam nova faceta e se tornariam direitos essencialmente coletivos? Em que pese o respeitável entendimento de parte da doutrina, que compreende tratar-se de direitos essencialmente coletivos quando exarados em ações coletivas³⁵, concordamos com a vertente que defende que, mesmo quando inseridos no processo coletivo, não passariam de um aglutinado de direitos individuais, titulando-os como “direitos acidentalmente coletivos” ou “coletivamente tratados”³⁶.

Independentemente da discussão teórica, que será mais bem explorada no item 4.1 do presente ensaio, fato é que as ações coletivas para proteção dos direitos individuais homogêneos representaram grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, visando a impedir julgamentos divergentes em causas que possuem questões jurídicas idênticas. A título exemplificativo, encontram-se as ações ajuizadas por entes legitimados para defesa de consumidores que sofreram danos decorrentes de defeitos em produtos, ou de investidores que sofreram lesão por cobrança de taxas indevidas na aquisição de ações no mercado de valores mobiliários.

2.3 Processo coletivo e seus aspectos controvertidos no sistema

Nas palavras de Antonio Gidi, a ação coletiva é aquela “proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”³⁷, de forma que a legitimidade, o objeto e a coisa julgada das ações de natureza transindividuais atuam processualmente de forma distinta, se em comparação com ações individuais.

Dessa forma, quando aplicados aos litígios molecularizados, os princípios e institutos clássicos do direito processual civil assumem escopos próprios. Nesse sentido, Ada Pellegrini

³⁵ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*in* Curso de direito processual civil: processo coletivo, 11ª ed. Bahia, JusPodivm, 2017, p. 78).

³⁶ Com esse posicionamento, Teori Albino Zavascki (*in* Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 40) e Antonio Gidi (*in* Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 215).

³⁷ Cf. Gidi, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo, Saraiva, 1995, p.16.

Grinover é peremptória em dispor que:

“A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual”³⁸.

Assim, mostra-se imprescindível a análise dos institutos processuais mais sensíveis na tutela de direitos transindividuais e a forma como eles são aplicados na ordem jurídica pátria.

2.3.1 Legitimidade ativa e adequada representação

Conforme entende a doutrina processualista clássica, a legitimidade é “a qualidade para estar em juízo como demandante ou demandado em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz”, dependendo sempre “de uma concreta relação entre o sujeito e a causa” e se traduzindo “na relevância que o resultado desta virá a ter sobre a esfera de direitos do autor”³⁹. Dessa forma, e conforme dispõe expressamente o art. 18 do CPC/15⁴⁰, a regra geral é a de que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio; ou seja, a legitimidade para agir em juízo deve ser atribuída apenas ao titular do direito material envolvido no litígio, sendo chamada de “legitimidade ordinária”.

No entanto, o ordenamento jurídico admite exceções à supracitada regra, de modo que a legitimidade para agir em juízo poderá ser atribuída a quem não é titular dos direitos envolvidos, desde que haja expressa disposição legal nesse sentido. Trata-se da legitimidade extraordinária ou substituição processual, na hipótese de “alguém, que não é procurador ou mandatário, comparece[r] em nome próprio e requer[er] em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio”⁴¹.

Ao analisar o instituto sob a égide do sistema coletivo, não é possível afirmar que a parte legitimada para propositura da demanda será titular do direito envolvido, uma vez que ela atuará em defesa dos interesses de toda uma coletividade; tampouco poderá se falar em representação, quando “alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio”⁴², pois o autor coletivo, como

³⁸ Cf. Grinover, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*, in Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.), *Tutela Coletiva*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 308.

³⁹ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel e Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral no Novo Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2018, p. 117/118.

⁴⁰ Nos termos do art. 18 do CPC/15, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

⁴¹ Cf. Nigra, Hugo Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 64.

⁴² Cf. Nigra, Hugo Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 64.

parte da relação jurídico processual, não fala em nome e por conta do representado. Destarte, conquanto não seja pacífico na doutrina⁴³, adotar-se-á neste ensaio a corrente majoritária, que entende ser extraordinária a legitimidade nas demandas coletivas, através da substituição processual.

Dessa forma, tratando-se da excepcional espécie de legitimação, os entes legitimados para propositura das demandas coletivas são as pessoas dispostas taxativamente em lei, constantes na Constituição Federal e na legislação que regula a tutela coletiva – especialmente, embora não exclusivamente, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o modelo sugerido por Cappelletti⁴⁴, reconheceu legitimidade a órgãos e entidades públicas e privadas⁴⁵, habilitando-os à defesa de interesses metaindividuais de qualquer natureza. Sendo concedida a vários entes⁴⁶, a legitimidade é concorrente entre eles, que estarão em posição igualitária para a propositura da demanda; e também é disjuntiva, pois qualquer um dos legitimados poderá atuar em juízo isoladamente, sem necessidade de autorização dos demais, sendo a atuação em conjunto que eventualmente puder ser formada, sempre facultativa. Dessa forma, pelo menos em tese, qualquer um dos entes elencados em lei será parte legítima para propositura de demandas visando a tutela de direitos transindividuais.

No entanto, quando se fala em auferir a adequada representação, isto é, se o autor que se apresenta em juízo como portador dos interesses de uma coletividade ostenta, efetivamente, de condições de representá-la de forma adequada, o tema gera maiores controvérsias.

⁴³ Parte da doutrina defende ser hipótese de legitimidade ordinária, como Kazuo Watanabe e Rodolfo de Camargo Mancuso. Por outro lado, boa parte entende ser o caso de legitimação extraordinária, uma vez que a parte legítima atua em nome próprio, na defesa de direitos alheios. Por fim, há ainda, uma terceira linha, que entende haver uma espécie de “legitimação denominada autônoma para a condução do processo” para ações coletivas que tenham objeto direitos difusos e coletivos, uma vez que o autor “postula ao mesmo tempo tanto aquilo que é próprio como alheio e indivisível” (Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 183).

⁴⁴ O autor defendeu a necessidade de uma solução mista ou pluralística, reunindo esforços públicos e privados para o problema de representação dos interesses difusos.

⁴⁵ Excepcionalmente – já que apenas no âmbito da ação popular –, também foi atribuída legitimidade ao cidadão.

⁴⁶ Conforme elenca Ricardo de Barros Leonel, os legitimados são: “o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privado da Administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano com finalidades institucionais compatíveis com a defesa dos interesses postulados em juízo. Acrescentem-se as entidades da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos interesses supraindividuais, bem como os sindicatos e as comunidades indígenas. Some-se, finalmente, a Defensoria Pública.” (in Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 179/180).

Diferentemente do sistema norte-americano, no qual o instituto da *adequacy representation* é aferido diretamente pelo juiz ao analisar o caso concreto – hipótese em que ele poderá negar seguimento à ação, caso constate que o autor não possua condições de garantir representação adequada aos membros da classe –, no Brasil não há previsão legislativa expressa sobre este controle.

Dessa forma, parte da doutrina brasileira entendeu que o legislador, ao elencar taxativamente os entes legitimados para propositura de ações coletivas, conferiu, presumidamente, a adequada representação dos substituídos em juízo⁴⁷, aos argumentos de que: (i) o próprio legislador estabeleceu critérios em lei, quando determina, por exemplo, que a associação deve ser constituída a mais de um ano e que deve incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção a determinados seguimentos; (ii) caso seja constatada desídia do autor, o Ministério Público, participante obrigatório em todas as ações coletivas como fiscal da lei, poderá integrar o polo ativo assumindo a titularidade da ação coletiva; (iii) e a coisa julgada apenas favorece os membros do grupo, de modo que não haveria prejuízo aos membros da classe pela falta de adequação da representatividade.

No entanto, não aparenta ser apropriado entender que a adequada representação da classe na propositura da demanda coletiva consubstancia-se na pura análise objetiva dos critérios fixados pelo legislador. E a questão é de suma importância quando se fala na tutela de direitos coletivos, principalmente porque, além de assegurar que as garantias processuais sejam preservadas, figura como pressuposto de efetividade do processo, auferindo legitimidade ao provimento jurisdicional coletivo e possibilitando a extensão de seus efeitos àqueles que não integraram a relação jurídica processual.

Ademais, a adequação da representação também é fundamental para impedir o desvirtuamento da demanda coletiva – que pode ser utilizada para contrariar os interesses metaindividuais que supostamente estariam sido tutelados. Portanto, como defende grande parte da doutrina⁴⁸ e demonstra a prática forense, apesar da inexistência de previsão legal

⁴⁷ Pedro da Silva Dinamarco entende que o legitimado para a propositura da ação civil pública é um “legitimado institucional”, previsto pela lei em abstrato (*in* Ação civil pública, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 201). Também defendendo o controle *ope legis* da representatividade adequada, Clarissa Diniz Guedes, *in* A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais, *in* Processo Civil Coletivo, Mazzei, Rodrigo e Nolasco, Rita Dias (coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 124.

⁴⁸ Susana Costa entende ser “imperativo o reconhecimento de poderes ao juiz para a verificação da representatividade adequada ao legitimado” (O controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro, *in* As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 974). Fredie Didier Jr. defende que “Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva” *in* O controle judicial da legitimação coletiva e as ações passivas (o art. 82 do CDC), *in* Processo Civil

expressa no ordenamento jurídico sobre o controle *ope judicis* da adequada representação, há efetiva necessidade de o magistrado atuar no caso concreto e analisar se os interesses dos representados estariam contemplados pelo ente legitimado.

Dessa forma, mostra-se imprescindível a análise do binômio legitimidade e interesse de agir a partir do caso concreto, verificando a aptidão técnica do ente e a convergência de interesses com a classe, grupo ou categoria representada no litígio, bem como o nexo entre o perfil institucional do autor da demanda coletiva e o objeto do litígio, isto é, a denominada “pertinência temática”.

Portanto, como se percebe, a verificação da representatividade adequada no sistema brasileiro ainda é um problema no ordenamento jurídico, conforme restará melhor demonstrado no item 2.4 *infra*. Mas, a melhor forma de equacionar a falta de previsão legislativa com a importância do instituto, para que a proteção da tutela de direitos transindividuais seja efetiva, parece ser conferir ao juiz a possibilidade de realizar um controle judicial para apreciar a real aptidão do autor, oportunidade na qual poderá contar com a opinião do Ministério Público e de terceiros interessados.

2.3.2 Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença

Outro ponto que apresenta uma conotação distinta no âmbito da tutela de direitos metaindividuais, é relativamente à coisa julgada material, que segundo o CPC/15, é a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”⁴⁹. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso “No tocante à coisa julgada coletiva, verifica-se que ela não tem como operar no restrito sistema de eficácia subjetiva da jurisdição singular, porque no plano coletivo não se cuida de conflito intersubjetivo com partes determinadas”⁵⁰.

Dessa forma, as regras clássicas de coisa julgada *pro et contra*⁵¹ e sua eficácia *inter partes*⁵² não se aplicam na tutela de direitos transindividuais, conforme dispõe o art. 103 do

Coletivo, Rodrigo Dias Mazzei e Rita Dias Nolasco coord., São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 97. No mesmo sentido, Pedro Lenza, *in* Teoria Geral da ação civil pública, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 200/205.

⁴⁹ Art. 502 do CPC/15.

⁵⁰ Cf. Mancuso, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada, Teoria geral das ações coletivas, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 116.

⁵¹ Segundo Paula Sarna Braga, a coisa julgada *pro et contra* é aquela que se forma independentemente do resultado da causa, tanto em caso de improcedência, como no caso de procedência (*in* Processo Civil: tutela de conhecimento, procedimento comum, Salvador, Jus Podivm, 2018, p. 271).

⁵² A eficácia *inter partes* é relacionada aos limites subjetivos da eficácia da sentença, que conforme aponta Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “a sentença só pode projetar *efeitos* sobre as esferas de

CDC e 16 da LACP; e o motivo é: já que os titulares dos direitos envolvidos na lide não são parte na demanda, como demonstrado no capítulo anterior, a extensão dos efeitos da sentença a eles deve conter adaptações, em prol da preservação da garantia do devido processo legal.

No tocante aos direitos essencialmente coletivos – difusos e coletivos *stricto sensu* –, optou o legislador por estabelecer a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, isto é, a imutabilidade e indiscutibilidade geradas pela sentença de mérito dependem, conjuntamente, do resultado da demanda e da suficiência da prova produzida.

Assim, no que tange aos efeitos produzidos em relação a outras demandas coletivas, se a sentença obtida na demanda for tanto procedente, tanto improcedente por pretensão infundada, a coisa julgada material obtida impedirá que a mesma demanda seja reformulada por qualquer colegitimado. No entanto, se a sentença for de improcedência fundada em falta de provas, outro autor legitimado poderá propor nova ação envolvendo as mesmas questões de fato e de direito, inclusive o próprio autor – desde que com novas provas –, se aproximando do fenômeno da coisa julgada formal.

Relativamente aos efeitos da coisa julgada coletiva perante os membros da coletividade, estabelece o art. 103, §1º, do CDC que eles não prejudicarão os integrantes da coletividade representada na demanda. Ou seja, se houver demandas individuais decorrentes da mesma situação fático jurídica que é objeto da demanda coletiva, a sentença de improcedência não afetará a lide individual, que poderá ser normalmente ajuizada e independentemente julgada.

Mas, se a sentença produzida na demanda coletiva for procedente, que naturalmente beneficia os interesses do substituído, poderá vincular a ação individual ajuizada, caso o autor assim opte, isto é: uma vez ciente da propositura da ação coletiva, o autor individual tem a opção de suspender sua ação para aguardar o julgamento da demanda coletiva e se beneficiar no caso de procedência – sendo que no caso de improcedência, sua ação individual continua normalmente após prolação da sentença, sem haver afetação pelos seus efeitos. Por outro lado, caso o autor opte por não suspender sua ação, não poderá se valer dos efeitos da sentença coletiva, mesmo que favorável.

Referida sistemática é também chamada de coisa julgada *in utilibus*, pois o transporte dos efeitos da sentença coletiva para a esfera individual somente ocorrerá para beneficiar os interesses individuais e nunca para prejudicá-los. Sendo assim, conforme dispõe os incisos I e

direitos de quem haja sido parte no procedido em que houver sido proferida” (*in Teoria Geral no Novo Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2018, p. 203).

II do art. 102 do CDC, a coisa julgada material formada em demandas envolvendo direitos difusos será *erga omnes* e em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*, será *ultra partes*, incidindo na esfera jurídica dos titulares dos interesses transindividuais judicializados. E, como bem aponta Ricardo de Barros Leonel, “É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi ‘parte’ no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.”⁵³

Em que pese a solução se coadunar com os princípios da ampla defesa e contraditório, uma vez que não prejudica os interesses transindividuais no caso de a atuação do autor ser defectiva, também é passível de críticas, conforme restará melhor delineado no item 2.4 *infra*, uma vez que pode gerar um ônus exacerbado ao réu, ao permitir o ajuizamento de várias demandas coletivas posteriormente, dependendo das provas que eventualmente poderão ser coligidas pelo autor. Ademais, negar a possibilidade de o réu apresentar exceção da coisa julgada nas ações individuais eventualmente ajuizadas poderá promover desigualdade entre as partes.

Quando se fala em ações coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada apresenta algumas distinções. Primeiramente, insta destacar que a exceção conferida à sentença coletiva de improcedência fundada em falta de provas, que não faz coisa julgada perante os demais colegitimados, não se aplica neste campo. Sendo assim, independente do resultado, haverá coisa julgada e a demanda coletiva não poderá ser reproposta contra o mesmo réu.

Sobre o transporte da coisa julgada *in utilibus*, pode-se afirmar que ele também se aplica na defesa dos direitos individuais homogêneos; no entanto, (i) haverá a possibilidade de os substituídos se prejudicarem pela sentença de improcedência, se eles tiverem atuado na ação coletiva como litisconsortes; (ii) e eles poderão deixar de ser beneficiados pela sentença de procedência, caso tenham aforado ação individual e não tenham postulado sua suspensão ao tomar conhecimento da ação coletiva em trâmite, versando sobre o mesmo objeto litigioso. Desse modo, a coisa julgada nas ações envolvendo direitos individuais homogêneos será *erga omnes* e *secundum eventum litis*, observando as peculiaridades aqui mencionadas.

Também em relação à coisa julgada, emerge a questão do limite territorial disposto no art. 16 da LACP – alvo de muitas críticas pela doutrina e pela jurisprudência desde que foi

⁵³ Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 333.

inserido no referido diploma normativo⁵⁴ —, que restringiu o alcance da sentença dos efeitos da sentença prolatada na demanda coletiva “nos limites da competência territorial do órgão relator”. Nesse sentido, é possível observar que referida limitação é claramente inconstitucional, na medida em que dificulta o principal objetivo da tutela coletiva, o de acesso à justiça, bem como estimula a violação ao princípio da isonomia, permitindo a prolação de sentenças contraditórias.

Destarte, considerando a polêmica sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, a jurisprudência já vinha entendendo pela sua não aplicação, mesmo sem haver declaração formal de inconstitucionalidade. Felizmente, hoje essa discussão encontra-se superada, tendo o Min. Alexandre de Moraes decidido, em sede de repercussão geral, ser “inconstitucional a delimitação dos efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial de seu órgão prolator”⁵⁵.

2.3.3 Relação entre demandas: conexão, litispendência e continência

Diferentemente do regramento dos efeitos da coisa julgada coletiva, que está expressamente disposta nos diplomas legais que formam o microsistema processual coletivo, o convívio entre ações coletivas, ou entre estas e as demandas individuais, não foi bem delineado pelo legislador. Dessa forma, as regras emergem de subsídios do próprio CPC/15, com as necessárias adequações para a lide coletiva.

Sob a ótica do processo individual, a delimitação de cada demanda é facilmente traçada através da identificação das partes, dos pedidos e da causa de pedir; elementos da ação essenciais para comparar as demandas judiciais e evitar a ocorrência de conflito prático de julgados. Assim, há litispendência quando “se repete demanda idêntica à anteriormente proposta, isto é, ações com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido”⁵⁶, conexão quando, entre duas ou mais ações, “for comum o objeto ou a causa de pedir”⁵⁷ e continência quando “há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma,

⁵⁴ O art. 16 da LACP foi modificado pela Lei 9.494/1997, que acrescentou a limitação territorial à coisa julgada na ação coletiva: “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 poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

⁵⁵ Cf. STF, Plenário, RE 1.101.937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral — Tema 1075).

⁵⁶ Cf. Donizetti, Elpídio. Curso de direito processual civil, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 231 *e-book*.

⁵⁷ Cf. Donizetti, Elpídio. Curso de direito processual civil, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 274 *e-book*.

por ser mais amplo, abrange o das demais”⁵⁸.

No entanto, ao observar tais elementos sob a ótica da sistemática processual coletiva, a questão assume contornos diferentes, uma vez que, como bem aponta Ada Pellegrini Grinover, “O conceito rígido de pedido e causa de pedir, próprio do CPC/15, aplicado ao processo coletivo, tem dificultado a reunião de processos coletivos, provocando a condução fragmentária de processos, com decisões contraditórias”⁵⁹.

Em primeiro lugar, ao analisar as partes da demanda, deve-se levar em consideração a parte material, verdadeira titular dos interesses litigiosos, e não a parte processual, que atua na defesa de interesses alheios. Dessa forma, como pontua Daniel Amorim Assumpção Neves, “Havendo processos com a mesma causa de pedir, mesmo pedido, e somente com partes processuais diferentes, sendo iguais as partes materiais, haverá uma mesma ação”⁶⁰. Ou seja, embora não haja identidade física ou institucional entre os autores, haverá na sua condição jurídica.

Em segundo lugar, as ações coletivas revelam a necessidade de conferir um maior elastério à verificação da causa de pedir e dos pedidos, para que se alcance a afinidade na relação substancial entre as demandas. É dizer: ainda que não haja, exatamente, mesmos pedidos, ou que os fundamentos jurídicos (causa de pedir) não sejam idênticos, poderá se falar em reunião das ações para julgamento conjunto se as demandas coletivas buscarem solucionar o mesmo conflito de interesses no plano material⁶¹. Dessa forma, e em prol da instrumentalidade processual e da segurança jurídica, evitando multiplicidade de ações sobre o mesmo aspecto da relação material, é fundamental que se mitigue a rígida concepção legal do fenômeno.

Nesse mister, quando se fala em litispendência, a regra processual determina que a

⁵⁸ Cf. Donizetti, Elpídio. Curso de direito processual civil, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 274 *e-book*.

⁵⁹ Cf. Grinover, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1151 *e-book*.

⁶⁰ Cf. Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo, vol. único, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 321.

⁶¹ Ricardo de Barros Leonel exemplifica diversas situações em que o fenômeno pode ocorrer, como no caso em que “o Ministério Público proponha ação questionando legalidade de aumento de mensalidade de plano ou seguro de saúde por parte de determinada seguradora, em defesa de interesses individuais homogêneos dos contratantes. Suponhamos, ainda, que uma associação em defesa do consumidor proponha, em face de outra seguradora, ação com idêntico fundamento jurídico, destinada a beneficiar interesses individuais homogêneos titularizados pelos respectivos contratantes. A rigor, não há identidade de partes nem da causa de pedir remota, mas só da causa de pedir próxima, na medida em que nas duas ações se discute a ilegalidade do aumento, realizado de forma uniforme, por força, no exemplo imaginado, de portaria ou resolução de agência reguladora do setor. Mas, em visão flexível e prática, não há como negar a eventual conveniência, mormente tratando-se de processos coletivos, de tratamento uniforme. Isso poderá justificar, diante da análise das peculiaridades do caso concreto, a reunião das ações e o julgamento conjunto” (*in* Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 319).

segunda ação manejada seja extinta, sem resolução de mérito⁶². No entanto, grande parte da doutrina⁶³ entende que a solução mais adequada na jurisdição coletiva, seria a de reunir as causas, conforme é realizado na conexão⁶⁴, para que haja o fortalecimento da proteção do interesse social contido nessas ações, não restringindo a defesa dos interesses por aquele que foi mais rápido na propositura da demanda – até porque o fato de ter proposto a ação primeiramente, não significa que o fez de forma adequada e com densidade probatória necessária para procedência da ação.

