



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Andre Vasconcelos Roque

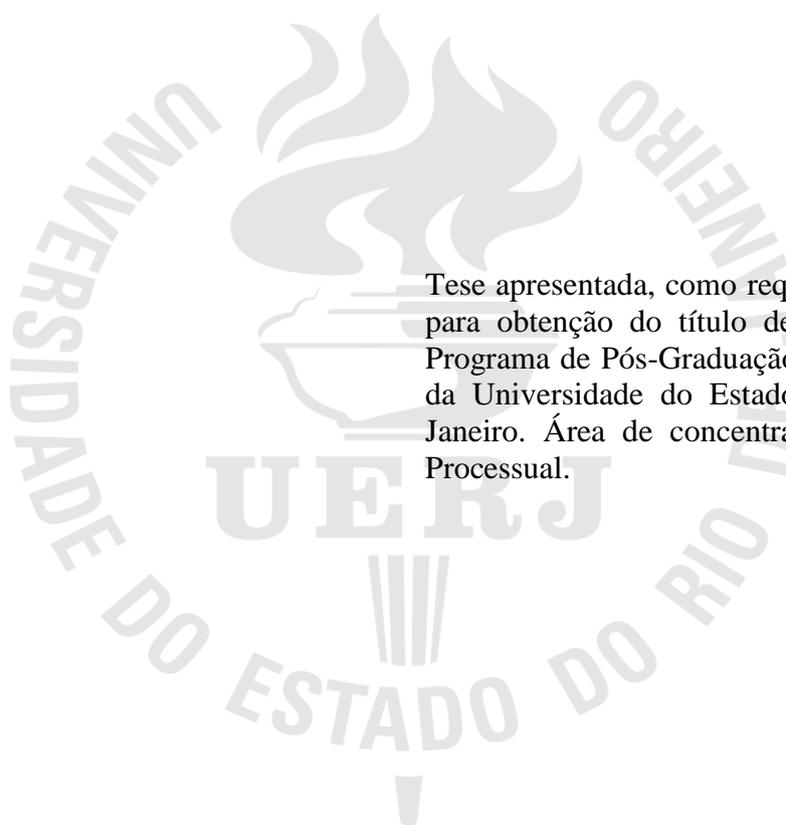
**Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade  
e estrutura**

Rio de Janeiro

2014

Andre Vasconcelos Roque

**Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R786 Roque, Andre Vasconcelos.

Arbitragem de direitos coletivos no Brasil : admissibilidade, finalidade e estrutura / Andre Vasconcelos Roque. – 2014.  
291 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.  
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Arbitragem (Processo civil) Brasil - Teses. 2. Processo civil– Teses. 3. Direito processual –Teses. 4. Ação coletiva (Processo civil) Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.918(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Andre Vasconcelos Roque

**Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em: 6 de outubro de 2014

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Carolina Tupinambá Faria  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni  
Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto

---

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto  
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2014

## AGRADECIMENTOS

A vida é um processo. Processo de aprendizado, crescimento e conhecimento. Nessa caminhada, muitas pessoas e instituições deixam a sua marca indelével, influenciando seus passos. Se eu regressasse ao início de minha vida – ou, pelo menos, de minhas lembranças – para registrar a contribuição de cada um até que este trabalho pudesse ser concluído, talvez tivesse que escrever um texto tão extenso quando o que se segue. Praticamente uma segunda tese de doutorado.

Não poderia, porém, deixar de registrar a contribuição daqueles que deixaram ainda mais fortes suas marcas nesse trabalho.

Após mais de uma década, agradeço mais uma vez à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, minha casa acadêmica após a graduação, o mestrado e o doutorado. No Brasil, muitas vezes as instituições não são valorizadas da forma que se deveria. Espero poder, algum dia, retribuir pelos anos de estudo que tive na UERJ.

Agradeço, ainda, ao Prof. Aluisio Mendes, pela orientação no mestrado e no doutorado, pelos conselhos acadêmicos e de vida. Seu estudo sobre as ações coletivas foi o primeiro passo para que eu me interessasse por essa fascinante área do Direito Processual, que me acompanhou por toda a pós-graduação.

Também registro meu agradecimento ao Prof. Carlos Alberto Carmona, que me acolheu no semestre em que cursei sua disciplina sobre arbitragem na Universidade de São Paulo e algumas vezes teve que me jogar na mais profunda crise, para que pudesse amadurecer meu trabalho.

Agradeço, outrossim, ao Prof. Leonardo Greco, por todos os seus ensinamentos e pela convivência que pude ter ao longo de quase três anos no grupo de pesquisa do Observatório das Reformas Processuais na UERJ. Mestre no verdadeiro sentido do termo, muitas de suas ideias aparecem refletidas ao longo do presente trabalho.

Não poderia ignorar, ainda, a contribuição do Prof. Humberto Dalla, que logo no primeiro semestre do doutorado, instigou seus alunos a fazerem uma apresentação sobre o que pretendiam escrever. Desde aquele momento – já se passaram mais de três anos! –, pude dialogar com outros colegas sobre as dificuldades de minha pesquisa.

Sou grato também aos Profs. Antonio Cabral e Marco Antônio Rodrigues, por terem se disponibilizado prontamente a participarem de minha qualificação e apresentado críticas e sugestões imprescindíveis para o aperfeiçoamento e a conclusão deste estudo. Agradeço, também, aos Profs. Carolina Tupinambá, Fernando Gajardoni e Fernando Gama, além de, mais uma vez, ao Prof. Antonio Cabral, por terem se prontificado a participar da banca de defesa do doutorado e apresentar valiosas sugestões para o aprimoramento deste trabalho.

Agradeço, igualmente, aos Profs. Luiz Fux e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que muito me ensinaram ao longo do doutorado.

Agradeço ao Prof. José Augusto Garcia, meu professor de Processo Civil e orientador na graduação, quem primeiro despertou minha curiosidade para o estudo do Direito Processual e com quem tive o privilégio de conviver, anos mais tarde, como colega no doutorado.

Muito obrigado a meus colegas da UERJ, que compartilharam momentos de alegria, discussões e, claro, angústias de um pós-graduando, em especial Márcio Faria, Gustavo Nogueira, José Aurélio, Paula Menezes, Diogo Almeida, Maurício Galvão, Clarissa Guedes, Trícia Navarro, Henrique Guelber e Marcela Perez.

Agradeço a outros professores, assim como eu, apaixonados pelo estudo do Direito Processual, e com quem tive a oportunidade de travar inúmeras discussões – especialmente em torno do projeto do novo Código de Processo Civil. São eles a quem chamo de *Escola Processual do Twitter*, em especial os Profs. Fernando Gajardoni, Luiz Dellore e Zulmar Duarte. Muitas de nossas discussões foram importantes para amadurecer conceitos que aparecem, aqui e ali, ao longo do presente estudo.

Registro também o importante auxílio de Trícia Navarro, Antônio Adonias, Pérsio Thomaz Rosa, Caio César Rocha e Rômulo Mariani, que gentilmente me enviaram seus trabalhos ainda não publicados para que eu pudesse agregar o resultado de suas substanciosas pesquisas ao meu estudo.

Agradeço imensamente, ainda, a meus companheiros de batalhas diárias, Prof. Gustavo Tepedino, Milena Oliva – que se disponibilizou a ler esse trabalho na íntegra e apontou diversos pontos em que ele poderia ser melhorado – e Vivianne Abílio, por tanta paciência e apoio a um doutorando aflito que, graças ao esforço redobrado de

vocês, pode se dedicar pelo tempo necessário para a reflexão, pesquisa e elaboração deste trabalho.

Por fim, um agradecimento muito especial para quem deu início a isso tudo, ao meu sonho, a acreditar que isso seria possível, meus pais, Conceição e Amadeu. Desde logo, também, peço desculpas pelo tempo que não pude estar presente em família, para que pudesse chegar a esse momento.

A todos, mais uma vez, meu muito obrigado!

Daqui a vinte anos você estará mais decepcionado pelas coisas que você não fez do que pelas coisas que você fez. Portanto livre-se das bolinas. Navegue longe dos portos seguros. Pegue os ventos da aventura em suas velas. Explore. Sonhe. Descubra.

*Mark Twain*

## RESUMO

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. 2014. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Assunto de extrema atualidade, a arbitragem de direitos coletivos vem sendo objeto de discussão em inúmeros países. Ostentando um dos mais desenvolvidos sistemas de tutela coletiva do mundo e apresentando-se como um dos países mais atuantes na arbitragem nos dias de hoje, o Brasil não pode fugir do debate. O que se propõe neste trabalho, portanto, é investigar a arbitragem de direitos coletivos no direito brasileiro. Por se tratar de assunto novo, o estudo deverá ser empreendido em algumas etapas fundamentais: apresentar o estado da arte sobre a matéria no mundo e também no Brasil; mapear todos os obstáculos que poderiam impedir o desenvolvimento da arbitragem de direitos coletivos no país; verificar as vantagens e inconvenientes da via arbitral para a tutela de direitos coletivos, delimitando, a partir desse exame, as matérias em que ela poderá ser utilizada; e, finalmente, estabelecer uma estruturação básica para o desenvolvimento da arbitragem de direitos coletivos. Como será demonstrado ao longo do presente estudo, a arbitragem coletiva ainda não se consolidou completamente sequer no país em que teve origem, nos Estados Unidos, não havendo elementos suficientes no direito comparado para a construção de um modelo brasileiro. Por outro lado, ao contrário do que se costuma dizer, nem todos os direitos coletivos podem ser considerados indisponíveis e não se exige, necessariamente, o consentimento expreso e individualizado para a celebração de convenção de arbitragem, o que abriria espaço para o procedimento arbitral coletivo, especialmente nos casos suscetíveis de litigiosidade repetitiva e que exijam elevado grau de especialização dos julgadores. Em regra, a arbitragem coletiva deverá ser deflagrada com base em um compromisso arbitral, sendo administrada por uma instituição de arbitragem. Deverá, ainda, ser estabelecido um sistema de prévio controle do procedimento, relativizando inclusive alguns aspectos do princípio da competência-competência, a fim de evitar abusos na escolha dos árbitros, na definição dos direitos coletivos passíveis de arbitragem e na eventual utilização de recursos públicos para financiar o procedimento arbitral. O regime jurídico da coisa julgada nas ações coletivas judiciais poderá ser adaptado para o ambiente arbitral. Por fim, no que concerne à fase de liquidação da sentença arbitral coletiva, esta deverá, em princípio, ser instaurada perante o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem. Ações coletivas. Direitos disponíveis. Convenção de arbitragem. Processo Civil.

## ABSTRACT

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitration of collective rights in Brazil: admissibility, purpose and structure*. 2014. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Matter of great actuality, arbitration of collective rights has been a subject of discussion in many countries. Having one of the most developed systems of collective protection of the world and presenting itself as one of the most active countries in arbitration today, Brazil can not avoid the debate. What is proposed in this paper, therefore, is to investigate the arbitration of collective rights under Brazilian law. Since it is a new subject, the study should be undertaken in a few key steps: presenting state of the art on the subject in the world and Brazil; mapping all the obstacles that could prevent the development of arbitration of collective rights in Brazil; verifying the advantages and disadvantages of arbitration for the protection of collective rights, delimiting, from this analysis, the areas in which it can be used; and finally establishing a basic structure for the development of arbitration of collective rights. As will be demonstrated throughout this study, collective arbitration is not yet completely consolidated even in the country from where it came, in the United States, and there are no sufficient subsidies in Comparative Law for the construction of a Brazilian model. Moreover, contrary to what is said, not all collective rights can be considered non-disposable and it is not always required the express and individualized consent for celebrating an arbitration agreement, which would give space for collective arbitration especially in cases susceptible of repetitive litigation and requiring high degree of specialization of judges. As a rule, collective arbitration should be triggered on the basis of an arbitration commitment, and be administered by an arbitral institution. A system of prior control of proceeding should also be established, relativizing even some aspects of the principle of competence-competence, in order to prevent abuses in the selection of arbitrators, in the definition of collective rights subject to arbitration and in the possible use of public resources to finance the arbitration proceeding. The legal status of *res judicata* in judicial class actions can be adapted to the arbitral environment. Finally, regarding the liquidation of collective arbitration award, it should, in principle, be brought before the judiciary.

Keywords: Arbitration. Class actions. Disposable rights. Arbitration agreement. Civil Procedure.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1	<b>AÇÕES COLETIVAS E ARBITRAGEM</b> .....	14
1.1	<b>Encontro de dois mundos</b> .....	14
1.2	<b>O estado da arte</b> .....	21
1.2.1	<u>Breve notícia sobre o tema em outros países</u> .....	22
1.2.1.1	Estados Unidos .....	22
1.2.1.2	Canadá .....	36
1.2.1.3	Espanha.....	40
1.2.1.4	Alemanha.....	44
1.2.1.5	Outras experiências.....	50
1.2.1.6	Síntese: ausência de elementos suficientes.....	55
1.2.2	<u>Torre de Babel: a doutrina brasileira sobre o tema</u> .....	57
1.2.3	<u>Primeira contradição: arbitragem coletiva trabalhista</u> .....	63
1.2.4	<u>Segunda contradição: propostas legislativas de arbitragem coletiva</u> .....	77
1.3	<b>Definindo o plano de voo</b> .....	79
2	<b>ADMISSIBILIDADE</b> .....	81
2.1	<b>Mapeando os obstáculos</b> .....	81
2.2	<b>Primeiro obstáculo: o mito da indisponibilidade</b> .....	83
2.2.1	<u>Estabelecendo um ponto de partida</u> .....	95
2.2.2	<u>Direitos individuais homogêneos são indisponíveis?</u> .....	98
2.2.3	<u>Direitos difusos e coletivos stricto sensu são indisponíveis?</u> .....	107
2.2.4	<u>Algumas palavras sobre o Termo de Ajustamento de Conduta</u> .....	114
2.2.5	<u>Superação do mito da indisponibilidade</u> .....	119
2.3	<b>Segundo obstáculo: vinculação à convenção de arbitragem</b> .....	125
2.3.1	<u>Desnecessidade do consentimento expreso</u> .....	126
2.3.2	<u>Desnecessidade do consentimento individualizado</u> .....	132
2.3.3	<u>Sistema de vinculação na arbitragem coletiva</u> .....	139
2.3.4	<u>Duas questões sobre os limites temporais da vinculação</u> .....	150
2.4	<b>Terceiro obstáculo: atuação do Ministério Público</b> .....	152

2.5	<b>Quarto obstáculo: confidencialidade</b> .....	155
2.6	<b>Quinto obstáculo: despesas processuais</b> .....	163
3	<b>FINALIDADE E ESTRUTURA</b> .....	170
3.1	<b>Arbitragem coletiva para quê?</b> .....	170
3.1.1	<u>Vantagens da arbitragem no âmbito individual</u> .....	170
3.1.2	<u>Celeridade x despesas processuais</u> .....	177
3.1.3	<u>Especialidade e flexibilidade na arbitragem coletiva</u> .....	183
3.1.4	<u>Separando o joio do trigo: exemplos de arbitragem coletiva</u> .....	190
3.2	<b>Arbitragem coletiva como?</b> .....	194
3.2.1	<u>Cláusula compromissória ou compromisso arbitral?</u> .....	195
3.2.2	<u>Arbitragem <i>ad hoc</i> ou institucional?</u> .....	197
3.2.3	<u>Controle prévio sobre a arbitragem</u> .....	201
3.2.4	<u>Quem é o legitimado a iniciar o procedimento?</u> .....	207
3.2.5	<u>Como obter o consentimento do réu?</u> .....	209
3.2.6	<u>Como escolher o árbitro?</u> .....	212
3.2.7	<u>Aspectos procedimentais específicos</u> .....	216
3.2.8	<u>Sistemas de vinculação e coisa julgada</u> .....	217
3.2.9	<u>Controle da sentença arbitral</u> .....	220
3.2.10	<u>Liquidação e execução da sentença arbitral</u> .....	227
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	232
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	253

## INTRODUÇÃO

Arbitragem e ações coletivas. Dois assuntos que, fugindo ao tradicional processo civil estatal e individual, continuam sempre atuais, muito embora sejam bastante antigos na história. A arbitragem surgiu antes mesmo da jurisdição estatal, na Antiguidade, em uma época em que o Estado ainda não havia se consolidado. As ações coletivas, por sua vez, apesar de terem sido percebidas como instrumento processual muitos séculos mais tarde, encontram seus primeiros registros na *actio popularis* do direito romano clássico e, mais amplamente, nas ações de grupo na Inglaterra medieval.<sup>1</sup>

Nasceram sem relação direta um com o outro, seguindo caminhos independentes. Até que, em determinado momento, a partir da década de 1980, nos Estados Unidos – país com extraordinário desenvolvimento no campo da tutela coletiva e um dos mais importantes no cenário da arbitragem –, essas estradas se cruzaram. Alguns potenciais demandados, temerosos de serem envolvidos nas famosas *class actions*, começaram a incluir nos contratos de adesão cláusulas compromissórias, a fim de retirar eventuais controvérsias do Poder Judiciário. Como a arbitragem sempre se desenvolveu de forma individual, acreditava-se que isso seria um obstáculo eficiente às ações coletivas.

O que não se esperava é que, nessa estratégia, estaria a origem de algo novo: a arbitragem coletiva. Ou, em outras palavras, a reprodução, no campo da arbitragem, de procedimentos semelhantes às *class actions* que tramitavam no Poder Judiciário. Esse foi apenas o início de um debate que perdura até hoje nos Estados Unidos, chegando até a Suprema Corte em algumas oportunidades. Seria a arbitragem coletiva viável? Em que situações? Quais as suas vantagens e inconvenientes?

Como uma nova criatura que saiu de controle, o tema ultrapassou as fronteiras e chegou a um país vizinho, no Canadá, principalmente a partir do início do século XXI, época em que a arbitragem coletiva já alcançava proeminência nacional na comunidade jurídica dos Estados Unidos. E não parece que a discussão vá parar por aí: ainda que de

---

<sup>1</sup> Sobre o ponto, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* romana às *class actions* norte-americanas. *Revista de Processo*, n. 188, out. 2010, p. 101 e ss.

forma incipiente, a doutrina começa a debater a possibilidade de que venham a surgir arbitragens coletivas em outros países, especialmente na Europa.<sup>2</sup>

Ostentando um dos mais desenvolvidos sistemas de tutela coletiva do mundo e apresentando-se, atualmente, como um dos países mais atuantes na arbitragem,<sup>3</sup> o Brasil não pode se furtar ao debate em destaque. Até o momento, porém, a doutrina nacional ainda não se deteve com a profundidade necessária na análise do tema, em que pese a existirem os mais variados posicionamentos na matéria, na maior parte resultantes da apreensão superficial do fascinante assunto em destaque.

O que se propõe neste trabalho, portanto, é investigar a arbitragem de direitos coletivos no direito brasileiro. Por se tratar de assunto novo, o estudo deverá ser empreendido em algumas grandes etapas: (i) apresentar o estado da arte sobre a matéria no mundo e também no Brasil; (ii) mapear todos os obstáculos que poderiam impedir o desenvolvimento da arbitragem de direitos coletivos no país – com destaque para a propalada indisponibilidade dos direitos coletivos e a suposta impossibilidade de o representante ajustar convenção de arbitragem que diga respeito à coletividade – e avaliar se eles podem ser superados e de que forma (admissibilidade); (iii) verificar as vantagens e inconvenientes da via arbitral para a tutela de direitos coletivos e, a partir desse exame, delimitar as matérias em que ela poderá ser utilizada (finalidade); (iv) estabelecer uma estruturação básica para o desenvolvimento da arbitragem de direitos coletivos, especificando de que maneira poderá ser deflagrada (cláusula compromissória ou compromisso); de que forma será administrada (arbitragem institucional ou *ad hoc*); quais os mecanismos de controle prévio do procedimento para que não se desnature em instrumento de abusos; quem seriam os legitimados para o procedimento arbitral; como seria possível obter o consentimento do réu para ingressar na arbitragem; como seria escolhido o árbitro que irá apreciar a controvérsia; qual o sistema de vinculação dos integrantes do grupo à decisão na arbitragem coletiva e o regime jurídico da coisa

---

<sup>2</sup> Exemplificativamente, v. NATER-BASS, Gabrielle. Class action arbitration: a new challenge? *ASA Bulletin*, v. 27, Dec. 2009, p. 671-690; STRONG, Stacie I. Collective arbitration under the DIS Supplementary Rules for corporate law disputes: a European form of class arbitration? *ASA Bulletin*, v. 29, 2011, p. 145-165 e, especialmente, BILLIET, Philippe (Ed.). *Class arbitration in the European Union*. Antwerpen: Maklu, 2013.

<sup>3</sup> Segundo as estatísticas disponibilizadas pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), uma das mais importantes instituições de arbitragem no mundo, o Brasil ficou em quarto lugar mundial, no ano de 2013, em número de partes envolvidas em procedimentos arbitrais por ela administrados, como se verifica em <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Articles/2014/ICC-Court-further-extends-worldwide-reach-in-2013/>, acesso em 27.8.2014.

julgada; quais os instrumentos de controle da sentença arbitral; e, finalmente, como serão deflagradas as fases de liquidação e execução da sentença arbitral (estrutura).

O trajeto que se propõe para o estudo da arbitragem de direitos coletivos no Brasil, como se pode perceber, corresponde exatamente ao subtítulo que denomina a presente tese: admissibilidade, finalidade e estrutura. Buscou-se desde o início, portanto, delimitar precisamente o objeto do estudo que será realizado.

Antes de prosseguir, cabe uma última advertência: seria relativamente simples sustentar, como já se sugeriu em doutrina,<sup>4</sup> que o direito brasileiro abandonasse o critério da disponibilidade para determinação dos direitos suscetíveis de arbitragem. A proposta que se apresenta, porém, é muito mais desafiadora: consiste em verificar, de *lege lata*, a admissibilidade da arbitragem coletiva, o que exige que seja enfrentada a premissa da indisponibilidade dos direitos coletivos. O aprofundamento em torno dessa questão – que não costuma ser abertamente discutida na doutrina – permitirá inclusive uma renovada reflexão sobre outros institutos da tutela coletiva, como é o caso do compromisso de ajustamento de conduta, cujo âmbito costuma ser restrito somente ao modo, tempo e prazo para cumprimento das obrigações.

É chegada a hora de começar a responder as perguntas aqui lançadas. A primeira etapa consiste na análise do que existe hoje em termos de arbitragem coletiva.

---

<sup>4</sup> V. RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas in LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 402-412.

# 1 AÇÕES COLETIVAS E ARBITRAGEM

## 1.1 Encontro de dois mundos

O ordenamento jurídico brasileiro vivenciou – assim como o de muitos outros países – importantes transformações na segunda metade do século XX. Discutir suas causas extrapolaria a proposta deste estudo, mas, sem dúvida nenhuma, podem nelas ser enquadradas tanto a consolidação da tutela coletiva, como da arbitragem.<sup>5</sup>

No Brasil, a tutela coletiva civil consolidou-se a partir da década de 80 do século passado. Embora já estivesse em vigor há algumas décadas a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), até aquele momento, a doutrina ainda não havia voltado suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua tutela em juízo. Além disso, devido ao espectro restritivo de abrangência da ação popular – voltada essencialmente a impedir a prática de atos administrativos lesivos ao patrimônio público<sup>6</sup> –, tal instrumento não seria capaz de tutelar os múltiplos interesses coletivos que floresceriam nas décadas seguintes, tais como questões envolvendo consumidores ou direito das minorias.

Os esforços e o ativismo da doutrina processualista a partir da década de 1970, aliados à redemocratização e ao fortalecimento dos novos direitos no Brasil na década seguinte, criaram as condições ideais para o desenvolvimento da tutela coletiva no país. Além disso, especialmente com a Constituição da República de 1988, foram atribuídas novas responsabilidades e poderes ao Ministério Público, como a proteção ambiental e ao patrimônio público, além das tradicionais persecução penal e defesa dos incapazes.

---

<sup>5</sup> Embora se trate de informação há muito conhecida e que não apresenta ares de novidade a essa altura, não por acaso a tutela coletiva e a arbitragem estão contempladas nas clássicas ondas de acesso à justiça. V. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 49-67 e 81-83.

<sup>6</sup> Art. 1º da Lei nº 4.715/1965: “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 (Constituição, art. 141, § 38), 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” (grifou-se).

Em síntese, o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil foi marcado por três grandes momentos: a aprovação da Lei da Ação Civil Pública em 1985, a promulgação da Constituição da República de 1988, e o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990.<sup>7</sup> Passados quase trinta anos desde a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, o direito brasileiro consolidou-se em posição de vanguarda na matéria e sua experiência chegou até a influenciar reformas em alguns países, como no México.<sup>8</sup>

Atualmente, após o insucesso de algumas propostas legislativas para aprimorar o sistema brasileiro de ações coletivas, encontra-se em discussão no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que encampa alguns dispositivos retirados de propostas anteriores (especialmente do Projeto de Lei nº 5.139/2009, da Câmara dos Deputados),<sup>9</sup> tais como novas regras sobre competência nas ações coletivas, criação dos Cadastros Nacionais de Processos Coletivos e de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta e a flexibilização procedimental. Além disso, o projeto prevê propostas interessantes, tais como regras específicas de arbitramento de honorários de advogado e de compensação financeira à associação autora, como forma de incentivar outros legitimados a buscarem a tutela coletiva.<sup>10</sup> Paralelamente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.484/2012, praticamente reproduzindo as disposições do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça daquela casa legislativa.

---

<sup>7</sup> Para uma exposição histórica mais detalhada do desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil a partir da segunda metade do século XX, v., entre inúmeros outros, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 513-516.

<sup>8</sup> Para GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – Exposição de Motivos in LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26-27, o direito brasileiro teria influenciado as legislações de diversos países, especialmente na América Latina, de forma indireta, passando sobretudo pelos princípios do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América. Parece melhor, porém, colocar em devida perspectiva o Código Modelo, cuja influência se verificou, na maioria dos casos, em âmbito estritamente acadêmico. Exceção pontual está no México, cuja reforma aprovada no ano de 2011, ao disciplinar as ações coletivas, consagrou, em larga medida, as mesmas categorias vigentes no direito brasileiro: ações difusas, coletivas em sentido estrito e individuais homogêneas (art. 581 do *Código Federal de Procedimientos Civiles* do México).

<sup>9</sup> Referido projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob os fundamentos de que, caso aprovado, ensejaria tratamento desigual entre as partes dos processos coletivos; conferiria poderes excessivos ao Ministério Público e à Defensoria Pública; ensejaria insegurança jurídica e estimularia o ajuizamento de ações coletivas temerárias. Contra tal deliberação, foi interposto recurso ao Plenário da Câmara em 24.3.2010, ainda não apreciado até a presente data.

<sup>10</sup> Para maiores informações sobre tais iniciativas legislativas em tema de ações coletivas no Brasil, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 526-534.

O fortalecimento da arbitragem no Brasil foi ainda mais recente. Muito embora se encontrem registros que remontam às Ordenações Filipinas (Livro III, Título XVI), tendo sido sempre prevista no ordenamento jurídico pátrio, inclusive na Constituição de 1824 (art. 160), no Regulamento nº 737/1850 (arts. 411 a 475), no Código Civil de 1916 (arts. 1.037 a 1.408) e nos Códigos de Processo Civil de 1939 (arts. 1.031 a 1.046) e de 1973 (arts. 1.072 a 1.102, na redação original),<sup>11</sup> a arbitragem era raramente utilizada.

Contribuía para tanto não apenas a clássica formação jurídica dos profissionais do Direito no Brasil, excessivamente vinculada ao litígio no foro,<sup>12</sup> mas também alguma deficiência na disciplina legislativa da arbitragem no país. Em primeiro lugar, não era assegurada a tutela específica da cláusula compromissória,<sup>13-14</sup> mediante a extinção de qualquer processo judicial instaurado com desprezo à resolução por arbitragem. Assim, caso alguma das partes insistisse em se dirigir ao Judiciário mesmo após ter celebrado a cláusula compromissória, tal infração contratual resolvia-se, no máximo, em perdas e danos, sem prejuízo do prosseguimento da demanda judicial.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Para um panorama histórico da arbitragem no Brasil, v. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32-33; FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 171-174 e MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150-156.

<sup>12</sup> Até hoje, de acordo com a Resolução nº 9/2004, do Conselho Nacional de Educação, que disciplina as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, o ensino da arbitragem e mediação não é obrigatório, embora algumas faculdades tenham incorporado tais matérias à sua grade curricular, ora como disciplina obrigatória, ora, mais frequentemente, como optativa. Sobre o tema, v. BOMFIM, Ana Paula Rocha do. A inserção da mediação e arbitragem no ensino jurídico *in* BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: Aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37-44.

<sup>13</sup> No direito brasileiro, a manifestação dos litigantes é formalizada através da *convenção de arbitragem*, que pode ser ajustada antes do surgimento de uma controvérsia, mediante *cláusula compromissória* (art. 4º da Lei nº 9.307/1996) ou após o aparecimento do conflito, celebrando-se então o *compromisso arbitral*, em sede judicial ou extrajudicial (art. 9º da Lei nº 9.307/1996). Até o advento da atual Lei de Arbitragem no Brasil (Lei nº 9.307/1996), considerava-se que apenas o compromisso arbitral impedia as partes de se dirigir ao Poder Judiciário, não se assegurando tutela específica à cláusula compromissória.

<sup>14</sup> Na realidade, a tutela específica, nesta fase do processo civil brasileiro, não era assegurada em diversas outras situações, para além da cláusula compromissória. Evidência disso é que o art. 461 do CPC somente foi alterado, no sentido de generalizar a tutela específica para as obrigações de fazer, em 1994. O mesmo se deu para as obrigações de dar coisa apenas em 2002 (art. 461-A do CPC). Para uma correlação crítica entre a tradicional ideologia do liberalismo clássico e de sua igualdade formal com a equiparação de todas as pretensões em juízo (envolvendo obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa) pelo metro da pecúnia, mediante generalizada conversão em perdas e danos, v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45-49.

<sup>15</sup> O art. 267, VII do CPC, em sua redação original, restringia a extinção do processo, sem apreciação do mérito, ao compromisso arbitral, não assegurando a mesma eficácia à cláusula compromissória. Em que pese a expressivo entendimento doutrinário anterior à Lei nº 9.307/1996 no sentido de reconhecer a tutela específica da cláusula compromissória (v., por exemplo, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo XV, p. 250, aduzindo que a cláusula compromissória é contrato de compromisso em que ainda não se determinou a demanda a ser decidida pelos árbitros), predominou largamente a tese contrária, não reconhecendo a extinção do

Não é preciso muito esforço para imaginar que, na prática, após instaurado o litígio entre as partes contratantes, desaparecia qualquer margem para cooperação, ainda que estritamente para fins de resolução da controvérsia, tornando-se inefetiva a cláusula compromissória e enfraquecendo sobremaneira a arbitragem no Brasil.

Como se isso não bastasse, ainda que a demanda chegasse a ser submetida aos árbitros, havia mais uma grave deficiência na disciplina do instituto. Exigia-se, após a decisão na arbitragem – designada como laudo arbitral –, que esta fosse homologada pelo Poder Judiciário.<sup>16</sup> A possibilidade de rediscussão da decisão arbitral em juízo, com todos os incidentes e recursos decorrentes, anulava várias vantagens que a solução por arbitragem poderia trazer, em especial a confidencialidade e a celeridade.

O advento da atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) representou uma guinada decisiva para o instituto. Duas alterações contribuíram em especial para o seu desenvolvimento no Brasil: a) previsão de tutela específica também para a cláusula compromissória, afastando a jurisdição estatal<sup>17</sup> e permitindo a instituição compulsória da arbitragem na hipótese de recalcitrância da parte contrária,<sup>18-19</sup> e; b) equiparação dos efeitos da decisão do árbitro (denominada de sentença arbitral) à sentença judicial, com força de título executivo judicial, independentemente de homologação pelo Judiciário,<sup>20</sup> ressalvadas tão somente as sentenças arbitrais estrangeiras.<sup>21-22</sup>

---

processo judicial pela simples circunstância de ter sido celebrada cláusula compromissória. V., entre outros, STF, RE 58.696, 3ª T., Rel. Min. Luiz Gallotti, julg. 2.6.1967.

<sup>16</sup> Art. 1.007 da redação original do CPC: “O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III)”.

<sup>17</sup> O afastamento da jurisdição estatal em relação à matéria para a qual as partes celebraram convenção de arbitragem constitui seu *efeito negativo*, contemplado na redação atual do art. 267, VII do CPC, que assegura a extinção do processo, sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem (gênero que abrange tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral).

<sup>18</sup> Tal decorre do *efeito positivo* da convenção de arbitragem, estando tal possibilidade contemplada no art. 7º da Lei nº 9.307/1996: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

<sup>19</sup> O legislador poderia ter seguido a tendência observada em outros países e abolido a distinção entre cláusula compromissória e convenção de arbitragem. Na Espanha, por exemplo, é disciplinado apenas o instituto do *convenio arbitral*, firmado antes ou após o surgimento de alguma controvérsia (art. 9º da Lei nº. 60/2003). Essa tendência tem se verificado nas novas leis promulgadas sobre arbitragem, como se vê, por exemplo, na Dinamarca (Seção 7 (1) da Lei nº 553/2005, disponibilizada em inglês na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 10, jul./set. 2006, p. 293/302), México (art. 1.416 do Código de Comércio do México, reformado em 2011) e Costa Rica (art. 7º da Lei nº 8.937/2011, que versa sobre arbitragem comercial internacional). No entanto, considerando as restrições impostas à arbitragem no Brasil na época em que foi promulgada a Lei nº 9.307/1996, optou-se pela cautela, mantendo-se tal classificação.

<sup>20</sup> Assim estabelece o art. 31 da Lei nº 9.307/1996, que nada mais é que uma versão atualizada do antigo art. 1.007 do CPC, abolindo-se a vetusta exigência de homologação pelo Judiciário: “A sentença arbitral

Como já era de se esperar, a constitucionalidade da atual Lei de Arbitragem foi questionada. O assunto foi objeto de consideração pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do pedido de Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206. Em sessão realizada no dia 12.12.2001, foi reconhecida a compatibilidade da Lei nº 9.307/1996 com a Constituição da República, vencidos em parte os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.<sup>23</sup>

Pouco após o referido julgamento, novo acontecimento contribuiu para que a arbitragem se desenvolvesse ainda mais no Brasil. Em 25.4.2002, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 52, através do qual aprovou a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Em seguida, o Presidente da República promulgou o Decreto nº 4.311, de 23.6.2002, de modo a concluir o procedimento de internalização da referida convenção.

Embora a Lei de Arbitragem já disciplinasse o procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras em seus arts. 34 a 40 e suas normas sejam, em larga medida, semelhantes às regras contidas na Convenção de Nova Iorque, a internalização da convenção foi considerada importante por representar um compromisso assumido pelo Brasil, no plano internacional, com o reconhecimento e a execução de sentenças

---

produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. V. tb. art. 18 da mesma lei: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (grifou-se).

<sup>21</sup> A exigência de homologação da sentença arbitral estrangeira tem fundamento constitucional (art. 105, I, alínea *i* da Constituição), segundo o qual qualquer sentença estrangeira (seja arbitral ou judicial), para que possa ter eficácia no Brasil, deve ser submetida à homologação (originalmente, pelo Supremo Tribunal Federal; hoje, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo Superior Tribunal de Justiça).

<sup>22</sup> Apesar disso, mesmo em relação às sentenças arbitrais estrangeiras houve avanços muito importantes. Em primeiro lugar, aboliu-se a necessidade de sua homologação no país de origem antes que pudesse ser submetida à homologação no Brasil (requisito da dupla homologação). Além disso, o art. 39, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996 afastou construção restritiva do Supremo Tribunal Federal, que impunha a prévia citação por carta rogatória de residentes no Brasil para que pudesse ser deferida a homologação (entre outros, STF, SE 4.077, Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, julg. 22.3.1991). Atualmente, admite-se que a forma de comunicação seja disciplinada pela convenção de arbitragem ou, subsidiariamente, pela lei processual do país em que ela se realizou, devendo-se verificar apenas se o requerido foi comunicado a respeito da instauração do procedimento arbitral e se teve a possibilidade de exercer adequadamente seu direito de ampla defesa. V., entre outros, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 479-480; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 401; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 150-151 e GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 160-162. No Superior Tribunal de Justiça, v. SEC 3.660, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 28.5.2009 e SEC 8.847, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 20.11.2013.

<sup>23</sup> V. STF, SE 5.206 AgR, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 12.12.2001. Quanto ao mérito do caso concreto – homologação da sentença arbitral estrangeira –, a decisão foi unânime.

arbitrais estrangeiras. Tratava-se de uma questão de segurança jurídica, especialmente do ponto de vista de investidores e empresas do exterior.<sup>24</sup> De todo modo, as normas da Convenção de Nova Iorque são plenamente compatíveis com o ordenamento jurídico nacional, até porque o art. 34 da Lei nº 9.307/1996 confere primazia às convenções ratificadas pelo Brasil sobre o disposto na legislação interna.<sup>25</sup>

Em síntese, portanto, a promulgação da Lei nº 9.307/1996, o reconhecimento da constitucionalidade de suas normas pelo Supremo Tribunal Federal e a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil consistiram nos três marcos fundamentais para o fortalecimento da arbitragem no país.

Papel importante também desempenhou a jurisprudência pátria, que recebeu positivamente as inovações introduzidas na matéria.<sup>26</sup> Além do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, destaque-se, a título ilustrativo, recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitindo que litígios envolvendo a Administração Pública ou empresas por ela controladas sejam resolvidos pela via arbitral;<sup>27</sup> decisões reconhecendo a arbitrabilidade de disputas concernentes a empresas em falência ou em recuperação judicial ou extrajudicial<sup>28</sup> e os

---

<sup>24</sup> V. SILVA-ROMERO, Eduardo. America Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, jan./abr. 2004, p. 90 (observando que, antes da ratificação da Convenção de Nova Iorque, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não determinava a realização de nenhuma arbitragem internacional no Brasil, salvo se assim estivesse disposto na convenção de arbitragem). V., entretanto, a visão crítica de MAGALHÃES, José Carlos de. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 18, jul./set. 2008, p. 24-41 (sustentando que a Convenção de Nova Iorque havia sido importante à época de sua elaboração, mas destacando que sua ratificação pelo Brasil, quase cinquenta anos depois, foi tardia e desnecessária, em face da promulgação da Lei nº 9.306/1997).

<sup>25</sup> Nesse sentido, estabelece o art. 34, *caput* da Lei nº 9.307/1996: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

<sup>26</sup> V. WALD, Arnoldo. Oito anos de jurisprudência sobre arbitragem, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3, set./dez. 2004, p. 113. Trata-se de fato já demonstrado empiricamente mediante pesquisa realizada em conjunto pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, segundo a qual, de 2001 a 2007, foram proferidas 678 decisões em matéria de arbitragem pelos tribunais estaduais, sendo que apenas 14 sentenças arbitrais foram invalidadas, em sua maior parte, por conterem vícios que justificavam tal providência, muitas vezes oriundas de instituições arbitrais despreparadas. O relatório da pesquisa pode ser consultado em [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br) (acessado em 5.1.2014).

<sup>27</sup> Nesse sentido, v. STJ, REsp 612.439, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.10.2005; AgRg no MS 11.308, 1ª S., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 28.6.2006; REsp 606.345, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.5.2007 e STJ, REsp 904.813, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20.10.2011.

<sup>28</sup> STJ, MC 14.295, Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão monocrática, julg. 9.6.2008; REsp 1.277.725, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.3.2013; TJSP, AI 9044554-23.2007.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julg. 25.6.2008 e EDcl 0349971-66.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, julg. 10.12.2009.

diversos julgados afirmando a desnecessidade de compromisso arbitral em face de cláusula compromissória “cheia”, ou seja, que possua todos os elementos necessários para a instauração da arbitragem.<sup>29</sup>

Recentemente, foi apresentada proposta legislativa destinada ao aperfeiçoamento da atual Lei de Arbitragem (Projeto de Lei nº 7.108/2014). Referida proposta, em linhas gerais, não altera a estrutura da Lei nº 9.307/1996, trazendo apenas alguns ajustes e consolidações à luz da experiência acumulada nas últimas décadas.

Eis algumas novidades contempladas no aludido projeto: (i) normas expressas sobre procedimentos arbitrais envolvendo matérias sensíveis, ou seja, cuja possibilidade de submissão à via arbitral é questionada, como casos envolvendo interesses da Administração Pública, litígios trabalhistas individuais e direitos do consumidor; (ii) previsão de que a instituição de arbitragem interrompe a prescrição, retroativamente à data do requerimento de sua instauração; (iii) previsão expressa da sentença arbitral parcial, contemplada em inúmeros regulamentos de instituições de arbitragem no Brasil e no exterior, permitindo que o árbitro fatie a apreciação do mérito, conforme haja ou não necessidade de dilação probatória ou de outras providências; (iv) disciplina da carta arbitral, instrumento processual semelhante à carta precatória e destinado ao Judiciário, para que o órgão judicial pratique ou determine o cumprimento de ato solicitado pelo árbitro, como condução de testemunhas ou apreensão de bens;<sup>30</sup> e (v) detalhamento da disciplina normativa da arbitragem envolvendo conflitos societários.

Ambos os institutos até aqui descritos – ações coletivas e arbitragem – estão hoje em fase de desenvolvimento semelhante no Brasil: consolidaram-se nas últimas décadas e vivenciam a perspectiva de reformas e aperfeiçoamentos. Destaque-se, porém, certa tendência (e reconhecida necessidade) de mudanças mais profundas no âmbito da tutela coletiva, que não logrou alcançar todos os objetivos a que se propôs, sobretudo em tema

---

<sup>29</sup> V., entre outros, STJ, SEC 1.210, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 20.6.2007; TJSP, AI 9018021-08.1999.8.26.0000, 5ª CDPri., Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, julg. 16.9.1999. A doutrina, como se sabe, distingue as cláusulas compromissórias “cheias”, que contêm todos os elementos indispensáveis para a instauração de arbitragem, especialmente em relação aos critérios de nomeação dos árbitros, das “vazias” ou “patológicas”, que não possuem esses elementos mínimos, seja porque redigidas de forma lacunosa, seja porque escritas de maneira defeituosa ou imperfeita. Sobre essa distinção, entre muitos outros, FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 262 e ss.

<sup>30</sup> Destaque-se que a previsão da carta arbitral já se encontra contemplada nas últimas versões do projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/2010, em fase final de tramitação no Congresso Nacional). O projeto de reforma da Lei de Arbitragem, portanto, busca manter compatibilidade com o projeto do novo Código de Processo Civil.

de direitos individuais homogêneos.<sup>31</sup> Não por acaso, as propostas legislativas em termos de ações coletivas variaram de um código inteiro sobre a matéria a uma nova Lei de Ação Civil Pública, ao passo que as modificações em debate para a arbitragem se resumem a alterações pontuais na legislação vigente.<sup>32</sup>

Essa evolução e o momento vivenciado pelas ações coletivas e arbitragem no Brasil são bem conhecidos. No entanto, os dois institutos possuem algo mais em comum, que não vem sendo objeto da devida atenção, sendo exatamente isso que se pretende examinar neste estudo. Poderia a arbitragem servir como mais um instrumento de tutela coletiva? Ou, formulando a mesma indagação de forma inversa, seriam os direitos e interesses coletivos suscetíveis de submissão à via arbitral?

Como será demonstrado, tais indagações não constituem somente um exercício acadêmico. Isso já está acontecendo lá fora e também aqui no Brasil, há muito mais tempo do que se poderia imaginar. Além disso, já se veiculou proposta legislativa sobre o tema, que tende a ampliar sua relevância nos próximos anos.

## 1.2 O estado da arte

Tema não abordado pela doutrina – às vezes, até mesmo evitado – a arbitragem de direitos coletivos (ou, simplesmente, arbitragem coletiva) tem se revelado, cada vez mais, uma realidade que não pode ser ignorada. Um encontro de dois mundos que, aparentemente, pouco tinham em comum em seu nascimento.

A existência da arbitragem coletiva já é incontestável em outros países, tendo sido abordada em diversos artigos doutrinários e até mesmo em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Canadá. Mais surpreendente do que isso é verificar que

---

<sup>31</sup> V. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 524-525: “De forma geral, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. Apesar do ajuizamento de várias ações coletivas, nenhuma foi capaz de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões. Apenas para ficar nos exemplos mais atuais, não custa lembrar a imensa quantidade de ações envolvendo os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, os pedidos de revisão de aposentadorias e as demandas questionando a cobrança de assinatura nas contas de telefone, entre muitas outras hipóteses”.

<sup>32</sup> Assim consta na justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, que deu origem ao Projeto de Lei nº 7.108/2014: “Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação do Brasil no cenário internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal”.

ela está contemplada aqui mesmo, na Constituição da República brasileira, ainda que de forma restrita aos dissídios trabalhistas (art. 114, §§ 1º e 2º). Haveria algo a mais a se descobrir por trás de todas essas evidências? É o que se passa a investigar.

### 1.2.1 Breve notícia sobre o tema em outros países

A arbitragem envolvendo direitos coletivos constitui um tema complexo e ainda muito pouco explorado, não apenas no Brasil, como no mundo inteiro. Seu surgimento na esfera cível ocorreu quase que por acaso nos Estados Unidos, sendo percebido na vida prática antes mesmo de entrar para os livros acadêmicos.

#### 1.2.1.1 Estados Unidos

A arbitragem coletiva no direito estadunidense (*classwide arbitration*) surgiu na esfera cível como um indesejado efeito colateral de manobras de grandes empresas para fugir da propositura de ações coletivas (*class actions*) de larga escala. O simples ajuizamento de uma ação coletiva nos Estados Unidos constitui um fato perturbador para muitas empresas, na medida em que tal acontecimento é capaz de arranhar a sua imagem no mercado,<sup>33</sup> além de gerar a perspectiva, na hipótese de procedência, de uma condenação que pode chegar a milhões ou mesmo a bilhões de dólares.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Nos Estados Unidos, ações coletivas envolvendo pretensões indenizatórias (*class actions for damages*) normalmente têm uma divulgação ainda maior que as ações civis públicas no Brasil em defesa de direitos individuais homogêneos, uma vez que, naquele país, a comunicação aos integrantes da coletividade é realizada através de diferentes formas, a depender do caso concreto, desde aquelas mais individualizadas (através de oficial de justiça, por correspondência com aviso de recebimento ou inclusão de informações sobre o processo coletivo nas faturas enviadas pelo réu aos membros do grupo) até modalidades mais difusas (como a divulgação através dos meios de comunicação em massa). No Brasil, a única forma de divulgação prevista consiste em uma burocrática publicação de edital no Diário Oficial, nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>34</sup> Recentemente, têm sido observados alguns casos no Brasil de ações coletivas multimilionárias, com cada vez maior frequência, o que é possivelmente resultado de relativo amadurecimento da matéria no país. Mesmo assim, como a liquidação e a execução de condenações genéricas em matéria de direitos individuais homogêneos ainda não atingiu a efetividade que delas se espera, há longo caminho a percorrer,

Não surpreende, assim, que existam relatos sobre a utilização de ações coletivas naquele país como um instrumento de “chantagem legalizada” (*legalized blackmail*)<sup>35</sup> por parte de determinados escritórios de advocacia, que financiam o ajuizamento de ações coletivas, algumas vezes com pretensões infundadas, com o escopo de pressionar os réus a celebrarem acordos que lhes garantam generosos honorários, arbitrados na forma de um percentual sobre o valor global devido à coletividade.

Como o direito estadunidense é extremamente liberal em relação a arbitragens sobre direitos do consumidor e em contratos de adesão em geral,<sup>36</sup> a partir dos anos 80 do século XX, algumas grandes empresas, em deliberada tentativa de escapar das temidas ações coletivas, começaram a incluir cláusulas arbitrais em seus contratos. A manobra imaginada de início era simples: em caso de ajuizamento de qualquer *class action* no Poder Judiciário norte-americano, seria alegada a sua inadmissibilidade pela empresa demandada, uma vez que a convenção de arbitragem serviria como escudo, impedindo que a matéria viesse a ser submetida ao Judiciário.<sup>37</sup>

Embora a estratégia tenha funcionado em alguns casos, em que os consumidores foram encaminhados à via arbitral,<sup>38</sup> estruturada de forma basicamente individual, não

---

em contraste com a experiência norte-americana. No dia em que isso acontecer, é bastante provável que alguns dos problemas reportados nos Estados Unidos venham a surgir também no Brasil.

<sup>35</sup> A referência às ações coletivas como um instrumento de chantagem legalizada pode ser encontrada, por exemplo, em HANDLER, Milton. The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits, *Columbia Law Review*, v. 71, 1971, p. 9 e em POLLOCK, Earl. Class actions reconsidered: theory and practice under amended Rule 23, *The Business Lawyer (ABA)*, v. 28, 1973, p. 749-750.

<sup>36</sup> V. STERNLIGHT, Jean R. As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive? *William & Mary Law Review*, v. 42, Oct. 2000, p. 55-56; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 266 (apontando que mesmo cláusulas arbitrais escritas em letras pequenas ou sem qualquer destaque costumam ser validadas pelos tribunais). Apesar disso, já existe projeto de lei no Congresso dos Estados Unidos que poderá impor severas restrições em arbitragens sobre direitos do consumidor (*Arbitration Fairness Act*). Sobre o histórico desse projeto, as pressões políticas existentes e as possíveis repercussões em caso de aprovação, v. COLE, Sarah Rudolph. On babies and bathwater: the Arbitration Fairness Act and the Supreme Court's recent arbitration jurisprudence. *Houston Law Review*, v. 48, Fall 2011, p. 457-506. Esse projeto de lei norte-americano também já foi objeto de estudo na doutrina brasileira: SANTOS, Maurício Gomm; SMITH, Quinn. A possível alteração do cenário arbitral nos Estados Unidos e seus efeitos na arbitragem internacional in PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 417-437.

<sup>37</sup> Essa manobra é confessada sem qualquer pudor, por exemplo, em DUNHAM, Edward Wood. The arbitration clause as a class action shield. *The Franchise Law Journal*, v. 16, p. 141-142, Spring 1997. Observe-se o título do referido texto: “A cláusula arbitral como um escudo contra ações coletivas”. V. tb. STERNLIGHT, Jean R.; JENSEN, Elizabeth J. Using arbitration to eliminate consumer class actions: efficient business practice or unconscionable abuse? *Law & Contemporary Problems*, v. 67, Winter/Spring 2004, p. 75-103 (considerando reprovável esta estratégia e sustentando que o Congresso deveria legislar sobre o assunto para impedir tais manobras).

<sup>38</sup> V., por exemplo, os casos *Champ v. Siegel Trading Co.*, 55 F.3d 269 (7<sup>th</sup> Cir. 1995); *Stein v. Geonenco, Inc.*, 17 P.3d 1266 (Wash. App. 2001).

demorou muito até que os escritórios de advocacia interessados no ajuizamento de ações coletivas vislumbassem um ousado contra-ataque. Como não havia na legislação e nem nos contratos celebrados qualquer proibição específica contra a certificação<sup>39</sup> de ações coletivas também na arbitragem, por que não tentar?

A questão ganhou contornos inesperados nos Estados Unidos. O ordenamento jurídico norte-americano, em larga medida, é pouco regulamentado em determinadas áreas porque confia na possibilidade de ajuizamento de ações coletivas para servir como freio às condutas ilícitas dos agentes do mercado (*deterrence*). Acredita essencialmente nas próprias partes litigantes para que reclamem em juízo interesses de ordem pública ou que digam respeito à coletividade (*private attorney general*), liberando o Estado do dever de instituir e manter agências governamentais para este fim.<sup>40</sup>

Nesse peculiar e equilibrado jogo de forças, o banimento das ações coletivas por meio de convenções de arbitragem traria prejuízos não apenas aos membros do grupo interessado, mas para toda a sociedade norte-americana. Tornou-se evidente que muitos dos afetados pela conduta imputada ao demandado não iriam a juízo reclamar em um processo individual, seja no Poder Judiciário ou junto a um tribunal arbitral, dada a falta de informações ou o reduzido valor das pretensões isoladamente consideradas.

O Poder Judiciário norte-americano poderia ter privilegiado os fins específicos da tutela coletiva, considerando inválidas convenções de arbitragem que tivessem a finalidade de inibir o ajuizamento de *class actions*. Havia o receio, porém, de que uma excessiva intervenção judicial pudesse também trazer consequências indesejadas para o desenvolvimento da arbitragem naquele país. Algumas decisões das justiças estaduais a

---

<sup>39</sup> A certificação, em síntese, consiste na decisão que considera admissível o processamento de uma ação coletiva no direito estadunidense. Antes da decisão de certificação, o processo não produz ainda os efeitos de uma ação coletiva. Somente a partir desse ponto, admitido o processamento coletivo, que as decisões de mérito atingirão a todos os integrantes da coletividade.

<sup>40</sup> V. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 99-101 e COFFEE JR., John C. Understanding the plaintiff's attorney: the implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions. *Columbia Law Review*, v. 86, 1986, p. 669. A primeira vez que se tem notícia da utilização da expressão *private attorney general* nos Estados Unidos foi no acórdão do caso *Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694 (2d Cir. 1943), de onde se extrai a seguinte passagem: "Instead of designating the Attorney General, or some other public officer, to bring such proceedings, Congress can constitutionally enact a statute conferring on any non-official person, or on a designated group of non-official persons, authority to bring a suit to prevent action by an officer in violation of his statutory powers; for then, in like manner, there is an actual controversy, and there is nothing constitutionally prohibiting Congress from empowering any person, official or not, to institute a proceeding involving such a controversy, even if the sole purpose is to vindicate the public interest. Such persons, so authorized, are, so to speak, private Attorney Generals".

partir do início dos anos 80 do século passado, assim, preferiram adotar uma solução de compromisso, buscando preservar simultaneamente os propósitos da tutela coletiva e da arbitragem. Permitiu-se, através da arbitragem coletiva, que os interesses de todo um grupo fossem perseguidos em um procedimento arbitral.<sup>41</sup>

Durante as décadas de 1980 e 1990, porém, acreditava-se ainda que a arbitragem coletiva fosse como uma espécie de “criatura mítica”: metade arbitragem, metade ação coletiva e raramente vista na prática, eis que relegada a apenas algumas cortes estaduais norte-americanas que a admitiam, especialmente na Califórnia.<sup>42</sup>

O assunto ganhou proeminência nacional em 2003, por ocasião do julgamento do caso *Bazzle* pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Entendeu-se que, existindo convenção de arbitragem, incumbe aos árbitros (não aos juízes) decidirem se a cláusula permite o processamento coletivo das pretensões.<sup>43</sup> Prevaleceu a concepção, já arraigada entre os especialistas em arbitragem, de que incumbe aos árbitros decidirem sobre sua própria competência (princípio da competência-competência).<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> O primeiro caso conhecido em que se admitiu uma arbitragem coletiva foi apreciado na Califórnia, em *Keating v. Superior Court*, 31 Cal.3d 584 (Cal. 1982). Outras decisões se seguiram, como se vê, também na Califórnia, em *Izzi v. Mesquite Country Club*, 186 Cal.App.3d 1309 (Cal. Ct. App. 1986), *Lewis v. Prudential Bache Securities, Inc.*, 179 Cal.App.3d 935 (Cal. 1986) e *Blue Cross of California v. Superior Court*, 67 Cal.App.4th 42 (Cal. 1998), e na Pensilvânia, em *Dickler v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 596 A.2d 860 (Pa. Super 1991). A justificativa para estes casos terem surgido principalmente na Califórnia é que, nos termos do § 1281.3 do *California Code of Civil Procedure*, o Judiciário local possui poderes para determinar a consolidação de procedimentos arbitrais conexos mesmo sem o consenso de todas as partes, possibilidade não contemplada pelo *Federal Arbitration Act* em âmbito federal. Aludida norma começou a ser utilizada na justiça da Califórnia para fundamentar a certificação coletiva pelo Judiciário, que decidiria todos os aspectos referentes à tutela coletiva (adequada representação, notificação do grupo e eventual aprovação de acordo coletivo), remetendo ao árbitro apenas a apreciação do mérito. Como será visto, tal prática se alterou após a decisão da Suprema Corte no caso *Bazzle* (2003). Sobre a evolução da arbitragem coletiva na Califórnia, CHERNICK, Richard. *Class-wide arbitration in California in Multiple party actions in international arbitration*. New York: Oxford University, 2009, p. 338-339.