Nesse sentido, é exatamente o que dispõe o recente Projeto de Lei 4.441/2020, que em seu art. 8º, parágrafo único, determina que “Configurada a litispendência, o segundo processo deve ser remetido ao juízo prevento, salvo se, em decisão fundamentada, o juiz determinar a extinção do processo, em razão de circunstâncias concretas”, corroborando a tendência de adaptar os institutos processuais clássicos para proporcionar maior efetividade ao processo coletivo e prestigiar o julgamento uniforme de casos idênticos, uma vez que “a natureza instrumental do direito processual impõem sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial”⁶⁵.

No que tange às ações coletivas conexas ou continentes, o tema não gera maiores adversidades na doutrina, sendo possível a reunião das demandas, na forma que determina o CPC/15. No entanto, destaca-se que nem sempre a reunião das demandas é a medida mais adequada a ser tomada, uma vez que ela pode significar uma “eternização de conflitos”, se cada demanda não estiver na mesma fase processual, podendo retardar a longa fase de instrução, que normalmente as ações coletivas possuem.

Dessa forma, equalizando a garantia da duração razoável do processo, com a segurança jurídica e necessidade de prestação jurisdicional isonômica, a solução mais adequada, conforme aponta Paulo Henrique dos Santos Lucon, é dar um maior poder de direção ao juiz no processo, de forma que, em ações conexas ou continentes, deve haver:

“(I) reconhecimento da conexão, (II) a reunião dos processos a cargo de um único julgador e (III) o processamento simultâneo nas causas que demandarem mesma atividade probatória. Ou seja, nem sempre será o caso de se formar uma relação jurídica processual única e o juiz, reconhecendo seu poder de direção, poderá ou não

⁶² Art. 485, V do CPC/15: “O juiz não resolverá o mérito quando: reconhecer a existência de perempção, litispendência ou coisa julgada”.

⁶³ De acordo com o entendimento mencionado, estão Teresa de Arruda Alvim Wambier, Marcelo Abelha Rodrigues, Rodolfo Mancuso, Luiz Manoel Gomes Júnior, Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr.

⁶⁴ Art. 55, §1º do CPC/15: “Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”.

⁶⁵ Cf. Bedaque, José dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 16.

decidir conjuntamente as causas em sentença única”⁶⁶.

Já no que se refere à relação entre a lide coletiva e ação individual manejada com fundamento nos mesmos elementos fáticos, o tema ganha maior complexidade. Seria possível haver litispendência, conexão ou continência entre uma ação coletiva e uma individual?

Relativamente às ações coletivas que tutelam direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, o legislador determinou expressamente a impossibilidade de haver litispendência com ações individuais⁶⁷, sem deixar margem para dúvidas. Apesar de não ter disposto sobre os direitos individuais homogêneos, a doutrina majoritária entende também inexistir essa possibilidade, uma vez que não haveria identidade de partes (já que a ação coletiva defende os interesses de toda uma classe) e de pedido (a ação coletiva busca uma condenação genérica, ao passo em que a individual busca uma indenização específica).

Já no que tange à conexão e continência, há maiores controvérsias. O tema já foi introduzido no tópico anterior, ao tratar dos efeitos da coisa julgada no plano individual, mas não se esgota ali. Como dito, se as ações forem decorrentes da mesma situação fática, é facultado ao autor da demanda individual, uma vez cientificado da tramitação da demanda coletiva, suspender sua ação até o julgamento daquela, não impondo ao indivíduo a obrigatoriedade de esperar pelo julgamento do feito coletivo, mas facultando a ele essa possibilidade.

No entanto, quando se fala que ações individuais podem ser conexas ou contidas em ações coletivas, partindo-se das premissas do direito individual, significa dizer que elas devem ser reunidas e julgadas em conjunto. Parte da doutrina admite essa possibilidade, que, no entanto, não parece ser a mais adequada, uma vez que poderiam existir milhares de processos individuais, sendo inviável – pragmaticamente considerando –, reuni-los, provocando inevitável tumulto na ação coletiva e retardando seu processamento.

Por outro lado, ignorar a concomitância de tramitação de ações coletivas e individuais, permitindo que a individual seja julgada primeiro – já que o processo individual costuma ser mais célere –, significa prejudicar o julgamento da controvérsia macroscópica, permitindo decisões contrapostas e promovendo insegurança jurídica, uma vez que vários indivíduos terão, para o mesmo problema, soluções diversas; o que vai na contramão do pressuposto do processo

⁶⁶ Cf. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*, 2ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2018, p. 206.

⁶⁷ Art. 104 do CDC: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

coletivo, em garantir isonomia aos membros da classe.

Para resolver a questão, ou teria que haver um aprimoramento no regime da coisa julgada, ou uma maior rigidez para a suspensão das lides individuais, para que aguardem o desfecho da ação coletiva, conforme restará aprofundado no tópico a seguir.

2.4 Efetividade do processo coletivo no Brasil

Como visto, o processo coletivo brasileiro ainda tem muito a evoluir, uma vez que, após mais de 30 anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a prática forense demonstrou que certos mecanismos dispostos na lei precisam ser aprimorados, pois não estão conferindo a efetividade almejada pelo sistema. Ademais, a própria sobreposição de regramentos processuais também é, de certo modo, problemática, pois gera lacunas – que acabam por ser supridas pela jurisprudência e entendimentos doutrinários –, vindo a causar certa insegurança jurídica na propositura de lides coletivas.

Dessa forma, procurou-se delinear os pontos mais sensíveis inerentes aos institutos processuais aplicados na defesa de direitos transindividuais nos itens acima, que precisam ser repensados para que sejam alcançados os objetivos buscados pela tutela coletiva – garantindo maior efetividade às ações e alcançando o almejado acesso a uma ordem jurídica justa e isonômica para grupos e classes –, pois apesar de já possuir enorme potencial, o sistema poderia ser mais eficiente.

Inicialmente, relativamente à legitimidade para agir, percebe-se a necessidade de aferir um maior controle a respeito da adequada representação do autor coletivo. A experiência forense demonstrou que a falta de controle da representatividade adequada do autor da demanda coletiva pode ensejar um desvirtuamento da ação, que ao invés de tutelar os direitos dos membros da classe, acaba por veicular interesses do próprio autor. Como bem aponta Ada Pellegrini Grinover:

“problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo”⁶⁸.

⁶⁸ Cf. Grinover, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1233 *e-book*.

Nesse sentido, faz-se necessário que a lei disponha expressamente sobre a necessidade de o juiz togado exercer um controle maior de representatividade adequada do autor coletivo, para que haja uma uniformização do entendimento aplicado pelos Tribunais, atendendo aos fins pelos quais o processo coletivo foi proposto.

Não obstante a inexistência de imposição normativa, tem-se observado uma tendência dos Tribunais em auferir um maior controle sobre a adequada representação, como exarado em recente acórdão proferido pelo E. TJSP, no qual foi reconhecida a falta de interesse de agir da associação autora, por não ter sido verificada a representatividade adequada, diante de “fortes indícios de atuação fraudulenta na referida associação, com desvirtuamento de suas finalidades, uma vez que se volta a propor demandas coletivas, cujos objetivos imediatos se voltam a beneficiar os advogados que a compõe e não os consumidores propriamente ditos”⁶⁹. Mas ressalta-se que a jurisprudência não é consolidada nesse sentido, ainda havendo forte entendimento no sentido de que a representação adequada é presumida dos requisitos impostos pela lei, limitando-se o juiz à verificação objetiva dos critérios dispostos na legislação⁷⁰.

Outro problema encontrado no processo coletivo, é relativo à falta de publicidade nas ações coletivas, que acaba por dificultar a reunião de ações coletivas ajuizadas por colegitimados distintos versando sobre o mesmo fato e o aproveitamento da sentença coletiva pelos membros da classe.

Assim, relativamente à tramitação simultânea de ações coletivas, apesar de termos defendido que não há necessidade de haver mesmas partes para que haja a configuração da litispendência – desde que representando interesses do mesmo grupo –, ou que deve haver uma maior flexibilidade dos conceitos de pedido e causa de pedir para verificação de conexão e continência, fato é que a lei carece de previsão nesse sentido e a jurisprudência não vem aplicando referido entendimento para reunir as ações. Dessa forma, o cenário experimentado hoje pelo Brasil, é o de diversas ações coletivas ajuizadas com o mesmo escopo jurídico, em comarcas distintas, gerando decisões conflitantes e onerando demasiadamente o réu.

Portanto, emerge uma efetiva necessidade de uniformização do entendimento sobre reunião de demandas coletivas para evitar o ajuizamento de diversas ações civis públicas tutelando os mesmos direitos pelo país, por autores distintos. Nesse sentido, insta destacar

⁶⁹ Cf. TJSP, Apel. n° 1008272-27.2014.8.26.0405, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, j. em 4/6/2019.

⁷⁰ Nesse sentido: TJRJ, Apel. n° 0138058-24.2013.8.19.0001, 20ª Câmara de Direito Cível, Rel. Des. Geórgia de Carvalho Lima, j. 19/8/2015.

alguns dos inúmeros casos que evidenciam o problema. Primeiramente, ressalta-se o caso das diversas ações civis públicas propostas contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em estados diferentes, pugnando por concessões de benefícios para parte da população de cada estado. O problema é evidente, já que a concessão de benefícios pelo INSS é regulamentada por lei federal, que deveria, portanto, ter aplicação nacional; mas o manejo de ações em repartições diferentes acaba por gerar inúmeras decisões sobre o mesmo assunto e benefícios previdenciários diferentes para os entes de cada estado da federação.

Importa também mencionar o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no qual várias ações civis públicas foram propostas contra referida agência, em comarcas situadas em estados diferentes, discutindo a metodologia do reajuste tarifário aplicado por ela às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Veja: o reajuste discutido no caso foi idêntico a todas as concessionárias do país, portanto não faria sentido que houvesse decisões distintas para a mesma situação jurídica. Felizmente, neste o caso, ao julgar o Conflito de Competência 126.601/MG, a primeira seção do C. STJ entendeu pela reunião das demandas para julgamento conjunto das ações. No entanto, não é essa a tendência observada, pois raros são os casos em que é reconhecida a litispendência ou a conexão das demandas coletivas no Brasil⁷¹.

Outro problema encontrado no processo coletivo, é o fato de ele não estimular o uso da ação coletiva em detrimento da individual, em prol de garantir maior segurança jurídica e economia processual: como já dito, não há a publicidade adequada às ações coletivas para que os membros da classe beneficiada possam se valer da sentença coletiva e não há uma disciplina adequada para a suspensão das ações individuais diante da tramitação da ação coletiva envolvendo o mesmo arcabouço fático.

Dessa forma, a falta de publicidade das ações coletivas impossibilita que os membros da classe beneficiada por eventual sentença de procedência na ação coletiva possam liquidar e executar o título executivo judicial – o que acaba fazendo com que ingressem, concomitantemente, com ações individuais –, desprestigiando o julgamento uniforme para as mesmas situações jurídicas. E, ainda que o art. 94 do CDC⁷² determine a publicidade das ações coletivas, é cediço que o edital – mecanismo empregado pelo código – não confere publicidade

⁷¹ Nesse sentido: TJRO, AI nº 0003991-10.2014.822.0000, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Isaias Fonseca Moraes, j. 29/4/2014.

⁷² Art. 94 do CDC: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

alguma, ensejando a necessidade de a lei empregar mecanismos mais aprimorados e compatíveis com os meios de comunicação atuais.

Ademais, se a lei prevê a suspensão das ações individuais diante da coletiva, permitir que as duas fluam separadamente apenas reverbera a incompetência do sistema para lidar com interesses da classe na macro lide. Um grande exemplo dos problemas gerados pela referida falta de coordenação, foi o caso das ações ajuizadas no TJRS relativas à caderneta de poupança: milhares de ações individuais foram propostas com o mesmo escopo, e, para dar um melhor andamento a elas, o Tribunal ordenou a suspensão compulsória das ações individuais (mesmo contra a vontade dos autores), enquanto estavam tramitando ações coletivas – tendo a posição sido validada pelo C. STJ⁷³.

Note-se que a medida tomada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, no caso mencionado, foi frontalmente contrária à disposição da lei – que prevê a suspensão facultativa da ação individual –, mas que foi tomada para dar a mínima efetividade ao sistema – corroborando a insegurança jurídica ocasionada por essa falta de coordenação.

Outra questão polêmica é referente à coisa julgada coletiva. Em que pese a louvável intenção do legislador em conferir maiores garantias aos membros da classe, que não participaram da demanda e não podem com ela se prejudicar, fato é que o instituto não confere segurança no plano jurídico. Uma vez que a sentença coletiva não vincula os membros do grupo e não faz coisa julgada *pro et contra*, as ações individuais repetitivas continuam a ser propostas, sobrecarregando o sistema e possibilitando a prolação de diversas decisões conflitantes – o que acaba por ser extremamente prejudicial à resolução da macro lide.

Nesse sentido, importante destacar o tratamento dado pelo CPC/15 ao processo coletivo, evidenciando a ineficiência do sistema – principalmente em relação à tutela dos direitos individuais homogêneos. Como bem aponta o professor Heitor Sica, com o advento do CPC/15, houve um:

“enfraquecimento do processo coletivo (que continua a ser tratado em um microssistema apartado do Código) e aprimoramento/ampliação de técnicas de aceleração/aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais”⁷⁴.

Por conseguinte, resta evidente que o CPC/15, ao invés de aprimorar a sistemática de

⁷³ Tema 675/STF: “Suspensão de ação individual em razão da existência de ação coletiva”.

⁷⁴ Cf. Sica, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015, *in* Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva, Revista de Processo, vol. 256, julho/2016, p. 5.

processo coletivo, optou por inserir novos mecanismos para lidar com os direitos individuais homogêneos, através a sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), visando a contenção de demandas movidas com as mesmas teses jurídica e minimização da sobrecarga das demandas enfrentada pelo judiciário – que não integra o microssistema processual coletivo, já que este tem como pressuposto a ampliação do acesso à justiça e uniformização do direito através de uma única demanda.

Dessa forma, entendemos que a concomitância do julgamento de processos repetitivos e a sistemática processual coletiva para direitos individuais homogêneos gera grandes problemas, abrindo a possibilidade de tratamentos díspares para a mesma lide. Explica-se: o microssistema processual coletivo, como exaustivamente exposto, apresenta peculiaridades próprias – principalmente em relação à legitimidade para agir, aos efeitos e abrangência da coisa julgada e à relação entre as demandas. Portanto, no caso de direitos individuais homogêneos, a macro lide pode ser resolvida de duas formas: um ente legitimado propõe uma ação civil pública, com coisa julgada *secuncum eventum litis*, que não vinculará os litigantes individuais e permitirá que eles obtenham decisão diversa pela via processual individual; ao passo em que poderá o mesmo caso ser julgado através do IRDR, que produzirá coisa julgada *erga omnes*, seja no caso de procedência ou improcedência.

Assim, a ação coletiva acaba frustrando seus próprios propósitos, pois um mecanismo que, supostamente, traria acesso à justiça, isonomia e segurança jurídica, acaba por possibilitar soluções díspares para o mesmo objeto litigioso – envolvendo as mesmas questões jurídicas –, com o ajuizamento das ações individuais. E isso apenas evidencia que o processo coletivo precisa ser regulado e pensado em conjunto com a sistemática que propõe o atual Código de Processo Civil, para que valores tão caros ao nosso ordenamento, o da segurança jurídica e o de efetivo acesso à justiça, não sejam banalizados.

Uma possível solução – inclusive já apontada pelo Projeto de Lei nº 4.441/2020, em trâmite na Câmara dos Deputados –, seria a de dar preferência à Ação Civil Pública na sistemática do IRDR, para deixá-la como um precedente qualificado. Assim, conforme aponta o parágrafo único do art. 5º do referido projeto de lei, “A ação civil pública será preferencialmente selecionada como caso representativo da controvérsia em incidente de julgamento de casos repetitivos”, de forma que as vantagens do processo coletivo poderiam ser usufruídas por mais pessoas.

Ora, se o sistema admite os IRDR como caso piloto e vincula os processos repetitivos

tanto para o caso de procedência, como para o de improcedência, qual sentido faria excluir a mesma lógica para as demandas coletivas, nas quais há: (i) maior aprofundamento das questões debatidas – já que se discute desde o primeiro grau de jurisdição as questões de fato e de direito, com melhores condições ao exercício do contraditório; (ii) uma instrução probatória mais profunda, normalmente envolvendo perícias complexas; (iii) maior fiscalização, com a participação do MP; (iv) e possibilidade de terceiros ingressarem na lide?

O fato é que, como apontado, o microssistema processual coletivo que atualmente vigora no ordenamento não alcançou a efetividade e eficiência almejada, de forma que se mostra imprescindível uma reforma legislativa que promova maior segurança jurídica ao sistema.

3 APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Legislação e experiência brasileira

Em que pese o Código Civil de 1916 já prever o procedimento arbitral como uma alternativa à solução de controvérsias, a arbitragem não era utilizada ordinariamente no mundo jurídico brasileiro. A explicação advém da pouca efetividade que o ordenamento garantia ao procedimento, tendo em vista que exigia-se a homologação do até então chamado “laudo arbitral” pelo Poder Judiciário e, ainda, que não havia tutela específica da cláusula compromissória, de forma que era possível que uma parte interessada ingressasse com a demanda através da via estatal, a despeito do compromisso já instaurado.

Nesse ínterim, foi apenas com o advento da Lei 9.307/1996 que a arbitragem ganhou e vem ganhando cada vez mais força no país. Sendo um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, figura como uma alternativa privada à busca pela tutela de direitos na jurisdição estatal. E, seja por suas vantagens, conforme será exposto adiante, seja pela famigerada sobrecarga do judiciário, fato é que a arbitragem brasileira está crescendo exponencialmente nos últimos anos, evidenciando ser um instrumento primordial de pacificação social no país.

Em linhas gerais, é possível afirmar que o uso da arbitragem no Brasil apresenta relevantes vantagens em relação à utilização da jurisdição estatal, destacando-se: (i) a celeridade do procedimento, que, julgado em única instância, se evade da prolongada sistemática recursal do processo judicial e da sobrecarga de demandas nos tribunais superiores; (ii) a maior especialidade do julgador na causa, uma vez que, sendo escolhido pelas partes, o jurista poderá ter máxima expertise no assunto abordado; (iii) uma maior flexibilidade do procedimento, permitindo que as partes escolham as regras mais adequadas para resolução do conflito; e (iv) possibilidade de tramitação sigilosa do procedimento, preservando segredos comerciais e evitando exposição de empresas ao mercado.

Desse modo, o Brasil tornou-se um dos países que mais utilizam a arbitragem para resolução de disputas⁷⁵. Nota-se que hoje, há incentivos até mesmo do Poder Judiciário para

⁷⁵ Em 2020, o Brasil integrou a 2ª posição do *ranking* de países que mais utilizaram arbitragem no mundo, segundo a *Internacional Chamber of Commerce* (ICC Dispute Resolution Statistics. International Chamber of Commerce, 2021. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>. Acesso em 28/9/2021).

sua utilização⁷⁶, reconhecendo tratar-se de um importante mecanismo para resolução de conflitos. Ademais, com o aumento de câmaras arbitrais especializadas pelo país, a acessibilidade para o seu uso fica cada vez maior, o que somado com as vantagens do procedimento, resulta em maiores números de causas julgadas na arbitragem.

Atualmente, a legislação dispondo sobre a matéria encontra-se sistematizada na Lei 9.307/96 – reformada através da Lei 13.129/15, atualizando alguns dispositivos do diploma legal de acordo com as necessidades demonstradas pela prática jurídica –, que ao transitar entre o direito material e processual, fornece as principais diretrizes para seu uso, sendo ela fundamental para a eficiência do instituto no país⁷⁷. Além disso, destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015 também prestigiou a importância da jurisdição arbitral, dispondo expressamente sobre o uso do instituto (art. 2º, §1º do CPC/15)⁷⁸ e sobre a natureza de título executivo judicial à sentença arbitral (art. 512, VII do CPC/15)⁷⁹.

Portanto, o instituto da arbitragem no Brasil é hoje “um sistema já consolidado em nosso ordenamento, que conta com amplo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário”⁸⁰ e que encontra cada vez mais adeptos e entusiastas com o seu uso, representando uma importante alternativa para resolução de controvérsias no país.

3.2 Arbitrabilidade

Para que um litígio possa ser submetido à arbitragem, devem ser cumpridos os requisitos dispostos no art. 1º, *caput* da Lei 9.307/96, *in verbis*: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A

⁷⁶ Cf. REsp 1.189.050, julgado em 14/3/2016, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão: “Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas ‘ondas renovatórias do direito’ de Mauro Cappelletti. (...) Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade.” (STJ, REsp 1189050/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/03/2016).

⁷⁷ Dentre as principais inovações trazidas pela Lei 9.307/96, destacam-se a independência à jurisdição arbitral, dispensando a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, e a força vinculante da cláusula compromissória, que passou a excluir previamente e irremediavelmente a jurisdição estatal para o julgamento do litígio.

⁷⁸ Art. 3º, *caput* e §1º do CPC/15: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

⁷⁹ Art. 515 *caput* e VII do CPC/15: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: a sentença arbitral”.

⁸⁰ Cf. Dall’Agnol, Ana Carolina e Martini, Pedro C. de Castro e. Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, organ. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 17.

doutrina denominou as condições impostas do art. 1º da LArb, como requisito da “arbitrabilidade”, subdividindo-o em arbitrabilidade objetiva e subjetiva, que segundo Francisco José Cahali, “a arbitrabilidade será subjetiva ou objetiva, conforme se refira aos sujeitos ou ao objeto do conflito, ambas as situações tratadas no artigo citado”⁸¹.