<sup>42</sup> V. NATER-BASS, Gabrielle. *Class action arbitration...*, cit., p. 688.

<sup>43</sup> V. *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 453 (2003): “It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question. Given these considerations, along with the arbitration contracts’ sweeping language concerning the scope of the questions committed to arbitration, this matter of contract interpretation should be for the arbitrator, not the courts, to decide”.

<sup>44</sup> Este princípio também foi consagrado na legislação brasileira, como se verifica no art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996: “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”. Conforme adverte a doutrina, embora consagrada a denominação, que tem origem na terminologia alemã *Kompetenz-Kompetenz*, quando considerada no âmbito da arbitragem, não se trata propriamente de questão atinente à competência do árbitro, mas sim à sua jurisdição. Para ter uma parcela de jurisdição, o árbitro necessita estar amparado na convenção de arbitragem. Sem ela, o árbitro sequer pode se intitular como tal, não passando de um particular. Nesse sentido, MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem...*, cit., p. 136; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem – Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, abr./jun. 2006, p. 282, nota 13; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São

A Suprema Corte não se pronunciou, no entanto, sobre relevante questão, qual seja, se tal procedimento de arbitragem coletiva seria admitido pelo *Federal Arbitration Act* (FAA)<sup>45</sup> ou se prejudicaria a garantia do devido processo legal com relação aos membros do grupo que não participaram do processo arbitral.<sup>46</sup> Além disso, a Suprema Corte também não enfrentou a hipótese em que a própria convenção proibisse uma arbitragem na forma coletiva, abrindo as portas para mais uma manobra evasiva das grandes empresas e deixando de resolver considerável divergência existente à época nos tribunais inferiores estadunidenses sobre a questão.<sup>47</sup>

Pouco após a decisão da Suprema Corte em *Bazze*, que indiretamente abriu as portas para a arbitragem coletiva,<sup>48</sup> importantes instituições de arbitragem nos Estados Unidos editaram regulamentos específicos para discipliná-la, possivelmente interessadas em assegurar sua participação nesse novo mercado.

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110-111. O princípio tem sua origem no direito público alemão, em conotação que pouco tem a ver com a que ganhou na arbitragem, especialmente a partir dos estudos de Georg Jellinek, no sentido de explicitar uma das características da soberania, segundo a qual o Estado tem a exclusiva capacidade de se autodeterminar e de se autolimitar. Um Estado federal, por exemplo, embora divida suas competências entre entes locais e central, não se desnatura porque é ele mesmo que delimita tal repartição. Apenas o Estado, portanto, tem competência para estabelecer suas próprias competências, advindo daí a denominação *Kompetenz-Kompetenz*. Entre outros, GRIMM, Dieter. Was the German Empire a sovereign state? in TORP, Cornelius; MÜLLER, Sven Oliver (Eds.). *Imperial Germany revisited*. New York, Oxford: Berghahn Books, 2013, p. 60-62; ORFIELD, Lester B. *The amending of the Federal Constitution*. Chicago: Callaghan & Co., 1942, p. 155. Referido princípio é conhecido, ainda, no processo civil, no âmbito judicial. Na jurisdição estatal, o juiz é o primeiro julgador de sua competência. Por esta razão, eventual preliminar de incompetência absoluta ou exceção de incompetência relativa deve ser apreciada, em primeiro lugar, pelo próprio órgão judiciário cuja competência é objeto de discussão. V. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

<sup>45</sup> O *Federal Arbitration Act* é uma lei federal editada em 1925 e que regula o procedimento arbitral de forma não exaustiva, sendo complementado, em determinados aspectos, pelas legislações estaduais.

<sup>46</sup> Para uma visão crítica do caráter lacônico da decisão da Suprema Corte em *Bazze*, entre outros, v. KILBY, Greg. Leaving a stone unturned – The unanswered question from *Green Tree Financial Corp. v. Bazze*: does the Federal Arbitration Act permit class wide arbitration? *University of Miami Law Review*, v. 59, Apr. 2005, p. 413-433.

<sup>47</sup> Em alguns julgados, entendeu-se que também a possibilidade de proibição da certificação coletiva na via arbitral deveria ser resolvida pelos árbitros, como em *Bob Schultz Motors, Inc. v. Kawasaki Motors Corp.*, 334 F.3d 721 (8<sup>th</sup> Cir. 2003) e *Hawkins v. Aid Ass'n for Lutherans*, 338 F.3d 801 (7<sup>th</sup> Cir. 2003). Em outros casos, decidiu-se pela invalidez dessa proibição, como em *Laster v. AT&T Mobility*, 584 F.3d 849 (9<sup>th</sup> Cir. 2009); *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F.Supp.2d 1165 (N.D. Cal. 2002); *ACORN v. Household Int'l, Inc.*, 211 F.Supp.2d 1160 (N.D. Cal. 2002) e *Lozada v. Dale Baker Oldsmobile, Inc.*, 91 F.Supp.2d 1087 (W.D. Mich. 2000). Finalmente, houve também muitos julgados em que se decidiu desde logo pela validade dessa proibição, como em *Randolph v. Green Tree Financial Corp. Alabama*, 244 F.3d 814 (11<sup>th</sup> Cir. 2001); *Lomax v. Woodmen of the World Life Ins. Soc'y*, 228 F.Supp.2d 1360 (N.D. Ga. 2002) e *Lozano v. AT&T Wireless*, 216 F.Supp.2d 1071 (C.D. Cal. 2002).

<sup>48</sup> V., por exemplo, *Shroyer v. New Cingular Wireless Services, Inc.*, 498 F.3d 976,992 (9<sup>th</sup> Cir. 2007): "...we read *Green Tree Financial Corp. v. Bazze*, 539 U.S. 444, 123 S.Ct. 2402, 156 L.Ed.2d 414 (2003), as an implicit endorsement by a majority of the Court of class arbitration procedures as consistent with the Federal Arbitration Act".

Ainda em 2003, a *American Arbitration Association* (AAA), a mais tradicional instituição arbitral norte-americana, fundada no início do século XX, publicou seu regulamento sobre arbitragens coletivas.<sup>49</sup> Devido ao ineditismo e à complexidade do assunto, pareceu mais prudente orientar-se pela Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), que disciplina as ações coletivas no âmbito da Justiça Federal norte-americana. Referidas regras são aplicáveis tanto aos procedimentos arbitrais coletivos iniciados diretamente na AAA como às ações coletivas encaminhadas à arbitragem por decisão do Poder Judiciário norte-americano.

Diante da necessidade de resguardar os interesses de todo o grupo interessado, mesmo dos membros que não atuarem formalmente no processo, de maneira a não ter seus procedimentos questionados no Judiciário, o regulamento da AAA optou pela cautela. Permitiu-se, assim, maior interferência judicial que a tradicionalmente admitida nos procedimentos individuais, em que tal intervenção se limita a garantir a instauração da arbitragem e a verificar eventual invalidade da decisão final do árbitro.

Requerida a instauração de uma arbitragem na forma coletiva, deve o árbitro, em primeiro lugar, avaliar se a convenção de arbitragem permite, em tese, a certificação de uma arbitragem coletiva ou se as partes afastaram tal hipótese, mediante uma decisão denominada *clause construction award*.<sup>50</sup> Após, deverá o procedimento permanecer suspenso pelo prazo de trinta dias, período em que qualquer das partes poderá se dirigir ao Poder Judiciário para pleitear a revisão dessa decisão (Regra 3). Essa é a primeira intervenção judicial que o regulamento da AAA assegura na arbitragem coletiva e que não encontra paralelo no âmbito do procedimento arbitral individual.

Ultrapassado esse prazo e no caso de juízo positivo de admissibilidade para a arbitragem coletiva, deverá o árbitro promover um segundo exame, que diz respeito ao preenchimento, no caso concreto, dos requisitos para a certificação coletiva, nitidamente inspirados na Regra 23 das FRCP: (i) impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*); (ii) existência de questões comuns de fato ou de direito (*commonality*); (iii) tipicidade das pretensões do representante do grupo (*typicality*) e (iv) representatividade adequada,

---

<sup>49</sup> V. *AAA Supplementary Rules for Class Arbitration*, em <http://www.adr.org> (acessado em 6 de janeiro de 2014).

<sup>50</sup> Essa foi precisamente a controvérsia submetida à Suprema Corte no caso *Bazze*, em que se decidiu que incumbe ao árbitro apreciar tal questão.

tanto do representante quanto do advogado do grupo (*adequacy of representation*).<sup>51</sup> Além disso, a Regra 4 do regulamento da AAA estabelece um requisito adicional, qual seja, a similaridade das convenções de arbitragem celebradas por cada um dos membros do grupo, de maneira a viabilizar seu processamento coletivo.

Após ser proferida essa segunda decisão, denominada *class determination award*, deve mais uma vez o procedimento ser suspenso por trinta dias, aguardando-se que qualquer das partes pleiteie sua revisão junto ao Poder Judiciário (Regra 5). Encerrado o prazo e no caso de certificação positiva, a arbitragem coletiva poderá então prosseguir, com a notificação do grupo (Regra 6), a realização de diligências probatórias pendentes e a decisão do árbitro sobre o mérito do litígio (Regra 7). Após a fase de certificação, eventual desistência ou acordo na arbitragem coletiva deverá ser submetido à aprovação do árbitro (Regra 8), em procedimento similar ao estabelecido para a desistência e os acordos nas ações coletivas certificadas no Judiciário dos Estados Unidos.

Ao contrário das arbitragens individuais, esse procedimento coletivizado deve proporcionar ampla publicidade de suas decisões, notadamente aos membros do grupo. Em razão disso, o regulamento da AAA dispõe que a presunção de confidencialidade e sigilo dos procedimentos individuais não se aplica às arbitragens coletivas (Regra 9). Além disso, a instituição mantém uma página na internet (*Class Arbitration Docket*)<sup>52</sup> com as principais informações de todas as arbitragens coletivas por ela administradas, em especial (i) cópia do requerimento de arbitragem; (ii) identidade das partes; (iii) nomes e endereços dos advogados; (iv) lista com todas as decisões proferidas pelo árbitro no caso; e (v) data, hora e lugar das audiências designadas.

No ano de 2005, foi a vez de a *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) editar seu regulamento,<sup>53</sup> também inspirado na estrutura da Regra 23 das FRCP, mas se diferenciando das regras da AAA em variados aspectos, sobretudo na fase inicial do procedimento arbitral.

O regulamento da JAMS não obriga que o árbitro profira duas decisões escalonadas de interpretação da cláusula arbitral e de certificação coletiva, como prevê

---

<sup>51</sup> Para uma ampla exposição desses requisitos da Regra 23 das FRCP e de sua evolução na jurisprudência norte-americana, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 109 e ss.

<sup>52</sup> Referida página pode ser consultada em [www.adr.org](http://www.adr.org) (Services >> Dispute Resolution Services >> Class Arbitration Docket), acesso em 28 de janeiro de 2014.

<sup>53</sup> *JAMS Class Action Procedures*, em <http://www.jamsadr.com/rules-class-action-procedures/> (acessado em 6 de janeiro de 2014).

o regulamento da AAA. Também não impõe a suspensão do procedimento arbitral em nenhuma dessas hipóteses. Ainda assim, caso o árbitro opte por examinar tais questões de forma escalonada, não há impedimento a que as partes se dirijam ao Judiciário para pleitear eventual revisão de forma imediata, muito embora o regulamento não discipline o assunto explicitamente. Por derradeiro, as normas da JAMS não contemplam qualquer disposição acerca da publicidade do procedimento arbitral coletivo, aplicando-se a regra geral de confidencialidade na arbitragem individual.<sup>54</sup>

Em que pese aos regulamentos editados, a situação ainda está muito longe de uma solução satisfatória nos Estados Unidos. Não se sabe ao certo qual o papel a ser desempenhado pelo Judiciário, pelo árbitro e pelos representantes do grupo, de maneira a preservar os interesses de toda a coletividade.<sup>55</sup>

A experiência norte-americana evidencia, pelo menos, quatro sistemas possíveis de divisão de trabalho entre o Poder Judiciário e os árbitros: (i) *modelo híbrido*, no qual todos os aspectos atinentes ao juízo de admissibilidade da certificação coletiva e à notificação dos membros da coletividade permaneceriam com o juiz, a quem incumbiria continuar supervisionando a proteção dos interesses do grupo, cabendo ao árbitro tão somente o julgamento do mérito,<sup>56</sup> já descartado pela decisão da Suprema Corte no caso *Bazzle*;<sup>57</sup> (ii) *modelo de revisão imediata*, contemplado de forma explícita pelo regulamento da AAA, em que deve o árbitro analisar o requerimento de certificação coletiva, assegurando-se, porém, sua revisão imediata pelo Poder Judiciário;<sup>58</sup> (iii) *modelo de revisão postergada*, em que incumbe ao árbitro apreciar a admissibilidade da

---

<sup>54</sup> Para uma exposição mais ampla das diferenças entre os regulamentos da AAA e da JAMS, v. DORE, Michael. Arbitrating complex litigation. *New Jersey Law Journal*, n. 187, Feb. 19, 2007, p. 582.

<sup>55</sup> V. WESTON, Maureen A.. Universes Colliding: the constitutional implications of Arbitral Class Actions. *William & Mary Law Review*, v. 47, 2006, p. 1723.

<sup>56</sup> Esse foi o modelo cogitado, por exemplo, pela Suprema Corte da Califórnia no julgamento do caso *Keating v. Superior Court*, 31 Cal. 3d 584, 613 (Cal. 1982), uma das primeiras decisões em que se referiu à arbitragem coletiva. A mesma sistemática foi admitida pela justiça da Carolina do Sul em *Bazzle v. Green Tree Financial Corp.*, 569 S.E.2d 349, 360 (S.C. 2002), em decisão que acabou reformada pela Suprema Corte no precedente *Bazzle*, já referido, no qual se decidiu que incumbe também ao árbitro apreciar sua competência. Alguns autores defendiam esse modelo, preocupando-se com os interesses da coletividade. Nesse sentido, v. STERNLIGHT, Jean R. As mandatory binding arbitration..., cit., p. 111.

<sup>57</sup> No mesmo sentido do texto, v. BUCKNER, Carole J. Toward a pure arbitral paradigm of classwide arbitration: arbitral power and federal preemption. *Denver University Law Review*, v. 82, 2004, p. 353-357 (destacando que a decisão em *Bazzle* afastou a viabilidade de um modelo híbrido, que também não seria permitido pelo *Federal Arbitration Act*). Decisões mais recentes da justiça da Califórnia igualmente têm reconhecido a superação desse modelo, como se vê em *Garcia v. DIRECTV, Inc.*, 11 Cal.App.4th 297 (Cal. 2004) e *Yuen v. Superior Court*, 121 Cal.App.4th 1133 (Cal. 2004).

<sup>58</sup> Nesse sentido, por exemplo, v. NOTE. Classwide arbitration and 10B-5 claims in the wake of *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*. *Cornell Law Review*, v. 74, 1989, p. 401-405.

arbitragem coletiva, assegurando-se a revisão, pelo Judiciário, da decisão que deferir a certificação somente após o encerramento do processo arbitral,<sup>59</sup> e; (iv) *modelo arbitral puro*, em que não incumbe ao Judiciário rever a certificação coletiva, sendo possível a anulação da decisão do árbitro apenas nas estritas hipóteses estabelecidas no *Federal Arbitration Act*, tal como ocorre em qualquer arbitragem individual.<sup>60</sup>

Com exceção da primeira alternativa, que parece ter sido superada pela evolução doutrinária e jurisprudencial ainda tímida em termos de arbitragem coletiva nos Estados Unidos, não se consolidou a forma de divisão de trabalho mais adequada. Além disso, a experiência da AAA e da JAMS em arbitragens coletivas não tem sido consistente, tendo em vista que, apesar do número considerável de procedimentos instaurados, é bastante raro que cheguem a uma decisão litigiosa sobre o mérito.

Em pesquisa realizada pelo autor do presente estudo ao *Class Arbitration Docket* mantido pela AAA, que reúne as principais informações sobre arbitragens coletivas administradas pela referida instituição, constavam 352 procedimentos arbitrais coletivos em janeiro de 2014, sendo que apenas 49 encontravam-se pendentes. Para uma melhor visualização dos assuntos sobre os quais versam as arbitragens coletivas na AAA, atente-se para o seguinte quadro ilustrativo:

	<b>PROCEDIMENTOS INSTAURADOS</b>	<b>PROCEDIMENTOS PENDENTES</b>
Empresarial	93	8
Construção civil	25	2
Trabalhista	109	29
Outras categorias	125	10
<b>TOTAL</b>	<b>352</b>	<b>49</b>

<sup>59</sup> Defendendo esse modelo, entre outros, NOTE. Class arbitration: efficient adjudication or procedural quagmire?, *Virginia Law Review*, v. 67, May 1981, p. 813-814; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 275-276 e BANKLEY, Kristen M. Class actions behind closed doors? How consumer claims can (and should) be resolved by class action arbitration. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 20, 2005, p. 483-485.

<sup>60</sup> Esse modelo é sustentado, por exemplo, por BUCKNER, Carole J. Due process in class arbitration, *Florida Law Review*, v. 58, 2006, p. 255-259.

Na maior parte dos casos, ou a arbitragem coletivizada não chega a ser admitida ou a controvérsia se resolve por desistência ou acordo, sem que seja necessário deflagrar as fases processuais mais complexas e controvertidas, que poderiam oferecer subsídios mais consistentes acerca do modelo adequado. Dos registros da AAA constavam 134 decisões sobre a interpretação da convenção de arbitragem (*clause construction award*) e 55 decisões de certificação coletiva (*class certification award*). Quanto ao mérito (*merits award*), constavam referências a apenas cinco decisões, sendo somente uma delas a decisão final (improcedência),<sup>61</sup> que se somam a mais duas decisões liminares (*interim award*)<sup>62</sup> e a duas sentenças parciais (*partial final award*).<sup>63</sup>

Em relação à JAMS, não se tem conhecimento de nenhuma estatística divulgada e, em que pese às tentativas do autor do presente estudo de obter acesso a tais dados, referida instituição negou-se a prestar qualquer informação sob a justificativa de que seus procedimentos arbitrais, mesmo os coletivos, são confidenciais. Ainda assim, não se tem notícia de nenhum caso de arbitragem coletiva administrado pela JAMS com decisão de mérito que tenha chegado a ser discutido no Judiciário.<sup>64</sup>

O resultado dessa prática incipiente é que não apenas ainda não se tem definida a melhor divisão de trabalho entre árbitro e juiz nestas situações, como não há qualquer precedente sobre questões importantes, tais como os requisitos fundamentais da notificação a ser enviada no curso do procedimento arbitral aos membros ausentes do grupo;<sup>65</sup> quem deve arcar com os custos dessa notificação e os parâmetros a serem observados para a fixação dos honorários dos advogados do grupo e dos árbitros.

---

<sup>61</sup> V. *Herbert Kirsh et al. v. Finova Group, Inc.*, Final Award (AAA 2009).

<sup>62</sup> V. *Cole v. Long John Silver's*, Partial Interim Award (AAA 2010), reconhecendo que o demandado realizou descontos indevidos na remuneração de seus empregados no período de dezembro de 1998 a janeiro de 2002, e *Murdock v. Thomas*, Interim Merits Award (AAA 2011), determinando aos representantes do grupo que especificassem o valor da indenização devida e os serviços prestados pelos advogados para arbitramento dos honorários destes, bem como indicassem o valor da remuneração que pretendiam pela sua atuação em benefício da coletividade.

<sup>63</sup> V. *Jones v. Amerix*, Partial Final Award (AAA 2013), revogando a certificação quanto a alguns dos pedidos formulados e reconhecendo a prescrição quanto a outros, mas mantendo a certificação coletiva em relação aos remanescentes, e *Lear v. Neil Jones Food Co.*, Partial Final Class II Award (AAA 2013), julgando improcedentes alguns dos pedidos e determinado o prosseguimento do feito quanto aos demais.

<sup>64</sup> Segundo CHERNICK, Richard. *Class-wide arbitration in California...*, cit., p. 347, até a época em que foi escrito seu texto, apenas três casos administrados pela JAMS alcançaram a fase de certificação. Em um deles, não houve qualquer impugnação das partes e foi proferida uma decisão final de mérito, a qual não foi questionada junto ao Poder Judiciário, nem divulgada. O segundo caso foi certificado, mas as partes ainda discutiam a melhor forma de notificar o grupo. No terceiro, foi negada a certificação coletiva, prosseguindo a arbitragem de forma individual.

<sup>65</sup> No regulamento da AAA, por exemplo, há previsão de que a notificação contenha, além de outros requisitos encontrados na Regra 23 das FRCP, a identificação do árbitro nomeado e dados biográficos a

A maior parte dos precedentes conhecidos em tema de arbitragem coletiva diz respeito à sua admissibilidade, ou seja, à extensão da convenção arbitral – se as partes ajustaram a possibilidade de processamento coletivo – e à presença dos requisitos para a certificação. Mas nem mesmo em relação a essas questões se pode encontrar orientação muito segura, na medida em que não se sabe até que ponto o Judiciário pode rever tais determinações dos árbitros.

Há dúvidas, nesse sentido, se deve prevalecer a política que fundamenta o FAA, concebido para as arbitragens individuais, segundo a qual a revisão pelo Judiciário pode ocorrer somente em situações muito específicas,<sup>66</sup> ou se a intervenção judicial pode se realizar em limites mais amplos, de maneira a melhor resguardar os interesses do grupo, podendo os juízes reexaminar se estão presentes no caso concreto os requisitos para a certificação coletiva em toda a sua extensão.<sup>67</sup>

Além disso, quatro recentes decisões da Suprema Corte daquele país podem vir a representar novas incertezas para a arbitragem coletiva. No caso *Stolt-Nielsen*, em que os árbitros consideraram-se competentes para o processamento de uma arbitragem na forma coletiva, mesmo não havendo previsão expressa nesse sentido na convenção de arbitragem, decidiu a Suprema Corte que teria havido violação ao FAA. Os árbitros não poderiam decidir com base em seus próprios juízos de conveniência, devendo-se ater à interpretação do contrato para definir se as partes teriam consentido com a arbitragem coletivizada das pretensões em discussão. E não poderiam chegar à conclusão de que a arbitragem coletiva foi admitida no absoluto silêncio do contrato – circunstância fática

---

seu respeito (Regra 9 (b)(7)). Idêntica disposição se encontra da Regra 4 (7) do regulamento da JAMS. Caso a notificação não contenha tal informação, haverá violação ao devido processo legal? Estariam os membros do grupo autorizados a suscitar eventual impedimento ou suspeição do árbitro ou a suscitar tais matérias no Judiciário?

<sup>66</sup> De acordo com o FAA (9 U.S.C. § 10 (a)), a sentença arbitral somente pode ser invalidada com base em quatro fundamentos: (i) decisão proferida mediante corrupção, fraude ou meios indevidos; (ii) evidente parcialidade ou corrupção do árbitro; (iii) má conduta do árbitro em recusar-se a adiar a audiência, mesmo após relevante fundamento demonstrado, ou em recusar-se a permitir a produção de provas ou qualquer outro mau comportamento que tenha prejudicado os direitos de qualquer das partes; e (iv) atuação do árbitro excedendo seus poderes ou realizada de forma tão imperfeita que não se alcançou uma decisão final e definitiva sobre a matéria que lhe foi submetida.

<sup>67</sup> A jurisprudência norte-americana tem considerado, embora ainda não de forma muito clara, que apenas em situações excepcionais deve revisar a determinação do árbitro, mesmo nas arbitragens coletivas. V., nesse sentido, *Sutter v. Oxford Health Plans*, 227 Fed.Appx. 135 (3d Cir. 2007) e *Long John Silver's Restaurant v. Cole*, 409 F.Supp.2d 682 (D.S.C. 2006). V. tb., na doutrina, TUCHMANN, Eric P. The administration of class action arbitrations in *Multiple party actions...*, cit., p. 332-334.

com a qual as partes concordavam – e sem qualquer outra evidência.<sup>68</sup> Ao que parece, tal decisão fortaleceu a posição daqueles que defendem o *modelo de revisão imediata* da decisão dos árbitros pelo Judiciário, de questionável efetividade.

Em abril de 2011, mais uma vez a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou o tema da arbitragem coletiva. Por ocasião do julgamento do caso *Concepcion*, decidiu-se, pelo apertado placar de cinco votos a quatro, não ser possível considerar inválidas, de forma abstrata e genérica, disposições inseridas nas convenções de arbitragem que afastassem a certificação na forma coletiva. Segundo o entendimento que prevaleceu, o FAA impõe que tais convenções sejam cumpridas na forma contratada pelas partes, afastando a aplicação de eventual norma estadual restritiva.<sup>69</sup> A Suprema Corte destacou, ademais, que a certificação coletiva traz maior complexidade à arbitragem, que se torna demorada, dispendiosa e gera grande risco ao demandado, não sendo possível impor-lhe que se submeta a tal procedimento arbitral contra a sua vontade.<sup>70</sup>

Tal entendimento foi reafirmado pela Suprema Corte no caso *Amex*, julgado em junho de 2013. Em demanda instaurada entre estabelecimento comercial e conhecida administradora de cartão de crédito, cujo contrato contemplava convenção arbitral, com renúncia ao processamento coletivo das demandas, considerou-se que nem mesmo o interesse público envolvido em leis antitruste norte-americanas poderia invalidar o estipulado entre as partes, por não existir ressalva legislativa nesse sentido, nem nas leis

---

<sup>68</sup> V. *Stolt-Nielsen v. Animal Feeds Int'l Corp.*, 559 U.S. \_\_\_ (2010): “It follows that a party may not be compelled under the FAA to submit to class arbitration unless there is a contractual basis for concluding that the party agreed to do so. Here, the arbitration panel imposed class arbitration despite the parties’ stipulation that they had reached “no agreement” on that issue. The panel’s conclusion is fundamentally at war with the foundational FAA principle that arbitration is a matter of consent. (...) But an implicit agreement to authorize class action arbitration is not a term that the arbitrator may infer solely from the fact of an agreement to arbitrate. The differences between simple bilateral and complex class action arbitration are too great for such a presumption”.

<sup>69</sup> V. *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. \_\_\_ (2011): “When state law prohibits outright the arbitration of a particular type of claim, the FAA displaces the conflicting rule. But the inquiry is more complex when a generally applicable doctrine is alleged to have been applied in a fashion that disfavors or interferes with arbitration. Although §2’s saving clause preserves generally applicable contract defenses, it does not suggest an intent to preserve state-law rules that stand as an obstacle to the accomplishment of the FAA’s objectives. (...) The FAA’s overarching purpose is to ensure the enforcement of arbitration agreements according to their terms so as to facilitate informal, streamlined proceedings. Parties may agree to limit the issues subject to arbitration...”.

<sup>70</sup> V. *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. \_\_\_ (2011): “The switch from bilateral to class arbitration sacrifices arbitration’s informality and makes the process slower, more costly, and more likely to generate procedural morass than final judgment. And class arbitration greatly increases risks to defendants. The absence of multilayered review makes it more likely that errors will go uncorrected. That risk of error may become unacceptable when damages allegedly owed to thousands of claimants are aggregated and decided at once. Arbitration is poorly suited to these higher stakes”.

de direito material invocadas, nem no FAA.<sup>71</sup> Sequer a alegação apresentada pelo estabelecimento comercial de que seria economicamente inviável veicular sua demanda em uma arbitragem individual justificaria desconsiderar a cláusula compromissória e a renúncia à certificação coletiva.<sup>72</sup>

Por outro lado, no mesmo mês, a Suprema Corte julgou o caso *Oxford Health Plans*, que envolvia um médico e um plano de saúde. O autor pretendia a certificação de uma ação coletiva em benefício dos médicos de Nova Jérsei que celebraram contrato com o plano de saúde, sob o fundamento de que este pagava a menor os honorários médicos ajustados. Tendo em vista que o contrato continha convenção de arbitragem, após insucesso perante o Judiciário e encaminhamento do caso ao árbitro, insistiu-se na certificação coletiva. O árbitro considerou que a cláusula celebrada, embora de forma não expressa, contemplava o processamento coletivo. O plano de saúde se dirigiu ao Poder Judiciário para impugnar tal decisão. Para tanto, valeu-se do precedente firmado pela Suprema Corte em *Stolt-Nielsen*, segundo o qual a arbitragem coletiva não poderia ser admitida no silêncio do contrato firmado entre as partes.

A Suprema Corte, entretanto, manteve a decisão das instâncias ordinárias, que haviam confirmado a determinação do árbitro. Considerou-se por unanimidade que, ao contrário do que alegava o recorrente, tendo as partes concordado que incumbia ao árbitro interpretar a convenção,<sup>73</sup> o Poder Judiciário não poderia rever o mérito de suas decisões – ainda que, eventualmente, não coincidisse com o entendimento do juiz<sup>74</sup> –

---

<sup>71</sup> V. *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 570 U.S. \_\_\_ (2013): “Respondents argue that requiring them to litigate their claims individually – as they contracted to do – would contravene the policies of the antitrust laws. But the antitrust laws do not guarantee an affordable procedural path to the vindication of every claim. (...) The antitrust laws do not ‘vinc[e] an intention to preclude a waiver’ of class-action procedure”. Não se pode deixar de notar que é natural que as leis antitruste e o FAA não contemplem qualquer ressalva, vez que a arbitragem coletiva surgiu recentemente na esfera cível.

<sup>72</sup> V. *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 570 U.S. \_\_\_ (2013): “Italian Colors voluntarily entered into a contract containing a bilateral arbitration provision. It cannot now escape its obligations merely because the claim it wishes to bring might be economically infeasible”.

<sup>73</sup> A Suprema Corte ressaltou expressamente em nota de rodapé que a decisão poderia ser diferente, caso tivessem as partes controvertido também sobre esse ponto, de modo que o precedente pode trazer pouco impacto na prática. V. *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U.S. \_\_\_ (2013): “We would face a different issue if Oxford had argued below that the availability of class arbitration is a so-called ‘question of arbitrability.’ Those questions – which ‘include certain gateway matters, such as whether parties have a valid arbitration agreement at all or whether a concededly binding arbitration clause applies to a certain type of controversy’ – are presumptively for courts to decide. (...) A court may therefore review an arbitrator’s determination of such a matter *de novo* absent ‘clear[] and unmistakabl[e]’ evidence that the parties wanted an arbitrator to resolve the dispute”.

<sup>74</sup> V. *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U.S. \_\_\_ (2013): “Because the parties ‘bargained for the arbitrator’s construction of their agreement,’ an arbitral decision ‘even arguably construing or applying the contract’ must stand, regardless of a court’s view of its (de)merits”.

e que o precedente em *Stolt-Nielsen* era inaplicável, porque havia ali uma circunstância peculiar: as partes tinham concordado que o contrato silenciava sobre a admissibilidade da arbitragem coletiva, ao contrário do que ocorria aqui, em que o plano de saúde e o médico controvertiam sobre a interpretação da convenção arbitral.<sup>75</sup>

Embora ainda seja cedo para definir as consequências dessas decisões,<sup>76</sup> que, na prática, acabaram por cancelar a manobra de algumas grandes empresas para fugir das ações coletivas, não parece que o futuro da arbitragem coletiva nos Estados Unidos seja dos mais auspiciosos. Pelo que se verifica dos casos examinados, a Suprema Corte não se tem mostrado sensível à necessidade de promover a tutela coletiva nos contratos de adesão, reinando a insegurança jurídica na matéria.

Ao que parece, apenas nos casos em que a convenção permitir de forma expressa a arbitragem coletiva é que será, sem sombra de dúvidas, admitido seu processamento.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> V. *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U.S. \_\_\_ (2013): “But Oxford misreads *Stolt-Nielsen*: We overturned the arbitral decision there because it lacked any contractual basis for ordering class procedures, not because it lacked, in Oxford’s terminology, a ‘sufficient’ one. The parties in *Stolt-Nielsen* had entered into an unusual stipulation that they had never reached an agreement on class arbitration. (...) The contrast with this case is stark. In *Stolt-Nielsen*, the arbitrators did not construe the parties’ contract, and did not identify any agreement authorizing class proceedings. So in setting aside the arbitrators’ decision, we found not that they had misinterpreted the contract, but that they had abandoned their interpretive role. Here, the arbitrator did construe the contract (focusing, per usual, on its language), and did find an agreement to permit class arbitration”.

<sup>76</sup> Há quem considere, por exemplo, que a decisão proferida em *Stolt-Nielsen* deva ser interpretada de forma restritiva, visto que o caso se instaurou entre duas empresas habituadas a contratar no mercado, não já consumidores ou pessoas físicas em geral, normalmente envolvidos em contratos de adesão. Além disso, como a Suprema Corte apenas concluiu que os árbitros não poderiam decidir pela admissibilidade da arbitragem coletiva no absoluto silêncio do contrato, ainda está em aberto saber sob quais condições (além da rara hipótese de permissão expressa na convenção de arbitragem) seria permitido certificar uma arbitragem na forma coletiva. Sobre o ponto, v. STRONG, Stacie I. From class to collective: the de-americanization of class arbitration. *Arbitration International*, v. 26, 2010, p. 494, nota 3.

<sup>77</sup> Há certa divergência na doutrina norte-americana sobre a leitura mais apropriada para o precedente da Suprema Corte em *Stolt-Nielsen*. Houve quem defendesse que apenas no caso de permissão expressa seria possível a certificação de arbitragem coletiva, como se verifica, entre outros, em COLE, Sarah Rudolph. *Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds – Major victory for business*. *ADR Prof Blog* (Apr. 27, 2010), disponível em [www.indisputably.org/?p=1268](http://www.indisputably.org/?p=1268); STERNLIGHT, Jean R. Sternlight on *Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds*. *ADR Prof Blog* (Apr. 29, 2010), em [www.indisputably.org/?p=1287](http://www.indisputably.org/?p=1287) (ambos acessados em 6.1.2014); BORN, Gary; SALAS, Claudio. United States Supreme Court and class arbitration: a tragedy of errors. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2012, 2012, p. 33-35. Na jurisprudência, v. *In re Am. Express Merchs. Litig.*, 667 F.3d 204, 219 (2d. Cir. 2012) Todavia, parte da doutrina tem defendido que o consentimento das partes em submeter futuras controvérsias à arbitragem coletiva ainda pode ser demonstrado por seu comportamento, de forma implícita, assim como já ocorre frequentemente nas arbitragens multipartes individuais e na extensão da cláusula arbitral a grupos empresariais. Nesse sentido, v. STRONG, Stacie I. Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada compared. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, v. 37, 2012, p. 946-947; STRONG, Stacie I. *Class, mass and collective arbitration in national and international law*. New York: Oxford, 2013, p. 187-188; DRAHOZAL, Christopher R.; RUTLEDGE, Peter B. Contract and procedure. *Marquette Law Review*, v. 94, 2011, p. 1145-1148. Esse é o entendimento dominante na jurisprudência estadunidense, como se vê em *Reed v. Florida Metro. Univ., Inc.*, 681 F.3d 630, 639 (5<sup>th</sup> Cir. 2012);

Trata-se, entretanto, de hipótese raríssima, já que, em regra, as pretensões suscetíveis de coletivização, como tem sido normalmente observado nos Estados Unidos, decorrerão de contrato de adesão cujas cláusulas serão redigidas pelo fornecedor de produtos ou prestador de serviços, que, na maioria dos casos, terá interesse de impedir a certificação de toda e qualquer ação coletiva, seja judicial ou na arbitragem.

É possível, inclusive, que tais decisões da Suprema Corte venham a acelerar o andamento, no Congresso norte-americano, do *Arbitration Fairness Act*, que consiste em um projeto de lei que pretende impor severas restrições à arbitragem em matéria de direito do consumidor e de relações trabalhistas.<sup>78</sup> Em caso de aprovação desse projeto, os Estados Unidos se aproximariam da legislação de muitos outros países que também restringem a arbitrabilidade desse tipo de controvérsias,<sup>79</sup> tornando ainda mais restritas as possibilidades de instauração de arbitragem coletiva.

#### 1.2.1.2 Canadá

Pelo histórico até aqui traçado, poderia parecer que a arbitragem coletiva não passa de idiossincrasia norte-americana, originada a partir de algumas deficiências na legislação daquele país e de manobras das grandes empresas para escapar das ações coletivas.<sup>80</sup> Entretanto, tal instituto é discutido também em outros países.

A influência norte-americana logo se fez sentir no Canadá. Nesse sentido, um tribunal situado na província de Ontário, no ano de 2002, antes mesmo dos precedentes relatados na Suprema Corte dos Estados Unidos, já teve a oportunidade de considerar

---

*Fantastic Sams Franchise Corp. v. FSRO Assoc. Ltd.*, 683 F.3d 18,22 (2d. Cir. 2012); *Sutter v. Oxford Health Plans LLC*, 675 F.3d 215, 222 (3d. Cir. 2012) e *Jock v. Sterling Jewelers Inc.*, 646 F.3d 113, 121 (2d. Cir. 2011). Para uma visão panorâmica das discussões a respeito da extensão da cláusula compromissória aos grupos de sociedades, v. item 2.3.2, *infra*.

<sup>78</sup> Defendendo a aprovação urgente do *Arbitration Fairness Act* logo após a decisão da Suprema Corte em *Stolt-Nielsen*, entre outros, GOODRICH, Nicolas, Dispensing injustice: Stolt-Nielsen and its implications, *Journal of Dispute Resolution*, v. 2011, 2011, p. 207-208.

<sup>79</sup> No Brasil, por exemplo, o art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor prevê que eventual cláusula compromissória nos contratos de consumo vinculará apenas o fornecedor, mas não o consumidor, que poderá optar por ingressar pela via judicial. No âmbito dos dissídios individuais do trabalho, entende-se majoritariamente também pela inadmissibilidade de sua submissão à arbitragem (v. item 1.2.3 *infra*).

<sup>80</sup> V., caracterizando a arbitragem coletiva como “*uniquely American device*”, a decisão proferida em *Harvard College v. JSC Surgutneftegaz*, 2007 WL 3019234 (S.D.N.Y. 2007).

válida uma convenção de arbitragem que continha renúncia ao processamento coletivo de demandas, em circunstâncias bem semelhantes aos precedentes que protagonizaram o desenvolvimento da arbitragem coletiva no direito norte-americano.<sup>81</sup>

Em 2005, mais uma vez envolvendo a situação de contratos de adesão, o tribunal de apelações de Québec considerou inválida a convenção de arbitragem arguida como defesa em uma ação coletiva, porque os consumidores não teriam sido devidamente informados sobre a sua existência. Esta decisão, entretanto, foi reformada pela Suprema Corte do Canadá em 2007, para afastar a certificação coletiva do processo e encaminhar as pretensões individuais do representante do grupo à arbitragem.<sup>82-83</sup>

Nos dois casos em questão, ainda que não se tenha deflagrado uma arbitragem coletiva, até porque não se tem conhecimento de instituições no Canadá que tenham editado regulamentos similares aos da AAA e da JAMS, também não se decidiu pela sua incompatibilidade com a legislação canadense, permanecendo a questão em aberto, de forma semelhante ao que ocorreu nos Estados Unidos após o julgamento do caso *Bazzle*. Aliás, pelo menos um autor já sustentou que a arbitragem coletiva deve ser

---

<sup>81</sup> V. *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 2002 CanLII 49415 (ON SC), disponível em <http://canlii.ca/t/1w1c2> e acessado em 6.1.2014. Pouco após a decisão proferida pela Suprema Corte em *Kanitz*, porém, a província de Ontário reformou a lei local (*Consumer Protection Act* – chapter 30, section 8 (1)) para tornar sem efeito qualquer renúncia do consumidor ao ajuizamento de ações coletivas em contratos de consumo.

<sup>82</sup> V. *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 SCR 801 (Can.), disponível em <http://canlii.ca/t/1s2f2> e acessado em 6.1.2014: “Although the class action is of public interest, it is a procedure, and its purpose is not to create a new right. The mere fact that D decided to bring the matter before the courts by means of a class action rather than an individual action does not affect the admissibility of his action. An argument based on the class action being of public order cannot therefore be advanced to prevent the court hearing the action from referring the parties to arbitration. Since the facts triggering the application of the arbitration clause occurred before the coming into force of s. 11.1 of the Consumer Protection Act, which prohibits any stipulation that obliges a consumer to refer a dispute to arbitration, that provision does not apply to the facts of this case”. Tal entendimento foi reiterado pela Suprema Corte canadense em *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 SCR 921, disponível em <http://canlii.ca/t/1s2f4> e acessado em 29.1.2014.

<sup>83</sup> Como narrado ao longo dessa decisão, o poder legislativo em Québec também alterou seu *Consumer Protection Act* em 2006 (chapter P-40.1, section 11.1) para proibir a renúncia ao ajuizamento de ações coletivas e a imposição de convenção de arbitragem, pelo fornecedor, nos contratos de consumo. Contudo, outras províncias não alteraram suas leis nesse sentido e a decisão da Suprema Corte canadense em *Dell* foi bastante criticada, sobretudo por setores da doutrina e entidades de proteção aos consumidores, como se vê em artigo de Jacob Ziegel, professor da Universidade de Toronto, no *Financial Post* de 9.8.2007, disponível em <http://www.financialpost.com/story.html?id=81511a9c-8c02-4f3b-a0c2-0651b10e3d96>. Do texto, extrai-se a seguinte crítica: “Of course, the object of an arbitration clause may be to avoid class claims altogether and to be able to pick off those plaintiffs, one at a time, that have the deep pockets and the perseverance to pursue individual claims. It is precisely this mischief that class action legislation was designed to reverse and that regrettably the members of the Supreme Court failed firmly to keep in mind in addressing the technical issues before them”. V. tb. MCGILL, Shelley. *Consumer Arbitration and Class Actions: The Impact of Dell Computer Corp. v Union des Consommateurs*. *Canadian Business Law Journal*, v. 45, Dec. 2007, p. 334-355.

admitida no Canadá, sob o fundamento de que tal iniciativa abriria as portas para um instrumento mais eficiente de tutela coletiva de âmbito internacional.<sup>84</sup>

Como se pode imaginar, há ainda muita incerteza sobre o assunto, como consta de relatório da Comissão de Reformas Legislativas de Manitoba, órgão público ligado ao governo daquela província canadense, que concluiu que a previsão de arbitragem coletiva em sua legislação local não seria prudente naquele momento. Recomendou-se a mesma solução adotada em Québec e Ontário: restringir convenções de arbitragem e cláusulas de renúncia às ações coletivas no âmbito dos contratos de consumo.<sup>85</sup>

No ano de 2011, houve mais um importante precedente sobre as arbitragens coletivas, com o julgamento, pela Suprema Corte daquele país, do caso *Seidel*.<sup>86</sup> Na hipótese, contratos de adesão de prestação de serviços de telefonia celular continham cláusula arbitral, com expressa renúncia à instauração de ações coletivas, em situação fática que se assemelhava ao caso enfrentado pela Suprema Corte norte-americana em *Concepcion*. Havia, contudo, um dado diferente do precedente julgado nos Estados Unidos e que conduziria a solução totalmente diversa: a legislação da província da Colúmbia Britânica, de onde se originou o caso em tela.

Após reconhecer que incumbia ao legislador local disciplinar as questões em controvérsia e analisar as normas da província da Colúmbia Britânica, a Suprema Corte canadense concluiu, por apertada maioria – cinco votos a quatro –, que alguns dos pedidos formulados pela autora deveriam ser apreciados pelo Poder Judiciário, em que pese à convenção de arbitragem, na medida em que a legislação local vedava qualquer renúncia a direitos do consumidor.<sup>87</sup> Afastou-se, ainda, a aplicação dos precedentes da

---

<sup>84</sup> V. CASEY, J. Brian, Commentary: class action arbitration should be available, *The Lawyers Weekly*, n. 25, p. 44 (Mar. 31, 2006).

<sup>85</sup> V. MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Mandatory arbitration clauses and consumer class proceedings*, Winnipeg: 2008, relatório disponível em [http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/115-full\\_report.pdf](http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/115-full_report.pdf), acessado em 6 de janeiro de 2014, de onde se extrai a seguinte passagem (página 37): “The Commission is of the view that Manitoba legislation should be amended to prevent mandatory arbitration clauses in consumer agreements from precluding court actions, and that any amendment should expressly protect consumers’ rights to commence or become members of class proceedings, despite any consumer agreement to the contrary”.

<sup>86</sup> V. *Seidel v. Telus Communications, Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531 (Can.), disponível em <http://canlii.ca/t/fkkkj>, acessado em 6.1.2014.

<sup>87</sup> V. *Seidel v. Telus Communications, Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531 (Can.): “In summary, s. 172 offers remedies different in scope and quality from those available from an arbitrator and constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration. Unlike Quebec and Ontario, which have decided to ban arbitration of consumer claims altogether, or Alberta, which subjects consumer arbitration clauses to ministerial approval, the B.C. legislature sought to ensure only that certain claims proceed to the court system, leaving others to be resolved according to the agreement of the parties”.

Suprema Corte em *Dell e Rogers*, sob o fundamento de que, naqueles casos, a legislação local vigente à época era omissa, razão pela qual deveria ser rigorosamente observada a convenção de arbitragem.<sup>88</sup> Quanto à renúncia contratual à instauração de demandas coletivas, considerou-se que, nos termos específicos ajustados, tal disposição estava umbilicalmente vinculada à convenção arbitral, de maneira que, sendo esta inválida, restaria também sem efeito a renúncia à certificação coletiva.<sup>89</sup>

O fato é que no Canadá, em um grau de insegurança jurídica ainda maior que nos Estados Unidos, não estão bem definidos nem o âmbito de cabimento da arbitragem coletiva – valendo destacar que o precedente formado no caso *Seidel* foi construído com base na interpretação da legislação local e do contrato celebrado no caso concreto, não podendo ser ampliado indiscriminadamente –, nem a divisão de trabalho entre Poder Judiciário, árbitros e representantes da coletividade. Além disso, não há instituições de arbitragem no Canadá que tenham editado regulamentos sobre o assunto e não se tem definido sequer o procedimento a ser observado nesse caso.

Naturalmente, por mais fortes razões, não se tem conhecimento de precedentes no Poder Judiciário canadense sobre questões importantes em uma arbitragem coletiva, tais como competência – juiz ou árbitro? – ou critérios para a certificação coletiva; requisitos de notificação do grupo; sistema de vinculação dos membros da coletividade que não participarem formalmente do procedimento arbitral; regime da coisa julgada e procedimento para a aprovação de acordos.

Ao que parece, também no Canadá não há grandes perspectivas para, a curto ou a médio prazo, a arbitragem coletiva se desenvolver, não apenas em razão de todas as indefinições apontadas, mas também porque, desde o seu nascimento, o instituto esteve relacionado a tentativas de litigantes repetitivos destinadas a inviabilizar a tutela coletiva, o que atraiu a oposição de diversos grupos de defesa do consumidor e até mesmo de alguns setores do Poder Judiciário. Não por acaso, duas das mais populosas e

---

<sup>88</sup> V. *Seidel v. Telus Communications, Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531 (Can.): “In *Dell* and its companion case *Rogers Wireless*, our Court rejected an attempt by consumers to pursue class actions in Quebec in disputes arising out of product supply contracts in the face of arbitration clauses. The outcome turned on the terms of the Quebec legislation. (...) The intricacies of the Civil Code of Québec are far removed from the issue in British Columbia. The Quebec legislation at the time contained no provision similar to s. 172 of the BPCPA directing specific statutory claims to a specific forum”.

<sup>89</sup> V. *Seidel v. Telus Communications, Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531 (Can.): “The TELUS clause is structured internally to make the class action waiver dependent on the arbitration provision. The wording makes it clear that it is only by virtue of their agreement to arbitrate that consumers bar themselves from a class action”.

importantes províncias canadenses (Ontário e Québec) adotaram legislação restritiva às arbitragens envolvendo contratos de consumo.<sup>90</sup>

Poderia a arbitragem, para além das experiências norte-americana e canadense, funcionar como um eficiente instrumento de tutela coletiva?

### 1.2.1.3 Espanha

O ordenamento jurídico espanhol apresenta referência, em sede legislativa, à arbitragem coletiva, especificamente em matéria de consumo. Nos termos do art. 56 e seguintes do Real Decreto nº 231/2008, que regula o Sistema Arbitral de Consumo, admite-se a arbitragem coletiva para resolução de demandas consumeristas de decorram de uma base fática comum.<sup>91</sup> Tal procedimento arbitral coletivizado é deflagrado por iniciativa do presidente de uma Junta Arbitral de Consumo local ou nacional ou, ainda, a requerimento de associações de consumidores representativas da matéria posta em discussão.<sup>92</sup>

O potencial demandado é intimado, em sequência, para manifestar concordância ou não com o procedimento coletivizado.<sup>93</sup> Ao contrário dos modelos estadunidense e

---

<sup>90</sup> Além disso, as províncias canadenses que adotaram legislação parcialmente protetiva (Alberta, cujo *Fair Trading Act* de 2000 (chapter F-2, section 16) condiciona as convenções de arbitragem à aprovação ministerial, e Colúmbia Britânica, segundo o precedente da Suprema Corte do Canadá no caso *Seidel*) vêm logo depois de Ontário e Québec em número de habitantes.

<sup>91</sup> Art. 56 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos”. Em Portugal, há um sistema arbitral de consumo similar ao espanhol, mas que não será examinado por não contemplar previsão análoga acerca da arbitragem coletiva. Para uma visão geral do sistema arbitral de consumo português, v. FROTA, Mario. Arbitraje de consumo en el derecho portugués in DE LA ROSA, Fernando Esteban; PARDO, Guillermo Orozco. *Mediación y arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 307-338.

<sup>92</sup> Art. 58.1 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial”.

<sup>93</sup> Art. 58.2 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la Junta Arbitral de Consumo requerirá a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados. Si las empresas o profesionales no aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en este único procedimiento arbitral, se procederá al archivo de

canadense, portanto, o consentimento aqui se obtém *após* deflagrado o litígio, mediante instrumento comparável ao compromisso arbitral no Brasil, não através de cláusula compromissória firmada anteriormente à controvérsia. Em caso de aceitação do réu, que poderá vir acompanhada de uma proposta de acordo ao grupo, será publicado um edital no Diário Oficial, convocando os interessados para que façam valer seus legítimos direitos e interesses individuais no procedimento arbitral no prazo de dois meses,<sup>94</sup> sem prejuízo de outras modalidades de comunicação que o presidente da Junta Arbitral de Consumo entender adequadas ao caso.<sup>95</sup> Trata-se de modalidade de comunicação que muito tem em comum com a prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, inclusive no que tange às suas deficiências (item 3.1.3, *infra*).<sup>96</sup>

A concordância do réu com a instauração da arbitragem coletiva produz o efeito, ainda, de suspender os procedimentos arbitrais individualizados, ressalvados os que já se encontrem em estágio mais avançado, com a atuação dos árbitros nomeados.<sup>97</sup> Curiosamente, a lei não prevê a possibilidade do exercício do direito de autoexclusão (*opt-out*), de modo que alguns consumidores que tenham deflagrado procedimento individual antes de ser instaurada a arbitragem coletiva acabarão compulsoriamente arrastados para ela, o que é surpreendente em um ordenamento jurídico que não possui a

---

las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento”. Para a arbitragem individual, é possível se cogitar de adesão prévia do fornecedor ao sistema arbitral, como será visto no item 3.2.5 *infra*.

<sup>94</sup> Encerrado esse prazo, o tribunal arbitral ainda poderá casuisticamente admitir a intervenção tardia de consumidores, nos termos do art. 61 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha.

<sup>95</sup> Arts. 59.1 e 59.2 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “1. Aceptada la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo ésta se notificará a las Juntas Arbitrales de Consumo, procediéndose al llamamiento de los consumidores afectados para que hagan valer sus legítimos derechos e intereses individuales en este procedimiento arbitral mediante la publicación de un anuncio al efecto en el diario Oficial que corresponda al ámbito territorial del conflicto. El presidente de la Junta Arbitral de Consumo, adicionalmente, podrá acordar otros medios para dar publicidad al llamamiento. 2. El llamamiento a los afectados se realizará por un plazo de dos meses desde su publicación y deberá contener el acuerdo de iniciación de actuaciones del presidente, la indicación del lugar en el que los interesados podrán tener acceso, en su caso, a la propuesta de acuerdo conciliatorio realizada por las empresas o profesionales, así como la advertencia de los efectos previstos en el artículo 61 para la presentación de la solicitud de arbitraje fuera del plazo de dos meses”.

<sup>96</sup> V., reconhecendo as deficiências dessa modalidade de comunicação, FRANCISCO, Diana Marcos. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 274-276. Para PLATA, Jesús Domínguez. *El arbitraje colectivo in DE LA ROSA, Fernando Esteban; PARDO, Guillermo Orozco. Mediación y arbitraje de consumo...*, cit., p. 160-161, as associações de consumidores representativas deveriam contribuir para a adequada divulgação do procedimento de arbitragem coletiva instaurado.

<sup>97</sup> Art. 60.1 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “La notificación de la aceptación por las empresas o profesionales para resolver en un único procedimiento arbitral los intereses colectivos de los consumidores y usuarios afectados, suspende la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje que tengan su causa en los mismos hechos, salvo que se hayan iniciado las actuaciones del órgano arbitral, debiendo procederse a su traslado a la Junta Arbitral competente para conocer el arbitraje colectivo en el plazo de 15 días desde la notificación de la aceptación. (...)”.

tutela coletiva ainda plenamente consolidada.<sup>98</sup> Ao que parece, presumiu o legislador que os consumidores não teriam oposição ao tratamento coletivizado, pois, na maioria dos casos, suas pretensões individuais seriam ínfimas.

Após o procedimento de comunicação do grupo, o tribunal arbitral que decidirá a controvérsia será nomeado pelo presidente da Junta Arbitral de Consumo.<sup>99</sup> Sua decisão valerá para todos os procedimentos individuais suspensos e encaminhados para a Junta Arbitral em que tramitar a arbitragem coletiva e, ainda, para os consumidores que atenderam à comunicação e apresentaram suas demandas no prazo de dois meses ou, excepcionalmente, após seu transcurso, desde que admitido pelos árbitros.<sup>100</sup>

Embora bastante interessante a iniciativa espanhola, não há muitos elementos a se extrair dessa experiência, vez que – em que pese à previsão legislativa – não se tem conhecimento de qualquer arbitragem coletiva deflagrada nesses termos até a presente data, mais de seis anos após a entrada em vigor do Real Decreto nº 231/2008. Além disso, essas arbitragens funcionariam no âmbito das Juntas Arbitrais de Consumo, que são órgãos vinculados, ainda que indiretamente, ao Estado. A Junta Arbitral Nacional se relaciona ao antigo Instituto Nacional de Consumo,<sup>101</sup> ente público sucedido pela Agência Espanhola de Consumo, Segurança Alimentar e Nutrição, por força do Real Decreto nº 19/2014.<sup>102</sup> As Juntas Arbitrais locais, por sua vez, são constituídas mediante convênios entre as administrações públicas locais e o antigo Instituto Nacional de

---

<sup>98</sup> Com semelhante preocupação, PLATA, Jesús Domínguez. *El arbitraje colectivo...*, cit., p. 161-162. Para uma visão geral do sistema de tutela coletiva espanhol, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 151-154 e HIDALGO, Pablo Gutiérrez de Cabiedes. *The Globalization of Class Actions: Group litigation in Spain, 2007*, disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu> (acessado em 21.8.2014). Assim como em outros países europeus, na Espanha a tutela coletiva não está prevista de forma generalizada, tal como ocorre nos Estados Unidos e também no Brasil, mas apenas para algumas matérias, especialmente em temas de direito do consumidor.

<sup>99</sup> Art. 59.3 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Efectuado el llamamiento, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo procederá a la designación del órgano arbitral”.