Em relação ao cumprimento do requisito subjetivo da arbitrabilidade, é necessário que as partes sejam capazes, na forma que dispõe o art. 1º do Código Civil⁸². Sendo assim, cumprirá o requisito da arbitrabilidade subjetiva quem “por força da lei civil, pode contrair obrigações (assumir direitos e ter deveres), isto é, ser sujeito de direitos” para que seja “considerado titular de uma relação jurídica”⁸³, de forma que apenas poderão se submeter à arbitragem as pessoas plenamente capazes de contratar e assumir relações jurídicas.

No que atine ao atendimento da arbitrabilidade objetiva, exige-se que o objeto litigioso seja um direito patrimonial disponível – como expressamente determinou o dispositivo legal. Por conseguinte, um direito será estritamente patrimonial quando “é passível, ou não, de valoração pecuniária”⁸⁴, de forma que “circule economicamente nas esferas jurídico-patrimoniais das pessoas”⁸⁵; ato contínuo, o direito será disponível se “puder ser alienado ou cedido, pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva”⁸⁶.

Assim, é necessário que a parte possa dispor do direito patrimonial, ou seja, ela deve possuir “poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, podendo dispor sobre eles pelas mais diversas formas dos negócios jurídicos; são, pois, direitos individuais, passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos pela parte”⁸⁷. Portanto, serão indisponíveis os direitos de incapazes, a grande maioria de direitos públicos e os direitos sobre os quais não é possível transacionar. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”⁸⁸.

⁸¹ Cf. Cahali, Francisco José. Curso de arbitragem. 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 143.

⁸² Art. 1º da Lei 10.406/02: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

⁸³ Cf. Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, vol. único, 5ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 253/254 *e-book*.

⁸⁴ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

⁸⁵ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

⁸⁶ Cf. Beraldo, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96, São Paulo, Atlas, 2014, p. 12.

⁸⁷ Cf. Cahali, Francisco José. Curso de arbitragem. 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 145.

⁸⁸ Cf. Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 39.

Assim, a doutrina é pacífica em entender que direitos da personalidade ou questões de direito de família e ambientais ficam excluídos âmbito patrimonial e, portanto, não podem se submeter à arbitragem⁸⁹. No entanto, ressalta-se que grande parte dos juristas defendem que os impactos patrimoniais decorrentes desses direitos, como a apuração do *dano ex delicto*, poderiam sim ser submetidos à jurisdição privada.

Importante ressaltar que o preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva se entrelaçam, como no caso da impossibilidade de arbitragem promovida por ente despersonalizado. A limitação, como aponta José Cahali, “não está na capacidade de firmar convenção, pois podem contratar (...) A restrição à instituição do juízo arbitral decorre da indisponibilidade do direito que se vê nestas situações”⁹⁰.

Portanto, para que um litígio possa ser submetido à arbitragem, ele deve ser formado por partes capazes e que possam dispor dos direitos essencialmente patrimoniais envolvidos no conflito. Como entende a doutrina especializada⁹¹, a falta de arbitrabilidade ocasionará a “impossibilidade jurídica” da sentença arbitral, de forma a acarretar sua inexistência.

3.3 Institutos aplicáveis à arbitragem

3.3.1 Princípios norteadores da arbitragem

A própria LArb estabelece, em seu art. 21, §2º, quatro princípios que devem ser necessariamente respeitados pelo procedimento arbitral, sendo eles: do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento⁹². Portanto, ainda que as partes possam dispor sobre o procedimento a ser seguido pelo árbitro, tais

⁸⁹ Cândido Rangel Dinamarco entende que “São *objetivamente indisponíveis* e, portanto, não comportam a via arbitral todos os direitos da personalidade, os que envolvam a ordem pública ou sanções à improbidade administrativa, o *jus puniendi* de que é titular exclusivo o Estado, os direitos a alimentos, os referentes a bens públicos de *uso comum do povo* e os de uso especial” (in *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 78). Da mesma forma, Carlos Alberto Carmona: “De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal” (in *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 38).

⁹⁰ Cf. Cahali, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 144.

⁹¹ Cândido Rangel Dinamarco entende que “a inarbitrabilidade (objetiva ou subjetiva) será causa de uma *impossibilidade jurídica* da sentença arbitral (LA, art. 32, inc. I – *supra*, n. 19). Parte expressiva da doutrina, com apoio de Giovanni Bonato, considera *inexistente* a sentença arbitral proferida nessa situação, com a consequência de que tal inexistência é *dedutível* por qualquer meio de impugnação, sem limites temporais” (in *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 80).

⁹² Art. 21, §2º da Lei 9.307/96, “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

princípios não poderão ser objeto de transação.

Mas, além dos mencionados, a doutrina também identifica outros princípios que se aplicam ao procedimento arbitral. Ainda que não haja exata convergência entre os autores, entendemos que os mais relevantes são os da autonomia privada e da *kompetenz-kompetenz*, que desencadearão outras premissas fundamentais na arbitragem, tais como a não denegação de justiça, a não revisão do mérito da sentença arbitral pelo judiciário, bem como da separabilidade da convenção de arbitragem.

Como é cediço, a arbitragem possui caráter voluntário, sendo fruto da liberdade de escolha das partes. Portanto, é a autonomia privada que investirá o poder do árbitro para o concreto exercício da jurisdição e legitimará o procedimento, para que não seja violado o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição⁹³, pelo qual qualquer lesão ou ameaça de direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Além disso, a autonomia privada também permite que, uma vez eleita a jurisdição privada para resolução do conflito, as partes estabeleçam todas as regras processuais aplicáveis ao procedimento – sendo facultado a elas optar, inclusive, pela aplicação de direito estrangeiro – e escolham os árbitros através da convenção de arbitragem.

Já pelo princípio da *kompetenz-kompetenz* ou simplesmente da “competência-competência”, prestigiado pelo parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem (LARb)⁹⁴, cabe ao árbitro decidir sobre sua própria competência para julgar o conflito diante de eventuais alegações de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Assim, inclusive como decorrência da autonomia privada e visando proteger o estabelecido pela convenção, tal princípio fortalece o instituto da arbitragem, pois:

“se ao Judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral estaria postergada por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção”⁹⁵.

No entanto, cumpre ressaltar que referido princípio não exclui, definitivamente, a apreciação do Poder Judiciário para análise da convenção de arbitragem, mas tão somente estabelece uma ordem de preferência. Ou seja, ainda que, por regra, a jurisdição estatal deva se abster da referida análise, excepcionalmente ela poderá fazê-la: casos em que a mácula sobre a

⁹³ Art. 5º, XXXV da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁹⁴ Art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

⁹⁵ Cf. Cahali, Francisco José. Curso de arbitragem. 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 149.

cláusula compromissória for flagrantemente nula ou inaplicável à disputa em espécie, ou em caso de posterior ajuizamento de ação anulatória fundada no art. 32, I, da LArb⁹⁶, situação na qual caberá ao juiz togado analisar a nulidade da convenção.

Relativamente aos princípios determinados em lei, observa-se que o legislador teve por objetivo garantir a observância ao devido processo legal em todo o procedimento arbitral. Dessa forma, as supracitadas garantias devem ser respeitadas desde a convenção arbitral até findo o procedimento; sendo sua análise realizada pelos árbitros durante o procedimento, ou mesmo depois pelo Poder Judiciário, em eventual ação anulatória de sentença arbitral.

Principalmente pela possibilidade de flexibilização no procedimento arbitral, deve haver uma grande atenção à observância do contraditório, que em hipótese alguma poderá ser afastado, sob pena de violação à CRFB/88. Ademais, é ele que irá legitimar eventual infidelidade às regras procedimentais escolhidas pelas partes. Como bem aponta Cândido Rangel Dinamarco, ficariam legitimados os atos “quando, apesar do *error in procedendo*, o contraditório houver sido observado e a parte houver participado plenamente e de modo efetivo”⁹⁷.

A igualdade das partes, por sua vez, consubstancia-se no tratamento isonômico dado pelo julgador a ambos os litigantes, sendo conferidas as mesmas oportunidades para cada um deles. Assim é que o árbitro deve ser imparcial, tanto na prolação da sentença, como em todos os atos praticados por ele praticados; o que já leva ao princípio do livre convencimento, pois o árbitro deve ter total liberdade em avaliar e valorar as provas, sem sofrer qualquer influência externa. Importante salientar que no caso de violação à imparcialidade do árbitro ou de seu livre convencimento, haverá impedimento no julgamento do caso, uma vez que estaria em xeque a confiança das partes no julgador, que alicerça a escolha pela jurisdição privada. Dessa forma, uma sentença proferida por árbitro impedido poderá ser posteriormente invalidada.

3.3.2 Convenção de arbitragem e consensualidade das partes

A convenção de arbitragem é o meio pelo qual as partes expressam sua autonomia privada e optam pela submissão de seus conflitos à jurisdição arbitral, registrando seu consentimento no acordo de vontades. De acordo com Carlos Alberto Carmona, ela possui um caráter híbrido, uma vez que também afasta a jurisdição estatal de forma definitiva, não sendo

⁹⁶ Art. 32, *caput* e I da Lei 9.307/96: “É nula a sentença arbitral se for nula a convenção de arbitragem”.

⁹⁷ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 26.

possível posterior arrependimento por sua adesão:

“como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.”⁹⁸

Além disso, conforme entende Cândido Rangel Dinamarco, é a convenção de arbitragem que confere poder ao árbitro e legitima o procedimento⁹⁹. Portanto, diante da importância de seus efeitos, é fundamental que haja demonstração inequívoca do consentimento das partes ao optarem pela entrega da solução de determinado litígio aos árbitros, afastando-o da jurisdição estatal.

Destarte, pela extensão subjetiva da convenção, apenas quem foi parte na avença poderá ser submetido ao juízo arbitral e terá sua esfera jurídica afetada pelos efeitos da coisa julgada na sentença arbitral. Já pela extensão objetiva da convenção de arbitragem, somente o objeto expressamente determinado no acordo de vontades poderá ser discutido no procedimento; devendo ele estar detalhadamente exarado na convenção, para que não haja patologias na avença posteriormente.

Segundo a lei brasileira, a convenção pode ser realizada de duas formas: através da cláusula compromissória arbitral ou do compromisso arbitral¹⁰⁰, sendo a principal diferença entre eles o fato de que “a primeira visa resolver eventuais e futuras disputas e já se encontra inserida no contrato *ab initio*; o segundo só é elaborado quando surgida a disputa, *a posteriori*, já em vistas do conflito específico”¹⁰¹.

Assim, o diploma legal conceituou a cláusula compromissória como “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”¹⁰², determinando que ela seja estipulada por escrito, inserida em contrato ou em documento apartado que a ele se refira¹⁰³. Além disso,

⁹⁸ Cf. Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 79.

⁹⁹ Segundo o autor, “Esse acordo de vontades, expresso em uma convenção de arbitragem (compromisso ou cláusula compromissória), constitui livre exercício da *autonomia da vontade*, que por sua vez é filha da liberdade negocial emergente da ampla garantia constitucional da liberdade (Cont., art. 5º, *caput* e inc. II) – mas, uma vez investido o árbitro no concreto exercício da jurisdição, a essa função é coessencial o exercício de um *poder*, não importando a origem negocial dessa investidura” (*in* A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 48/49).

¹⁰⁰ Art. 3º da Lei 9.307/96: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

¹⁰¹ Cf. Sperandio, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *in* Curso de arbitragem, coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 69.

¹⁰² Art. 4º, *caput*, da Lei 9.307/96.

¹⁰³ Art. 4º, §1º da Lei 9.307/96: “A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

conferiu ampla autonomia à cláusula compromissória, de tal sorte que a nulidade do contrato não compromete a cláusula, possibilitando que litígios provenientes da própria nulidade contratual ainda sejam submetidos à jurisdição privada.

O compromisso arbitral, por sua vez, submetendo um litígio já existente à jurisdição arbitral, foi definido como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas”¹⁰⁴, podendo ser ele judicial, ou seja, no trâmite de um processo já instaurado, ou extrajudicial, através de escritura pública ou contrato por escrito particular.

Por fim, importa destacar que a convenção também tem função de definir as características do procedimento, podendo, desde já, dispor sobre alocação de custas para as partes, a forma como será instaurado o procedimento – tribunal *ad hoc* ou institucional –, dentre outros aspectos.

3.3.3 Procedimento arbitral

Como já esclarecido nos tópicos acima, pelo princípio da autonomia privada que rege a arbitragem, é facultada às partes a escolha a respeito das regras de procedimento a serem utilizadas na resolução do litígio; caracterizando o aspecto flexível do instituto. Tal procedimento, que nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco consubstancia-se no “conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o árbitro exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses”¹⁰⁵, pode ser determinado de três formas, conforme dispõe o art. 21, *caput* e §1º da LArb¹⁰⁶: as partes podem criar um procedimento novo; podem reportar-se a regras institucionais de um determinado órgão arbitral; ou podem deixar a critério do árbitro.

Dessa forma, tendo em vista os amplos poderes de gestão do procedimento, a Lei de Arbitragem não se ocupa, de grande modo, a disciplinar os atos processuais – dispostos em poucos artigos do diploma –, que apenas deverão seguir os princípios e garantias já listados acima¹⁰⁷. Não obstante, as eventuais lacunas encontradas na própria lei ou na convenção das

¹⁰⁴ Art. 9º, *caput*, da Lei 9.307/96.

¹⁰⁵ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 52.

¹⁰⁶ Art. 21, *caput* e §1º da Lei 9.307/96: “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. §1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”.

¹⁰⁷ Vide item 3.3.1 da presente monografia.

partes devem ser preenchidas pelo árbitro¹⁰⁸, de forma que não se pode imaginar o uso automático e subsidiário das leis processuais civis. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

“não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. Aplicam-se, isso sim, os princípios gerais do processo, com os temperamentos naturais que o processo deve sofrer quando passa para o âmbito extrajudicial”¹⁰⁹.

Destarte, deve-se ter em mente a existência de um poder normativo do árbitro, que, em eventual lacuna, deverá seguir os princípios gerais do processo aplicáveis à arbitragem em busca da obtenção de uma decisão efetivamente justa às partes. Verifica-se, assim, a tendência de o procedimento arbitral ser bem menos rigoroso e imutável que o processo judicial, em prestígio à autonomia da vontade para obtenção da justiça material.

Embora não seja obrigatório, é habitual que, antes do início do procedimento, o árbitro e as partes assinem um documento chamado “termo de arbitragem”, que possui a finalidade de descrever o objeto da arbitragem com exatidão e regular questões processuais, de forma que, como aponta Carlos Alberto Carmona, nele serão “refinados temas que podem não estar claramente definidos na convenção de arbitragem”¹¹⁰. No entanto, imperioso ressaltar que, caso a parte se oponha ao instrumento, a arbitragem seguirá normalmente, de acordo com as disposições da convenção já firmada, de forma que eventuais lacunas serão supridas pelo próprio árbitro no decorrer do processo.

De qualquer forma, uma vez requerida a instauração da arbitragem e indicados os árbitros, o procedimento costuma seguir com a instituição de um calendário, no qual será fixado um cronograma dos atos processuais. Apesar de, como já demonstrado à exaustão, não haver um modelo rígido a ser seguido, a prática indica que serão percorridas as fases postulatória e instrutória, alegações finais, prolação de sentença e, por fim, eventual pedido de esclarecimentos.

No que tange à instrução na arbitragem, importante destacar a tendência em haver um maior aprofundamento na produção e apreciação dos elementos probatórios. Primeiramente, identifica-se vultosa participação das partes, que devem apresentar toda e qualquer prova de

¹⁰⁸ Conforme aponta Carlos Alberto Carmona, há um “verdadeiro poder normativo do árbitro. Esse poder será pleno quando ficar por conta do julgador o estabelecimento das regras de arbitragem, ou então será supletivo quando as partes tiverem escolhido um regramento pré-existente (que nunca será completo e exaustivo).” (*in* Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 292).

¹⁰⁹ Cf. Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 293.

¹¹⁰ Cf. Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 281.

seu interesse e contribuir para a elucidação dos fatos, uma vez que não há, propriamente, uma distribuição de ônus da prova previamente fixada. Além disso, o árbitro tem alargado seu poder de condução do processo, sendo-lhe permitido interferir na produção probatória e determinar atos pertinentes para contribuir na sua convicção e busca pela verdade material.

Uma vez instruída a causa e apresentadas as alegações finais, as partes costumam demonstrar as despesas havidas no procedimento, para que o julgador, respeitando eventuais disposições já exaradas na convenção, decida sobre as responsabilidades para seu custeio na sentença arbitral, na forma em que determina o art. 27 da Lei 9.307/96¹¹¹. Nesse ínterim, destaca-se que: inexistente determinação legal para que a alocação de custos siga o princípio da sucumbência; não se fala em honorários do advogado, uma vez que sua presença nem é obrigatória no processo; e tampouco existe previsão de concessão do benefício da justiça gratuita, tal como no processo judicial.

Assim, cabe ao árbitro decidir, totalmente desvinculado de critérios impostos pela legislação processual civil, a forma mais adequada de alocação de custos entre as partes. Salienta-se que nada impede haver condenação por litigância de má-fé na jurisdição arbitral, que poderá ser aplicada, conforme aponta Francisco José Cahali: “se houver comportamento temerário, provocador de tumultos, abusos, prática de ato flagrantemente protelatórios”¹¹² e, ainda, como dispõe Leonardo de Faria Beraldo, para condutas antiarbitragem, tais como “uma ação anulatória de sentença arbitral completamente descabida, ou a impetração de um mandado de segurança abusivo visando a paralisação da arbitragem”¹¹³.

Relativamente à intervenção de terceiros no procedimento arbitral, importante destacar que não há disciplina legal sobre o tema, de forma que coube à doutrina e à prática estabelecer premissas visando preencher a lacuna, que, no entanto, estão longe de serem unânimes. O assunto gera maiores controvérsias quando envolve a vontade de terceiros não signatários da convenção de arbitragem, já que, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “Não desejando participar do processo arbitral, sua inserção por provocação de uma das partes seria um ultraje à sua liberdade de contratar e equivaleria a uma indevida extensão subjetiva da cláusula compromissória”¹¹⁴.

¹¹¹ Art. 27 da Lei 9.307/96: “A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

¹¹² Cf. Cahali, Francisco José. Curso de arbitragem. 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 295.

¹¹³ Cf. Beraldo, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº9.307/96, São Paulo, Atlas, 2014, p. 347.

¹¹⁴ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 124.

Assim, nos casos de intervenção provocada por uma das partes no procedimento¹¹⁵, o problema mencionado acima apenas resta superado se o terceiro anuir com sua participação no litígio, pois essa manifestação de vontade poderá preencher a falta de consentimento exarado na convenção de arbitragem. No entanto, não há unanimidade na doutrina a respeito da necessidade de o adversário da parte interessada e inclusive o Tribunal Arbitral consentirem com a participação do terceiro no processo; mesma hipótese que ocorrerá no caso de intervenção voluntária.

De qualquer forma, sendo a arbitragem uma jurisdição privada¹¹⁶, grande parte dos arbitralistas defende haver necessidade de os envolvidos no litígio anuírem com qualquer participação, que não poderia ser imposta, nem mesmo pelo árbitro. O tema é controvertido e ainda enseja muitos debates, principalmente na seara societária – envolvendo litígios complexos e multipartes –, motivo pelo qual o assunto foi regulamentado, pela primeira vez¹¹⁷, pela Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), que entendeu ser do presidente da Câmara, a competência para apreciar uma eventual intervenção de terceiros na lide¹¹⁸.

O litisconsórcio, por sua vez, enfrenta os mesmos obstáculos supracitados. É inimaginável obrigar um terceiro a abdicar da jurisdição estatal para se submeter à arbitral sem seu consentimento, ainda que seja caso de litisconsórcio necessário. Portanto, neste caso, como determina a doutrina especializada, “o processo arbitral não pode prosseguir, devendo ser providenciado o envolvimento do terceiro sob pena de o árbitro ter que extinguir o processo

¹¹⁵ Seriam os casos de denúncia da lide, chamamento ao processo e incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

¹¹⁶ De acordo com Renato Stephan Grion, a arbitragem tem por essência a privacidade, que “reflete o princípio de que apenas as partes e terceiros relevantes poderão participar dos atos processuais da arbitragem” (*in* Convenção de Arbitragem *in* Curso de arbitragem, coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 213).

¹¹⁷ Evidenciando a falta de regulamento sobre o assunto.

¹¹⁸ Cf. em Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado: “Artigo 6: 6.1 Intervenção de Terceiros. Antes da nomeação de qualquer árbitro, as partes poderão chamar um terceiro ao procedimento arbitral, podendo fazê-lo o próprio terceiro legitimado, em qualquer caso, por meio de Requerimento de Intervenção de Terceiro (‘Requerimento de Intervenção de Terceiro’). 6.1.1 O Requerimento de Intervenção de Terceiro deverá ser submetido à Secretaria da Câmara de Arbitragem e conter justificativa para a intervenção do terceiro, bem como ser instruído com cópias do Requerimento de Instauração da Arbitragem e da(s) Resposta(s) ao Requerimento. 6.1.2 O terceiro terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar resposta ao Requerimento de Intervenção de Terceiro, que deverá observar os requisitos do item 2.1.3. 6.1.3 As partes serão intimadas a se manifestarem, no prazo de 10 (dez) dias, a respeito da resposta ao Requerimento de Intervenção de Terceiro. 7 6.1.4 O Presidente da Câmara de Arbitragem decidirá acerca do Requerimento de Intervenção de Terceiro. Se deferido, o terceiro ingressará no procedimento arbitral no estado em que ele se encontre, devendo assinar compromisso de cumprir as disposições deste Regulamento e de se submeter à sentença arbitral. Se houver oposição de qualquer das partes e mesmo assim o Presidente da Câmara de Arbitragem decidir a favor da intervenção de terceiro, o Tribunal Arbitral deverá reapreciar a matéria, prolatando decisão final sobre a intervenção de terceiro” (Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado. Câmara do Mercado, 2021. Disponível em <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/regulamento-da-camara-de-arbitragem-do-mercado.pdf>. Acesso em: 28/9/2021).

arbitral sem julgar o mérito”¹¹⁹.