<sup>100</sup> V., considerando que não há efeitos *ultra partes* da decisão dos árbitros nesse procedimento, PLATA, Jesús Domínguez. *El arbitraje colectivo...*, cit., p. 162. Por isso, eloquente é a manifestação de LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La nueva regulación del arbitraje de consumo*. San Sebastián, 2008, p. 102-103, segundo a qual a suspensão dos procedimentos individuais com a sua remessa à Junta Arbitral competente para a arbitragem coletiva nada mais é do que uma forma específica de cumulação de procedimentos. Trata-se, como se vê, de um instrumento de resolução de arbitragens repetitivas sobre determinada controvérsia em matéria de consumo.

<sup>101</sup> Art. 2, *a* do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Son Juntas Arbitrales de Consumo: a) La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo”.

<sup>102</sup> Art. 1º do Real Decreto nº 19/2014 da Espanha: “Se refunden los Organismos Autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, en un nuevo Organismo Autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y se aprueba su Estatuto cuyo texto se incorpora a continuación”.

Consumo.<sup>103</sup> Além disso, o presidente dessas juntas – quem designará os árbitros – e seu secretário são funcionários públicos indicados pela Administração.<sup>104</sup>

O Sistema Arbitral de Consumo espanhol não consiste, portanto, em arbitragem privada, mas em modelo público,<sup>105</sup> que funciona com recursos humanos e financeiros do Estado<sup>106</sup> para subsidiar a apreciação de conflitos de consumo de pequeno valor, que dificilmente encontrariam espaço no Poder Judiciário daquele país. Sua origem está na Lei nº 26/1984, cujo art. 31 já se referia à instituição de um sistema arbitral em matéria de direito do consumidor,<sup>107</sup> inicialmente regulamentado pelo Real Decreto nº 636/1993 e, posteriormente, pelo Real Decreto nº 231/2008. Pode-se dizer que a função desse sistema na Espanha é equiparável à dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Art. 2, *b* do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Son Juntas Arbitrales de Consumo: (...) b) Las Juntas Arbitrales territoriales constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones públicas y el Instituto Nacional del Consumo, en el que podrá preverse la constitución de delegaciones de la Junta Arbitral territorial, ya sean territoriales o sectoriales”.

<sup>104</sup> Art. 7.1 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “Las Juntas Arbitrales de Consumo estarán integradas por su presidente y el secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones públicas, y por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano. El presidente y el secretario de la Junta Arbitral de Consumo serán designados por la Administración de la que dependa la Junta, publicándose su nombramiento en el diario oficial que corresponda al ámbito territorial de la Junta Arbitral de Consumo”.

<sup>105</sup> Para GONZÁLEZ, Rafael Lara. La organización del sistema arbitral de consumo *in* GONZÁLEZ, Manuel Richard *et al.* (Coord.). *Estudios sobre arbitraje de consumo*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 154, as Juntas Arbitrais desenvolvem uma atividade administrativa de suporte à via extrajudicial de resolução de conflitos entre particulares ou, simplesmente, uma “atividade administrativa arbitral”. Contra, FRANCISCO, Diana Marcos. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos...*, cit., p. 177-178, sustentando que se trata de arbitragem “administrativizada”, e não administrativa, não perdendo a natureza arbitral, não deixando de se fundar na autonomia privada e nem perdendo a característica típica das sentenças arbitrais (mas não dos atos administrativos) de possibilidade de formação de coisa julgada.

<sup>106</sup> Ao contrário da arbitragem ordinária, os procedimentos arbitrais de consumo, tanto individuais como coletivos, são gratuitos e subsidiados pelo Estado (art. 41.1 do Real Decreto nº 231/2008).

<sup>107</sup> Art. 31 da Lei nº 26/1984 da Espanha: “1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atiende y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concorra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores integrados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”.

<sup>108</sup> Apesar disso, no sistema espanhol, a gratuidade – peculiaridade dessa arbitragem de consumo – não apresenta limite quantitativo para o valor da causa, ao contrário dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros. A justificativa para tanto é que a tutela completa dos direitos do consumidor não pode conhecer limites quantitativos, pois abrange a aquisição de produtos e serviços de valor expressivo, como a habitação. V. FRANCISCO, Diana Marcos. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos...*, cit., p. 171. Na Espanha, o sistema arbitral gratuito tem por escopo proporcionar tutela eficiente aos direitos do consumidor, da forma mais ampla possível. No Brasil, os Juizados Especiais Cíveis têm por finalidade a tutela célere e eficiente de causas de valor econômico reduzido e de menor complexidade.

#### 1.2.1.4 Alemanha

Há quem sustente em doutrina que na Alemanha estaria contemplada uma forma de arbitragem coletiva envolvendo questões societárias.<sup>109</sup> Nesse sentido, após ter sido proferida uma decisão pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* ou BGH) em abril de 2009, reconhecendo como arbitráveis as disputas societárias em geral,<sup>110</sup> uma das principais instituições de arbitragem naquele país, o Instituto Alemão de Arbitragem (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* ou DIS) editou um novo regulamento para disciplinar os procedimentos em matéria de direito societário.<sup>111</sup>

O novo regulamento do DIS estabelece que a convenção de arbitragem deve ser celebrada mediante cláusula inserida nos atos constitutivos da sociedade ou, ainda, em documento apartado (Regra 1.1). Admite-se que, estipulada tal convenção, qualquer acionista deflagre uma arbitragem, cujos efeitos vincularão a sociedade e todos os demais acionistas, que deverão ser identificados pelo demandante e notificados para que, querendo, intervenham no procedimento arbitral (Regra 2.1).

Caso um interessado intervenha na arbitragem no prazo estabelecido, será dela considerado como parte para todos os efeitos (Regra 4.1). No entanto, mesmo aqueles que não intervenham em momento algum no procedimento arbitral estarão vinculados ao seu resultado (Regra 11), sem possibilidade de exercício do direito de autoexclusão (*opt-out*) e deverão continuar a ser informados sobre o andamento do processo, a não ser que tenham aberto mão desse direito expressamente (Regra 5.1). A instauração de arbitragem societária nos termos desse regulamento torna inadmissível a deflagração de novo procedimento arbitral sobre a mesma causa de pedir (Regra 9.2).

Na realidade, parece excessivo qualificar tal previsão como uma inovação<sup>112</sup> ou mesmo uma arbitragem coletiva propriamente dita. As questões aqui apresentadas, em

---

<sup>109</sup> V. STRONG, Stacie I. *Collective arbitration under the DIS Supplementary Rules...*, cit., p. 145 e ss. V. tb. STRONG, Stacie I. *Class, mass, and collective arbitration...*, cit., p. 18-19.

<sup>110</sup> V. BGH, II ZR 255/08, *Deutsches Steuerrecht* 2009, 1043 ff. e comentários em LENNARZ, Thomas. Germany: GmbH shareholders disputes now arbitrable. *Arbitration*, v. 76, 2010, p. 305 e ss.

<sup>111</sup> V. DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (SRCoLD), versão em inglês disponibilizada em <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/overview-id0> (acessado em 6.1.2014). Até o final do ano de 2012, sete procedimentos arbitrais haviam sido deflagrados com fundamento nessas regras, conforme estatísticas disponíveis em <http://www.dis-arb.de/en/39/content/statistics-id54> (acessadas em 21.8.2014). No entanto, não se tem notícias do desdobramento desses procedimentos, nem de eventuais discussões a respeito de seu processamento coletivizado, devido à sua confidencialidade.

<sup>112</sup> No direito alemão, há previsão de regime semelhante mesmo fora da arbitragem. Assim dispõe o § 248 (1) do *Aktiengesetz* (lei das sociedades por ações alemã), em tradução para o inglês disponibilizada em

especial a vinculação dos demais acionistas e da sociedade à decisão do árbitro, são comuns às enfrentadas em arbitragens sobre direito societário em muitos outros países, incluindo o Brasil. Não por acaso, o Projeto de Lei nº 7.108/2014, que visa a aperfeiçoar a disciplina da arbitragem no Brasil, contempla a inserção de dispositivo na Lei da Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/1976) para aprofundar algumas questões específicas sobre arbitragem em matéria societária.

Uma das principais controvérsias na arbitragem sobre conflitos societários reside na eficácia subjetiva da cláusula compromissória, não regulada atualmente no Brasil. A questão passa pelo embate de dois argumentos principais, que levaram a doutrina a se dividir. De um lado, está a autonomia privada, pressuposto essencial para que alguém tenha sua controvérsia submetida ao árbitro. De outro, encontra-se o princípio da maioria, tradicional do direito societário, segundo o qual a disciplina de todos os interesses que dizem respeito à sociedade e a seus acionistas deve seguir o que deliberar a maior parte dos votantes, que reflete a vontade da coletividade.<sup>113</sup>

Como a legislação vigente não disciplina a extensão subjetiva da cláusula em tais condições, sem prejuízo de louváveis iniciativas para alcançar algum consenso na

---

<http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf> (acessado em 29.1.2014): “If the resolution has been declared null and void by a judgment that is final and not subject to appeal, such judgment shall be binding on all shareholders and the members of the management board and the supervisory board, even if such persons were not parties to the action”. O § 249 aplica o mesmo regime para qualquer ação anulatória de deliberação societária ajuizada por acionista. Para evitar ofensa ao contraditório, o § 246 (4) do mesmo diploma legal exige que a sociedade dê publicidade nos veículos próprios de comunicação a qualquer ação judicial sobre a matéria, para oportunizar a intervenção de qualquer acionista: “The management board shall promptly announce the institution of any such action and the date for hearing in the company’s journals. A shareholder may only join the action as party within one month of the publication of the notice”.

<sup>113</sup> Para uma visão panorâmica das discussões que se põem na doutrina brasileira em termos de eficácia subjetiva da cláusula compromissória nos conflitos societários, entre outros, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 110-112 e CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem...*, cit., p. 364-367 (ambos sustentando a exigência de unanimidade dos sócios para a deliberação societária destinada à inclusão de cláusula compromissória nos atos constitutivos, com a vinculação de todos os que vierem a adquirir ações – mesmo no mercado aberto – ou cotas no futuro); MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 39, out./dez. 2013, p. 55-65; LAMANERES, Patrícia Paoliello. Arbitragem no Direito Societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 38, abr./jun. 2013, p. 46-64 (identificando a posição conservadora, segundo a qual estariam vinculados apenas os sócios que tenham assentido expressamente com a cláusula compromissória, seguida por Modesto Carvalhosa, Luiz Leonardo Cantidiano e Gustavo Tavares Borba; a posição intermediária, de acordo com a qual também os sócios ausentes à assembleia de aprovação da cláusula compromissória ficariam vinculados, adotada por Nelson Eizirik, Daniela Bessone Barbosa Moreira e Juliana Krueger Pela e, por fim, a posição vanguardista, que sustenta a vinculação indistinta de todos os sócios, defendida, entre outros, por Pedro Antonio Batista Martins, Donald Armelin, Marcelo Dias Vilela e Ricardo Aprigliano) e AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, out. 2013. Disponível em <<http://www.iappr.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em 7 jan. 2014..

matéria,<sup>114</sup> sempre houve insegurança quanto ao ponto, de maneira que a maior parte das arbitragens em matéria societária tem sido instaurada no Brasil com base não nos atos constitutivos da sociedade, mas em instrumentos paralelos (em especial, acordos de acionistas), nos quais é inequívoca a aceitação expressa das partes.<sup>115</sup>

Ainda assim, a referência aos conflitos societários na Alemanha não é de todo desimportante. A extensão subjetiva das decisões proferidas em tais demandas – e, em especial, da coisa julgada material – consiste em questão que se manifesta mesmo nos casos em que sequer se cogita de convenção de arbitragem. Em ação de impugnação de deliberação societária instaurada no Poder Judiciário, por exemplo, estarão todos os sócios vinculados aos efeitos da coisa julgada material, ainda que não tenham participado do processo? A solução para esse clássico problema, como se pode imaginar, é polêmica, dando ensejo a variados posicionamentos.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado 16 na I Jornada de Direito Comercial, realizada em outubro de 2012, em Brasília: “O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito”. Ainda que o enunciado não resolva o problema dos cotistas ou acionistas que, à época da inserção da cláusula compromissória, estavam ausentes ou votaram contra a alteração, propõe-se sua extensão a todos os novos cotistas ou acionistas.

<sup>115</sup> O projeto de reforma da Lei de Arbitragem propõe o acréscimo de um dispositivo para exigir quórum qualificado para a inserção de cláusula compromissória no estatuto, correspondente a “acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia” (art. 136, Lei nº 6.404/1976). Uma vez obedecidas as formalidades legais, a cláusula compromissória vinculará a todos indistintamente. O projeto, todavia, não propõe uma solução que se poderia imaginar draconiana. Ao mesmo tempo em que adota concepção ampliativa da eficácia subjetiva da cláusula arbitral, também assegura ao dissidente o direito de retirada mediante o reembolso do valor de suas ações. Além disso, o projeto estipula que a inserção da cláusula compromissória somente produzirá efeitos após trinta dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que a aprovou. Tal período assegura a atuação do Judiciário para resolver eventuais litígios entre a data da deliberação e o término do prazo do direito de retirada. A proposta, ao que parece, se inspirou em certa medida no art. 34.6 do Decreto Legislativo nº 5/2003, na Itália, que estabelece que a modificação dos atos constitutivos que introduza ou suprima cláusula compromissória deverá ser aprovada por sócios que representem, no mínimo, dois terços do capital social. Os sócios ausentes ou dissidentes poderão exercer o direito de retirada no prazo de noventa dias. Para uma visão panorâmica da lei italiana, entre outros, v. MAKANT, Barbara; QUEIROZ, Samantha Longo, Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3, set./dez. 2004, p. 293-309.

<sup>116</sup> Nesse sentido, sustentando a extensão da coisa julgada a todos os colegitimados *pro et contra*, dada a indivisibilidade do bem jurídico, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente *in Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294 (ressalvando a hipótese de improcedência por falta de provas, entendendo possível a aplicação subsidiária do regime da coisa julgada da ação popular) e, revendo seu entendimento anterior, GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 12, mai./jun. 2006, p. 7-11 e GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista Forense*, v. 380, jul./ago. 2005, p. 6-7. Defendendo que a extensão ocorreria *in utilibus*, apenas em caso de pronunciamento favorável ao colegitimado que não participou do processo, sob pena de violação ao devido processo legal, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São

Não se atentou a doutrina nacional, todavia, para circunstância relevante. É que, em tais situações, estará em jogo a legitimação extraordinária de um dos acionistas para defender em juízo interesses que não são unicamente titularizados por ele, mas por um grupo formado em conjunto com os demais acionistas.<sup>117</sup> Tais elementos – legitimação extraordinária<sup>118</sup> e grupo de interessados – aproximam bastante tal situação de uma ação coletiva, que pode ser caracterizada, em síntese, como instrumento processual destinado à tutela de direitos e interesses coletivos *lato sensu* por um legitimado extraordinário.<sup>119</sup>

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256-257 e GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 39. Entendendo que não ocorrerá a extensão aos colegitimados em nenhum caso, por esta se operar *inter partes* e ser possível que alguns legitimados queiram sustentar a validade da deliberação e outros, sua invalidade, ainda que se pague o preço de decisões judiciais contraditórias, TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada) in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 209-211. Para LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 98, somente no caso de acolhimento da impugnação haverá o aproveitamento da anulação para todos (e futuras ações nesse sentido seriam extintas por falta de interesse processual), mas não no caso de improcedência, em que cada sócio poderá tentar sua sorte. O autor nega, porém, tratar-se de coisa julgada *secundum eventum litis*, recorrendo à conhecida distinção entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada.

<sup>117</sup> O fato de o acionista atuar também como legitimado ordinário na tutela de seu próprio interesse não afastaria, por si só, as semelhanças do exemplo com uma ação coletiva. Não por acaso, a doutrina brasileira tem reconhecido a figura da legitimação extraordinária mista, em que existem diversas pessoas titulares de um direito, sem que a lei exija a reunião de todas para reclamá-lo em juízo. Se uma só delas pleiteia o referido direito, será legitimada ordinária na parte em que defende um direito próprio e, ao mesmo tempo, legitimada extraordinária na parte em que atua em nome das outras titulares – daí a legitimação mista. É o caso do condômino, que pode individualmente reivindicar a coisa objeto do condomínio (art. 1.314, *caput*, do Código Civil) e do credor solidário, que pode exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro (art. 267 do Código Civil). Sobre o ponto, exemplificativamente, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no Direito Processual Civil – a legitimação ordinária do autor popular. *Revista dos Tribunais*, v. 618, abr. 1987, p. 39.

<sup>118</sup> Não se ignora que a hipótese tem sido tradicionalmente considerada sob a perspectiva do litisconsórcio unitário facultativo, o que é correto. Mas tal constatação não impede que se compreenda igualmente a ocorrência de legitimidade extraordinária. São fenômenos que se operam em planos distintos e de forma concomitante: aquele, no âmbito da relação jurídica processual considerada em si mesma; este, na verificação da pertinência subjetiva entre a relação processual e o direito material discutido em juízo. Ademais, a unitariedade do litisconsórcio, no sentido de incindibilidade da relação jurídica de direito material, guarda inequívoca relação com a indivisibilidade que se tem atribuído às categorias de direitos difuso e coletivo *stricto sensu*, o que reforça o entendimento ora sustentado. Sobre o ponto, reconhecendo tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária, entre outros, v. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 125-126; CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 21-22. Mais recentemente, OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Concurso de demandas. *Revista de Processo*, v. 232, jun. 2014, p. 77. V. tb., sobre os conceitos em análise, o clássico estudo de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, v. 404, jun. 1969, p. 9-18.

<sup>119</sup> Em sentido análogo, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012, p. 30 conceitua a ação coletiva como “direito apto a ser *legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário*, a fim de exigir a

É bem verdade que o número de acionistas interessados e que não participaram do processo pode ser muito reduzido, o que afastaria tal exemplo de uma verdadeira ação coletiva.<sup>120</sup> Ainda assim, os pontos em comum não devem ser desprezados.

Tal análise permite extrair algumas conclusões. A primeira é que questões envolvendo conflitos societários – e outras que ensejam colegitimação – estão bem mais próximas da tutela coletiva que se poderia imaginar à primeira vista,<sup>121</sup> o que justifica a pertinência do exemplo trazido do direito alemão para o presente estudo.<sup>122</sup> A segunda é que, como decorrência da conclusão anterior, deve-se contemplar a intrincada questão da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações societárias à luz dos instrumentos próprios de controle da adequada representação na tutela coletiva.<sup>123</sup>

Não se trata, evidentemente, de aplicar o regime da ação civil pública para as ações societárias, nem de estender automaticamente a elas o regime previsto nos arts. 103 e 104 do CDC, por absoluta falta de previsão legal. Não faria sentido reservar a legitimidade ativa ao Ministério Público, às associações ou ao Poder Público em tais situações. Contudo, como decorrência dos direitos fundamentais em jogo, conformados

prestação jurisdicional, com o objetivo de *tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos*” (grifou-se).

<sup>120</sup> No direito brasileiro, não se contemplou expressamente o requisito conhecido como impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*), que seria útil para delimitar as situações suscetíveis de tutela coletiva das que ensejam simplesmente litisconsórcio unitário facultativo. Mesmo assim, tal critério deve ser levado em consideração no Brasil por questão de economia processual, na medida em que não se justificaria a tutela coletiva – mais complexa, dispendiosa e demorada – em hipótese suscetível de tratamento pelo processo individual. Sobre o requisito da impraticabilidade do litisconsórcio, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 111 e ss.

<sup>121</sup> Esse ponto não passou despercebido por WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. *Revista de Processo*, n. 139, set. 2006, p. 29, que se referiu à ação de impugnação de deliberação assemblear proposta por acionista como exemplo de demanda pseudoindividual, uma vez que seus efeitos inexoravelmente atingirão a esfera jurídica dos demais acionistas.

<sup>122</sup> Não por acaso, logo após a Regra 23 das FRCP norte-americanas, que trata das *class actions*, está a Regra 23.1, que trata das ações derivativas (*derivative actions*), que consistem em ação ajuizada por um acionista (*stockholder*) em nome da empresa contra terceiros, em face da inércia da pessoa jurídica. A medida judicial recebe este nome porque está fundada em um direito indireto do acionista, que é derivado do direito original e direto da empresa. Na tramitação legislativa de uma versão anterior da Regra 23, de 1938, as ações derivativas chegaram a ser contempladas dentro da própria regra que disciplinava as ações coletivas. V. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 56, nota 114.

<sup>123</sup> Alguns textos doutrinários mais recentes no Brasil vêm se apercebendo disso. V. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 204: “Também no campo de ações que envolvem interesses de sociedades parece que é frutífera a aplicação da técnica de aglutinação de demandas pelo regime coletivo. O direito processual civil brasileiro sempre conviveu com o grave embaraço de não apresentar solução adequada para demandas em que um sócio litiga contra a sociedade, por conta de alguma questão social, e especificamente sobre os efeitos desse conflito em relação aos demais sócios da mesma entidade”. V. ainda, sustentando a possibilidade de administrar tratamento próprio de ação coletiva às arbitragens destinadas à anulação de deliberações societárias, LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Arbitragem coletiva anulatória de deliberação de assembleia geral de companhia*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 38, jul./set. 2013, p. 25-34.

às especificidades da tutela coletiva (*devido processo legal coletivo*),<sup>124</sup> os efeitos da decisão em ação proposta por um dos acionistas devem vincular os demais, desde que observada a representatividade adequada dos interesses do grupo.

Assim, caso eventuais terceiros não tenham tido seus interesses devidamente representados, poderão se insurgir contra a decisão. Inversamente, não se evidenciando a inadequação da representação no primeiro processo, não se justificaria o desprezo à coisa julgada, em detrimento à segurança jurídica.<sup>125</sup>

O ponto mais importante para o presente estudo, todavia, é a constatação de que uma arbitragem coletiva poderia estar mais próxima do que normalmente se cogita, já que a submissão de conflitos societários à via arbitral tornou-se uma inegável realidade

---

<sup>124</sup> O termo pode ser encontrado, por exemplo, na obra de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298. De longa data, Cappelletti já sustentava que em lugar do devido processo legal tradicional, tipicamente individual, deve ser reconhecido um devido processo legal social, de concepção coletiva, como se vê em CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 304. Para DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, mar. 2014, p. 273, o devido processo legal coletivo brasileiro se compõe das seguintes características contingenciais: (i) legitimação para agir, normalmente atribuída a um legitimado extraordinário; (ii) regime da coisa julgada coletiva, que permite a extensão *in utilibus* para as situações jurídicas individuais; (iii) caracterização da litigação de interesse público, requisito para o prosseguimento de um processo coletivo. Para CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, jul/dez. 2009, p. 238-244, o devido processo legal nas causas repetitivas – uma das hipóteses de que cuida a tutela coletiva – deve ser adaptado, exigindo-se providências para promover isonomia, tratamento prioritário, segurança jurídica, combate à divergência jurisprudencial, previsão de poderes de gestão processual do juiz, definição das regras de impugnação e previsão de mecanismos sancionatórios. V. tb. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 179, jan. 2010, p. 143-151. O ponto foi igualmente percebido por BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 54 e ss., enfatizando a necessidade de sistematizar os mecanismos que apresentam traços de coletivização no direito brasileiro e compatibilizar o interesse individual envolvido em cada demanda com o interesse público na fixação do precedente, protegendo-se, em qualquer caso, os interesses homogêneos de terceiros, de determinada classe ou da coletividade, que podem vir a ser atingidos.

<sup>125</sup> Claro que, em situações em que estivesse em jogo um número muito reduzido de acionistas, não se justificaria o recurso à tutela coletiva e nada impediria que se recorresse à alternativa já apresentada em doutrina: interpretação extensiva do art. 47, parágrafo único do CPC para determinar a intimação dos colegitimados ausentes a fim de que, caso queiram, intervenham no processo. V. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 302-304 e DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 377-379. No projeto do novo CPC, em sua última versão, consta dispositivo que prevê a intervenção *iussu iudicis* do litisconsorte unitário facultativo (art. 116, § 2º): “O juiz deve determinar a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo”. Referida solução, todavia, seria inviável – por impraticabilidade do litisconsórcio – nas sociedades que contemplem um número massivo de sócios ou acionistas, em especial no mercado aberto. A definição das hipóteses em será necessário o recurso à tutela coletiva decorre do requisito da impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*), como indicado na nota 120 *supra*.

no Brasil, contemplada não apenas como prática de governança corporativa,<sup>126</sup> mas também no art. 109, § 3º da Lei de Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/1976)<sup>127</sup> e, de forma ainda mais explícita, no Projeto de Lei nº 7.108/2014. Tal reforça que o tema em análise, conquanto ainda pouco discutido, vai além de mera hipótese acadêmica, devendo mais esse dado ser levado em consideração no estudo da arbitragem coletiva.

#### 1.2.1.5 Outras experiências

Para além dos exemplos apresentados até aqui, a experiência com arbitragens coletivas em outros países tem sido ocasional, excepcional e casuística.

Na Colômbia, por exemplo, há um precedente de arbitragem coletivizada, em matéria societária. No caso, acionistas ingressaram em juízo com ação coletiva questionando a fusão de duas instituições financeiras da qual participavam. Ainda que existisse uma convenção de arbitragem em discussão, o processo foi instaurado no Poder Judiciário, sob a alegação de que as ações coletivas na Colômbia apenas podem ser apreciadas pelos juízes estatais. Nada obstante, submetido o caso à Suprema Corte, manteve-se a decisão das instâncias inferiores, no sentido de que a convenção de arbitragem não excluía de seu âmbito de incidência as ações coletivas, não havendo, ainda, qualquer proibição no ordenamento colombiano a esse respeito.

Destacou-se ainda que, embora em regra os árbitros não estejam autorizados a apreciar ações coletivas, neste caso todos os acionistas haviam anuído com a convenção de arbitragem. Além disso, a lei colombiana vigente à época<sup>128</sup> – assim como, diga-se

---

<sup>126</sup> Sobre o ponto, v. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *Recomendações da CVM sobre governança corporativa*

(acessado em 7.1.2014). A governança corporativa se refere a uma série de compromissos assumidos pela sociedade de prestação de informações que facilitam o acompanhamento e a fiscalização dos atos da administração e dos controladores da companhia; e à adoção de regras societárias que melhor equilibram os direitos de todos os acionistas, independentemente da sua condição de controlador ou investidor. A estipulação de convenção de arbitragem para a solução de conflitos societários, aliás, é requisito exigido pela BM&FBOVESPA para a sociedade ser inserida em segmentos especiais de listagem, como o Nível 2 de governança corporativa, o Novo Mercado e o Bovespa Mais, atraindo maiores investimentos.

<sup>127</sup> Art. 109, § 3º da Lei nº 6.404/1976: “O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

<sup>128</sup> Assim dispunha o art. 12 do Decreto nº 2.279/1989 na Colômbia: “Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces”. Após

de passagem, a lei brasileira<sup>129</sup> – equiparava os árbitros a juízes, dentro dos limites da convenção. Assim, o caso foi remetido à arbitragem e acabou lá resolvido, mediante procedimento administrado pela Câmara de Comércio de Bogotá.<sup>130</sup>

Tal decisão, aliás, não deixa de guardar certa semelhança com os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e Canadá que enfrentaram a questão. No entanto, não se tem mais conhecimento, até a presente data, de qualquer outro caso semelhante que tenha surgido na Colômbia.

No Peru, a arbitragem coletiva se cogita em hipótese um tanto quanto diversa das encontradas em outros países. O art. 152 da Lei Geral do Ambiente peruana (Lei nº 28.611/2002) contempla, em tema de controvérsias ambientais, a possibilidade de submissão à arbitragem de pretensões que versem sobre direitos patrimoniais ou outros de livre disposição pelas partes.<sup>131</sup> O dispositivo em destaque elenca alguns exemplos de controvérsias arbitráveis: determinação de quantias indenizatórias, definição de obrigações compensatórias advindas de um processo administrativo, controvérsias na

---

o julgamento do caso relatado, a Colômbia aprovou nova lei de arbitragem (Lei nº 1.563/2012), cujo art. 16 dispõe: “Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior”.