Sobre o tema da confidencialidade, importa destacar que, em que pese não haver expressa previsão em lei, o sigilo no procedimento arbitral é uma grande característica da prática institucional, evitando expor a imagem das partes e a intimidade de seus negócios. Dessa forma, a maioria dos regulamentos das Câmaras de Arbitragem preveem a confidencialidade na tramitação dos litígios, sendo esta comumente apontada como uma das grandes vantagens da jurisdição privada, já que é “um direito de todo sujeito que confia nos árbitros e deles espera a discreta solução de seus conflitos”¹²⁰.

Por fim, no que tange à sentença prolatada na jurisdição privada, importa salientar que o art. 31 da LArb equiparou os efeitos da sentença arbitral ao da sentença judicial, estabelecendo que, quando condenatória, formará título executivo judicial e que produzirá seus efeitos apenas entre as partes e seus sucessores, isto é, a quem consentiu com a jurisdição privada. Dessarte, uma vez proferida a sentença arbitral e esclarecidos eventuais pedidos das partes, esgotam-se os poderes do árbitro, de forma que as partes deverão executar a condenação, se o caso, pela via judicial.

¹¹⁹ Cf. Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 304. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco *in* *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 128, e Leonardo de Faria Beraldo *in* *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 348.

¹²⁰ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 63.

4 OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COLETIVA NO BRASIL

4.1 Arbitrabilidade: são os direitos coletivos arbitráveis?

Conforme já delineado no capítulo sobre o microssistema processual coletivo, o legislador subdividiu os direitos coletivos em três espécies: difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo. No entanto, para a análise da arbitrabilidade de tais espécies de direitos transindividuais, partiremos da concepção exarada pela obra de Teori Albino Zavascki¹²¹, segundo a qual apenas os direitos difuso e coletivo *stricto sensu* seriam, de fato, transindividuais, ditos “essencialmente coletivos”; ao passo em que os direitos individuais homogêneos seriam direitos subjetivos individuais, chamados de “acidentalmente coletivos”.

Com efeito, o autor aponta que a primeira categoria por ele firmada, de “direitos essencialmente coletivos”, englobaria apenas os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que “são indivisíveis e não tem titulares individuais certos, pois pertencem não a indivíduos, mas a grupos, a categorias ou a classes de pessoas”¹²². Por outro lado, a segunda categoria, dos “direitos individuais homogêneos”, abrangeria os direitos que “são divisíveis e têm titulares individuais juridicamente certos”¹²³, de forma que “não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais”¹²⁴.

Portanto, a arbitrabilidade dos direitos envolvidos nas demandas coletivas será tratada, primeiramente, em relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e, posteriormente, aos direitos individuais homogêneos, sob os panoramas da disponibilidade e patrimonialidade do objeto litigioso, bem como da capacidade contratual do autor da demanda.

¹²¹ No mesmo sentido, Kazuo Watanabe: “A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos: a) os essencialmente coletivos, que são os ‘difusos’, definidos no inc. I do parágrafo único do art. 81, e os ‘coletivos’ propriamente ditos, conceituados no inc. II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os ‘individuais homogêneos’, definidos no inc. III do parágrafo único do art. 81” (Watanabe, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1198 *e-book*).

¹²² Cf. Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

¹²³ Cf. Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

¹²⁴ Cf. Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

4.1.1 Arbitrabilidade objetiva dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Como mais bem delineado no capítulo sobre arbitrabilidade (vide item 3.2 *supra*), para que um litígio possa ser submetido à arbitragem, ele deve ter por objeto um direito patrimonial e disponível. Por outro lado, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, chamados de direitos essencialmente coletivos, têm como característica, a indivisibilidade e, conseqüentemente, a indisponibilidade, uma vez que seus titulares não podem dispor do que não lhe pertencem unicamente¹²⁵. Dessa forma, seria possível conciliar os institutos e, de alguma forma, possibilitar a existência de arbitragem coletiva na defesa de interesses essencialmente coletivos?

Apesar de ser um assunto passível de controvérsias, a grande maioria das obras que versam sobre o tema da arbitragem coletiva defende que, apesar de a violação ao direito material essencialmente coletivo, em si, não ser arbitrável, pois não são patrimoniais – tal como meio ambiente, direito de família ou direitos relativos à personalidade –, os aspectos pecuniários decorrentes da lesão a eles seriam arbitráveis. Para essa corrente, seria possível submeter direitos difusos e coletivos *stricto sensu* à arbitragem, se o objeto do procedimento fosse apenas relativo “à expressão econômica de determinado direito tido como indisponível, que admite composição, transação e até mesmo, renúncia”¹²⁶.

No entanto, e com a máxima vênia aos grandes doutrinadores que assim entendem, ousamos não concordar com essa posição, pois ainda que a reparação do dano possa assumir caráter patrimonial, mesmo assim não seria possível dela dispor, encontrando óbice na (in)disponibilidade – requisito para que haja arbitrabilidade objetiva. Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel, com as quais concordamos, “Mesmo quando caracterizados interesses patrimoniais, ao ganharem dimensão coletiva adquirem conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente”¹²⁷.

Dentre os principais argumentos para os que defendem a superação do requisito da disponibilidade para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e que cabe aqui refutar, concerne na possibilidade de alguns entes legitimados¹²⁸ celebrarem termos de ajustamento de conduta (TAC) na jurisdição estatal, o que reverberaria a possibilidade de transacionar referidos

¹²⁵ As características dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* estão detalhadas no item 2.2 *supra*.

¹²⁶ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

¹²⁷ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 420.

¹²⁸ Apenas os órgãos públicos poderão celebrar TAC, nos termos do art. 5º, §6º da Lei 7.347/85: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

direitos. No entanto, a posição não aparece acertada, uma vez que continua não sendo possível renunciar o direito envolvido ou dispensar sua satisfação; trata-se, na hipótese, exclusivamente de conferir uma “garantia mínima ao grupo lesado”¹²⁹, determinando apenas a forma de observância da obrigação. Ademais, a permissão para celebração do acordo é dada apenas aos órgãos públicos, que deverão atender “às exigências legais”, havendo amplo controle do feito, tanto pelo Ministério Público, como pelo juiz togado.

Sobre o tema, imprescindível destacar o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, que ao lecionar sobre a natureza do termo de ajustamento de conduta, afirma que:

“Se tivesse mesmo a natureza de transação verdadeira e própria, seria um contrato, porque suporia o poder de disposição dos contraentes, que, por meio de concessões mútuas, preveniriam ou terminariam o litígio (CC, art. 840). O compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato, a uma, porque seu objeto não são direitos patrimoniais de caráter privado; a duas, porque o órgão público que o toma não é titular do direito transindividual nele objetivado, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide”¹³⁰.

Portanto, diante do referido entendimento, não subsistem as teses no sentido de que “assim como no TAC, a *class arbitration* tem sua gênese em negócio jurídico celebrado entre as partes”, uma vez que haveria, supostamente no TAC, “negócio jurídico com eficácia de título executivo extrajudicial” e na arbitragem coletiva, “prolação de sentença arbitral, determinando o cumprimento da decisão cuja força é de título executivo extrajudicial”¹³¹, pois, como demonstrado, o TAC não possui natureza contratual e tampouco possui o condão de exarar decisão definitiva sobre a controvérsia, uma vez que não possui força de título executivo judicial.

Igualmente não merece guarida o argumento no sentido de que, na celebração de TAC, o autor “abre mão” de certo montante pecuniário ou flexibiliza a obrigação de fazer do réu, o que significaria imediata disposição do direito. A uma, porque os termos exarados no TAC, como dito, constituem garantia mínima e não limitação máxima para responsabilização do causador dano, de forma que nada impediria que “os colegitimados à ação civil pública façam em juízo pedido mais amplo ou diverso da solução já obtida por meio do compromisso

¹²⁹ Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, “Como o objeto do compromisso de ajustamento são interesses transindividuais, dos quais o órgão público que o toma não é titular, não podendo, pois, transigir sobre direitos que não lhe pertencem, sua natureza é de *garantia mínima* em favor do grupo lesado “não poderia constituir limitação máxima a direito de terceiros)” (*in* A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 469).

¹³⁰ Cf. Mazzilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 467.

¹³¹ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 229.

firmado”¹³². A duas porque não há concessão alguma pelo autor da demanda, mas sim, “submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais”¹³³.

Não fosse o bastante, reafirmando a posição exposta, imperioso destacar o entendimento jurisprudencial, exarado no REsp nº 299.400/RJ, que reconheceu que “A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra”, para hipóteses em que “impossível o retorno ao status *quo ante*”¹³⁴. No mesmo sentido, o REsp 1.309.948/SP entendeu que “muito embora detenham, por força de lei, a faculdade de celebrar compromisso de ajustamento de conduta, não detêm a disponibilidade do conteúdo material do direito controvertido, seguindo-se daí a regra segundo a qual não se pode transacionar com direito alheio”, concluindo que “a autocomposição levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados, na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não constituirá jamais renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos em proveito dos reais detentores do direito material controvertido”¹³⁵.

Ademais, quando há condenação indenizatória nas demandas coletivas, relativamente a questões de natureza difusa ou coletiva *stricto sensu*, o montante auferido deve ser submetido ao Fundo de Reparação dos Interesses Difusos, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/85, para que haja “utilização dos valores com finalidades conexas, no interesse da coletividade”¹³⁶, o que demonstra, mais uma vez, o caráter indisponível no direito. Assim, imperioso destacar os ensinamentos de Eduardo Damião Gonçalves, ao considerar que:

“Não se discute o caráter indisponível dos interesses difusos e coletivos em abstrato. De fato, não apenas a relevância do bem jurídico tutelado, mas também o fato de que esses direitos atendem a um universo tão amplo de pessoas que não se encontram totalmente representado no momento das discussões extrajudiciais e mesmo nas querelas judiciais acerca desses direitos, tornam necessário concordar que há um conteúdo indiscutível de indisponibilidade desses direitos.”¹³⁷

Dessa forma, chega-se à conclusão de que, ainda que um direito essencialmente coletivo possa ter caráter patrimonial, não seria possível falar em sua disponibilidade. Considerando que os próprios titulares do direito não poderão dispor daquilo que não lhe pertencem, a resposta à

¹³² Cf. Mazzilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 469.

¹³³ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 420.

¹³⁴ Cf. STJ, REsp nº 299.400/RJ, 3ª Turma, Rel. Min Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 1/6/2006.

¹³⁵ Cf. STJ, REsp nº 1.309.948/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 18/12/2014.

¹³⁶ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 522.

¹³⁷ Cf. Gonçalves, Eduardo Damião. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, São Paulo, Atlas, 2007, p. 171.

indagação formulada no início do presente tópico, é a de que não parece haver espaço para arbitragens coletivas relativas à direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, encontrando óbice na (in)arbitrabilidade objetiva; restando inteiramente refutado o argumento de que o art. 1º da LArb trataria de uma “indisponibilidade relativa”, uma vez que seria “possível transacionar aspectos patrimoniais de direitos tido como indisponíveis”¹³⁸.

4.1.2 Arbitrabilidade objetiva dos direitos individuais homogêneos

Conforme já exposto no presente ensaio¹³⁹, entendemos que os direitos individuais homogêneos são, em verdade, direitos essencialmente individuais que, para melhor prestação jurisdicional e em prol da uniformização do direito e do acesso à justiça, são tratados coletivamente em juízo. Dessa forma, tais direitos não perdem sua essência eminentemente individual e disponível, na medida em que “nada obstante a homogeneidade, não deixam de ser individuais por sua natureza”¹⁴⁰.

No entanto, faz-se necessário destacar que a posição aqui adotada não é unânime. Respeitável parte da doutrina entende que o caráter de disponibilidade de tais direitos seria perdido quando tratados de maneira coletiva, *in verbis*: “os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do litígio”¹⁴¹. Dessa forma o entendimento é o de que, apesar de possuírem origem individual, os direitos individuais homogêneos tornar-se-iam indivisíveis ao serem tutelados de forma coletiva; daí adviria sua indisponibilidade.

Com a devida vênia, e reconhecendo o brilhantismo dos autores que se posicionam dessa forma, pensamos que o tratamento coletivo não retira o caráter divisível e disponível de referidos direitos, que podem ser transacionados, transmitidos ou alienados por seus titulares. É que não se pode confundir a disponibilidade do direito envolvido na relação jurídica com a possibilidade do legitimado coletivo – substituto na relação processual – poder dele dispor, o que será tratado em capítulo próprio no presente trabalho (vide item 4.2.1 *infra*).

Subsidiando a tese aqui defendida, importante fazer uma comparação com os mecanismos de técnicas de julgamentos repetitivos aprimorados pelo CPC/15. Da mesma forma

¹³⁸ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 105.

¹³⁹ Vide item 2.2.3 *supra*, no qual foi delineada a concepção de “direitos individuais homogêneos”.

¹⁴⁰ Cf. Mariani, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil, São Paulo, Atlas, 2015, p. 54.

¹⁴¹ Cf. Didier Jr., Fredie e Zaneti Jr., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo, 11ª ed. Bahia, JusPodivm, 2017, p. 78.

que os direitos individuais homogêneos recebem tratamento coletivo em juízo através de uma única ação coletiva, as demandas repetitivas também são coletivamente julgadas, através do entendimento exarado no caso paradigma; mas não é por isso que os direitos envolvidos em cada litígio individual seriam considerados indisponíveis, apesar de a tese jurídica para o julgamento dos casos ser idêntica.

Partindo ainda dessa constatação, comparando as espécies de direito tuteladas por cada mecanismo processual, percebe-se que em ambos os casos se trata de direitos individuais e divisíveis, que podem ser: individualmente apropriados e transmitidos; renunciados ou transacionados; e defendidos individualmente por seus titulares. Portanto, considerando que a análise de disponibilidade do direito deve ser feita sob a ótica da relação do direito com o seu titular¹⁴², o tratamento coletivo dado aos direitos individuais homogêneos não altera sua essência, eminentemente individual e disponível.

Inclusive, destaca-se que o ajuizamento de uma ação visando a proteção de direitos individuais homogêneos pode se dar tanto através da ação coletiva por substituição processual, hipótese em que um dos legitimados para propositura de uma ação civil pública ajuizará a ação, tanto através da ação “individual”, pela representação processual, em que o representante, contando com a aquiescência de todos os interessados, poderá ingressar normalmente com uma ação comum – o que, mais uma vez, evidencia o caráter disponível de tais direitos.

Daí que se chega à conclusão de que, sob a perspectiva de arbitrabilidade objetiva, não há óbices para que os direitos individuais homogêneos sejam submetidos à arbitragem, desde que preencham o requisito da patrimonialidade – aferido no caso concreto –, e cumpram o requisito legal da disponibilidade. Nesse sentido, é o entendimento de grande parte da doutrina¹⁴³.

Outro argumento em favor da indisponibilidade de direitos individuais homogêneos, é o relativo às hipóteses em que o Ministério Público possui legitimidade para propositura da demanda por haver relevante “interesse público” na controvérsia, ou mesmo nos casos em que

¹⁴² De acordo com Carlos Alberto Carmona, “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente por seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência” *in* Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 38.

¹⁴³ Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damiano (in Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos, Revista de Processo nº 136, jun/2006, p. 249/267); Kazuo Watanabe e Daniela Monteiro Gabbay (in Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais, Revista Brasileira de Arbitragem nº 68, out-dez/2020, p. 75); e Ana Luiza Nery (in Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 239).

ele atua como fiscal da lei; o que atrairia a indisponibilidade do direito. Independente da possibilidade ou não de participação do Ministério Público na arbitragem, que será explorada em capítulo subsequente (vide item 4.2.6 *infra*), chega-se à conclusão de que o interesse público não retira o caráter disponível do direito.

Como bem aponta Rômulo Greff Mariani, a existência de interesse público no conflito coletivo não altera a essência disponível do direito, de forma que:

“pode apenas significar que há grande número de possíveis atingidos por meio de uma ação de natureza coletiva, disso se extraindo algum ‘interesse público’, mas não aquele dito ‘primário’, que, como sustentado, não se confunde com o direito posto em causa, em especial quando de natureza individual homogênea, ou seja, eminentemente disponível”¹⁴⁴.

E, na linha do que já foi exposto neste capítulo, mesma situação se dá na coletivização de litígios, em que há relevante interesse público no julgamento do caso paradigma, já que haverá uma gama de afetados pela decisão ali prolatada, mas não retirando o caráter disponível dos direitos ali tutelados, posto que não caracterizaria o interesse público dito “primário”, não alterando a essência do direito em litigância. Ainda, importante destacar que o interesse público, *per si*, não teria o condão de afastar a disponibilidade do direito, porque o legislador já admitiu expressamente a participação da administração pública na arbitragem – hipótese em que há inegável interesse público, mesmo que se trate de questões contratuais e disponíveis.

Portanto, diferentemente dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os direitos individuais homogêneos seriam direitos, em verdade, subjetivos individuais, ligados entre si apenas por uma relação de afinidade, havendo possibilidade de transação; de onde advém sua característica de disponibilidade, sendo passíveis de submissão à arbitragem.

4.1.3 Arbitrabilidade subjetiva na arbitragem coletiva

A arbitrabilidade subjetiva, como já esclarecido, requer que as partes submetidas à arbitragem tenham capacidade de contratar e contrair obrigações¹⁴⁵. Mas então, a pergunta que pode surgir é: referida capacidade é relativa ao substituto processual ou aos titulares dos direitos envolvidos no litígio?

Antes de mais nada, imprescindível esclarecer que, em que pese haver autores que entendem que a arbitrabilidade subjetiva estaria ligada à ideia de legitimidade do autor coletivo

¹⁴⁴ Cf. Mariani, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 60.

¹⁴⁵ Vide item 3.2 *supra*.

para contrair obrigações em nome de terceiros – de forma que, uma vez legitimados pela lei para substituírem os titulares do direito na relação jurídica, os autores coletivos estariam aptos a firmarem convenção arbitral –, não é isto que se pretende defender no presente estudo. A análise aqui pretendida é estritamente ligada à arbitrabilidade subjetiva; isto, é, à capacidade de assumir obrigações das partes envolvidas no procedimento privado. Portanto, esclarece-se, mais uma vez, que a questão da legitimidade do substituto processual para contrair obrigações em nome de terceiros será desenvolvida em capítulo próprio (vide item 4.2.1 *infra*).

Pois bem, em resposta à indagação acima formulada, insta destacar, inicialmente, que sendo o substituto processual a pessoa que firmará a convenção de arbitragem, parece não haver maiores controvérsias sobre a arbitrabilidade subjetiva, uma vez que os entes legitimados para propositura de ações coletivas postos em lei¹⁴⁶ são todos aptos a contraírem obrigações, possuindo a devida capacidade de contratar. Inclusive, cumpre ressaltar que não há qualquer óbice para que pessoas jurídicas de direito público submetam o litígio à arbitragem, já que a Lei de Arbitragem expressamente assim dispôs¹⁴⁷, tendo a questão da possibilidade de arbitragem com a administração pública restado superada.

No entanto, a questão pode gerar maiores dúvidas, se relativa aos substituídos. Poderá o substituto processual, autor da demanda coletiva, contratar em nome de quem não tem capacidade de contrair obrigações? A questão é facilmente imaginável, se pensarmos na situação em que uma ação coletiva é proposta na defesa de consumidores lesados pelas reações adversas geradas por um cosmético; o menor incapaz poderia ser normalmente substituído na relação processual pelo ente legitimado para propor a ação coletiva? Ele poderia se valer da sentença de procedência em eventual cumprimento de sentença?

Apesar de a questão ser controversa, a solução encampada por Rômulo Greff Mariani aparenta ser acertada, no sentido de que “o requisito [da arbitrabilidade subjetiva] toca ao ente legitimado, que efetivamente logrou instaurar o juízo arbitral. (...) Não se trata de analisar situações individuais, que todo tipo de óbice importaria à resolução de litígios em nível coletivo”¹⁴⁸. Ademais, não se pode olvidar que o menor incapaz, na pessoa de seu representante

¹⁴⁶ Pelo que se depreende da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do consumidor, são legitimados ativos para propositura de ações coletivas: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União; os Estados; o Distrito Federal; os Municípios; as autarquias; empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; a associação – desde que cumpridos os requisitos legais –; e os sindicatos, no âmbito trabalhista.

¹⁴⁷ Art. 1º, §§1º e 2º da LArb: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. 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 transações”.

¹⁴⁸ Cf. Mariani, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 80.

legal, também poderia livremente dispor de direitos individuais patrimoniais, dos quais são titulares, anuindo expressamente com a convenção de arbitragem; corroborando a inexistência de obstáculos nesse sentido.

Portanto, parece não haver maiores obstáculos relativamente à arbitrabilidade subjetiva para instauração de uma arbitragem coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, seja na pessoa do substituto processual, seja sob a ótica dos substituídos, conforme restou demonstrado.

4.2 Processo: análise da compatibilidade dos institutos processuais da tutela coletiva com a arbitragem

Conforme restou alhures evidenciado, entendemos que o obstáculo da (in)disponibilidade dos direitos coletivos quando submetidos à arbitragem pode ser superado nas ações que visam tutelar os direitos individuais homogêneos, quando puramente patrimoniais.

No entanto, ainda há diversos obstáculos a serem enfrentados durante o procedimento arbitral coletivo. Como demonstrado no primeiro capítulo do presente ensaio, o microssistema processual coletivo brasileiro não alcançou, até os dias atuais, a efetividade almejada; pelo contrário, há muitos problemas advindos da sua sistemática processual legislativa, motivo pelo qual não houve incentivos para sua utilização pelo atual Código de Processo Civil e continua a ser objeto de projetos de lei, visando o seu aprimoramento.

Portanto, não aparenta fazer sentido simplesmente “transportar” os institutos da jurisdição estatal coletiva para a arbitral, pois se eles já não funcionam naquela, impensável seria que funcionassem nesta. Nesse sentido aponta Antonio Gidi, defendendo a irresponsabilidade em permitir a arbitragem coletiva em um país onde nem mesmo o processo coletivo jurisdicional está amadurecido, *in verbis*: “não somente não estabelecemos um processo coletivo jurisdicional amadurecido (não há notificação, a coisa julgada é inadequada, não há controle jurisdicional da adequação, etc.), como o processo arbitral ainda está se consolidando”¹⁴⁹.