<sup>129</sup> A lei brasileira é explícita, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.307/1996: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

<sup>130</sup> V. *Luis Alberto Durán Valencia v. Bancolombia*, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 30 de janeiro de 2004, disponível em [www.juriversia.com](http://www.juriversia.com), acesso em 7 de janeiro de 2014, em que se encontra a transcrição da seguinte passagem da decisão proferida pela Suprema Corte colombiana: “los tribunales de arbitramento (...) no son competentes por regla, para conocer de las acciones de grupo o de clase (...) Otra, en sana lógica parecería ser la conclusión cuando el ‘grupo’ únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria (...). Por eso en este particular y específico caso, si alguno de los socios o un grupo de ellos desea incoar una acción de clase deberá hacerlo ante un tribunal de arbitramento...”.

<sup>131</sup> Art. 152 da Lei Geral do Ambiente do Peru (Lei nº 28.611/2002): “Del arbitraje y conciliación. Pueden someterse a arbitraje y conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes. En particular, podrán someterse a estos medios los siguientes casos: a. Determinación de montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales. b. Definición de obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean monetarios o no. c. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales. d. Precisión para el caso de las limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida de carácter nacional. e. Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental”. Na Lei Geral do Ambiente do Panamá (Lei nº 41/1998), consta também referência, embora apenas principiológica, de que a criação de mecanismos alternativos para a resolução de controvérsias ambientais, incluindo a arbitragem, constitui um dos princípios da política nacional de meio ambiente. V. art. 4, item 8: “Son principios y lineamientos de la política nacional del ambiente, los siguientes: (...) 8. Promover mecanismos de solución de controversias, tales como mediación, arbitraje, conciliación y audiencias públicas”.

execução e implementação de contratos de acesso e aproveitamento de recursos naturais, limitações ao direito de propriedade decorrentes da criação e implementação de uma área natural protegida e conflitos entre usuários com direitos superpostos sobre espaços ou recursos sujeitos a ordenamento ou zonificação ambiental.<sup>132</sup>

Entretanto, até o presente momento, a arbitragem ambiental no Peru não vem sendo utilizada em número significativo de casos, possivelmente por pressão de setores empresariais, desinteressados em abandonar o Poder Judiciário, no qual são assegurados todos os recursos previstos na legislação processual daquele país. Segundo aponta a doutrina, a se desenvolver a instauração de arbitragens ambientais, tendo em vista o interesse coletivo envolvido, ela deverá ser processada por um órgão administrativo, com árbitros e secretários especializados em matéria de Direito Ambiental.<sup>133</sup> Seria possível, nesse sentido, que tais procedimentos fossem confiados ao Tribunal de Solução de Controvérsias Ambientais, órgão inserido no Ministério do Ambiente e previsto no art. 13.1 do Decreto Legislativo nº 1013/2008.<sup>134</sup>

Outro episódio de arbitragem coletiva se verificou em âmbito transnacional. No caso *Abaclat v. Argentina*, administrado pelo Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos do Banco Mundial<sup>135</sup> (ICSID – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), mais de 180 mil investidores, a maioria com domicílio na Itália, representados por associação criada para a defesa de seus interesses, instauraram uma arbitragem contra a Argentina, por conta de títulos da dívida pública inadimplidos em virtude da crise econômica de 2001.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> O art. 1º da antiga lei de arbitragem peruana (Lei nº 26.572/1996) já contemplava a discussão de matéria ambiental na arbitragem, prevendo ainda nas disposições transitórias que o Conselho Nacional do Ambiente seria a instituição organizadora da arbitragem ambiental. Referida lei foi revogada pelo Decreto Legislativo nº 1.071/2008, a nova lei de arbitragem peruana, que não mais faz referência ao tema, embora a arbitragem coletiva permaneça prevista na Lei Geral do Ambiente. Para uma visão geral sobre o tema, v. RAMOS, Roger Vidal. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014, p. 254-266.

<sup>133</sup> V. RAMOS, Roger Vidal. *La responsabilidad civil por daño ambiental...*, cit., p. 260-261.

<sup>134</sup> Art. 13.1 do Decreto Legislativo do Peru nº 1.013/2008: “El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental”.

<sup>135</sup> Destaque-se que o Brasil, até hoje, não ratificou a convenção através da qual eventuais controvérsias entre investidores estrangeiros e o Estado brasileiro poderiam ser submetidas ao ICSID.

<sup>136</sup> Para uma exposição geral sobre o caso, v. STRONG, Stacie I. *Class, mass, and collective arbitration...*, cit., p. 74-80.

Instaurada a controvérsia entre as partes acerca do cabimento da arbitragem na forma coletiva, considerou o tribunal arbitral, por maioria, que, tendo sido estipulado que eventuais controvérsias seriam submetidas à arbitragem, nada impedia que fossem processadas em um só procedimento as múltiplas demandas veiculadas, adaptando-se o regulamento em vigor (*ICSID Arbitration Rules*).<sup>137</sup> Ao contrário do que alegou o demandado, a ausência de previsão expressa no regulamento não deve ser interpretada como “silêncio qualificado”, ou seja, uma proibição à arbitragem coletiva, mas apenas que tal hipótese não havia sido contemplada quando o regulamento foi editado. Por conta disso, tratando-se de simples lacuna, os árbitros teriam o poder de adaptar o procedimento ali disciplinado às necessidades do caso.<sup>138</sup>

Após discorrer que as adaptações ao procedimento arbitral tinham por objeto em especial a forma como o tribunal apreciaria as alegações e as provas a serem produzidas, não individualmente para cada investidor, mas por amostragem, e a representação dos autores, que pressupunha reconhecer que a associação seria o devido representante do grupo, os árbitros deduziram que o procedimento coletivizado seria apropriado diante da homogeneidade das pretensões de cada investidor.<sup>139</sup> Eventuais questões individuais, como as circunstâncias específicas em que cada membro do grupo adquiriu títulos da dívida pública argentina, seriam irrelevantes para o deslinde da controvérsia.

Além disso, a alternativa a esse procedimento coletivizado seria impor que todos os investidores instaurassem milhares de arbitragens autônomas sobre a mesma questão, o que não apenas acarretaria um custo proibitivo para muitos membros do grupo afetado, conduzindo a uma situação de denegação de justiça, como simplesmente inviabilizaria a regular administração de outros procedimentos arbitrais pelo ICSID, cujo número total de casos pendentes não passa de algumas centenas.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case N° ABR/07/5, decisão de agosto de 2011, p. 201 e ss., disponível em <http://www.iareporter.com/downloads/20110810>, acessado em 5 de janeiro de 2014.

<sup>138</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case N° ABR/07/5, decisão de agosto de 2011, p. 207: “Thus, the silence of the ICSID framework regarding collective proceedings is to be interpreted as a ‘gap’ and not as a ‘qualified silence’. Consequently, the Tribunal has, in principle, the power under Article 44 ICSID Convention to fill this gap”.

<sup>139</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case N° ABR/07/5, decisão de agosto de 2011, p. 212-213: “The Tribunal is of the opinion that group examination of claims is acceptable where claims raised by a multitude of claimants are to be considered identical or at least sufficiently homogeneous. The question is thus whether Claimants’ claims are to be considered identical or sufficiently homogeneous”.

<sup>140</sup> Em janeiro de 2014, constava na página do ICSID que estavam pendentes apenas 182 casos, número muito inferior aos milhares de investidores interessados no caso em discussão.

Em relação à adequação da associação como representante do grupo, embora houvesse dúvidas das reais intenções do ente associativo – cuja atuação foi financiada por instituições bancárias que poderiam eventualmente vir a ser demandadas pelos investidores, colocando a associação em potencial conflito de interesses –,<sup>141</sup> considerou o tribunal que os indivíduos, devidamente informados, assentiram expressamente com a sua atuação na arbitragem<sup>142</sup> e seriam beneficiados por não terem que arcar com as elevadas despesas decorrentes de um caso complexo e administrado por instituição sediada fora dos limites do território italiano.<sup>143</sup>

Destaque-se que um dos árbitros ficou vencido neste exame de admissibilidade, por entender, entre outras questões, que o tribunal não teria poderes para adaptar o regulamento do ICSID a um procedimento coletivizado, não podendo ainda impor sua aplicação contra a vontade do demandado.<sup>144</sup>

Ultrapassada a fase de admissibilidade, o caso continua pendente, aguardando que seja proferida decisão de mérito.<sup>145</sup> É provável, porém, que eventual provimento contrário aos interesses da Argentina seja objeto de medidas judiciais destinadas à sua anulação, trazendo novos capítulos para a discussão em análise.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case Nº ABR/07/5, decisão de agosto de 2011, p. 180: “It is further true that the TFA member banks may indirectly benefit from this scheme, since there is a likelihood of reducing the risks that they get sued by Claimants. (...) 459. This scheme may appear uncommon and it raises questions relating to TFA’s role in the proceedings, such as issues of conflict of interests between TFA and Claimants”.

<sup>142</sup> Essa peculiaridade fática é importante, vez que o consentimento expresso de cada investidor tornou desnecessária qualquer consideração do tribunal arbitral em termos de notificação do grupo.

<sup>143</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case Nº ABR/07/5, decisão de agosto de 2011, p. 215: “It is undeniable that the TFA Mandate Package has the effect to depriving Claimants of a substantial part of their procedural rights, such as the decision on how to conduct the proceedings, the right to instruct the lawyers, etc. However, as mentioned above (see §§ 457-465), the setting of strict boundaries in relation to Claimants’ procedural rights has been consciously accepted by Claimants in order to benefit from the collective treatment of their claims before an ICSID tribunal”.

<sup>144</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case Nº ABR/07/5, voto vencido de outubro de 2011, p. 105: “In consequence, I consider and find (...); b) that this Tribunal has no jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT over the present collective mass claims action, absent the consent of Argentina, nor does it have the power to devise new procedures to hear such an action”.

<sup>145</sup> V. *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case Nº ABR/07/5, conforme andamento processual disponibilizado em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, acessado em 8.9.2014.

<sup>146</sup> Nesse sentido, considerando provável tal estratégia argentina, não apenas pelo ineditismo do caso, mas por já ter aquele país adotado tal postura em outras arbitragens administradas pelo Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos do Banco Mundial, STRONG, Stacie I. *Class, mass, and collective arbitration...*, cit., p. 16, nota 89; CROSS, Karen Halverson. Investment Arbitration panel upholds jurisdiction to hear mass bondholder claims against Argentina. *Asil Insights*, v. 15, n. 30 (Nov. 21, 2011), disponibilizado em <http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/30/investment-arbitration-panel-upholds-jurisdiction-hear-mass-bondholder> (acessado em 20.8.2014). V. tb., referindo-se a essa postura argentina mesmo antes da decisão em *Abaclat*, SMITH, Steven *et al.* International commercial dispute resolution. *International Lawyer*, v. 44, 2010, p. 127.

As experiências aqui registradas, como se vê, revelam circunstâncias bastante específicas e excepcionais,<sup>147</sup> que estarão presentes em conjunto muito restrito de casos, de modo que seria inconveniente pretender extrair qualquer conclusão a partir somente desses episódios pontuais de arbitragem coletiva.

#### 1.2.1.6 Síntese: ausência de elementos suficientes

O estudo da arbitragem coletiva em outros países denota que o assunto ainda não se encontra totalmente consolidado, nem mesmo nos Estados Unidos e no Canadá, onde já se revela objeto de preocupação doutrinária e, em menor medida, dos tribunais. Além disso, o instituto surgiu como um efeito colateral de manobras de determinados litigantes repetitivos – especialmente as grandes empresas – para tentar se esquivar da tutela coletiva nesses dois países, o que contribuiu para que, nas últimas décadas, surgisse certa resistência política ao seu desenvolvimento, sobretudo por parte da doutrina e de setores ligados à proteção dos consumidores.

Ressalve-se que não foram examinados os procedimentos arbitrais institucionais em matéria ambiental no plano internacional, que dizem respeito, em princípio, a controvérsias entre Estados, tal como ocorre no Tribunal Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (ICEAC – *International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*)<sup>148</sup> e no âmbito do regulamento em matéria ambiental da Corte Permanente

---

<sup>147</sup> Alguns autores têm apontado, todavia, a perspectiva de que surjam em breve novos procedimentos arbitrais massificados como o encontrado no caso *Abaclat*, especialmente envolvendo países que estão em grave crise econômica e que, possivelmente, terão dificuldades de honrar compromissos com investidores internacionais. Nesse sentido, v. INVESTMENT TREATY NEWS. German law firm eyes case over sovereign debt restructuring. *ITN Quarterly*, Apr. 2012, p. 19, disponível em [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_april\\_2012\\_en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_en.pdf), acessado em 20.8.2014 (referindo-se à situação na Grécia) e VILNER, Yuriy. Realities and priorities of Portugal's debt management, Pt. IV. *Jurist – Dateline*, Apr. 12 2012, disponível em <http://jurist.org/datetime/2012/04/yuriy-vilner-portugal-debt.php>, acessado em 20.8.2014 (apontando que países como Portugal deveriam se preocupar com o caso *Abaclat*).

<sup>148</sup> O Tribunal Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental foi criado em 1994, tendo por objeto o direito internacional ambiental, com a finalidade de viabilizar que qualquer pessoa individual ou coletiva (não apenas Estados, mas também organizações não governamentais ou mesmo particulares) possa demandar o cumprimento das normas de direito internacional, na instância adequada, em face de quem estiver violando o meio ambiente. O tribunal possui sede na Cidade do México e, simultaneamente, em San Sebastian, na Espanha.

de Arbitragem.<sup>149</sup> Tais procedimentos não apenas se distanciam da realidade da tutela coletiva, resolvendo-se no plano do Direito Internacional e dos Estados-membros, sem a preocupação imediata de que interesses de integrantes da coletividade possam ser vulnerados, como suas decisões não costumam ser divulgadas, nem se conhece qualquer ação judicial deflagrada a partir dessas arbitragens.

Pelos mesmos motivos, não foram objeto de consideração no estudo eventuais procedimentos arbitrais, institucionais ou *ad hoc*, instaurados em matéria ambiental com base em convenções internacionais, como são exemplos o art. 287 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982);<sup>150</sup> o apêndice ao Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente (1991), inteiramente dedicado a disciplinar a resolução de conflitos por arbitragem;<sup>151</sup> o Anexo VII à Convenção de Espoo (1991), que trata do conceito transfronteiriço da avaliação de impacto ambiental, igualmente destinado a regular o procedimento arbitral;<sup>152</sup> a Parte 1 do Anexo II da Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), mais uma vez dedicada a disciplinar eventual arbitragem;<sup>153</sup> e o art. 38 da Convenção Conjunta para o Gerenciamento Seguro de Combustível Nuclear Usado e dos Rejeitos Radioativos (1997).<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> A Corte Permanente de Arbitragem, com sede na Haia, foi criada em 1899 para a resolução de litígios no plano internacional, como resultado da primeira Conferência de Paz lá realizada. Ainda que não constituída especialmente para a resolução de conflitos em matéria ambiental, no ano de 2001 foi editado um regulamento específico (*Environmental Rules*) para procedimentos arbitrais sobre o tema, que se encontra disponibilizado, em inglês, em [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1058](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1058) (acessado em 30.1.2014).

<sup>150</sup> Art. 287 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: “Escolha do procedimento. 1 - Um Estado ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento ulterior, pode escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos seguintes meios para a solução das controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção: (...) c) Um tribunal arbitral constituído de conformidade com o anexo VII; d) Um tribunal arbitral especial constituído de conformidade com o anexo VIII, para uma ou mais das categorias de controvérsias especificadas no referido anexo”. Referida convenção entrou em vigor no plano internacional e para o Brasil em 16 de novembro de 1994, nos termos do Decreto nº 1.530/1995.

<sup>151</sup> V. Decreto nº 2.742/1998, que internalizou o Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente no Brasil.

<sup>152</sup> A Convenção de Espoo não foi assinada pelo Brasil, muito menos ratificada ou internalizada em seu ordenamento jurídico.

<sup>153</sup> A Convenção sobre Diversidade Biológica foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 2.519/1998.

<sup>154</sup> Art. 38 da Convenção Conjunta para o Gerenciamento Seguro de Combustível Nuclear Usado e dos Rejeitos Radioativos: “Na eventualidade de discordância entre duas ou mais Partes Contratantes com respeito à interpretação ou aplicação desta Convenção, as Partes Contratantes manterão consultas no âmbito de uma reunião das Partes Contratantes com vistas a resolver a discordância. Caso as consultas provarem-se improdutivas, pode-se recorrer aos mecanismos de mediação, conciliação e arbitragem, previstos no direito internacional, inclusive as regras e práticas prevalecentes na Agência”. Referida convenção foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.935/2006.

Não se verificam, assim, elementos suficientes no Direito Comparado para que, a partir daí, seja construída a arbitragem como um instrumento de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. De todo modo, a análise da experiência em outros países traz elementos importantes para a apreciação do problema e suscita interesse, pela possibilidade de que, nas próximas décadas, o tema da arbitragem coletiva venha a se tornar uma realidade mais concreta.<sup>155</sup>

As questões que originaram o presente estudo, assim, remanesçam sem resposta. Seria admissível a arbitragem de direitos coletivos no Brasil? Com qual finalidade? E quais os parâmetros mínimos para a sua estruturação? Para investigar tais respostas, será necessário ingressar no exame do direito brasileiro.

### 1.2.2 Torre de Babel: a doutrina brasileira sobre o tema

O surgimento ocasional de arbitragens coletivas em alguns países conduz a uma questão óbvia: poderiam elas também aflorar no Brasil?

Parece pouco provável que, no Brasil, as arbitragens coletivas se tornem comuns nas mesmas circunstâncias observadas nos Estados Unidos e no Canadá, o que reforça a conclusão apontada no item anterior de que não há elementos suficientes no Direito Comparado para a definição do tema proposto neste estudo. Isso porque, ao contrário do que se verifica no direito norte-americano em geral e em muitas das províncias no Canadá, a legislação nacional proíbe que cláusulas compromissórias sejam impostas ao consumidor pelo fornecedor (art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor).<sup>156</sup> Nada impede, logicamente, que o consumidor tome a iniciativa de deflagrar o procedimento

---

<sup>155</sup> V. reflexão de NATER-BASS, Gabrielle. Class action arbitration: a new challenge?..., cit., p. 688, sobre a evolução da arbitragem coletiva em outros países: “What can be learned from the developments in the US for possible European class action arbitrations? First, it may well be only a matter of time before the first class action arbitrations are initiated in Europe and the academic discussion turns in real problem solving. Initially, also in the US, class action arbitration was for many years regarded as a ‘mythical beast’: half litigation, half arbitration and rarely seen. This has changed dramatically, as the public docket of cases administered under the AAA Supplementary Rules demonstrates”.

<sup>156</sup> Art. 51, VII do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

arbitral ou mesmo, conscientemente, escolha celebrar uma convenção de arbitragem com o fornecedor, mas essas são hipóteses não muito comuns na prática.<sup>157</sup>

Além disso, mesmo nos contratos de adesão que não se enquadrem como de consumo,<sup>158</sup> o art. 4º, § 2º dispõe que a cláusula compromissória somente terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, mediante documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.<sup>159</sup> Ainda que a legislação não vede a arbitragem nos contratos de adesão, trata-se de mais uma restrição relevante, muito embora insuficiente – fora, naturalmente, dos casos em que se apliquem as normas do Código de Defesa do Consumidor –, na medida em que o aderente assina o contrato, muitas vezes, por estar desprovido de qualquer poder de barganha com o estipulante, não por simplesmente deixar de ler as suas cláusulas.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Tais hipóteses estão contempladas expressamente no Projeto de Lei nº 7.108/2014, mas já se admitem à luz da legislação atual. V., nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 591; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, abr./jun. 2006, p. 18; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direitos do consumidor. Em busca da convergência *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 448; FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor *in* *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 23; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16-17.

<sup>158</sup> Não se poderia deixar de consignar, nesse ponto, o acerto da doutrina dominante, que tem considerado que o art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem não revogou o art. 51, VII do CDC, vez que nem todo contrato de adesão é de consumo e vice-versa. Nesse mesmo sentido, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 108; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83-85; AYOUB, Luiz Roberto *Arbitragem: O acesso à justiça e a efetividade do processo: uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89; FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de Arbitragem: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 20-21. Em sentido contrário, FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 52-53; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III, p. 320 e LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem e Direito do Consumo*, p. 5, disponibilizado em [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri19.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri19.pdf) (acessado em 8 de janeiro de 2014). V. ainda decisão do Superior Tribunal de Justiça que consagrou o entendimento da doutrina dominante: STJ, REsp 1.169.841, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.11.2012.

<sup>159</sup> Art. 4º, § 2º da Lei nº 9.307/1996: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

<sup>160</sup> Nesse sentido, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 107; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, jan./mar. 2001, p. 115-116; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem...*, cit., p. 80; FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A cláusula compromissória nos contratos de adesão..., cit., p. 25 e CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54-55. O Projeto de Lei nº 7.108/2014 propõe ligeira alteração, no sentido de que a cláusula compromissória nos contratos de adesão apenas produza efeitos se redigida em negrito ou em documento apartado, não mais exigindo assinatura ou visto

Esse não é, todavia, o principal obstáculo para o surgimento de arbitragens de direitos coletivos no Brasil, que ainda poderiam ser instauradas de outras maneiras, inclusive mediante compromisso firmado pelo representante do grupo, após deflagrada a controvérsia de natureza coletiva.

Com efeito, a principal dificuldade diz respeito à arbitrabilidade<sup>161</sup> dessa espécie de direitos e interesses. Há, no direito brasileiro, fundada dúvida sobre a admissibilidade de arbitragens coletivas, visto que se entende tradicionalmente que os direitos coletivos, de modo geral, seriam indisponíveis, ficando fora da esfera de arbitrabilidade objetiva estabelecida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que a limita aos direitos patrimoniais disponíveis.<sup>162</sup> Além disso, a ausência de disciplina legal ou mesmo em regulamento de instituição de arbitragem nacional torna o instituto um ilustre desconhecido, tendo sido pouco discutido pela doutrina brasileira até o presente momento.

Ademais, não se pode ignorar o problema da autonomia privada. Tratando-se de pedra fundamental para a instauração de arbitragem, poderiam os representantes do grupo firmar convenção arbitral sem a manifestação explícita de todos os membros da coletividade ou seria necessária a concordância individualizada de cada um deles?

Não se tendo conhecimento de disciplina legal específica, nem de precedentes jurisprudenciais sobre o tema no Brasil, resta analisar o entendimento de alguns autores

---

específico. Apesar disso, o projeto excetua explicitamente a situação dos contratos de consumo por adesão, em que a cláusula compromissória apenas terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, explicitamente, com a sua instituição. Atinge-se adequada proteção para os contratos de consumo, mas, infelizmente, agrava-se o problema para os contratos de adesão que não se submetam aos ditames da legislação consumerista, sendo necessário superar a literalidade do texto para preservar a autonomia privada do aderente.

<sup>161</sup> Arbitrabilidade é conceito que se refere à delimitação de que espécie de litígios podem ser submetidos à arbitragem. Trata-se de limite imposto à autonomia privada, para resguardar o interesse público. A arbitrabilidade costuma ser analisada pela doutrina em duas dimensões, quais sejam: (i) relativa à pessoa (*ratione personae*), delimitando quem pode ser submetido à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva); e (ii) relativa às matérias (*ratione materiae*) que podem levadas ao conhecimento dos árbitros (arbitrabilidade objetiva). Assim, se uma convenção de arbitragem é celebrada fora dos limites da arbitrabilidade, o resultado será um negócio jurídico inválido, seja porque dele participou pelo menos um agente que não tinha capacidade para este fim (falta de arbitrabilidade subjetiva), seja porque seu objeto não era admitido pela lei (ausência de arbitrabilidade objetiva). Sobre o ponto, v. FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 312; BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 123; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 187. Na doutrina brasileira, entre outros, v. obra específica de GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 8.

<sup>162</sup> Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (grifou-se).

que chegaram a se debruçar – ainda que de forma não exaustiva – sobre a matéria em discussão.

A verdade é que a polêmica sobre a arbitrabilidade das pretensões coletivas no Brasil constitui um tema longe de qualquer consenso. Alguns entendem inviável toda e qualquer arbitragem de direitos coletivos, independente da categoria em que se enquadrem, por estarem carregados com a marca da indisponibilidade.<sup>163</sup> Há quem sustente, ainda, a total inviabilidade da arbitragem de direitos coletivos não pela sua indisponibilidade, mas porque a substituição processual prevista na legislação sobre ações coletivas não autorizaria que os representantes do grupo firmassem convenção de arbitragem vinculante a toda a coletividade.<sup>164</sup>

De outra parte, é possível encontrar quem defenda que apenas os direitos difusos e coletivos não podem ser submetidos à arbitragem, pois seriam indisponíveis em face da maneira pela qual as relações se apresentam no plano material. A indisponibilidade desses direitos decorreria de sua indivisibilidade. Semelhante vedação, entretanto, não se verifica em relação aos direitos e interesses individuais homogêneos, que possuem titulares identificáveis, objeto divisível e, via de regra, seriam disponíveis.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. *Lei de arbitragem comentada...*, cit., p. 28: “Numa palavra, os direitos (interesses) indisponíveis, como os difusos, os coletivos, os individuais homogêneos, estão completamente fora da área de abrangência da arbitragem. A lei é clara: só os disponíveis, jamais os metaindividuais, de índole indivisível, que ultrapassam a esfera particular do individual”. Aparentemente, esse é também o entendimento de BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas...*, cit., p. 40, ao sustentar a indisponibilidade dos direitos difusos, dos coletivos *stricto sensu* (ressalvando a sua disponibilidade “sob a perspectiva da esfera jurídica de cada integrante”, embora reconhecendo seu caráter indivisível) e dos individuais homogêneos (dispondo que “só poderia cogitar-se de disponibilidade no âmbito puramente individual, e não no coletivo”).

<sup>164</sup> PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 32, out./dez. 1999, p. 63: “A única ressalva a ser feita é com respeito aos direitos metaindividuais, de índole indivisível, que ultrapassem a esfera particular da pessoa física, não pelo aspecto de serem indisponíveis como se apregoa, mas pelo aspecto da representação que concede a substituição processual nestes casos, não tornar estes poderes extensivos para a arbitragem, visto que a arbitragem é uma convenção, onde a presença da vontade das partes é indispensável” e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141: “Desta forma, parece-nos que os legitimados para a defesa dos interesses metaindividuais não podem pactuar uma convenção de arbitragem, pois falta-lhes a titularidade dos direitos controversos. Assim sendo, acreditamos que restou demonstrada a impossibilidade da utilização da arbitragem para solucionar os litígios de consumo envolvendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

<sup>165</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral..., cit., p. 104: “O mesmo se diz em relação aos denominados direitos metaindividuais que são também indisponíveis em face da maneira com que as relações no plano material se apresentam, tornando-os, assim, indisponíveis diante dos interesses envolvidos. Desta feita, os direitos difusos e coletivos estão excluídos de apreciação por parte da jurisdição privada, porquanto indivisíveis. Diversamente, os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de decisão arbitral, tendo em vista que estamos diante de direitos divisíveis, perfeitamente individualizáveis e, via de regra, disponíveis, quando patrimoniais”. V. tb. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução...*, cit., p. 178-179 e, no mesmo sentido, MATTOS NETO, Antônio

Há entendimento sustentando ainda maior restrição e admitindo unicamente a arbitragem de direitos individuais homogêneos nos casos em que não haja relevância social suficiente para tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, única situação em que se estaria diante de direitos disponíveis.<sup>166</sup> Não falta quem afirme, ainda, a arbitrabilidade dos direitos coletivos *stricto sensu*, mas não dos difusos.<sup>167</sup>

O dissenso não acaba aí. Muitos sugerem, ainda, certo paralelismo com o instituto do compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985,<sup>168</sup> de maneira a definir a margem de transação – e, por consequência, de disponibilidade – dos direitos coletivos de forma muito restrita, apenas quanto ao modo e prazo de cumprimento das obrigações para com a coletividade, não sendo viável a disposição do próprio direito coletivo.<sup>169</sup>

José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, n. 122, abr. 2005, p. 151-166.