E para a parte da doutrina que entende que a possibilidade de escolha do procedimento

¹⁴⁹ Cf. Gidi, Antonio. Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 197.

pelas partes na arbitragem resolveria a questão, de forma que “a aplicação desse devido processo legal mínimo coletivo à arbitragem depende especialmente das escolhas feitas pelas partes”¹⁵⁰, ressaltamos a necessidade de tomar muito cuidado para que não seja desrespeitado o devido processo legal na hipótese, pois estar-se-ia delegando a um substituto processual a faculdade de impor um procedimento que não foi consentido pelas partes que serão afetadas pela coisa julgada. Como auferir, dessa maneira, legitimidade para a sentença arbitral, que deveria ser fruto da autonomia da vontade das partes?¹⁵¹ Devemos lembrar que a ampliação da tutela jurídica aos direitos coletivos através da jurisdição privada deve fornecer uma ordem jurídica efetivamente justa e não tumultuar, ainda mais, a tutela de direitos coletivos.

Dessa forma, diante da inexistência de legislação a respeito da arbitragem coletiva, pretende-se, nos próximos tópicos, discorrer sobre as questões mais sensíveis da arbitragem coletiva, que devem ser objeto de reflexão para sua eventual implementação na ordem jurídica brasileira.

4.2.1 Vinculação à convenção arbitral

Como exaustivamente exposto (vide item 3.3 *supra*), a autonomia da vontade é o principal vetor que legitima a jurisdição arbitral e a coisa julgada por ela formada; isto é, se as partes expressamente optaram pela renúncia à jurisdição estatal, a decisão prolatada pelos árbitros será definitiva e produzirá efeitos para todos os que a ela optaram por se vincular.

Dessa forma, urge a primeira grande questão relativa ao uso da arbitragem coletiva: quem poderá afastar a jurisdição estatal em nome dos titulares dos direitos tutelados na ação? O substituto processual, por ser parte legítima na propositura da demanda coletiva na seara estatal, teria o condão de dispor de um direito que não lhe pertence?

Em que pese serem os direitos individuais homogêneos arbitráveis, já que pela sua natureza, são divisíveis e disponíveis (vide item 4.1.1 *supra*), isso não quer dizer que os substitutos processuais legitimados para ações coletivas na jurisdição estatal estariam, automaticamente, habilitados para dispor dos direitos alheios sem que haja consentimento dos seus titulares. É dizer: o direito é, na sua essência, disponível, pois não se pode negar que,

¹⁵⁰ Cf. Watanabe, Kazuo e Gabbay, Daniela Monteiro. Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais, Revista Brasileira de Arbitragem nº 68, out-dez/2020, p. 74.

¹⁵¹ Conforme exposto no item 3.3.2 *supra*, é a convenção de arbitragem que legitima o poder normativo do árbitro, que apenas surtirá efeitos para quem expressamente com ela consentiu.

querendo o seu titular dele dispor, isso é possível. Mas o substituto processual poderá fazer isso sem autorização do titular do referido direito?

Percebe-se que são questões que se encontram em campos distintos, mas que devem ser igualmente analisadas: a substituição processual é possível na hipótese, uma vez que a legitimidade extraordinária decorre da lei, que permitiu a propositura da demanda na via judicial por um dos entes lá dispostos; e a possibilidade de disposição de direitos ditos acidentalmente coletivos, para que sejam submetidos à arbitragem, adviria da relação entre o direito e seu titular, com consentimento dos membros da classe substituída em juízo.

Pensamos que aqui, aplica-se o mesmo raciocínio exarado capítulo da (in)arbitrabilidade objetiva dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois, como restou defendido, não é possível que alguém disponha de direito que não lhe pertence, como na celebração de um TAC¹⁵². Mas então pode-se indagar: por que o presente estudo considerou, por este raciocínio, inarbitráveis os direitos ditos essencialmente coletivos e arbitráveis os individuais homogêneos, se em ambos os casos o substituto processual atua em nome dos titulares dos direitos, não podendo deles livremente dispor?

Porque no caso dos direitos individuais homogêneos, há a possibilidade de os titulares do direito poderem dele dispor, ou seja, poderão optar individualmente pela via arbitral. Dessa forma, fica clarificado que a importância de separar os institutos não é meramente teórica, pois gera efeitos extremamente relevantes na prática, reverberando a necessidade de a análise da disponibilidade do direito ser feita relativamente ao direito e seu titular; e não ao direito e o litigante, que na hipótese seria o substituto processual.

E com isso, quer dizer que defendemos a necessidade de consentimento expresso e individual por todos os membros da classe, com os mesmos requisitos exigidos na celebração da cláusula compromissória? Diante da ausência de legislação dispondo sobre o assunto, parece-nos que o mais seguro, no momento, seria exigir consentimento individual dos membros da coletividade representada em juízo, até porque estar-se-ia tratando de uma renúncia à jurisdição estatal, e como bem aponta Newton Coca Bastos Marzagão e Daniel Kaufman Schaffer, “Se não é possível sequer conferir a um ato de renúncia uma extensão mais ampla do que aquela nele expressamente retratada, também não é admissível supor uma renúncia a partir

¹⁵² Como foi demonstrado no item 4.1.1 *supra*, não há disposição e tampouco transação na celebração de TACs, uma vez que não se pode transigir, em nome próprio, sobre direitos alheios.

de um ato que não a veicula expressamente”¹⁵³.

E são situações que já ocorrem no dia a dia de acionistas de companhias, que se submetem à jurisdição privada através de cláusula arbitral. Nesses casos, portanto, ainda que se tratasse de direitos individuais tutelados conjuntamente através de uma ação coletiva, haveria legitimidade para o autor da ação atuar na arbitragem em nome dos membros da classe através da substituição processual, já que eles livremente optaram por submeter o litígio à jurisdição privada através de cláusula compromissória¹⁵⁴.

Dessa forma, concordamos com o pensamento exarado por Marcelo A. Muriel e Aline Dias, afirmando que “antes de se assumir que a extensão pura e simples seria mecanismo viável como alternativa ao consentimento escrito, é importante pensar num tratamento regulamentar que garanta a existência de uma regra clara sobre o tema, de forma a evitar insegurança jurídica nas arbitragens coletivas”¹⁵⁵ – o que, inclusive, empregando o consentimento escrito e individual dos membros da classe, ajudaria a resolver outros problemas processuais da arbitragem coletiva, que restarão mais adiante delineados.

Ainda nesse sentido, importa destacar o entendimento exarado por José Miguel Júdice, que ao analisar os sistemas empregados no direito norte-americano – que adota o sistema de *opt-out*, no qual os membros da classe são automaticamente incluídas no litígio, caso não manifestem sua vontade em serem excluídos – e europeu – que adota o sistema de *opt in*, no qual os membros da classe devem manifestar sua vontade para participar do processo –, concluiu que “the ‘opt-in’ system might be the decisive factor in construing a reliable and efficient collective arbitration model”¹⁵⁶, tal como se propõe no presente estudo.

¹⁵³ Cf. Marzagão, Newton Coca Bastos e Schaffer, Daniel Kaufman. Arbitragem coletiva societária: notas críticas sobre o seu emprego à luz do regime da substituição processual, *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1031.

¹⁵⁴ “Para ingressar no Novo Mercado, a companhia interessada deve celebrar um contrato de participação com a B3, obrigando-se a cumprir as normas estipuladas no [Regulamento do Novo Mercado](#), nos ofícios e demais normativos emitidos pela B3, que estabelecem parâmetros de governança corporativa mandatórios nesse mercado. Uma das exigências (...) é a inclusão, no seu estatuto social, de cláusula dispondo que a companhia, seus acionistas, administradores e membros do conselho fiscal obrigam-se a submeter à arbitragem qualquer disputa (i) relacionada ou oriunda de sua condição na companhia” (Cf. Garcia Neto, Paulo Macedo. Arbitragem no mercado de capitais, publicado em 6/8/2018, disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/arbitragem-tudo-sobre/>. Acesso em 18/10/2021).

¹⁵⁵ Cf. Muriel, Marcelo A. e Dias, Aline. Controle de representatividade adequada nas arbitragens coletivas, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 357.

¹⁵⁶ Cf. Júdice, José Miguel. Collective Arbitration in Europe: The European way might be the best way, set/2019, Lisboa, disponível em [JMJ AMPMonteiro - Collective arbitration in Europe- the European way might be the best way.pdf](#) (josemigueljudice-arbitration.com), acesso em 12/10/2021.

Por outro lado, argumenta-se a desnecessidade de consentimento expresso de todos os membros da classe, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro já permite a vinculação de pessoas que não subscreveram a convenção de arbitragem, o que, portanto, afastaria tal necessidade. Seriam os casos de empresas componentes do mesmo grupo econômico, em que haveria possibilidade de vinculação de empresas não signatárias da cláusula arbitral, e da hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

Mais uma vez, tais argumentos não se sustentam, pois como bem aponta Flávio Luiz Yarshell:

“Num caso, a extensão se explica pelo vínculo decorrente do grupo econômico, a ensejar a participação de pessoa não signatária na celebração, execução ou extinção dos contratos que continham as convenções de arbitragem; no outro, é a ilicitude ou abuso que se contém no mau uso da personalidade jurídica. Mas, em nenhum deles há qualquer elemento que, ainda que por aproximação ou analogia, pudesse ser aproveitado para a hipótese em que se pretende estender a eficácia da convenção a um substituto processual”.¹⁵⁷

Ainda, fala-se em delegar ao árbitro o poder de decidir sobre a vinculação da convenção, de forma que “Será a partir da análise casuística, considerando as circunstâncias da celebração da convenção de arbitragem bem como do comportamento das partes que o tribunal arbitral poderá analisar a extensão subjetiva da arbitragem”¹⁵⁸.

Com a devida vênia, parece ser impensável conferir poderes desta monta aos árbitros, sob pena de atentar contra os pilares do direito processual constitucionalmente assegurados, além de ensejar enorme insegurança jurídica ao sistema. É que o poder dos árbitros é consubstanciado justamente na escolha das partes, pois “se não há consenso, não há poder normativo dos árbitros para o processo”¹⁵⁹, de forma que, na hipótese, eles estariam editando normas sem possuir qualquer legitimidade para tanto, o que seria “de difícil harmonização com a norma constitucional que limita a edição de normas processuais à atuação estatal no plano federal”¹⁶⁰.

Outro ponto polêmico é: seria suficiente que o membro da classe, através de uma

Tradução: “o sistema de *opt-in* pode ser o fator decisivo na construção de um modelo de arbitragem coletiva confiável e eficiente”.

¹⁵⁷ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 188.

¹⁵⁸ Cf. Nery, Ana Luiza. Arbitragem coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 235.

¹⁵⁹ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 193.

¹⁶⁰ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 193.

cláusula compromissória, manifestasse sua vontade apenas consentido com a via arbitral ou ele deveria expressamente concordar com o uso da arbitragem coletiva? A questão é relevante quando se pensa que a arbitragem coletiva tem características distintas da bilateral, uma vez que questões como celeridade, escolha do árbitro e confidencialidade se manifestam de maneira completamente distinta.

Portanto, para que não sejam frustradas as expectativas daqueles que teria consentido com o uso da jurisdição privada, a questão deve ser objeto de reflexão pelos operadores do direito; parecendo-nos, em um primeiro momento, mais coerente a exigência da concordância expressa com a arbitragem coletiva.

Nesse sentido, importante salientar que a questão já foi alvo de muitas discussões no direito norte-americano, tendo a jurisprudência se modificado nos últimos anos. Inicialmente, no caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzel*, a Suprema Corte americana entendeu pela desnecessidade de cláusula prevendo, expressamente, a arbitragem de classe, deixando a decisão para instauração da arbitragem coletiva para o árbitro¹⁶¹. No entanto, em mais recente julgado – de 2019 –, no caso *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, o Tribunal mudou de entendimento, por entender que os tribunais não podem inferir consentimento para que uma parte participe da arbitragem de classe na ausência de uma base contratual que comprove, inequivocamente, que o indivíduo assim concordou¹⁶². Dessa forma, percebe-se uma maior tendência em exigir o consentimento expresso sobre a arbitragem de classe, justamente pelas diferenças substanciais entre os procedimentos, que não podem ser ignoradas.

Por fim, resta apontar mais uma questão controversa no assunto: a manifestação de vontade, exarada em eventual convenção de arbitragem por um dos entes legitimados, vinculará os demais colegitimados à propositura da ação coletiva? Considerando a legitimidade concorrente e disjuntiva empregada no microssistema processual coletivo, é necessário haver coordenação entre as instituições, para evitar que haja conflitos futuros na concomitância de ações com a mesma controvérsia.

Para Alexandre A. A. Magalhães Jr.:

“Quanto à vinculação, celebrada a convenção de arbitragem por um dos

¹⁶¹ Cf. Supreme Court of the United States, *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 351 S. C. 244, j. 22/4/2003.

¹⁶² Cf. Supreme Court of the United States, *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, 139 S.Ct. 1407, j. 24/4/2019. *In verbis*: “Because of these ‘crucial differences’ between individual and class arbitration, *Stolt-Nielsen* explained that there is ‘reason to doubt the parties’ mutual consent to resolve disputes through classwide arbitration.’ 559 U.S. at 687, 685–686, 130 S.Ct. 1758. And for that reason, we held that courts may not infer consent to participate in class arbitration absent an affirmative ‘contractual basis for concluding that the party *agreed* to do so.’ *Id.*, at 684, 130 S.Ct. 1758. Silence is not enough; the ‘FAA requires more.’ *Id.*, at 687, 130 S.Ct. 1758”.

legitimados antes de eventual ação judicial, aplica-se a mesma sistemática concebida para o compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, estarão todos os legitimados vinculados, não podendo desconsiderar a convenção firmada”, de forma que “não há como exigir a concordância de todos os legitimados com os termos da convenção de arbitragem”¹⁶³.

Mas está longe de haver consenso sobre o assunto.

Por um lado, vincular os demais entes à convenção de arbitragem aparenta ser incompatível com o instituto da arbitragem, uma vez que, como aponta Nicole Raca Bromberg, “o tribunal arbitral não exerce autoridade sobre essas pessoas, dado que não consentiram com atividade jurisdicional privada”¹⁶⁴. Ainda, referida vinculação poderia gerar problemas: como se daria a intervenção dos terceiros colegitimados? Eles poderiam participar do procedimento, inclusive em prol de uma maior fiscalização da adequada representatividade, conferindo se os direitos estão sendo satisfatoriamente tutelados em juízo?

Mas por outro, seria inimaginável não haver vinculação, pois na lógica exarada pelo legislador – em conferir legitimidade ativa concorrente e disjuntiva aos autores coletivos –, a coordenação entre eles figura como pressuposto para a efetividade da ação coletiva, que não poderá ser proposta concomitantemente por mais de um deles.

Como se percebe, não são poucos os pontos conflituosos no que se refere ao consentimento na celebração da convenção de arbitragem para oportunizar a arbitragem coletiva, reverberando a necessidade de um maior amadurecimento do assunto antes de simplesmente implementar o instituto, sob pena de ferir a segurança jurídica tão almejada pelo ordenamento brasileiro.

4.2.2 Publicidade

Não parece haver maiores controvérsias sobre a necessidade de conferir publicidade às arbitragens coletivas. De acordo com Grasiela Serbino:

“é importante que partes do procedimento arbitral saibam de sua existência a fim de que possam, por exemplo, optar por participar ou não do procedimento arbitral, considerar ou não a suspensão de ações individuais por eles movida a fim de que possam se aproveitar de uma decisão favorável em uma ação coletiva. E para o exercício de tais direitos não há dúvida de que o pressuposto é o de que têm

¹⁶³ Cf. Magalhães Jr., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*, São Paulo, JusPodivm, 2020, p. 253.

¹⁶⁴ Cf. Bromberg, Nicole Raca. *Arbitragem de classe e tutela coletiva de investidores no âmbito da Lei nº 7.931/89, in Processo societário III*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1078.

conhecimento de tais demandas ou ao menos da existência delas”¹⁶⁵.

Dessa forma, mostra-se imprescindível ampla publicidade dos procedimentos arbitrais coletivos, justamente por ser pressuposto para o exercício do direito pelos seus titulares.

Conforme já exarado em capítulo próprio, o sigilo não é automaticamente imposto na jurisdição privada, cabendo às partes deliberarem sobre ele (vide item 3.3.3 *supra*). Assim, de fato, inexistem óbices legais para que a publicidade no procedimento arbitral coletivo seja adotada; mas, ao mesmo tempo, além de não haver qualquer obrigatoriedade nesse sentido, grande parte dos regulamentos institucionais das Câmaras preveem o sigilo no procedimento. Assim, como bem aponta a doutrina especializada, “não há regras claras que determinem o modo de divulgação e o grau de transparência a ser concedido sobre o procedimento”¹⁶⁶. Portanto, como e em que proporção a publicidade será feita? Haverá algum controle sobre ela ou caberá às partes ou à Câmara Arbitral decidir?

O caso da Petrobras – em que acionistas da companhia ingressaram em procedimento arbitral para reivindicar indenização por danos supostamente causados por informações inverídicas que teriam sido divulgadas pela empresa durante a Operação Lava Jato – demonstra a falta de segurança e previsibilidade ocasionadas pela falta de imposição normativa do assunto. Na hipótese, foi proferida sentença desfavorável à Companhia em 25/5/2020, tendo ela divulgado o fato relevante apenas em 22/6/2020, afirmando que a “arbitragem é confidencial” e que diante da “ausência de materialidade do andamento processual e sigilo do procedimento, a Petrobras entendeu que não era necessária ou apropriada a divulgação da mencionada sentença parcial”¹⁶⁷. E observa-se que, na ocasião, muitos acionistas teriam interesse em ter conhecimento sobre o teor da decisão prolatada pela Câmara Arbitral, que restou frustrado.

Outro exemplo, é o caso da arbitragem coletiva movida contra a IRB Brasil RE, na qual uma associação, na qualidade de substituta processual de ex-acionistas da referida empresa, instaurou procedimento arbitral perante a Câmara do Mercado. Como informou a empresa requerida, “Por tratar-se de procedimento sigiloso, conforme disposto no regulamento e no regimento interno da CAM, a companhia está impedida de prestar maiores informações sobre

¹⁶⁵ Cf. Serbino, Grasiela. Arbitrabilidade das demandas coletivas *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 213.

¹⁶⁶ Cf. Bromberg, Nicole Raca. Arbitragem de classe e tutela coletiva de investidores no âmbito da Lei nº 7.931/89, *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1083.

¹⁶⁷ Cf. Esclarecimento da Petrobras diante do Ofício nº 206/2020/CVM/SEP/GEA-1 da CVM. Disponível em: [20200622233204171864_9512_770769.pdf](https://www.cvm.gov.br/assuntos/2020/06/20200622233204171864_9512_770769.pdf) (mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com). Acesso em: 20/10/2021.

as referidas arbitragens, podendo inclusive ser responsabilizada no caso de violação do seu dever de sigilo”¹⁶⁸.

Ou seja, deixar simplesmente ao arbítrio das partes litigantes ou do Tribunal Arbitral a divulgação das questões relevantes da demanda, é deixar as partes envolvidas no litígio sem qualquer segurança ou confiança no procedimento. Até porque, sob a perspectiva da proteção das informações do requerido, não haverá qualquer interesse dele em concordar com a publicidade do procedimento. Então, poderá o Tribunal Arbitral, sem previsão no regulamento da instituição¹⁶⁹, impor publicidade ao procedimento sem o consentimento de ambas as partes? Foi exatamente a situação ocorrida no recente caso da Vale (vide item 4.2.5 *infra*), no qual a empresa aderiu à arbitragem conduzida pela CAM, esperando que os litígios eventualmente instaurados fossem processados em sigilo – nos termos do regulamento da instituição –, mas que viu suas expectativas frustradas na instauração de uma arbitragem coletiva – sem qualquer regulamentação para tanto –, com os dados tornados públicos¹⁷⁰.

Nesse sentido, não se pode negar que a confidencialidade possui importante função na arbitragem. Como bem aponta a doutrina especializada, ela:

“tem uma função importante no cumprimento de inúmeros interesses privados que prevalecem (...). Entre estes interesses privados encontram-se, desde logo, a importância da protecção de segredos de propriedade intelectual e industrial, a necessidade de evitar danos ao direito de imagem ou mesmo a protecção da intimidade da vida privada”¹⁷¹.

Assim, também sob a ótica do demandado, não aparenta ser adequado que as partes sejam surpreendidas no curso do procedimento arbitral com a publicidade da demanda, reverberando a necessidade de regulamentação prévia.

Por outro lado, como demonstrado, a questão da publicidade necessária para o processo coletivo já é um grande problema na jurisdição estatal, uma vez que as ações civis públicas, na maioria das vezes, não são divulgadas da forma correta, acarretando diversas ações com o mesmo escopo, promovida por entes distintos. E isso, porque o art. 94 do CDC expressamente dispõe sobre a necessidade de dar publicidade às ações, determinando que “proposta a ação,

¹⁶⁸ Disponível em: <https://financenews.com.br/2020/04/irb-confirma-intimacao-da-camara-de-arbitragem-do-mercado/>. Acesso em: 10.11.2021.

¹⁶⁹ A grande maioria das instituições de arbitragem no país preveem a confidencialidade nos procedimentos arbitrais.

¹⁷⁰ Informações extraídas do processo judicial nº 1031861-80.2020.8.26.0100, julgado pelo E. TJSP, em que os litigantes discutiram a possibilidade de reunião dos procedimentos arbitrais, bem como de delegar ao judiciário o controle da decisão proferida pela Presidência da Câmara Arbitral sobre a conexão das demandas arbitrais.

¹⁷¹ Cf. Silva, Artur Flaminio da e Monteiro, Antônio Pedro Pinto. Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional, Revista de arbitragem e mediação, vol. 50, jul/set 2016, p. 427/448.

será publicado *edital* no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. No entanto, como é cediço, editais não conferem a publicidade almejada e as partes potencialmente afetadas pela demanda não tomam conhecimento de sua existência.

Se o problema já existe e é eminente na jurisdição estatal – com expressa previsão legal –, como resolver na via arbitral? Onde, *a priori*, já há maior restrição à publicidade e não há qualquer imposição normativa? Percebe-se, portanto, que o problema aqui discutido, não é sobre a (im)possibilidade de publicidade na jurisdição privada, pois como já explorado, ela é possível. Mas como fazer com que essa publicidade seja efetiva, permita que os membros da classe representada na ação tenham efetivo conhecimento da existência da demanda e do seu objeto e ainda não frustre as expectativas de confidencialidade do procedimento?

Para Eleonora Coelho, ao dissertar sobre a viabilidade da arbitragem coletiva societária, uma possível solução seria “tornar obrigatória a adoção de medidas que visem dar ciência à sociedade, a todos os acionistas, administradores, conselheiros e outras pessoas envolvidas acerca da existência da arbitragem”, além de dar “preferência à notificação pessoal de todas as pessoas citadas acima”¹⁷²; solução que aparenta ser adequada aos propósitos da arbitragem coletiva e que, de fato, poderia conferir uma maior efetividade ao processo, se regulamentada previamente à celebração da convenção arbitral.

De qualquer forma, o fato é que, diante da falta de previsão normativa, a questão da confidencialidade e, conseqüentemente, da publicidade dada à arbitragem coletiva continua no campo do livre arbítrio do Tribunal Arbitral, acarretando grande insegurança jurídica aos envolvidos no litígio.

4.2.3 Representatividade adequada

Outra questão relevante quando se pensa na tutela de direitos coletivos, é a atinente à representatividade adequada dos membros da classe representada em juízo. Como já exposto¹⁷³, os entes com legitimidade ativa para propositura de ações coletivas na jurisdição estatal estão taxativamente dispostos na lei, não havendo qualquer previsão legal sobre a necessidade de ser

¹⁷² Cf. Coelho, Eleonora. A necessidade de criação de regulamentos adaptados para arbitragens coletivas no mercado de capitais *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 141.

¹⁷³ Vide item 2.3.1 *supra*

auferida, no caso concreto, a adequada representação da instituição legitimada¹⁷⁴. E em que pese grande parte da doutrina defender a possibilidade de o juiz togado exercer tal controle com amparo no contexto fático probatório dos autos, não há consenso na jurisprudência sobre essa prática¹⁷⁵.

Dessa forma, se a legitimação ativa para a propositura da arbitragem de classe seguisse os parâmetros determinados pelas leis que regem o microssistema processual coletivo, o problema – que já ocorre na jurisdição estatal – relativo ao controle da adequada representação, passaria a também existir na arbitragem. Poderá o árbitro decidir se o autor coletivo possui ou não condições de representar a classe? Ou bastaria ser um dos entes legitimados por lei? A relevância do assunto se mostra ainda maior quando pensamos na possibilidade de haver arbitragem coletiva sem o consentimento expresso dos membros de classe; como resguardar a observância ao devido processo legal, se, no Brasil, a adequada representação não é requisito expresso para o ajuizamento da demanda?

Não se pode olvidar a existência de “associações de gaveta”, que são criadas justamente para promoção de litígios coletivos, se valendo das benesses concedidas ao autor pelo processo coletivo, mas em benefício próprio – e não dos seus associados ou membros da classe. Como bem aponta Flávio Luiz Yarshell, “a atuação do adequado representante pressupõe que não haja conflito entre sua atuação e a dos representados/substituídos”¹⁷⁶, o que, portanto, deve ser objeto de análise pelo julgador.

E o recente caso da Vale, delineado no item 4.2.5 *infra*, demonstra o problema na prática, pois uma associação – inclusive sem a necessária observância de ser constituída a mais de um ano, conforme aponta a lei –, ingressou com uma arbitragem coletiva em nome dos membros de uma classe, contra a Companhia. Conquanto a associação alegue ter longa atuação por meio de seus associados na defesa de um mercado de capitais hígido, a Vale defende se tratar de uma associação de fachada, criada apenas para auferir capital através de ações jurídicas, tendo por representante legal um suposto “litigante profissional”, que já moveu diversos litígios contra Companhias¹⁷⁷. Mas então, o árbitro terá legitimidade para auferir a

¹⁷⁴ Conforme apontado no item 2.3.1 *supra*, parte da doutrina entende que a representatividade adequada estaria presumida pelo legislador.

¹⁷⁵ Vide item 2.4 *supra*.

¹⁷⁶ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 189.

¹⁷⁷ Informações extraídas do processo judicial nº 1031861-80.2020.8.26.0100, julgado pelo E. TJSP, em que os litigantes discutiram a possibilidade de reunião dos procedimentos arbitrais, bem como de delegar ao judiciário o controle da decisão proferida pela Presidência da Câmara Arbitral.

representatividade adequada dos membros da classe na hipótese e, se o caso, negar seguimento ao procedimento?

Pelo que a prática forense na jurisdição estatal já demonstrou, a resposta é positiva, diante da necessidade e importância de ser feita uma análise da adequada representação do autor coletivo no caso concreto – em nome da observância do devido processo legal. Este é, portanto, um tema de que deverá ser impreterivelmente observado na eventual constituição de uma arbitragem de classe; reverberando a necessidade de regulamentação legal nesse sentido.

4.2.4 Coisa julgada

De acordo com o exposto no item 2.3.2 do presente estudo, na jurisdição estatal, a coisa julgada coletiva será *erga omnes* para litígios envolvendo direitos difusos; *ultra partes*, no caso de direitos coletivos *stricto sensu*; e *erga omnes* para os direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 103 do CDC. Em todos os casos, a coisa julgada será *secundum eventum litis*, de forma que, se o membro da classe não tiver participado do litígio coletivo como parte¹⁷⁸, apenas poderá se beneficiar da sentença coletiva, fazendo coisa julgada apenas no plano coletivo¹⁷⁹. E como ocorrerá na arbitragem coletiva? O sistema da jurisdição estatal deveria ser transportado ao arbitral?

Nos termos do art. 31 da LArb, “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”, de forma que, em tese, a sentença arbitral deve produzir os mesmos efeitos da estatal. Por outro lado, seguindo ainda o mesmo artigo, percebe-se que os efeitos se dão exclusivamente para as partes litigantes, signatárias da convenção arbitral, de forma que “a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (e não beneficiará ou prejudicará terceiros)”¹⁸⁰, o que evidencia que o dispositivo foi pensado exclusivamente para a arbitragem individual, sendo difícil pensar em aplicá-lo para lides coletivas.

Ademais, como já apontado em capítulo próprio, a coisa julgada coletiva é um tema extremamente polêmico quando se fala na efetividade do processo coletivo estatal; evidência disso, é que nos dois projetos de lei em trâmite sobre processo coletivo, o assunto é

¹⁷⁸ Tal possibilidade se refere apenas aos direitos individuais homogêneos (art. 103, §2º do CDC).

¹⁷⁹ Vide item 2.3.2 *supra*.

¹⁸⁰ Cf. Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 393.

regulamentado, modificando as disposições atualmente vigentes¹⁸¹. Dessa forma, entendemos não ser a solução mais adequada, simplesmente transportar a sistemática da jurisdição estatal para a arbitral, pois se já não funciona naquele sistema, difícil imaginar que funcionaria neste.

Nesse sentido, ao transpor a coisa julgada do microsistema processual coletivo à arbitragem, estar-se-ia colocando o requerido em extrema desvantagem, gerando um ônus exacerbado a ele – ao permitir o ajuizamento de várias demandas coletivas posteriormente, a depender das provas que eventualmente poderão ser coligidas pelo autor –, e negando a possibilidade de o réu apresentar exceção da coisa julgada nas ações individuais eventualmente ajuizadas, promovendo desigualdade entre as partes em um procedimento no qual a isonomia deveria ser alcançada.

Dessa forma, do que adiantaria a sentença arbitral? Se não faria coisa julgada contra o requerido, que ainda poderia suportar outros procedimentos arbitrais ou ações da jurisdição estatal contra si? É importante lembrar que, ao optar pela jurisdição arbitral, as partes esperam uma maior segurança e confiança na resolução do litígio; mas, assim, não será alcançada nenhuma das expectativas criadas. Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell é peremptório em dispor que:

“não parece coerente com a segurança que os agentes esperam da arbitragem aplicar-se simplesmente o disposto no art. 103, inciso III, do CDC, segundo o qual a coisa julgada atua ‘*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores’. É que a regra pressupõe a convivência entre demandas individuais e coletivas e, portanto, não resolve o problema relevante que é a coordenação entre todas essas medidas”¹⁸².

Concluindo ser tal medida “manifestamente indesejável, inclusive pelos encargos que traz para o demandado”¹⁸³.

Ademais, cabe enfatizar que não há qualquer sistema jurídico pelo mundo em que a arbitragem coletiva é utilizada, que possua um regime de coisa julgada semelhante ao brasileiro. Coloca-se como exemplo o sistema norte-americano, em que, ao utilizar os mecanismos de *adequacy representation* e *opt out*, determina com precisão os efeitos gerados pela coisa julgada

¹⁸¹ Ambos os projetos de lei retiram a sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis* que atualmente vigora no ordenamento: o art. 25, *caput*, do PL 4.441/2020 preconiza que “A decisão de mérito faz coisa julgada, independentemente do resultado, e vincula o grupo titular do direito discutido em todo o território nacional” e o art. 26, *caput*, do PL 4.778/2020 dispõe que “A sentença de mérito proferida na ação coletiva, de procedência ou improcedência, faz coisa julgada material”.

¹⁸² Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 196.

¹⁸³ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 196.

coletiva, que será definitiva e *pro et contra* para as partes que não manifestaram a intenção de se retirar da arbitragem – o que vai de encontro com o escopo da arbitragem, que deve gerar efeitos isonômicos para os envolvidos na lide.

No entanto, salientamos que grande parte da doutrina não vislumbra qualquer óbice em transportar o instituto para a via arbitral, como pontua Kazuo Watanabe e Daniela Gabbay:

“Não se vê nenhum óbice para que a sentença arbitral, no caso de arbitragens coletivas que incidam sobre interesses individuais homogêneos, tenha esse mesmo efeito *erga omnes* e *secundum eventum liti* que têm as sentenças judiciais em ações coletivas, nos termos do previsto no microsistema processual coletivo (CDC, arts. 103, § 3º, e 104)”¹⁸⁴.

Mas que, com a devida vênia, pelos motivos acima delineados, ousamos discordar.

Uma possível solução para a questão poderia ser obtida através do consentimento expresso dos membros da classe, conforme proposto no capítulo 4.2.1 do presente estudo, pois uma vez que se as partes expressamente optassem pela submissão à jurisdição privada, seria coerente a aplicação da coisa julgada *pro et contra* com eficácia *inter partes*. Mas reconhecemos que, ainda assim, seriam necessárias maiores reflexões sobre o assunto, visto que outros institutos também deveriam ser adaptados, tais como o controle da representatividade adequada e da intervenção de terceiros colegitimados, para que o devido processo legal seja integralmente respeitado.

Outro ponto relevante referente à coisa julgada, é sobre sua vinculação no plano coletivo. Como já delineado quando falamos sobre vinculação à convenção de arbitragem dos outros colegitimados à propositura da demanda coletiva (vide item 4.2.1 *supra*), faz-se necessária uma coordenação entre as demandas, para evitar decisões contraditórias. Portanto, a coisa julgada da sentença arbitral coletiva surtirá efeitos para os demais colegitimados, impedindo-os de propor ações com o mesmo escopo?

Por um lado, a existência de coisa julgada no plano coletivo promoveria maior isonomia e segurança. Mas por outro, a depender da adequada representação conferida aos membros da classe na arbitragem, do grau de publicidade adotado no procedimento, ou da forma como se deu a intervenção dos demais colegitimados no processo, a coisa julgada no plano coletivo poderá representar um grande óbice ao acesso à justiça – em sentido diametralmente oposto aos fins do processo coletivo – já que vincularia os demais autores coletivos, sem a certeza de que

¹⁸⁴ Cf. Kazuo Watanabe e Daniela Monteiro Gabbay, Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais, Revista Brasileira de Arbitragem nº 68, out-dez/2020, p. 86.

o devido processo legal foi observado no procedimento arbitral.

Portanto, fato é que, tal como está atualmente posto na disciplina legal das ações coletivas estatais, é difícil pensar em um sistema efetivo, que traria segurança jurídica aos envolvidos na lide, de forma que simplesmente importar tais institutos para jurisdição arbitral, comprometeria a eficiência da arbitragem no Brasil.

4.2.5 Relação entre demandas e o caso da Vale

Outro tema espinhoso do processo coletivo é o referente à relação entre as demandas coletivas, bem como entre as demandas coletivas e individuais tendo por objeto a mesma situação fática.

No que tange à convivência entre duas ações coletivas versando sobre o mesmo fato, o tema já ocasiona controvérsias na jurisdição estatal, pois como detalhadamente delineado no item 2.3.3 *supra*, não há unanimidade sobre a forma de aplicação dos institutos da litispendência, conexão e continência, de forma que, muitas vezes, demandas muito parecidas acabam por concomitar paralelamente. Mas o problema se mostra ainda maior quando pensamos em arbitragens coletivas, já que, como dispõe Cândido Rangel Dinamarco, para que haja reunião de processos na arbitragem:

“É preciso que ambos ou todos os litígios estejam incluídos na convenção de arbitragem, não sendo lícito atrair ao processo arbitral algum que não o esteja. É igualmente indispensável que todos os sujeitos envolvidos o estejam. E é preciso também, antes mesmo disso, que todos esses litígios sejam arbitráveis, a saber, suscetíveis de solução arbitral”¹⁸⁵.

Primeiramente, imaginemos a hipótese em que a ação coletiva é proposta perante a jurisdição arbitral, pretendendo a responsabilização do réu pelos danos ocasionados aos consumidores da capital de um estado, em razão de um produto defeituoso. Após, um outro colegitimado ativo ajuíza a ação perante a jurisdição estatal, contra o mesmo réu, relativamente ao mesmo produto, mas em defesa dos consumidores de todo o mesmo estado. Na hipótese, haverá litispendência ou conexão? A convenção de arbitragem irá vincular os consumidores de todo o estado? Seria possível reunir as ações? E as dúvidas não param aí. Como é cediço, dificilmente os pedidos, nas ações coletivas, serão idênticos – apesar de possuírem a mesma causa de pedir. Além disso, haverá ações em que o polo passivo será distinto, com mais réus integrando a demanda, mas que apresentam mesmo objeto e mesma classe substituída no polo

¹⁸⁵ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 136

ativo. Como evitar a prolação de sentenças contraditórias?

Como já exposto, o processo coletivo exige uma flexibilização maior nos conceitos de parte, pedido e causa de pedir, mas que, no entanto, ainda carece de normatização. Dessa forma, o fato é que, como clarificado no item 2.4 *supra*, o problema é eminente e extremamente relevante na jurisdição estatal, que acaba por ferir a isonomia buscada na jurisdição coletiva, ao serem prolatadas decisões distintas para a mesma situação fática.

Mas na jurisdição arbitral o problema seria ainda maior, dada a maior dificuldade em reunir as ações, pelo caráter privado do instituto, que pressupõe renúncia à jurisdição estatal – e que, portanto, não poderia ser imposta a terceiros. Ademais, outros problemas surgiriam, como bem aponta Leonardo de Faria Beraldo “haverá o problema do descumprimento da confidencialidade, o de se saber se a reunião de processos pode atrasar os procedimentos já iniciados e, ainda, o de como fazer para uniformizar o tribunal de ambos os processos”¹⁸⁶.

E quando pensamos na convivência entre uma ação individual e coletiva versando sobre a mesma questão fática, igualmente há muitos conflitos, já que o sistema permite a convivência de ambas as ações de forma concomitante, indo de encontro à segurança jurídica e isonomia buscada no processo coletivo (vide item 2.4 *supra*) – problema esse evidenciado pelo desprestígio dessa sistemática no CPC/15, que, ao dispor sobre o julgamento de casos repetitivos, implementou a suspensão obrigatória dos casos individuais¹⁸⁷. Portanto, qual sentido faria transportar essa lógica, que já não se mostra eficiente na jurisdição estatal, para arbitragem – na qual, pela sua natureza, espera-se “transparência, igualdade de tratamentos, dever de celeridade”¹⁸⁸?

E a maior evidência da sensibilidade dessa questão é o recente caso da Vale¹⁸⁹, em que a Presidência da Câmara do Mercado (CAM) recusou a união de duas arbitragens com expressiva identidade de pedido e causa de pedir, sendo uma ajuizada por uma associação atuando como substituta processual dos membros da classe e outra ajuizada pelos próprios

¹⁸⁶ Cf. Beraldo, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº9.307/96, São Paulo, Atlas, 2014, p. 395.

¹⁸⁷ Enquanto não fixada a tese extraída do caso paradigma para ser aplicada nas demais ações individuais, elas ficarão suspensas, conforme dispõe o art. 982, I do CPC/15: “Admitido o incidente, o relator: suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”.

¹⁸⁸ Cf. Baptista, Luiz Olavo. Ética e arbitragem, in 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 117.

¹⁸⁹ Informações extraídas do processo judicial nº 1031861-80.2020.8.26.0100, julgado pelo E. TJSP, em que os litigantes discutiram a possibilidade de reunião dos procedimentos arbitrais, bem como de delegar ao judiciário o controle da decisão proferida pela Presidência da Câmara Arbitral.

membros, através de litisconsórcio ativo. Nessa oportunidade, apesar de a Presidência da Câmara do Mercado reconhecer que “há de fato semelhança entre os requerimentos de instauração de arbitragem dos dois procedimentos. (...) ambos os procedimentos ora em análise têm, em comum, tanto o objeto como a causa de pedir. Além de ambos estarem em fases semelhantes de desenvolvimento”, concluiu que as arbitragens não poderiam ser reunidas, pois uma seria coletiva e outra individual – apesar de que em litisconsórcio –, de forma que se sujeitariam a “regimes jurídicos distintos”¹⁹⁰.

Ainda, segundo a referida decisão, deveria ser aplicado o CDC na hipótese, de forma que não seria possível a união da demanda individual com a coletiva, porque:

“A sentença do procedimento arbitral CAM 137/19 será imputável *erga omnes* somente em caso de procedência do pedido (art. 103, III13, CDC). Os Requerentes do procedimento arbitral CAM 136/19, por sua vez, somente se beneficiarão da coisa julgada na ação coletiva se oportunamente requerida a suspensão do procedimento de tutela individual (art. 104, CDC). Ademais, caso a sentença do procedimento arbitral CAM 137/19 seja improcedente, os lesados individuais que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais (art. 103, §2º15, CDC)”¹⁹¹.

Ocorre que, em momento algum as partes pugnaram pela aplicação da legislação consumerista e, como é cediço, as arbitragens não aplicam de forma subsidiária as disposições do Código de Processo Civil, de forma que tampouco faria sentido aplicarem demais diplomas normativos relativos à tutela de direitos coletivos sem previsão legal para tanto.

O problema enfrentado na questão é notório: haverá sentenças distintas para a exata mesma situação fática; o demandado terá um ônus exacerbado e desproporcional em ter que se defender em ambas as ações – para não falar em futuras ações, já que na seara coletiva, supostamente, a decisão não fará coisa julgada *pro et contra* e no litígio “individual”, será *ultra partes*; e não haverá qualquer segurança no plano jurídico pela coisa julgada formada pela sentença arbitral.

Aqui é a mais nítida constatação da verdadeira zona criada no mundo jurídico ao utilizar a arbitragem coletiva sem haver qualquer aparato jurídico normatizando o instituto, de forma que, como bem aponta Newton Coca Bastos Marzagão e Daniel Kaufman Schaffer, “transpor para o nosso sistema arbitral as indissociáveis, morosas e em certa medida malsucedidas características do ultrapassado microssistema de tutela coletiva previsto na Lei das ACPs e no

¹⁹⁰ Decisão sobre conexão proferida no Procedimento Arbitral CAM nº 136/19. Disponível nos autos do processo judicial nº 1031861-80.2020.8.26.0100, fls. 553/563.

¹⁹¹ Decisão sobre conexão proferida no Procedimento Arbitral CAM nº 136/19. Disponível nos autos do processo judicial nº 1031861-80.2020.8.26.0100, fls. 553/563.

CDC apenas acabará por fragilizá-lo”¹⁹².

Ao mesmo tempo, não se pode negar que impor a conexão dos procedimentos contra a vontade das partes, também poderia ferir princípios fundamentais da arbitragem, como demonstrado no item 3.3 *supra*. Mas, tudo isso apenas reverbera o que vem sendo defendido no presente estudo, no sentido de que, diante da inexistência de normas dispendo sobre o assunto, princípios processuais fundamentais serão banalizados com o uso de arbitragens coletivas *de lege lata*.

4.2.6 Intervenção de terceiros e participação do Ministério Público

Conforme já exposto no presente ensaio, o tema da intervenção de terceiros na arbitragem gera muitas discussões no ordenamento jurídico, dada a omissão da Lei de Arbitragem no assunto, bem como a pouca disciplina da matéria nos regulamentos das instituições arbitrais no Brasil (vide item 3.3 *supra*). E a questão possui ainda maior relevância quando relacionada ao processo coletivo, o qual, necessariamente, envolverá interesses de pessoas que não foram signatárias da convenção de arbitragem.

O processo coletivo, na jurisdição estatal, admite: (i) o litisconsórcio ativo, hipótese em que os colegitimados poderão ingressar conjuntamente na demanda; (ii) a assistência, que além de permitir a participação dos demais legitimados no polo ativo, também permite que o indivíduo lesado, no caso de ações envolvendo direitos individuais homogêneos, também ingresse na demanda; (iii) a denúncia à lide; (iv) o chamamento ao processo; (v) bem como o *amicus curiae*, que diante da relevância social que as ações coletivas costumam possuir, se mostra importante nessas ações.