<sup>166</sup> V. ALVES, Rafael Francisco. A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos *in SALLES*, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, p. 210-211: “Tomando-se o direito ambiental como uma disciplina jurídica que abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos e, enfim, os individuais propriamente ditos, como foi feito neste trabalho, é possível dizer que, em tese, a arbitragem pode ser utilizada em conflitos que envolvem os últimos, não pode ser utilizada tendo os dois primeiros como objeto, dada a sua indivisibilidade e indisponibilidade, e quanto ao terceiro, poderá ser utilizada desde que a repercussão social do conflito não chegue ao ponto de justificar a intervenção do Ministério Público”.

<sup>167</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35-36, sem enfrentar o caso dos direitos individuais homogêneos: “A lei de arbitragem, como sabemos, não se refere às matérias indisponíveis, de modo que é preciso uma pesquisa no ordenamento jurídico para saber quais os direitos que classifica como indisponíveis. Diríamos não poderem ser objeto de arbitragem, entre outros, os conflitos envolvendo: (...) (f) interesses difusos, por terem objeto indivisível e sujeitos indetermináveis; entretanto, em princípio, nada obsta a arbitrabilidade dos interesses coletivos, inclusive porque pertencem a grupo social determinado ou determinável etc”. V. tb. ALEM, Fabio Pedro; MEDICI JUNIOR, Fernando. Novas tendências para solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem *in VERÇOSA*, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 295: “Como se vê, s.m.j., e ressalvadas as peculiaridades fáticas e das possíveis pretensões que, caso a caso, podem determinar a disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses em discussão, parece-nos que – exceção feita aos interesses difusos, de essência claramente pública e indisponível – tanto os interesses coletivos *stricto sensu* quanto os interesses individuais homogêneos poderão comportar discussão pela via arbitral”.

<sup>168</sup> Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985: “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”.

<sup>169</sup> V. GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos *in LEMES*, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 155. V. tb. GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...* cit., p. 196: “... parece-nos que os limites da indisponibilidade dos interesses difusos e coletivos impõem cautela e, a exemplo do que se entende possível para o ajustamento de conduta, parece-nos que apenas o modo de cumprimento da obrigação, em caso de impasse, poderia ser submetido à solução pela via arbitral”; GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela

Há, enfim, quem apresente entendimento que corresponde, em certa medida, à combinação de algumas das posições anteriores. Nesse sentido, por exemplo, Bernardo Lima, que se dedicou especificamente à arbitragem em caso de dano ambiental, entende arbitráveis, no âmbito dessa matéria, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, em limites análogos aos propostos para o compromisso de ajustamento de conduta (modo, tempo e lugar de cumprimento da obrigação),<sup>170</sup> e ainda, de forma ampla, os direitos individuais homogêneos decorrentes de dano ambiental.<sup>171</sup>

---

dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136, jun. 2006, p. 252: “... mesmo que se trata (*sic*) de direitos indisponíveis, há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem pode ser utilizada. Suponhamos, como disse antes, o direito ao meio ambiente. O direito ao meio ambiente é sem dúvida indisponível. O Estado traçou uma reserva para esses direitos em benefício da sociedade e dos indivíduos. Mas o modo de cumprimento da obrigação, esse é disponível. Não ataca o núcleo fundamental do direito indisponível. Mas cuida, exclusivamente, de um acordo ou de uma arbitragem sobre a maneira de se cumprir a obrigação relativa à conservação, à preservação, à reconstrução do meio ambiente” (embora, às fls. 262-263, conste intervenção de Ada Grinover, no sentido de conferir abertura um pouco maior para a arbitragem que a proposta por Eduardo Damião: “Devo dizer que o campo que o Dr. Eduardo vê como propício à arbitragem, em matéria ambiental, me pareceu um pouco restrito demais. Eu ousaria mais. (...). Eu sou mais propícia a uma abertura maior. Por que o árbitro ou os árbitros não podem também dizer, na base de perícias, na base de provas, se houve o dano ambiental? e (*sic*) condenar na sentença arbitral?”); BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 277-278, grifos no original: “(...) Dessa forma, o objeto da arbitragem consistirá em definir certos aspectos da reparação ou compensação, como *tempo, modo, lugar e condições de cumprimento da obrigação pelo poluidor*, estabelecendo a melhor maneira de restabelecer o equilíbrio ecológico do ambiente agredido ou, não sendo isso possível, a medida compensatória equivalente” (destacando, ainda, as hipóteses de procedimento arbitral para fixar a cota de responsabilidade de cada um na produção do resultado danoso ao meio ambiente, o que evidentemente não configura questão coletiva; para resolver conflitos que emergem de acidente ambiental e que atingem a esfera patrimonial de particulares e para solucionar questões relativas ao direito de vizinhança). V. tb. COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente in ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Arbitragem interna e internacional: Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329: “Assim, a hipótese ora aventada – ou seja, de *dispensa*, por parte da própria Administração Pública e demais entes legitimados à tutela ambiental, da ação civil pública em prol da arbitragem – tomaria lugar nos casos em que o Poder Público e o poluidor estivessem dispostos à celebração do Termo de Compromisso ou de Compromisso de Ajustamento de Conduta para extinção amigável de eventual ação já proposta, *mas ainda não houvessem encontrado termo comum quanto a prazos e condições*” (grifos no original). Contra, porém, sustentando que a distinção entre disposição de um direito e de suas condições de cumprimento seria artificial, não sendo admitida, por isso, a arbitragem de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* nem mesmo dentro desses limites estritos, ALVES, Rafael Francisco, *A arbitragem no Direito Ambiental...*, cit., p. 204-205.

<sup>170</sup> V. LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137-139. Sobre o ponto, ilustrativa a seguinte passagem: “Não haverá, no juízo arbitral, efetivamente, um pronunciamento sobre um direito indisponível, mas um julgamento sobre a eficiência da aplicação de um método de assegurar a tutela do direito disponível. O árbitro, portanto, pode estabelecer o modo, o tempo ou o lugar de cumprimento da obrigação, mesmo sabendo que a sua decisão, se equivocada, poderá afetar a qualidade do objeto da indenização? Sim. (...) A controvérsia que busca uma apreciação sobre o modo, tempo ou lugar de cumprimento da obrigação não versa sobre direitos indisponíveis, considerando que a higidez do direito está garantida pela fixação do resultado a ser obtido com o seu cumprimento”.

<sup>171</sup> V. LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 128: “O direito violado pode ser, como vimos, disponível ou indisponível, mas o objeto a ser alcançado com a indenização terá sempre, no plano individual, caráter disponível. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, portanto, em matéria ambiental pode ser prestada por árbitros, quando assim as partes envolvidas optarem”.

Surpreendentemente, em que pese a ser um tema pouco debatido pela doutrina no Brasil, a única conclusão que se pode extrair da pesquisa sobre o que já se escreveu é que reina o mais absoluto dissenso. Uma verdadeira Torre de Babel doutrinária, em que ainda não se chegou a nenhum ponto de partida seguro para o estudo proposto. Não há uniformidade nem quanto às categorias de direitos coletivos que poderiam, em tese, ser submetidas à arbitragem, nem aos limites e condições para que tal ocorra.

De todo modo, tal controvérsia reforça, uma vez mais, a relevância do tema proposto e permite extrair pelo menos uma consideração importante: não se pode afirmar, apressadamente, que a arbitragem coletiva é inviável no Brasil. Nada impede que se chegue a tal conclusão ao final do presente estudo, mas será necessário, para tanto, aprofundar-se nos fundamentos que se tem apresentado, como se depreende da revisão bibliográfica sobre a matéria.

### 1.2.3 Primeira contradição: arbitragem coletiva trabalhista

Como se não bastasse toda a controvérsia doutrinária delimitada no item anterior, há mais um dado relevante, que reforça a suspeita da admissibilidade da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. Tal circunstância está contemplada no art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição da República.<sup>172</sup>

Aludido dispositivo, que diz respeito aos conflitos coletivos do trabalho – ou seja, que envolvem os interesses de vários trabalhadores, de um lado, e de um ou mais empregadores, de outro –, dispõe que uma vez frustrada a negociação, as partes poderão submeter a controvérsia à arbitragem. A apreciação da matéria por árbitros é facultativa,

---

<sup>172</sup> Art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição da República, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

de maneira que, recusando-se qualquer das partes, poderá ser ajuizado dissídio coletivo de natureza econômica,<sup>173</sup> de comum acordo,<sup>174</sup> perante a Justiça do Trabalho.

Diante desse dispositivo constitucional, não há como negar a possibilidade de arbitragem coletiva de conflitos trabalhistas. Ainda que a legislação infraconstitucional restrinja o campo de arbitralidade objetiva aos direitos patrimoniais disponíveis, toda essa questão passa ao largo da arbitragem coletiva em matéria laboral, por se tratar de norma hierarquicamente superior e que prevaleceria sobre qualquer previsão restritiva que pudesse ser extraída da interpretação da Lei nº 9.307/1996.

Aí se encontra a primeira contradição sistêmica: parece estranho que o ordenamento jurídico pátrio tenha permitido expressamente a arbitragem coletiva em matéria trabalhista e não admita de forma nenhuma, como sugere expressiva doutrina, que os demais conflitos coletivos sejam submetidos a árbitros.

A contradição fica ainda mais evidente quando se comparam os regimes para a arbitragem individual nos campos cível e trabalhista. Ao passo que na esfera cível tem se admitido, como regra geral, a arbitralidade objetiva, ficando cada vez mais restritas as matérias insuscetíveis de resolução por árbitros,<sup>175</sup> no âmbito do direito do trabalho a

---

<sup>173</sup> Embora o dispositivo constitucional atual apenas se refira ao dissídio coletivo de natureza econômica, ou seja, que diga respeito a reivindicações econômico-profissionais dos trabalhadores ou pleitos empresariais que visam a criar novas condições de trabalho, a doutrina também faz referência ao dissídio coletivo de natureza jurídica, atinente à divergência de interpretação sobre regras ou princípios jurídicos já existentes, contemplados ou não em diplomas coletivos negociados. A arbitragem pode se instaurar tanto em um conflito de natureza econômica quanto jurídico, tendo a Constituição se referido apenas ao primeiro para reforçar o papel importante destinado à negociação coletiva para a criação de novas e melhores condições de trabalho. V., entre outros, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 1316.

<sup>174</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe acentuada discussão na jurisprudência e na doutrina juslaboral acerca da necessidade de comum acordo para o ajuizamento de dissídio de natureza econômica (mas não para o de natureza jurídica), que não se encontrava na redação original da Constituição. Nesse sentido, foram ajuizadas cinco ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (ADI 3.392; ADI 3.423; ADI 3.431; ADI 3.432 e ADI 3.520), que aguardam decisão. Para uma visão panorâmica, sugerindo a possibilidade de supressão judicial em caso de recusa ao consentimento da outra parte para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, CAMPANER, Ozório César. *Conflitos coletivos de trabalho e formas de solução*. São Paulo: LTr, 2011, p. 176 e ss.

<sup>175</sup> V., nesse sentido, GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitralidade objetiva...*, cit., p. 213; LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental...*, cit., p. 100-101. Na doutrina estrangeira, há quem se refira ao fenômeno de ampliação da esfera em que se admite a arbitragem – o que não ocorre apenas no Brasil, mas em perspectiva global – como a “morte da inarbitralidade”. V. YOUSSEF, Karim. *The death of inarbitrability in* MISTELIS, Loukas A.; BREKOULASKIS, Stavros L. (Ed.). *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 47-67.

tendência tem sido exatamente a oposta: considerar, em princípio, inviável a submissão à arbitragem por se tratar de direito indisponível do empregado.<sup>176-177</sup>

A inconsistência parece flagrante. Se o direito trabalhista fosse indisponível em toda a sua extensão, não faria sentido que, coletivamente posto, se tornasse arbitrável. Da mesma forma, se os direitos coletivos em geral fossem indisponíveis, na medida em que pertencem a um grupo e não poderia o representante submeter aos árbitros um direito que não lhe pertence, por que nos casos em que esses direitos se referem a conflitos do trabalho torna-se viável a arbitragem?

Seria possível, claro, sustentar que a arbitragem coletiva trabalhista encontra-se contemplada na Carta Magna por obra do constituinte originário,<sup>178</sup> cujo poder é pleno e irrestrito, de maneira que este poderia admitir, em caráter excepcional, a arbitragem de

---

<sup>176</sup> Nesse sentido, cinco das oito turmas do Tribunal Superior do Trabalho possuem precedentes contrários à arbitragem nos conflitos individuais de trabalho. Confirmam-se, a título ilustrativo, os seguintes julgados: TST, RR 2881800-46.2002.5.02.0902, 1ª T., Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, julg. 18.8.2010; RR 551-85.2010.5.09.0411, 2ª T., Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julg. 11.9.2013; RR 317000-79.2009.5.09.0411, 5ª T., Rel. Min. Emmanoel Pereira, julg. 19.9.2012; RR 34800-79.2007.5.02.0082, 6ª T., Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julg. 10.4.2013; RR 189600-42.2008.5.07.0001, 8ª T., Rel. Juíza Conv. Maria Laura Franco Lima de Faria, julg. 14.11.2012. As 3ª e 7ª Turmas possuem precedentes em ambos os sentidos, embora decisões recentes venham sinalizando em conformidade com as outras cinco turmas. Compare-se, na 3ª Turma, AIRR 7249100-84.2002.5.02.0900, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julg. 18.2.2009 (entendendo que o art. 5º, XXXV, da Lei Maior não se incompatibiliza com a arbitragem, mesmo nos dissídios individuais) com RR 85300-20.2007.5.02.0028, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julg. 22.5.2013 (considerando a arbitragem no direito individual do trabalho incompatível com o acesso à justiça); na 7ª Turma, comparem-se AIRR 147500-16.2000.5.05.0193, 7ª T., Rel. Min. Pedro Paulo Manus, julg. 15.10.2008 (afirmando que a garantia da universalidade da jurisdição, em princípio, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral) e AIRR 254740-37.2002.5.02.0077, 7ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, julg. 18.12.2007 (aduzindo ser a arbitragem, em tese, possível no Direito do Trabalho) com AIRR 712-87.2011.5.04.0027, 7ª T., Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, julg. 25.9.2013 e Ag-RR 264000-55.2007.5.12.0055, 7ª T., Rel. Min. Pedro Paulo Manus, julg. 2.2.2011 (ambos não admitindo a solução pela via arbitral, porque os direitos trabalhistas são indisponíveis).

<sup>177</sup> Apenas a 4ª Turma do TST tem orientação mais favorável à arbitragem nos litígios individuais, com base em importante precedente considerado surpreendente, na época em que proferido, pela doutrina juslaboralista e por advogados militantes no Direito do Trabalho. V. referido precedente em TST, RR 165000-41.1999.5.15.0003, 4ª T., Rel. Juiz Conv. Maria Doralice Novaes, julg. 14.9.2005 (afirmando que a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas seria válida apenas no momento da contratação ou na vigência do contrato de trabalho, mas não após seu término), Tal julgado foi corroborado nos seguintes casos: RR 179900-66.2004.5.05.0024, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, julg. 3.6.2009; AIRR 170640-65.2003.5.05.0002, 4ª T., Rel. Min. Fernando Eizo Ono, julg. 24.3.2010 e RR 144300-80.2005.5.02.0040, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, julg. 15.12.2010. Mesmo esses precedentes, porém, consideram ineficaz a estipulação de convenção de arbitragem anterior à extinção da relação laboral.

<sup>178</sup> Na redação originária da Constituição da República, assim constava nos §§ 1º e 2º do art. 114: “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”. A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou apenas o § 2º, mantendo íntegra, de todo modo, a referência à arbitragem coletiva trabalhista.

direitos indisponíveis em sua essência. Mas essa parece uma justificativa muito pobre, afinal, não se consegue depreender, à primeira vista, os motivos que teriam conduzido o constituinte originário a estabelecer tal hipótese.

Ainda mais intrigante é a constatação de que, muito embora contemplada na Constituição da República desde sua promulgação, há mais de vinte e cinco anos, a arbitragem coletiva no direito do trabalho tem sido pouquíssimo utilizada na prática, sendo raros os casos a esse respeito relatados pela doutrina. Nem mesmo a previsão, no art. 83, XI da Lei Complementar nº 75/1993,<sup>179</sup> de que poderá o Ministério Público do Trabalho atuar como árbitro nos conflitos de competência da Justiça do Trabalho foi o suficiente para estimular as arbitragens coletivas trabalhistas, na medida em que o *Parquet* não se estruturou internamente para desempenhar tal tarefa.<sup>180</sup>

Uma análise das atas da Assembleia Nacional Constituinte revela como surgiu tal previsão, que não se encontrava nas constituições anteriores. Tal proposta aparece pela primeira vez na Subcomissão Temática do Poder Judiciário e do Ministério Público, por iniciativa do relator, Dep. Plínio de Arruda Sampaio, à época filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT). Sua proposta, em harmonia com o que defendiam as principais

<sup>179</sup> Art. 83, XI da Lei Complementar nº 75/1993: “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”.

<sup>180</sup> O Ministério Público do Trabalho limitou-se a editar uma resolução (Resolução nº 44/1999) que, na teoria, regulamentou o tema, mas não teve o efeito esperado, por falta de iniciativa interna para divulgar a arbitragem perante o MPT e de atuação coordenada para criar os órgãos necessários para este fim. Sobre o ponto, BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010, p. 58. V. tb. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Mediação e arbitragem como meios de solução de conflitos coletivos de trabalho: atuação do Ministério Público do Trabalho*. *Revista LTr*, v. 62, n. 3, mar. 1998, p. 350-351, reconhecendo que as experiências do MPF com arbitragem são escassas, com referência a apenas dois exemplos: laudo arbitral proferido em 30.5.1996 pelo Procurador Edson Braz da Silva da Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região, sobre reposição salarial prevista em acordo coletivo de trabalho (disponibilizado na *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 12, set. 1996, p. 344-347), e sentença arbitral proferida em 5.8.1997 pelo Procurador Gláucio Araújo de Oliveira, da Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região, sobre participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. Aliás, nem todos os Procuradores do Trabalho consideram positiva tal atribuição ao MPT ou mesmo compatível com seu fim institucional de defesa de determinados valores políticos, o que pressupõe uma postura parcial, não já equidistante, como a de um árbitro. Sobre o ponto, com ceticismo, v. CASAGRANDE, Cássio. *Arbitragem e mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93*. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 8, jul./set. 2003, p. 15-25. Para uma visão favorável, BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas...*, cit., p. 59 e DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro*. São Paulo: LTr, 2004, p. 294 (destacando, como vantagens dessa alternativa, a especialização do procurador do trabalho, a possibilidade de realização da arbitragem sem custo financeiro para as partes, a possibilidade de o procurador proceder a diligências e requisitar documentos, o que um árbitro privado não poderia fazer; a confiança da sociedade no MPT e a garantia de que não ocorrerão os problemas verificados em algumas Câmaras de Conciliação Prévia).

lideranças sindicais à época no Brasil,<sup>181</sup> consistia em condicionar a atuação da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos ao impasse nas negociações entre empregadores e empregados, afastando seu tradicional poder normativo. A Justiça do Trabalho passaria a apreciar os conflitos coletivos como um “árbitro público”, sem que se cogitasse da arbitragem privada hoje disciplinada na Lei nº 9.307/1996.<sup>182-183</sup>

A proposta da arbitragem coletiva na Justiça do Trabalho, portanto, vem a lume como uma alternativa ao poder normativo, implantado no Brasil desde a criação desse ramo especializado do Judiciário pelo Decreto-Lei nº 1.237/1939. O poder normativo desenvolveu-se em época de regime autoritário, em que a regulação das relações de trabalho pelo Estado baseava-se no pressuposto essencial de negação do conflito de classes, que deveria dar lugar à necessária colaboração dos grupos opostos.<sup>184</sup>

Assim como em outros regimes totalitários da época, a base desse modelo consistia na crença de uma comunidade nacional organicamente unificada, sob coesão social incondicional e regida por um Estado totalitário, governado pessoalmente por uma liderança forte e carismática. Os ideais liberais clássicos de igualdade, liberdade e

---

<sup>181</sup> Alguns anos mais tarde, antes mesmo da aprovação da Lei nº 9.307/1996, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) reiterou essa orientação, propondo o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho e a valorização de meios alternativos à solução de impasses na negociação coletiva. V., sobre o ponto, RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr: 1999, p. 222-223.

<sup>182</sup> Confirmam-se, nesse sentido, as seguintes passagens da ata da Subcomissão Temática do Poder Judiciário e do Ministério Público: “O SR. RELATOR (Plínio Arruda Sampaio): (...) Entendemos que, como se faz, por exemplo, na Itália, o Tribunal Superior a chamada (*sic*) não para julgar uma greve (*sic*), mas pare (*sic*) atuar como árbitro, quando as partes não chegam a um acordo. A greve é um direito constitucional do trabalhador a através dela exerce seu direito. Se as partes não chegam a um acordo, recorrem ao Tribunal. Esta a (*sic*) uma novidade grande e importante para a qual chamo a atenção dos colegas” (página 162) e “O SR. RELATOR (Plínio Arruda Sampaio): (...) Quanto ao dissídio coletivo, acho que houve consenso. Não houve qualquer emenda contrária, ou melhor, várias emendas contrárias, foram apresentadas, mas não houve peso na Comissão. Há idéia de que a Justiça Trabalhista não julga o dissídio coletivo, não julga a greve; ela pode ser chamada, no caso de greve, como árbitro, para exercer uma função de arbitragem. Nesse caso, a Justiça não poderá dar um laudo arbitral que represente menos do que aquilo que a classe patronal havia oferecido aos trabalhadores no dissídio. Este é um avanço fantástico, e sinto que há certo consenso na Subcomissão nesse sentido” (página 196).

<sup>183</sup> Sobre a existência de uma “arbitragem pública” no direito do trabalho, interessante constatar que tal modelo foi apontado em estudo da Organização Internacional do Trabalho publicado na década de 1980 sobre os meios alternativos de solução de conflitos laborais. V. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo: estudio comparativo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, p. 161 (“... originalmente, el árbitro en los conflictos del trabajo no era un juez nombrado por los poderes públicos, sino una persona seleccionada por las partes interesadas. Aún hoy se sigue aplicando este concepto en el arbitraje comercial e internacional, pero en el campo laboral es hoy corriente que el árbitro sea elegido por las autoridades o que sea funcionario público”).

<sup>184</sup> V. ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático*: estudos. São Paulo: LTr, 1993, p. 78-79. Contra, porém, ADAMOVICH, Eduardo. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 855 (destacando que mesmo em período de democracia existiu o poder normativo, que nada mais é do que repercussão dos efeitos *erga omnes* de uma decisão em ação coletiva trabalhista).

fraternidade são deixados de lado, dando lugar a valores como poder, ordem, autoridade, obediência, lealdade e heroísmo. O indivíduo se perde na comunidade, absorvido pelos sentimentos de dever, honra e fidelidade.<sup>185</sup>

Trazidas essas ideias para o processo, os litigantes passam a ser considerados seres inferiores, doentes que destoam da coesão social e precisam ser conduzidos pelo Estado paternalista e, de preferência, reconciliados. Mas nunca no âmbito extrajudicial: o Estado não admite concorrência. Natural, assim, a criação do poder normativo da Justiça do Trabalho, a fim de tornar desnecessária a atuação dos sindicatos. Em vez de buscar a negociação, os atores sociais encontrariam no Estado a solução dos conflitos em torno das condições de trabalho. A greve fica proibida, afinal, se não se acredita na negociação, desnecessários seriam os movimentos paretistas.<sup>186</sup>

No momento em que o Brasil consolidou sua redemocratização, as críticas ao poder normativo da Justiça do Trabalho se intensificaram. Do ponto de vista de muitos sindicatos e de expressivo setor da doutrina, além de o poder normativo trazer o pecado original fascista em sua essência, sendo inspirado na *Carta del Lavoro* de Mussolini, este mecanismo: (i) faria com que muitos sindicatos reproduzissem sua vida vegetativa, limitando-se a negociar reajustes na data-base para dar alguma satisfação à categoria e restringindo sua atuação principal a atividades meramente assistenciais; (ii) impediria que as partes chegassem à exaustão de suas forças na negociação, sendo mais cômodo dirigir-se à Justiça do Trabalho para resolver o problema; (iii) retiraria força dos sindicatos na negociação, vez que os tribunais se mostram muito mais preocupados em lidar com as consequências de eventual greve do que em resolver o conflito subjacente, declarando frequentemente a ilegalidade de movimentos paretistas; (iv) limitaria a resolução do conflito à forma binária de adjudicação (deferre ou não, procedente ou improcedente); (v) estipularia a resolução do litígio por magistrados não especializados e sem todo o conhecimento sobre as relações concretas de trabalho.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> V. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo in DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 179-180.

<sup>186</sup> V. SILVA, Edson Braz. Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, v. 69, n. 9, set. 2005, p. 1038.

<sup>187</sup> Para uma visão panorâmica dessas críticas, entre outros, v. RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem...*, cit., p. 220-224; CAMPANER, Ozório César. *Conflitos coletivos de trabalho...*, cit., p. 164-168; SILVA, Edson Braz. Aspectos processuais e materiais..., cit., p. 1039-140; FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Mediação e arbitragem como meios de solução...*, cit., p. 347-348;

Não faltou, por outro lado, quem defendesse a permanência do poder normativo, sob o fundamento de que a sua supressão poderia até ser benéfica para as categorias mais organizadas (metalúrgicos, trabalhadores de montadoras de veículos, entre outros), mas parcela esmagadora da classe trabalhadora é inorgânica, fraca e sem capacidade de barganha, de maneira que relegar a solução dos conflitos coletivos à negociação ou a meios alternativos reforçaria a situação de desigualdade. Além disso, não teria maior relevância a circunstância de o poder normativo ter surgido em época de regime político autoritário, porque tal modelo sobreviveu a duas Constituições democráticas (1946 e 1988) e assumiu sistemática própria, mesmo admitindo-se o direito de greve, não sendo incompatível com uma maior autonomia sindical.<sup>188</sup>

Voltando às origens no texto da Constituição da República da arbitragem nos conflitos coletivos do trabalho, ao final das atas da Comissão Temática de Organização dos Poderes e Sistema de Governo – que englobava a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público –, consta uma versão consolidada do projeto, incorporando dispositivos de acordo com a proposta original do Dep. Plínio de Arruda Sampaio.<sup>189</sup> A análise de seu texto demonstra que nenhuma concessão havia sido feita até então para que qualquer outra entidade pudesse atuar como árbitro nos dissídios coletivos, senão a própria Justiça do Trabalho. A arbitragem continuava prevista como alternativa ao poder normativo, muito embora o modelo tradicional tivesse sido preservado no § 2º, em caso de insucesso da negociação ou da via arbitral.

Na fase de sistematização e de elaboração da versão final do projeto, a fim de que fosse submetido ao Plenário, o § 1º em discussão foi alterado, de modo a suprimir a referência à Justiça do Trabalho. Previu-se simplesmente, como constou na redação final, que as partes poderiam eleger árbitros. Embora não se encontre nas atas da Assembleia Constituinte justificativa para essa importante inovação, que abriu as portas para a arbitragem privada nos dissídios coletivos, contribuíram para tanto a orientação

---

MARTINELLI, Dariane Marques. Arbitragem no direito coletivo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, n. 59, jul./dez. 2007, p. 492-494.

<sup>188</sup> Para uma ampla exposição sobre o assunto, além dos textos indicados na nota anterior, v. RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem...*, cit., p. 217-220; AROUCA, José Carlos. *Repensando o sindicato*. São Paulo: LTr, 1998, p. 211-215; GENRO, Tarso Fernando. Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado. *Revista de Direito Alternativo*, n.1, 1992, p. 95-98.

<sup>189</sup> Assim constou na página 181 das atas: “Art. 85 (...) § 1º Havendo impasse nos dissídios coletivos, as partes poderão eleger a Justiça do Trabalho como árbitro. § 2º Recusando-se o empregador à negociação ou à arbitragem, é facultado ao Sindicato de Trabalhadores ajuizar o processo de dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

favorável à utilização dos meios alternativos para a solução de conflitos coletivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>190</sup> e a bem-sucedida experiência de outros países, como os Estados Unidos,<sup>191</sup> com arbitragem entre sindicatos de empregados e empregadores, que lá se realiza predominantemente por entidades privadas.