No entanto, entendemos ser pertinente para o presente estudo, apenas a análise das hipóteses de intervenção voluntária, isto é, no caso em que um terceiro – que não participou da convenção de arbitragem – pretende ingressar na demanda arbitral através do litisconsórcio, da assistência ou como *amicus curiae*. Nas hipóteses de intervenção provocada – denúncia à lide e chamamento ao processo –, entendemos que não haverá maiores distinções dos problemas que já ocorrem nas arbitragens individuais, que restaram delineados no item 3.3 *supra*.

Inicialmente, imaginemos o caso em que uma instituição colegitimada à propositura da

¹⁹² Cf. Marzagão, Newton Coca Bastos e Schaffer, Daniel Kaufman. Arbitragem coletiva societária: notas críticas sobre o seu emprego à luz do regime da substituição processual, *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1041.

demanda coletiva intenta participar do processo arbitral como litisconsorte ou assistente; ela poderá ingressar no procedimento sem anuência do demandado, ou mesmo do autor coletivo?

De acordo com Rômulo Mariani e Eliana Baraldi:

“Havendo interesse legítimo, aqui se parte da premissa de que a discussão do litígio não ficará restrita aos litigantes originários, mas poderá receber intervenção do terceiro, independentemente da vontade daqueles e a depender de deliberação do árbitro sobre o tema”¹⁹³.

Mas a questão é polêmica, pois estar-se-ia permitindo que um terceiro ingressasse na lide contra a vontade das partes, que acordaram os termos da arbitragem apenas entre si, indo de encontro à natureza contratual da jurisdição privada, de forma que “assim como não se poderia obrigar dois contratantes a anuírem com a participação de terceiro em sua avença privada, também não seria possível obrigar as partes a aceitarem o pedido de ingresso de pessoa alheia ao negócio arbitral”¹⁹⁴.

Dessa forma, o terceiro interveniente também arcaria com as custas do procedimento? Poderia interferir no termo de arbitragem e nas questões procedimentais já determinadas? Teria acesso a todos os dados do processo – incluindo documentos potencialmente sigilosos?

Ademais, dar ao árbitro o poder de decidir sobre o ingresso de um colegitimado coletivo na arbitragem, sem qualquer obrigação legal para que o pleito seja deferido, pode ser extremamente problemático. Se o Tribunal decidir que, por questões fáticas, a intervenção seria inadequada? Estar-se-ia negando a participação de um ente igualmente legítimo para propositura da ação e colocando em xeque as garantias para que uma eventual inadequada representatividade subsista?

E a questão fica ainda mais complicada se pensarmos no ingresso do *amicus curiae*, já que estar-se-ia permitindo que um terceiro obtenha acesso a todas as informações do procedimento – que, pela sua natureza, possuem caráter privado¹⁹⁵. Ademais, a própria figura do *amicus curiae*, como “amigo da corte”, já soa dissonante da ideia de arbitragem, em que a escolha do árbitro é feita justamente sob o prisma da especialidade do julgador na matéria. Sobre o assunto, bem pontua Marcela Kohlbach de Faria, no sentido de que:

¹⁹³ Cf. Mariani, Rômulo e Baraldi, Eliana. Intervenção de terceiros em arbitragens coletivas *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 113.

¹⁹⁴ Cf. Bromberg, Nicole Raca. Arbitragem de classe e tutela coletiva de investidores no âmbito da Lei nº 7.931/89, *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1086.

¹⁹⁵ Ainda que a confidencialidade seja flexibilizada e seja conferida alguma publicidade aos atos procedimentais, dificilmente ocorreria de as partes, que optaram pela jurisdição privada, tornarem todos os documentos públicos.

“a própria admissão do *amicus curiae* na arbitragem possui caráter excepcional e deve ser bem avaliada pelo tribunal arbitral do ponto de vista de se evitar trazer incidentes desnecessários ao procedimento arbitral, que mais poderão atrapalhar a boa condução do processo”¹⁹⁶.

Não fosse o bastante, o tema é ainda mais controverso em relação à intervenção do Ministério Público na demanda arbitral. Para Alexandre Magalhães Jr.:

“Em termos procedimentais, dado o caráter jurisdicional reconhecido à arbitragem e em razão da indispensabilidade da intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica, torna-se imprescindível a notificação do *Parquet* acerca do processo arbitral coletivo e de todos os seus atos, conferindo-lhe a possibilidade de manifestação perante o Tribunal Arbitral”¹⁹⁷.

De fato, conforme apontou o supracitado autor, entendemos ser imprescindível a participação do Ministério Público como fiscal da lei em ações coletivas¹⁹⁸; mas haverá qualquer obrigatoriedade em cientificá-lo? Ficarà a cargo de quem? E o Ministério Público poderia executar o título executivo judicial obtido na arbitragem se o legitimado que atuou como autor na demanda assim não fizer? Ele terá legitimidade? Para Flávio Luiz Yarshell:

“a incompatibilidade é recíproca: nem o processo arbitral foi concebido para proporcionar a intervenção do Ministério Público; nem o *Parquet* poderia ser compelido a ingressar no processo arbitral – sendo manifestamente inviável transformar esse dever em mera e eventual faculdade.” concluindo que “parece ser insustentável que ele [o árbitro] tenha autoridade sobre uma instituição autônoma e independente (ou sobre algum de seus membros, o que, neste caso, dá no mesmo), que não manifestou vontade de submeter a uma decisão de julgador privado”¹⁹⁹.

Como se percebe, são questões extremamente sensíveis, que não podem ser ignoradas e que, diante da falta de regulamentação, ainda se encontram sem resposta. Daí a necessidade de uma maior reflexão no tema, já que a participação de terceiros no processo coletivo é fundamental; ao passo em que, no procedimento arbitral, se mostra complicada – até porque não aparenta ser adequado que o processo arbitral sofra reconfigurações a qualquer momento, indo de encontro às expectativas geradas na convenção arbitral.

4.2.7 Despesas

¹⁹⁶ Cf. Faria, Marcela Kohlbach de. Intervenção de terceiros na arbitragem coletiva *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 307.

¹⁹⁷ Cf. Magalhães Jr., Alexandre Alberto de Azevedo. Convenção processual na tutela coletiva, São Paulo, JusPodivm, 2020, p. 251.

¹⁹⁸ De acordo com o art. 127 da CRFB/88, “O Ministério Público 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”.

¹⁹⁹ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 194.

Por ser uma jurisdição privada, na arbitragem “não se aplicam mecanismos de financiamento público ou a possibilidade de querer e litigar sob os auspícios da gratuidade”²⁰⁰, de forma que é imprescindível que as partes arquem, desde logo, com os custos do procedimento. Por outro lado, o microssistema processual coletivo estabelece que “nas demandas coletivas não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovado a má-fé, em honorários do advogado, custas e despesas processuais”²⁰¹. Portanto, de proêmio, já é possível identificar uma certa incompatibilidade neste quesito.

Na linha do que dispõe a legislação para as ações coletivas propostas na jurisdição estatal, o autor é isento das despesas processuais – nestas compreendidos os gastos eminentemente processuais, tais como custas, emolumentos e honorários periciais. Dessa forma, se o autor se sagrar vencedor ao final da demanda, o réu arcará com os gastos; e se for derrotado, ficará a cargo da Fazenda Pública, salvo confirmada a má-fé do autor.

Na arbitragem, de forma mais ampla do que na jurisdição estatal, as despesas com o procedimento envolveriam todos os gastos efetuados pela parte no curso do procedimento, tais como honorários contratuais e até gastos com assistente técnico. Assim, o art. 27 da Lei de Arbitragem determina que “A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”, de forma que caberá ao árbitro dispor sobre a alocação de responsabilidade das partes para arcarem com os custos gerados pelo procedimento.

Então, surge a indagação: quem arcará com as despesas na arbitragem coletiva? Para Rômulo Greff Mariani, haveria duas possibilidades: (i) “tendo em vista a isenção de que gozam os legitimados coletivos perante o judiciário estatal, poderão acordar que o demandado arque com o pagamento das taxas de arbitragem”²⁰²; ou (ii) “também se vislumbra a possibilidade de compartilhamento das despesas inerentes ao processo”²⁰³.

Em relação à primeira hipótese, pensamos que ela, provavelmente, não seria muito utilizada na prática, uma vez que colocaria um grande encargo ao requerido – considerando os

²⁰⁰ Cf. Aprigliano, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem *in* 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 669.

²⁰¹ Cf. Leonel, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 527.

²⁰² Cf. Mariani, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil, São Paulo, Atlas, 2015, p. 149.

²⁰³ Cf. Mariani, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil, São Paulo, Atlas, 2015, p. 149.

altos custos da arbitragem. Ademais, por que o requerido, voluntariamente, optaria por suportar tais encargos? As vantagens da arbitragem, como celeridade e especialidade do julgador, poderiam ser sopesadas para que ele optasse pelo financiamento do procedimento, mas, de qualquer maneira, poderia acabar por inviabilizar a sua efetiva utilização.

Sobre a segunda opção apresentada, entendemos que, embora compatível com os institutos da arbitragem, ela iria na contramão dos pressupostos do processo coletivo – de garantir um maior acesso à justiça –, uma vez que, por falta de recursos, uma entidade igualmente legitimada para propositura da ação coletiva poderia deixar de participar do procedimento, em razão do compartilhamento das altas despesas que a jurisdição privada acarreta.

Então qual a solução mais adequada? Os estudiosos do assunto enxergam uma terceira alternativa para o problema, o chamado *Third party funding* – financiamento de terceiro para o custeio do procedimento arbitral –, definido pela doutrina como:

“um método alternativo de buscar recursos de capital, por meio do qual um terceiro, sem qualquer ligação com o litígio, arca com a totalidade ou parte dos custos necessários para instaurar ou manter em curso um procedimento arbitral, recebendo, como contraprestação, uma parcela do benefício econômico auferido pela parte em caso de eventual sentença favorável ou acordo”²⁰⁴.

Entendemos haver compatibilidade entre o uso do instrumento para financiar uma eventual arbitragem de classe, pois além de garantir uma maior paridade de armas entre os litigantes, não oneraria excessivamente o requerido, tampouco impossibilitaria o ajuizamento ou a participação dos autores coletivos. Dessa forma, poderia ser uma boa escolha para constar em eventual normatização para a arbitragem coletiva. No entanto, ressaltamos que, diante da inexistência de disposição sobre o assunto, o cenário atualmente estabelecido é o de que ainda caberá ao árbitro decidir sobre a alocação de custos, causando insegurança para ambas as partes.

4.2.8 Imparcialidade do árbitro e dever de revelação

É fundamental para jurisdição arbitral que os membros do Tribunal sejam imparciais e transparentes na conduta da arbitragem; nas palavras de Selma Ferreira Lemes:

“a prestação (exarar uma decisão, exercer missão jurisdicional) somente será possível e terá validade se advier de um julgamento proferido por pessoa independente e imparcial. (...) isto é, não deve ter vínculo com as partes (independência) e interesse

²⁰⁴ Cf. Castro, Leonardo Viveiros de e Setton, Renata Szczerbacki. *Third Party Funding: uma visão prática do mercado brasileiro in Arbitragem coletiva societária*, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 279.

na solução do conflito (imparcialidade).”²⁰⁵

Dessa forma, o art. 14 da LArb²⁰⁶ estabelece que estão impedidos de atuar como árbitros as pessoas que tenham relação com as partes envolvidas no procedimento ou com a própria lide, conforme prevê os arts. 144 e seguintes do CPC/15 – para estabelecer os casos de suspeição e impedimento dos juízes togados. Ainda, dispõe o parágrafo 1º do referido dispositivo da LArb, ser dever do julgador revelar quaisquer fatos que possam colocar em dúvida sua imparcialidade e independência²⁰⁷.

Então, aplicando os supracitados deveres à arbitragem coletiva, emerge a questão: como se daria a verificação de eventual envolvimento do árbitro com as partes, se os substituídos na relação processual sequer são individualmente identificados na propositura da lide? Seria uma análise *a posteriori*, diferentemente do que ocorre na propositura da lide individual? Parece-nos que a análise deveria ocorrer *a priori*, sob pena de invalidar a sentença arbitral e todo o procedimento, mas que, como dito, seria de difícil verificação.

E se imaginássemos ser o árbitro acionista de uma certa companhia que integra a arbitragem coletiva, teria ele o dever de revelar essa condição? Para José Rogério Cruz e Tucci, não necessariamente, uma vez que ela estaria condicionada a “não ter o árbitro interesse direto no desfecho do processo”, de forma que ele apenas seria considerado suspeito se “de alguma forma, a sentença arbitral favorecê-lo”²⁰⁸.

Mas vejam que a situação é complexa, uma vez que o “interesse direto” e a vantagem obtida com a sentença são elementos extremamente subjetivos e de difícil identificação. Ainda mais em uma lide envolvendo uma coletividade beneficiada, em que a efetiva vantagem de cada

²⁰⁵ Cf. Lemes, Selma Ferreira. *Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura*, in 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 269.

²⁰⁶ Art. 14 da Lei 9.307/96: “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. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. § 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”.

²⁰⁷ Segundo Carlos Alberto Carmona, a imparcialidade do árbitro é aferida na “equidistância que o julgador deve guardar em relação às partes” (in *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 239). Já para que o árbitro seja independente, ele “não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes. Espera-se que o julgador seja autônomo e livre” (in *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 242).

²⁰⁸ Cf. Tucci, José Rogério Cruz e. *Dever de revelação na arbitragem coletiva*, in *Arbitragem coletiva societária*, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 259.

um de seus membros é liquidada apenas após prolatada a sentença arbitral coletiva. Demonstrando a dificuldade encontrada, imperioso destacar o exemplo mencionado por José Rogério Cruz e Tucci, em que:

“no âmbito de uma hipotética arbitragem coletiva, promovida por uma associação representativa de acionistas de uma das empresas apontadas como responsáveis pelo conhecido acidente de Brumadinho, um dos árbitros estiver contato bem próximo com um dos interessados, seja no seu relacionamento pessoal, seja no exercício da profissão, sujeita-se ele ao dever de revelar tal grau de intimidade, sob pena de viciar o respectivo processo arbitral”²⁰⁹

No supracitado exemplo, fica clara a vagueza dos conceitos ali exarados: o que consubstanciaria os “interessados” e qual seria o grau de envolvimento com os árbitros para consubstanciar a parcialidade do julgador?

Não se quer olvidar que, mesmo na arbitragem de natureza individual, a questão já requer uma análise subjetiva, conforme aponta a doutrina especializada “É indubitável que a questão sobre conflito de interesses do árbitro e sua verificação diante de uma indicação para atuar, deve ser analisada caso a caso. O tema envolve as infinitas variações das relações humanas, conflituosas e intersubjetivas”²¹⁰. No entanto, na seara coletiva, o problema é significativamente potencializado, pois como bem aponta estudiosos do assunto “As normas brasileiras de independência e imparcialidade não foram pensadas para aplicação em gama tão variada de pessoas”²¹¹. Dessa forma, não seria possível, antes do início da arbitragem, identificar os potenciais beneficiados pela sentença arbitral. Ademais, haveria uma onerosidade excessiva e desproporcional ao réu, que teria maiores dificuldades para controlar o cumprimento do dever de revelação dos árbitros em relação aos membros da classe no litígio.

Imaginemos, então, que apenas após a prolação da sentença arbitral, viesse a tornar pública a relação entre um componente do Tribunal Arbitral e um membro da classe que se identificou ao executar a sentença de procedência. Poderia, então, após a prolação da sentença, o réu impugnar a imparcialidade do julgador através das ações anulatórias? Para os estudiosos do assunto, “mesmo a matéria não sendo passível de preclusão, eventual ação anulatória com

²⁰⁹ Cf. Tucci, José Rogério Cruz e. Dever de revelação na arbitragem coletiva, in *Arbitragem coletiva societária*, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 259/260.

²¹⁰ Cf. Lemes, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura, in *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 284.

²¹¹ Cf. Muniz, Joaquim de Paiva e Silveira, Bruno Alcino Marcondes da. Arbitragem coletiva e interpretação estrita das regras de independência e imparcialidade para a nomeação dos árbitros, in *Arbitragem coletiva societária*, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 243.

base na imparcialidade do árbitro continuará sujeita ao prazo de 90 dias”²¹², opção que não parece ser compatível com o processo coletivo, já que os membros da classe possuem o prazo de 5 anos para se identificarem e executarem a sentença coletiva.

São questões geradas pela prática, mas que devem ser, desde já, objeto de reflexão, para que não acarrete proliferação de demandas judiciais visando anular sentenças arbitrais, desprestigiando tão respeitável instituto.

4.3 Breves comentários ao Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil.

Na tentativa de dar diretrizes ao uso das arbitragens coletivas, e considerando a inexistência de normas sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil foi pioneiro no país – e até então, único –, na elaboração de um regulamento suplementar para as arbitragens coletivas eventualmente ali propostas²¹³. Dessa forma, o presente tópico terá por objetivo tecer breves comentários às disposições lá colocadas, à luz das críticas e problemas já expostos nos itens acima em relação ao uso da arbitragem coletiva *de lege lata* no Brasil.

O regulamento suplementar é composto por quinze artigos, que se propõem a disciplinar questões atinentes a: aplicabilidade do regulamento; convenção de arbitragem; legitimidade; publicidade; formação e autoridade do tribunal arbitral; requisitos da arbitragem coletiva; adesões à arbitragem coletiva; reunião de procedimentos arbitrais; sentença arbitral; acordo e renúncia; publicidade; custas e honorários; mediação coletiva; disposições gerais; e vigência do regulamento.

Inicialmente – o que, a nosso ver, foi a principal inovação trazida pelo instrumento –, destaca-se que o regulamento propõe um sistema de adesões à arbitragem coletiva, em similitude ao que se observa no sistema europeu e norte-americano²¹⁴, impondo o dever de os membros da classe em litígio serem notificados sobre a existência do processo arbitral, para

²¹² Cf. Muniz, Joaquim de Paiva e Silveira, Bruno Alcino Marcondes da. Arbitragem coletiva e interpretação estrita das regras de independência e imparcialidade para a nomeação dos árbitros, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 243.

²¹³ Chamado de “Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil” (disponível em: [Centro de Mediação e Arbitragem - Câmara Portuguesa \(camaraportuguesa.com.br\)](http://camaraportuguesa.com.br)). Acesso em 11/11/2021).

²¹⁴ Vide item 4.2.1 *supra*.

que se manifestem sobre seu interesse em integrar a classe na arbitragem coletiva.

Nesse sentido, o art. 7º do regulamento dispõe que “Os membros que decidirem integrar a Classe ou grupo na Arbitragem Coletiva deverão manifestar tal intenção até a assinatura do Termo de Arbitragem”, possibilitando, ainda, que até a apresentação de razões finais, qualquer membro possa requerer sua adesão²¹⁵ e que, a depender de decisão do Tribunal Arbitral, qualquer membro também possa requerer sua exclusão ao processo²¹⁶ – decisão que poderá ser alterada até a prolação da sentença arbitral final²¹⁷. Referida notificação, na forma do art. 4º do regulamento²¹⁸, deverá ser realizada após recebido o pedido de instauração da arbitragem, oportunidade na qual os requerentes deverão publicar a existência da arbitragem coletiva em jornal de grande circulação, no *website* do Centro de Arbitragem e “em outros meios hábeis para conferir a mais ampla publicidade”.

Observa-se que a adoção do sistema de *opt-in* pelo regulamento – conforme, inclusive, proposto no presente estudo (vide item 4.2.1 *supra*) –, pode vir a solucionar muitos problemas apontados, relacionados à vinculação à convenção arbitral e efeitos da sentença coletiva, uma vez que garante a legitimidade para o autor da demanda transigir direitos alheios – já que estarão vinculados à arbitragem apenas os membros que expressamente assim optaram –, bem como

²¹⁵ Cf. art. 7.3 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Adesão tardia. Até a apresentação das razões finais, qualquer membro da Classe ou grupo poderá requerer sua adesão à Arbitragem Coletiva, desde que concorde em aderir ao procedimento no estado em que se encontra, não sendo possível rediscutir quaisquer questões já determinadas no curso do processo”.

²¹⁶ Cf. art. 7.4 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Exclusão. O Tribunal Arbitral excluirá da Classe ou grupo qualquer membro que requerer a sua exclusão durante o procedimento da Arbitragem Coletiva, estabelecendo o prazo e a forma de como os membros poderão requerer a sua exclusão, bem como o tratamento a ser dado às suas manifestações no curso do procedimento”.

²¹⁷ Cf. art. 7.5 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Exclusão. A determinação do Tribunal Arbitral sobre os membros da Classe ou grupo pode ser alterada ou emendada pelo próprio Tribunal Arbitral a qualquer tempo antes da sentença arbitral final.”

²¹⁸ Cf. art. 4º do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Publicidade da Arbitragem Coletiva 4.1 Recebido o pedido de Arbitragem Coletiva, o presidente do Centro de Arbitragem determinará a(os) requerente(s) que publique(m), no prazo de 30 (trinta) dias, informações sobre a existência da Arbitragem Coletiva, em jornal de grande circulação, no *website* do Centro de Arbitragem e em outros meios hábeis para conferir a mais ampla publicidade. Tal publicação deverá ocorrer em duas oportunidades, no intervalo de uma semana. 4.2 Informações necessárias para a notificação da Arbitragem Coletiva. A notificação sobre a existência e constituição da Arbitragem Coletiva deverá conter, de forma clara e concisa, as seguintes informações, sem prejuízo de qualquer outra particularidade ou questão que possa ser de interesse público: a) a data do requerimento de instauração da Arbitragem Coletiva; b) o objeto do procedimento arbitral; c) a identificação das partes; d) os pleitos da Classe ou grupo, defesas e/ou questões de direito ou fato relevantes; e) o valor estimado envolvido no procedimento arbitral; f) a identidade e informações biográficas sobre o(s) árbitro(s), o(s) representante(s) da Classe ou grupo e o(s) patrono(s) autorizado(s) pelo acordo de acionistas ou, na sua falta, pelo Tribunal Arbitral para representar a Classe ou grupo; g) esclarecimento sobre o procedimento para realização de pedidos de inclusão (*opt in*) e de exclusão (*opt out*) da Arbitragem Coletiva, conforme estabelecido no artigo 7º deste Regulamento Suplementar”.

respeita o princípio de autonomia da vontade da arbitragem, para que não haja violação ao princípio de inafastabilidade da jurisdição²¹⁹. Dessa forma, torna-se possível que os efeitos obtidos pela sentença arbitral gerem coisa julgada *pro et contra*, isto é, independentemente do resultado.

Nessa linha, o art. 9º do regulamento, ao disciplinar os aspectos inerentes à sentença arbitral coletiva, exige que haja especificação de todos os que foram intimados, de quem o Tribunal entender ser membro da Classe, bem como dos que optaram por serem excluídos²²⁰; de forma que seus efeitos incidirão às pessoas lá dispostas²²¹. Assim, formando coisa julgada *pro et contra* para parte ou todos os membros da classe, a sistematização proposta pelo regulamento poderia vir a oferecer uma melhor coordenação entre as demandas, evitando que as ações sejam repropostas e amenizando o ônus exacerbado para o réu, como já explorado no item 4.2.4 *supra*.

No entanto, necessário atentar-se para o conflito que pode ser gerado pelo art. 7.4 do regulamento – que possibilita o direito de exclusão até o fim da demanda –, com os efeitos da sentença prolatada no procedimento. Isto porque, os membros da classe, ao observarem um cenário processual desfavorável, podem utilizar o requerimento de exclusão do feito para não ser atingidos pelos da coisa julgada – o que não poderia ser admitido.

No que tange à legitimidade para figurar como parte na demanda, o art. 3º do regulamento determina que serão “as mesmas partes legitimadas para propositura da ação civil pública”, bem como “qualquer grupo de pessoas representativo de uma Classe ou um grupo pelo seu número ou pela sua importância social ou econômica, desde que reconhecido pelo Tribunal Arbitral”. Ou seja, o instrumento regulatório ampliou a legitimidade para propositura da demanda – em sentido contrário à disposição legal do microssistema processual coletivo, que restringe as pessoas legitimadas à propositura de demandas coletivas em rol taxativo –, deixando o controle da representatividade adequada, na sua integridade, nas mãos dos árbitros, que deverão decidir tais questões através de sentença parcial, como dispõe o art. 6.1 do

²¹⁹ Vide item 3.3.1 *supra*.

²²⁰ Cf. art. 9.2 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “A sentença arbitral deverá especificar ou descrever aqueles que foram intimados nos termos do item 6, aqueles que o Tribunal Arbitral entender serem os membros da Classe ou grupo e aqueles que optaram por ser excluídos da Classe ou grupo, o que poderá ser feito por anexo, que fará parte da decisão”.

²²¹ A sentença arbitral poderá produzir efeitos para os membros que integrem a Classe ou grupo, ou para parte desses membros, na data de sua prolação, nos termos e condições definidos pelo Tribunal Arbitral.

regulamento, seguindo alguns requisitos dispostos no art. 6.2²²².

Em que pese a ampliação do rol de legitimados sem qualquer aparato legal, nos parece que o problema pode ficar mitigado pela adoção do sistema de *opt-in*, uma vez que os membros da classe deverão optar, expressamente, por integrar ou não o litígio – portanto, se não houver concordância relativamente à adequada representação do autor coletivo, a parte pode optar por não participar do processo. No entanto, ainda emerge uma preocupação sobre o dispositivo, pois, na maioria dos casos, os membros do grupo não terão subsídios para aferir a se a entidade possui condições adequadas de representação, o que pode ir de encontro ao princípio do devido processo legal e à regra de legislação expressa para a legitimação extraordinária.

Já no que atine à publicidade, o regulamento determina, em seu art. 11, que: (i) não se aplicará a presunção de privacidade e confidencialidade da arbitragem, “podendo” o Tribunal decidir pelo seu processamento de forma pública; (ii) determinados trechos de manifestações ou documentos poderão ficar sob sigilo, desde que de forma justificada pelo Tribunal; (iii) a participação dos membros da classe e interessados em audiências públicas dependerá de autorização do Tribunal; (iv) todos os membros da classe terão acesso à integralidade dos documentos do processo, mediante termo de confidencialidade, se o caso; (v) o Centro de Arbitragem deverá disponibilizar, em seu *website*, uma lista de todas arbitragens coletivas em tramitação, com as devidas informações elencadas no item 11.7 do regulamento²²³; (vi) e todas as sentenças arbitrais serão públicas.

Aparentemente, o regulamento propõe uma boa forma de conferir publicidade ao

²²² Cf. art. 6.2 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Recebimento da Arbitragem Coletiva. O Tribunal Arbitral receberá o procedimento arbitral como Arbitragem Coletiva se forem atendidos os seguintes requisitos: a) a Classe ou o grupo é tão numerosa que a propositura de demandas individuais é impraticável ou extremamente onerosa ou dificultosa; b) há questões de direito e de fato comuns à Classe ou grupo, que predominem sobre quaisquer outras questões que afetem apenas individualmente os membros; c) o procedimento coletivo é mais adequado do que outros métodos de solução de conflitos para a justa, eficiente e célere resolução da controvérsia, podendo o Tribunal Arbitral considerar, para esta análise as razões expostas pelas partes e também, entre outros, os seguintes fatores: I. os interesses de membros da Classe ou grupo em serem representados individualmente através de arbitragens em apartado; II. a natureza e extensão de eventuais outros procedimentos relativos à controvérsia já submetida à arbitragem em nome ou contra membros da Classe ou grupo, que poderão ou não prosseguir independentemente do processo coletivo; III. qualquer manifestação ou discordância, das Partes ou terceiros interessados, de concentrar a decisão dos pleitos em um único foro arbitral; e IV. as dificuldades na administração da Arbitragem Coletiva; d) os pleitos ou defesas da(s) parte(s) representadas(s) sejam típicos ou comuns aos pleitos ou defesas da Classe ou grupo”.

²²³ Cf. art. 11.7 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “O Centro de Arbitragem manterá em seu website arquivo contemplando a lista de procedimentos arbitrais processados como Arbitragem Coletiva. O arquivo conterá determinadas informações sobre o procedimento arbitral até a extensão do conhecimento do Centro de Arbitragem, incluindo: a) a cópia do Requerimento de Arbitragem; b) a identidade das partes; c) os nomes e informação para contato do advogado de cada parte; d) a relação de ordens processuais, decisões e sentenças proferidas no procedimento arbitral pelo Tribunal Arbitral; e e) a data, horário e local de quaisquer audiências designadas”.

processo e permitir que os membros da classe ingressem no feito – promovendo maior acesso à justiça e economia processual. No entanto, não se pode deixar de considerar que, como já explorado no item 4.2.2 *supra*, sob a perspectiva do demandado, a publicidade exacerbada na arbitragem causaria uma exposição indesejada ao mercado – o que poderia vir a desincentivar o uso da arbitragem por grandes companhias e, até mesmo, desestimular a entrada de empresas estrangeiras no país.

Relativamente à reunião de procedimentos arbitrais, o regulamento é sucinto, limitando-se a dispor, em seu art. 8º, que nos casos de conexão e continência, ela apenas ocorrerá “após audiência das partes se não houver prejuízo para a duração razoável do processo” e que não será aplicável às arbitragens individuais de membros que optaram pela exclusão da demanda coletiva – o que não aparenta trazer inovações para solucionar os problemas apontados no item 4.2.5 *supra*.

Por fim, no que tange à intervenção de terceiros e às despesas processuais, os temas não são enfrentados com detalhes pelo regulamento, que apenas determina que “O Tribunal Arbitral decidirá sobre eventual pedido de participação”²²⁴ e que “As custas, despesas, taxas e honorários de árbitros previstos neste Regulamento Suplementar serão rateados na forma que o Tribunal Arbitral decidir”.

Em que pese a admirável iniciativa da Câmara em tentar organizar o cenário e propor uma regulamentação para arbitragens coletivas, não se pode olvidar que, como bem aponta Grasiela Serbino, “os regulamentos das câmaras têm natureza privada e contratual, na medida em que são regras cuja observância a companhia adere de forma discricionária ao decidir por sua listagem nos segmentos especiais ou ao decidir submeter seus litígios”²²⁵, isto é, os regulamentos não têm força de lei e não vinculam terceiros.

Nesse sentido, observa-se que a falta de coordenação entre o sistema proposto pelo regulamento e o microssistema processual coletivo atualmente vigente poderá gerar dificuldades na prática e promover grande insegurança jurídica. Toma-se como exemplo, o fato de que mesmo que a instituição determine que a sentença arbitral coletiva faça coisa julgada *pro et contra*, como se resolverá o caso em que o membro da classe queira, posteriormente, se

²²⁴ Cf, art. 3.3 do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil: “Participação de terceiros. O Tribunal Arbitral decidirá sobre eventual pedido de participação de ou contra terceiros feito no curso do procedimento arbitral”.

²²⁵ Cf. Serbino, Grasiela. Arbitrabilidade das demandas coletivas *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 214.

valer de uma sentença coletiva na jurisdição estatal? O título executivo obtido na arbitragem irá impedir que o membro da classe venha a se beneficiar de outra sentença coletiva proferida na jurisdição estatal, que lhe seja mais favorável? Ademais, da forma como regulamentado, não parece factível que a sentença arbitral vincule os demais colegitimados para propositura da demanda na seara estatal – ou seja, a arbitragem não fará coisa julgada para o réu, que poderá ser demandado posteriormente novamente.

São apenas algumas das questões sensíveis que poderão vir a surgir com o uso da arbitragem coletiva *de lege lata* e que devem ser, desde logo, objeto de reflexão.

Mas, o fato é que, ainda que os regulamentos apresentassem soluções para os aspectos emblemáticos da arbitragem coletiva apresentados no presente estudo, permaneceria a necessidade de normatização legal para a questão, na medida em que há a necessidade de coordenação entre a disciplina das ações coletivas nas instituições arbitrais e a legislação na jurisdição estatal, para que não tumultue ainda mais o uso do processo coletivo e sua almejada efetividade.

5 CONCLUSÃO

Não se pretende, com a presente monografia, negar a possibilidade da instauração de arbitragens coletivas – relativamente aos direitos individuais homogêneos –, tampouco negar a eficiência da jurisdição arbitral; mas sim convidar o leitor à reflexão, no que tange aos problemas que poderão surgir na implementação das arbitragens de classe sem qualquer disposição legislativa prévia para tanto.

Conforme restou demonstrado, há diversas incompatibilidades processuais entre os institutos da arbitragem e do processo coletivo, de forma que: “No Brasil, os caminhos da arbitragem e da ação coletiva são compostos por duas estradas bem pavimentadas, mas que não possuem um ponto de encontro”²²⁶. Portanto, simplesmente transpor elementos do microssistema processual coletivo para a jurisdição privada – com a aplicação subsidiária dos diplomas legais que dispõem sobre o assunto (LACP e CDC) – e deixar ao arbítrio das instituições arbitrais a criação de manobras jurídicas para compatibilizar os institutos, acaba por criar um cenário desprovido de qualquer segurança e previsibilidade – em sentido diametralmente oposto aos fins pelos quais a arbitragem é buscada.

Além disso, não se pode deixar de considerar que o processo coletivo no Brasil ainda não se consolidou, uma vez que a sistemática vigente não atingiu a efetividade almejada para proporcionar efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, isonômica e efetiva. Qual sentido faria, destarte, aplicar disposições normativas que já não se mostraram eficazes na jurisdição estatal, na arbitragem? Como restou demonstrado pelo presente estudo, poderia ser um verdadeiro “tiro no pé” para a arbitragem, comprometendo a tão almejada eficiência da resolução do litígio na esfera privada e prejudicando a sua principal vantagem, de oferecer um procedimento seguro e célere, no qual as partes depositam sua confiança.

Não obstante, a tendência atual é a de simplesmente aplicar o regime do microssistema processual coletivo na arbitragem, conforme restou, inclusive, demonstrada pelo recente caso da Vale²²⁷ e como também assenta a doutrina especializada:

“o grupo de defensores da arbitragem coletiva societária tem buscado transpor para o sistema arbitral brasileiro uma combinação bastante seletiva de determinadas soluções jurídicas estrangeiras e regras processuais do que se convencionou chamar de microssistema de tutela coletiva, sem, contudo, se atentar às

²²⁶ Cf. Muriel, Marcelo A. e Dias, Aline. Controle de representatividade adequada nas arbitragens coletivas, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 349

²²⁷ Vide item 4.2.5 *supra*.

particularidades do contexto em que tais soluções e regras estão inseridas”²²⁸.

Por esse motivo, imprescindível a reflexão buscada pelo presente estudo, para que, antes de fazer uso de um instituto inexistente em lei e, *a priori*, incompatível com as disposições normativas vigentes, os operadores do direito possam proporcionar um maior amadurecimento ao assunto.

E ainda que haja uma maior amplitude relativamente à escolha de aspectos procedimentais na arbitragem, é importante lembrar que a lógica processual coletiva, por envolver interesses de terceiros, não se assemelha com a individual. Dessa forma, não se mostra adequado delegar às partes e ao árbitro a escolha dos aspectos processuais do litígio arbitral coletivo, sob pena de violar a observância ao devido processo legal e comprometer a obtenção da justiça material pelos membros da classe. Ademais, geraria grande insegurança jurídica para a arbitragem – o que foi, inclusive, observado pelo já mencionado caso da Vale²²⁹, em que uma decisão judicial delegou aos árbitros a decisão sobre as questões processuais do litígio arbitral coletivo²³⁰.

Diante do exposto, pensamos que o Brasil ainda não possui condições de implementar arbitragens coletivas *de lege lata*, emergindo a necessidade de um aprofundamento dos estudos sobre o tema, para que não restem prejudicadas as principais vantagens da opção pela via arbitral. Ademais, de nada adiantaria importar institutos de legislações alienígenas, já que: “Conquanto se possa avaliar que a experiência das arbitragens coletivas tenha sido exitosa nos Estados Unidos da América, fato é que a lei, a jurisprudência e a doutrina daquele país cuidaram de estabelecer uma série de elementos para as *class arbitrations* que não encontram previsão ou regulamentação similar em solo brasileiro”²³¹.

Dessa forma, uma eventual solução adequada para viabilizar o uso das arbitragens coletivas no Brasil, poderia estar, inicialmente, em um aprimoramento da legislação processual coletiva, para que posteriormente houvesse, também, uma disciplina legal para as arbitragens

²²⁸ Cf. Marzagão, Newton Coca Bastos e Schaffer, Daniel Kaufman. Arbitragem coletiva societária: notas críticas sobre o seu emprego à luz do regime da substituição processual, *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 1013.

²²⁹ Vide item 4.2.5 *supra*.

²³⁰ Conforme acórdão proferido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. TJSP, a admissibilidade de procedimento arbitral coletivo “será examinado pelo Tribunal Arbitral, que detém competência para tanto” (TJSP, Apel. nº 1031861-80.2020.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 30/6/2021).

²³¹ Cf. Muriel, Marcelo A. e Dias, Aline. Controle de representatividade adequada nas arbitragens coletivas, *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 349.

coletivas, a fim haver uma coordenação entre a jurisdição estatal e privada.

Mas o fato é que, da forma como a arbitragem coletiva está sendo atualmente implementada, o que se percebe é apenas um cenário de insegurança e imprevisibilidade. E, como já dito, a arbitragem coletiva deve ser pensada para dar efetividade à prestação jurisdicional; não bastando viabilizá-la através de instrumentos que careçam de eficiência.

REFERÊNCIAS

Abelha, Marcelo. **Breves Considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais** *in* Aspectos processuais do direito ambiental, coords. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, Rio de Janeiro – São Paulo, Forense Universitária, 2003.

Aprigliano, Ricardo de Carvalho. **Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem** *in* 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.

Baptista, Luiz Olavo. **Ética e arbitragem** *in* 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.

Braga, Paula Sarna. **Processo Civil: tutela de conhecimento, procedimento comum**, Salvador, Jus Podivm, 2018.

Bedaque, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

Beraldo, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº9.307/96**, São Paulo, Atlas, 2014.

Bromberg, Nicole Raca. **Arbitragem de classe e tutela coletiva de investidores no âmbito da Lei nº 7.9313/89** *in* Processo societário III, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018.

Bueno, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. único, 5ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

Cahali, Francisco José. **Curso de arbitragem**, 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

Carmona, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

Castro, Leonardo Viveiros de e Setton, Renata Szczerbacki. **Third Party Funding: uma visão prática do mercado brasileiro** *in* Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Coelho, Eleonora. **A necessidade de criação de regulamentos adaptados para arbitragens coletivas no mercado de capitais** in *Processo societário III*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018.

Costa, Susana. **O controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro** in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

Dall'Agnol, Ana Carolina e Martini, Pedro C. de Castro e. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**, coord. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire, São Paulo, Saraiva, 2016.

Didier Jr., Fredie. **O controle judicial da legitimação coletiva e as ações passivas (o art. 82 do CDC)** in *Processo Civil Coletivo*, Rodrigo Dias Mazzei e Rita Dias Nolasco coord., São Paulo, Quartier Latin, 2005.

Dinamarco, Cândido Rangel e Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral no Novo Processo Civil**, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2018.

Dinamarco, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**, São Paulo, Malheiros, 2013.

Dinamarco, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, São Paulo, Saraiva, 2001.

Donizetti, Elpídio. **Curso de direito processual civil**, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2020.

Esclarecimento da Petrobras diante do Ofício nº 206/2020/CVM/SEP/GEA-1 da CVM. Disponível em: [o](#). Acesso em: 20/10/2021.

Faria, Marcela Kohlbach de. **Intervenção de terceiros na arbitragem coletiva** in *Arbitragem coletiva societária*, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 11ª ed. Bahia, JusPodivm, 2017.

Garcia Neto, Paulo Macedo. **Arbitragem no mercado de capitais**, publicado em 6/8/2018, disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/arbitragem-tudo-sobre/>. Acesso em 18/10/2021

Gidi, Antonio. **Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

- Gidi, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, São Paulo, Saraiva, 1995.
- Gonçalves, Eduardo Damião. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**, coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, São Paulo, Atlas, 2007.
- Grinover, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo** in Tutela Coletiva, Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.), São Paulo, Atlas, 2006.
- Grinover, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.
- Grion, Renato Stephan. **Convenção de Arbitragem** in Curso de arbitragem, coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.
- Guedes, Clarissa Diniz. **A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais** in Processo Civil Coletivo, Mazzei, Rodrigo e Nolasco, Rita Dias (coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- ICC Dispute Resolution Statistics. International Chamber of Commerce, 2021. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>. Acesso em 28/9/2021.
- Júdice, José Miguel. **Collective Abitration in Europe: The European way might be the best way**, set/2019, Lisboa, disponível em [JMJ AMPMonteiro - Collective arbitration in Europe-the European way might be the best way.pdf](https://www.jmjudice.com/collective-arbitration-in-europe-the-european-way-might-be-the-best-way.pdf) (josemigueljudice-arbitration.com), acesso em 12/10/2021
- Lemes, Selma Ferreira. **Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura**, in 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.
- Lenza, Pedro. **Teoria Geral da ação civil pública**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- Leonel, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017.
- Lucon, Paulo Henrique dos Santos. **Relação entre demandas**, 2ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2018.
- Magalhães Jr., Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva**, São Paulo, JusPodivm, 2020.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do**

patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

Mariani, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**, São Paulo, Atlas, 2015.

Mariani, Rômulo e Baraldi, Eliana. **Intervenção de terceiros em arbitragens coletivas in Arbitragem coletiva societária**, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Marzagão, Newton Coca Bastos e Schaffer, Daniel Kaufman. **Arbitragem coletiva societária: notas críticas sobre o seu emprego à luz do regime da substituição processual in Processo societário III**, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2018.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 36ª Ed., São Paulo, Atlas, 2020.

Muniz, Joaquim de Paiva e Silveira, Bruno Alcino Marcondes da. **Arbitragem coletiva e interpretação estrita das regras de independência e imparcialidade para a nomeação dos árbitros in Arbitragem coletiva societária**, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Muriel, Marcelo A. e Dias, Aline. **Controle de representatividade adequada nas arbitragens coletivas in Arbitragem coletiva societária**, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**, vol. único, Salvador, JusPodivm, 2020.

Nery, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

Nigra, Hugo Mazzilli. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

Notícia sobre arbitragem movida contra o IRB Brasil RE. Disponível em: <https://financenews.com.br/2020/04/irb-confirma-intimacao-da-camara-de-arbitragem-do-mercado/>. Acesso em: 10.11.2021.

Pizzol, Patricia Miranda. **Tutela Coletiva, processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado. Câmara do Mercado, 2021. Disponível em <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/regulamento-da-camara-de-arbitragem-do-mercado.pdf>. Acesso em: 28/9/2021.

Serbino, Grasiela. **Arbitrabilidade das demandas coletivas** in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Sica, Heitor Vitor Mendonça. **Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015** in Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva, Revista de Processo, vol. 256, julho/2016.

Silva, Artur Flamínio da e Monteiro, Antônio Pedro Pinto. **Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional**, Revista de arbitragem e mediação, vol. 50, jul/set 2016, p. 427/448.

Sperandio, Felipe Vollbrecht. **Convenção de Arbitragem** in Curso de arbitragem, coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

Tucci, José Rogério Cruz e. **Dever de revelação na arbitragem coletiva** in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Watanabe, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, vol. único, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

Watanabe, Kazuo e Gabbay, Daniela Monteiro. **Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais**, Revista Brasileira de Arbitragem nº 68, out-dez/2020.

Yarshell, Flávio Luiz. **Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança** in Arbitragem coletiva societária, coord. André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Beneduzi, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

Zavascki, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.