Na realidade, uma breve pesquisa no âmbito do Direito Comparado mostra que a arbitragem para a solução de conflitos coletivos do trabalho é largamente utilizada de longa data em outros países<sup>192</sup> – muito antes dos precedentes relatados na jurisprudência dos Estados Unidos e Canadá sobre arbitragem de direitos coletivos na esfera cível –, e que o Brasil é um dos poucos países a confiar no poder normativo para tal solução, o que também é invocado pelos críticos desse sistema.<sup>193</sup>

Após a promulgação do texto constitucional em 1988, algumas leis também se referiram à arbitragem coletiva de conflitos laborais, ainda que de forma bastante tímida

---

<sup>190</sup> V., nesse sentido, arts. 1º e 6º da Recomendação OIT nº 92/1951 (“Sistemas de conciliação voluntária, apropriados às condições nacionais, devem ser disponibilizados para auxiliar na prevenção e resolução de conflitos laborais entre empregadores e trabalhadores” e “Se um litígio foi submetido à arbitragem para resolução final, com o consentimento de todas as partes envolvidas, estas devem ser incentivadas a se absterem de greves e locautes enquanto a arbitragem estiver em andamento e para aceitarem a decisão arbitral”) e art. 6º da Convenção OIT nº 154/1981, ratificada pelo Brasil em 1992 (“As disposições da presente Convenção não obstruirão o funcionamento de sistemas de relações de trabalho, nos quais a negociação coletiva ocorra num quadro de mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambos, nos quais tomem parte voluntariamente as partes na negociação coletiva”).

<sup>191</sup> A *American Arbitration Association* (AAA), uma das principais instituições de arbitragem nos Estados Unidos, possui regulamento específico para as arbitragens de conflitos trabalhistas (*Labor Arbitration Rules*), que está disponibilizado em sua página na internet, em [www.adr.org](http://www.adr.org) (acessado em 13 de janeiro de 2014). V. tb. SHIEBER, Benjamin M. *Iniciação ao direito trabalhista norte-americano*. São Paulo: LTr, 1988, p. 95 (informando que mais de 95% das convenções coletivas vigentes nos Estados Unidos à época continham cláusula compromissória em caso de conflitos sobre a interpretação ou a aplicação do diploma coletivo negociado).

<sup>192</sup> De acordo com a OIT, a maioria dos países estudados na época adotava a arbitragem como meio de solução dos conflitos coletivos de natureza econômica ou de ambas as espécies (dissídio econômico e jurídico). V. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conciliación y arbitraje em los conflictos de trabajo...*, cit., p. 162 (ressalvando-se, porém, que em muitos países é utilizado o modelo de “arbitragem pública”). Confira-se, ainda, interessante artigo de NOLAN, Dennis R.; ABRAMS, Roger I. *American labor arbitration: the early years*. *University of Florida Law Review*, v. XXXV, n. 3, Summer 1983, p. 373 e ss. (relatando não apenas que a arbitragem é o caminho normal para resolver controvérsias entre sindicatos e empregadores nos Estados Unidos, como indicando que sua origem remonta ao século XVII, como forma de inibir movimentos grevistas violentos, muito embora só tenha se consolidado na primeira metade do século XX). V. tb. na doutrina brasileira, com referências à arbitragem nos conflitos coletivos do trabalho no México, Estados Unidos, Canadá, França, Espanha e outros países, FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990, p. 35-43 e, mais recentemente, VILLATORE, Marco Antônio César. *Arbitragem na solução de conflitos no Direito Comparado*. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, n. 91, jul. 2000, p. 77-105.

<sup>193</sup> V. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 819-820 (concentrando as críticas no poder normativo dos dissídios econômicos).

e superficial, como a Lei de Greve (arts. 3º, *caput* e 7º, *caput* da Lei nº 7.783/1989);<sup>194</sup> a Lei da Política Nacional de Salários (art. 1º, § 2º da Lei nº 8.542/1992, já revogada)<sup>195</sup> e a Lei de Participação nos Lucros (art. 4º da Lei nº 10.101/2000)<sup>196</sup>. Isso sem falar do já referido art. 83, XI da Lei Complementar nº 75/1993, segundo o qual poderá o Ministério Público do Trabalho atuar como árbitro nos conflitos de competência da Justiça do Trabalho, o que abrange, naturalmente, os dissídios coletivos.<sup>197</sup>

Nada disso, entretanto, foi suficiente para que a arbitragem coletiva no âmbito trabalhista se desenvolvesse no Brasil. Como obstáculos para sua consolidação no país, são apontados os seguintes motivos: (i) manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, não possuindo as partes qualquer incentivo para procurarem a arbitragem; (ii) deficiências na disciplina da arbitragem no Brasil na época em que entrou em vigor a Constituição, em especial a falta de tutela específica para a cláusula compromissória e a exigência de homologação judicial do laudo arbitral; (iii) entendimento tradicional, ainda hoje dominante entre os juslaboralistas na esfera individual, de que os direitos trabalhistas em geral seriam indisponíveis; (iv) falta de representatividade da maioria das entidades sindicais do país; (v) elevado custo normalmente atribuído à solução pela via arbitral; e (vi) arraigada cultura judicialista dos profissionais do direito no Brasil, que preferem que a lide seja resolvida pelo Poder Judiciário.<sup>198</sup>

<sup>194</sup> Art. 3º, *caput* da Lei nº 7.783/1989: “Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”. Art. 7º, *caput*: “Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, *laudo arbitral* ou decisão da Justiça do Trabalho” (grifou-se).

<sup>195</sup> Art. 1º, § 2º da Lei nº 8.542/1992: “As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, *laudo arbitral* ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa” (grifou-se).

<sup>196</sup> Art. 4º da Lei nº 10.101/2000, com a redação dada pela Lei nº 12.832/2013, que apenas acrescentou a menção à Lei de Arbitragem: “Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: (...) II - arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. §1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes. §2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes. §3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. §4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial”.

<sup>197</sup> Nesse sentido, reconhecendo a incidência do dispositivo para os conflitos individuais e coletivos, v. DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho...*, cit., p. 309.

<sup>198</sup> Para uma ampla exposição dessas causas, v. AHRENS, Maria Cecília Weigert Lomelino de Freitas; A arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos coletivos trabalhistas no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 36, n. 67, p. 449-451, jul./dez. 2011;

Essa relação de motivos para o insucesso da arbitragem coletiva no direito do trabalho no Brasil é relevante e será considerada no momento oportuno (item 3.1.4, *infra*), uma vez verificada a admissibilidade da arbitragem coletiva igualmente na esfera cível e sua conveniência no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaque-se que, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/2004, como resultado das críticas que se avolumavam há algumas décadas e de reivindicações de setores sindicalistas de empregadores e empregados, o poder normativo da Justiça do Trabalho sofreu importante restrição, alterando-se o art. 114, § 2º da Carta Magna para exigir o comum acordo das partes, a fim de que seja ajuizado o dissídio coletivo de natureza econômica, ou seja, que visa ao estabelecimento de novas condições de trabalho.<sup>199</sup> Após tal modificação, há quem sustente inclusive que a Justiça do Trabalho não mais possui o poder normativo – pelo menos em matéria de dissídio econômico – atuando, diante da exigência de comum acordo, como um árbitro público, o que remete à proposição original veiculada na Assembleia Constituinte.<sup>200</sup>

---

YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006, p. 106; SILVA, Walküre, Lopes Ribeiro da. Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 101, jan./mar. 2001, p. 161; FAVA, Marcos Neves. A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional...*, cit., p. 326 e SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Aplicabilidade da arbitragem nas relações trabalhistas. *Revista do CEPEJ da Faculdade de Direito da UFBA*, v. 11, jul./dez. 2009, p. 326-327. Em outros países, a arbitragem coletiva no direito do trabalho também não se desenvolveu por fatores culturais e pela falta de estímulo político ao seu uso. V. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conciliación y arbitraje em los conflictos de trabajo...*, cit., p. 168 (“No en todos los países ha tenido éxito la aplicación de dicha política, y en algunos las leyes al respecto son incluso letra muerta”).

<sup>199</sup> Para o esclarecimento das origens dessa alteração, a partir de propostas da CUT na década de 1990 e de conclusões no Fórum Nacional para Discussão do Sistema de Relações de Trabalho, no âmbito do Ministério do Trabalho, de 1993, v. RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem...*, cit., p. 227-229 e SILVA, Edson Braz. Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo..., cit., p. 1039 (apontando que, após o Fórum Nacional do Trabalho de 2004, a proposta inicial era simplesmente extinguir o poder normativo, com exceção somente dos casos de greve. No entanto, após intervenção do representante do TST, optou-se pela extinção parcial do poder normativo, ficando condicionado o seu exercício à solicitação conjunta das partes).

<sup>200</sup> Nesse sentido, v. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, v. 69, n. 1, jan. 2005, p. 31 (“verdadeiro juízo arbitral, dada a necessidade de mútuo acordo para a submissão do conflito ao Judiciário Laboral”); MAGANO, Octavio Bueno. O direito do trabalho e a reforma do Judiciário. *Revista LTr*, v. 69, n. 3, mar. 2005, p. 290 (“como o ajuizamento de dissídio coletivo ficou, pelo novo texto, subordinado a acordo entre as partes, daí se conclui tratar-se na verdade, de arbitragem pública”). V. tb.; BORGES, Daniza Rosário; TORRES, Daniela Leal. A arbitragem trabalhista in BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *MESCs: Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 223 e BARBOSA, Renato Lima. A reforma do Judiciário como primeiro passo para uma legítima negociação coletiva in RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Direito coletivo do trabalho depois da EC n. 45/04*. Curitiba: Gênese, 2005, p. 159. Contra, afastando a natureza de arbitragem pública, até porque seria ilógico que o art. 114, § 2º da Constituição da República dispusesse que fracassada a arbitragem as partes seriam encaminhadas a outra arbitragem, entre outros, GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho após a

Ainda assim, em que pese à relativização do poder normativo da Justiça do Trabalho, não se verificou qualquer alteração significativa em termos de utilização da arbitragem privada nos dissídios coletivos. Ao que tudo indica, os outros motivos apontados continuam representando obstáculo importante ao seu desenvolvimento, em especial a tese da indisponibilidade de direitos trabalhistas, a falta de representatividade dos sindicatos e a formação judicialista dos profissionais do Direito.

Seja como for, o estudo das origens do art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição e dos motivos para o fracasso da arbitragem de conflitos coletivos do trabalho no Brasil não resolve a contradição apontada. Adotando-se como premissa para o raciocínio neste item o entendimento dominante, como pode o direito dos empregados se tornar mais flexível quando coletivizado, ao passo que, na esfera cível, ocorre exatamente o contrário, ou seja, a indisponibilidade generalizada de todos os direitos coletivos?

Trata-se de afirmações aparentemente inconciliáveis. No direito do trabalho, costuma explicar-se a existência de regimes jurídicos distintos nos âmbitos individual e coletivo invocando o fundamento de que a presença do sindicato fortalece a posição dos trabalhadores, de sorte que fica relativizada a posição de desigualdade ordinariamente encontrada nas relações submetidas à Justiça do Trabalho.<sup>201</sup> Considera-se, ainda, que tal diferenciação teria sido reconhecida pelo próprio constituinte, que excepcionalmente permitiu a redução de salários e a alteração, modificação ou compensação da jornada de trabalho em casos de negociação coletiva.<sup>202</sup>

---

Emenda Constitucional n. 45/04. *Revista LTr*, v. 69, n. 1, jan. 2005, p. 69; BELMONTE, Alexandre Agra. Mútuo consentimento como condição da ação no dissídio coletivo. *Revista LTr*, v. 71, n. 6, jun. 2007, p. 681 e CAMPANER, Ozório César. *Conflitos coletivos de trabalho...*, cit., p. 190. Destaque-se, como já exposto, que há quem sustente que o requisito do comum acordo seria inconstitucional por afrontar o direito de ação, como demonstrado na nota 174.

<sup>201</sup> V., nesse sentido, a seguinte passagem ilustrativa em TST, RR 551-85.2010.5.09.0411, 2ª T., Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julg. 11.9.2013: “Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo...”

<sup>202</sup> Art. 7º, incisos VI e XIII da Constituição da República: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Há quem sustente, ainda, que a arbitragem juslaboral no âmbito coletivo teria sido assegurada por celeridade, dadas as graves consequências que

Essa justificativa, longe de resolver a contradição, apenas a agrava, na medida em que não se compreende por que os sindicatos teriam representatividade suficiente para permitir a flexibilização de alguns direitos dos empregados e, no âmbito cível, por exemplo, a presença do Ministério Público não teria o mesmo efeito.<sup>203</sup>

A mera previsão de diferentes legitimados para as ações coletivas cíveis, em contraste com a unicidade sindical no direito do trabalho, também não explica tal distinção. Em primeiro lugar, porque o Ministério Público do Trabalho igualmente pode deflagrar o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, mormente nos casos de greve.<sup>204</sup> Isso quer dizer que, mesmo para os dissídios coletivos do trabalho, há pluralidade de legitimados, tal como ocorre na esfera cível. Além disso, ainda que se possa ter o receio de que algumas associações, na área cível, cometam abusos, bastaria que se limitassem os legitimados à instauração da arbitragem coletiva, como faz a Lei da Ação Civil Pública quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, que somente pode ser celebrado por órgãos públicos (item 3.2.4).<sup>205</sup>

Talvez se possa argumentar que as coletividades interessadas na Justiça do Trabalho tendem a ser mais coesas e estáveis que os grupos envolvidos, por exemplo, em matéria de meio ambiente (em regra, formados por simples circunstâncias de fato, como residência em uma mesma localidade) ou de consumo (muitas vezes, baseados na

---

podem advir quando atingidos os direitos de vários trabalhadores, e pelo ambiente cooperativo e propício à negociação proporcionado, em comparação com a atmosfera beligerante do processo judicial. V. DISSENHA, Leila Andressa. A arbitragem na solução dos conflitos coletivos do trabalho – art. 114, § 1º da Constituição Federal de 1988 in VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland (Coord.). *Direito constitucional do trabalho: Vinte anos depois*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 723 e PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003, p. 37.

<sup>203</sup> YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista...*, cit., p. 103-104 sugere que as normas coletivas seriam peculiares, suscetíveis de revisão, com vigência limitada e eficácia *erga omnes*, “sem esquecer da sua natureza jurídica dispositiva e autônoma”, certamente ensejando o privilégio dado à arbitragem para dirimir os conflitos coletivos de trabalho. Tal justificativa é, ainda assim, manifestamente insuficiente, pois não se explica por que essas normas coletivas são dispositivas e, no âmbito cível, qualquer direito coletivo seria indisponível.

<sup>204</sup> V. art. 114, § 3º da Constituição da República: “Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito”. V. tb. art. 8º da Lei nº 7.783/1989: “A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão” (grifou-se). Outros legitimados podem também instaurar o dissídio coletivo, como as associações. Nesse sentido, v. BORBA, Joselita Nepomuceno. *Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos*. São Paulo: LTr, 2013, *passim*, especialmente p. 171 e ss.

<sup>205</sup> Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985: “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” (grifou-se).

simples aquisição de um mesmo produto defeituoso, por exemplo). Mas também não satisfaz essa justificativa porque, caso assim fosse, então deveria ser admitida na esfera cível a arbitragem dos direitos coletivos *stricto sensu*, que também se caracteriza por um vínculo mais estável, qual seja, a relação jurídica base.<sup>206</sup>

A contradição parece se explicar somente por questões ideológico-culturais. Em que pese à assertiva tradicional, principalmente na Justiça do Trabalho, de que os direitos dos empregados, individualmente considerados, são todos indisponíveis, assim não tem entendido parcela expressiva da doutrina, com ponderáveis argumentos.<sup>207</sup>

A disponibilidade quanto à repercussão patrimonial dos direitos dos empregados, assim como ocorre em caso de violação aos direitos da personalidade; a previsão na legislação extravagante de hipótese de solução de conflitos individuais do trabalho pela via arbitral<sup>208</sup> e o estímulo que a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) confere à conciliação, realidade frequente nas Varas do Trabalho por todo o Brasil, são questões que sugerem existir alguma margem de disponibilidade desses direitos, ainda que em seu aspecto individual. O Projeto de Lei nº 7.108/2014, que visa a reformar da Lei de Arbitragem, apenas reforça tais assertivas, no sentido de que os direitos dos trabalhadores não são absolutamente indisponíveis.<sup>209</sup>

Por outro lado, a indisponibilidade que se costuma atribuir indiscriminadamente aos direitos coletivos na esfera cível poderia ser explicada pela cultura individualista que ainda vigora nessa área. Como demonstrado no início do estudo, a consolidação da

---

<sup>206</sup> Art. 81, parágrafo único, II do Código de Defesa do Consumidor: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) 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” (grifou-se).

<sup>207</sup> Para uma revisão doutrinária sobre o tema e sustentando o cabimento da arbitragem trabalhista em âmbito individual dentro de certos limites, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, set./out. 2012, p. 13-33.

<sup>208</sup> Trata-se do atual art. 37 da Lei nº 12.815/2013, que, assim como já previa o art. 23 da revogada Lei nº 8.630/1993, faz referência à arbitragem nos dissídios individuais do trabalho nos portos. Confira-se: “Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35. § 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais. § 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes. § 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial”.

<sup>209</sup> O Projeto de Lei nº 7.108/2014 propõe acrescentar um dispositivo que permitirá que alguns conflitos do trabalho individuais sejam submetidos à arbitragem, desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar função de administrador ou diretor estatutário e, ainda, que tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou concorde, expressamente, com sua instituição. Embora os limites propostos sejam bastante restritos, já são suficientes para evidenciar que a indisponibilidade no direito do trabalho, mesmo na esfera individual, comporta temperamentos.

tutela coletiva civil no Brasil ocorreu apenas a partir da década de 80 do século passado, não sem sobressaltos. Natural, assim, que se veja com certa desconfiança qualquer ato de disposição referente à tutela coletiva cível. Os dissídios coletivos do trabalho, em flagrante contraste, são conhecidos há muito tempo, tendo sido previstos pelo legislador desde a criação da Justiça do Trabalho, no início do século XX.

Destaque-se, ademais, ser corrente a assertiva de que os direitos coletivos estariam a meio caminho, entre os interesses privados e os públicos.<sup>210</sup> A estes últimos tradicionalmente se reconhece a marca da indisponibilidade,<sup>211</sup> que acaba contaminando os direitos coletivos de uma forma geral. Nesse sentido, é significativa a manutenção da denominação “ação civil pública” nos Projetos de Lei nº. 5.139/2009 e 4.484/2012, mesmo tendo sido tal nomenclatura abolida nos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos que lhe haviam originado – elaborados no âmbito dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de São Paulo (Anteprojeto USP) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá (Anteprojeto UERJ/UNESA) –, que preferiram referir-se apenas a “ação coletiva”.

É lícito supor, desse modo, que nem os direitos individuais trabalhistas, nem os direitos coletivos na esfera cível sejam indisponíveis na extensão que tradicionalmente

---

<sup>210</sup> V. GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos... cit., p. 250. Na doutrina italiana, CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 30, 1975, p. 372 e CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. *Revista da AJURIS*, n. 33, mar. 1985, p. 174. V. tb. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 14, abr. 1979, p. 31; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*, v. 33, jan./mar. 1984, p. 10 e, mais recentemente, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50. Para DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224, o interesse público é gênero do qual são espécies os interesses gerais, difusos e coletivos. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 22, considera que os interesses difusos seriam interesses públicos latentes, eventualmente fragmentados. Contra, v. DENTI, Vittorio. Profili civilistici della tutela degli interessi difusi in STANZANI, Davide; FIORE, Adriano (Org.). *Strumenti per la tutela degli interessi difusi della collettività*. Rimini: Maggioli, 1981, p. 44-45, asseverando tratar-se de institutos distintos, pois o interesse público é almejado pelo Estado, ao passo que os transindividuais o são pelos particulares, ainda que de forma indivisível.

<sup>211</sup> Mesmo em relação aos interesses públicos, envolvendo a Administração Pública, tem sido reconhecida a possibilidade de submissão de eventuais controversias à arbitragem, desde que não se trate de atos de império do Estado, em que este atua com supremacia, de forma imperativa sobre os administrados, ou que digam respeito ao interesse público primário, destinado à satisfação do bem comum. Para uma exposição geral sobre o tema, com referência a importantes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, entre muitos outros, ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 33, abr./jun. 2012, p. 307-319 e, mais amplamente, SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 205 e ss.

se tem afirmado. De todo modo, avaliar se os direitos coletivos podem ser considerados indisponíveis e em qual extensão consiste em questão complexa, a ser enfrentada no momento oportuno (item 2.2). Quanto aos aspectos do direito do trabalho envolvidos, fica apenas o registro, vez que seu aprofundamento fugiria aos escopos deste estudo.

Certo é que a previsão constitucional da arbitragem coletiva dos conflitos de trabalho representa mais um dado a sugerir a admissibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, da arbitragem de direitos coletivos no processo civil, não se vislumbrando fundamento satisfatório para restringi-la unicamente ao direito laboral.

#### 1.2.4 Segunda contradição: propostas legislativas de arbitragem coletiva

Não se poderia encerrar a exposição sobre o estado da arte da arbitragem de direitos coletivos no Brasil sem enfrentar um último dado relevante: em que pese a não haver legislação sobre o tema na esfera cível,<sup>212</sup> já foram apresentadas propostas legislativas que preveem expressamente tal possibilidade.

Trata-se do Projeto de Lei nº 5.139/2009 da Câmara dos Deputados,<sup>213</sup> reproduzido literalmente, em todos os dispositivos relevantes para o tema em análise, no Projeto de Lei nº 4.484/2012. O art. 19 de ambos os projetos, que regula a audiência preliminar nas ações coletivas, contempla no § 1º o encaminhamento do caso a outras

---

<sup>212</sup> Não se ignora a existência do instituto da convenção coletiva de consumo no art. 107 do Código de Defesa do Consumidor (“As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. § 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. § 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias. § 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento”). Nada obstante, além de não se tratar de convenção de arbitragem, seus efeitos se produzem apenas aos filiados às entidades signatárias, o que não atende completamente às finalidades da tutela coletiva, que deve aproveitar a todos os integrantes do grupo, independentemente de filiação.

<sup>213</sup> Como já se destacou, referido projeto de lei foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Contra tal deliberação, foi interposto recurso ao Plenário da Câmara em 24.3.2010, ainda não apreciado até a presente data. A essa altura, estando em curso no Senado o Projeto de Lei nº 282/2012, que visa a reformar o Código de Defesa do Consumidor na parte em que trata das ações coletivas, e tendo sido apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.484/2012, que reproduz praticamente na íntegra o Projeto de Lei nº 5.139/2009, parece improvável que esse primeiro projeto venha a ser aprovado.

formas adequadas de solução do conflito, incluindo a arbitragem, desde que observada a natureza disponível do direito em discussão.<sup>214</sup>

Essa é a única referência dos dois projetos à arbitragem. Não se disciplinou o âmbito de cabimento, nem o procedimento a ser observado. Surpreendente, aliás, que um tema tão pouco discutido e ainda sem o necessário amadurecimento tenha sido incorporado a dois projetos de lei. O único critério delimitado pelo dispositivo em análise encontra-se ao seu final (“observada a natureza disponível do direito em discussão”) e, evidentemente, não responde a todas as indagações.

Afinal, em que situações exatamente os direitos serão disponíveis no âmbito da tutela coletiva? Qual o critério a ser observado para essa aferição?

Houve quem sustentasse, ainda à luz dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos que originaram os projetos de lei em análise, que o dispositivo em questão deveria ser interpretado de acordo com a regra que disciplinava o compromisso de ajustamento de conduta.<sup>215</sup> Dessa forma, nem haveria grande inovação na proposta em análise, eis que a arbitrabilidade dos direitos coletivos ficaria confinada ao modo de cumprimento da obrigação, como já se defende à luz da legislação atual.<sup>216</sup>

Nada obstante, a redação conferida ao art. 19, §§ 1º e 3º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 não favorece essa tese.<sup>217</sup> Como já se anotou, o § 1º refere-se à natureza disponível do direito como condição de submissão da controvérsia à via arbitral. O § 3º ressalva a possibilidade de transação quanto ao modo de cumprimento da obrigação ainda que indisponível o bem jurídico coletivo. Parece evidente, assim, que os dois dispositivos em confronto tratam de situações distintas.

A perplexidade causada pelo art. 19, §§ 1º e 3º desses projetos de lei – e pelos dispositivos correspondentes nos Anteprojetos USP e UERJ/UNESA – não passou

---

<sup>214</sup> Art. 19, § 1º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012: “O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão”.

<sup>215</sup> Art. 25, §§ 1º e 3º da última versão do Anteprojeto USP, de janeiro de 2007: “§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. (...) § 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação”. Idêntica redação consta no art. 18, §§ 1º e 3º do Anteprojeto UERJ/UNESA.

<sup>216</sup> GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos..., cit., p. 156-157 e GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 197.

<sup>217</sup> Art. 19, § 3º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012: “Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação”.

despercebida pela doutrina,<sup>218</sup> sem que tenham sido apresentadas respostas satisfatórias para a resolução das indagações postas anteriormente.

Tal circunstância reforça, a mais não poder, a relevância do tema da arbitragem coletiva, contemplado inclusive em propostas legislativas. Tendo em vista que os Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 não apresentam mais nenhum outro dado relevante, a pesquisa em análise necessita buscar outros elementos.

### 1.3 Definindo o plano de voo

A essa altura, já exposto o estado da arte da arbitragem coletiva no Brasil, é hora de definir um plano de voo para alcançar os objetivos aqui propostos.

Em primeiro lugar, é preciso investigar se a arbitragem de direitos coletivos pode ser admitida no Brasil à luz da legislação atual e quais os limites para tanto. A fim de responder a tal indagação, torna-se necessário mapear todos os obstáculos suscitados pela doutrina até o momento, assim como outros que se possam apresentar. Como será demonstrado, além da indisponibilidade que se costuma atribuir aos direitos coletivos e da impossibilidade de o representante celebrar convenção de arbitragem vinculante ao grupo, o que iria de encontro à autonomia privada – pedra de toque da arbitragem –, outras dificuldades têm sido apontadas e serão analisadas no próximo capítulo.

Caso firmada, em tese, a admissibilidade da arbitragem coletiva no Brasil, em um segundo momento, será importante investigar sua utilidade no ordenamento jurídico pátrio. Poderia a arbitragem de direitos coletivos atuar como um instrumento eficiente de tutela coletiva ou representaria apenas uma desnecessária complexidade, sem que dela se possa extrair qualquer vantagem? Estaria tal método limitado a uma manobra evasiva adotada por litigantes repetitivos em ordenamentos jurídicos que não possuem

---

<sup>218</sup> V. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 199 (“Trata-se de uma regra lacônica, que autoriza abertamente a arbitragem coletiva, sem limitá-la nem oferecer limites ou regras gerais. (...) Sequer existe qualquer informação concreta no Brasil sobre a arbitragem coletiva”) e FARIA, Marcela Kohlbach de. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas – PL 5.139/2009. Análise da experiência norte-americana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 34, jul./set. 2012, p. 236 (“Apesar da previsão expressa, o projeto não levantou maiores discussões sobre a possibilidade de instituição de procedimento arbitral para a resolução destas demandas coletivas, ou mesmo sobre o *modus operandi* dessa instauração, uma vez que a lei silencia sobre a forma deste procedimento”).

proteções suficientes aos contratos de consumo e de adesão, tal como se observa nos Estados Unidos e Canadá, ou poderia ir além disso? Em que medida a arbitragem poderia superar os demais instrumentos de tutela coletiva conhecidos?

Por fim, definido o cabimento e a utilidade da arbitragem coletiva, restaria analisar em que condições ela poderia ser instaurada. Qual o procedimento a ser observado? Seria necessário o prévio ajuizamento de uma demanda judicial, para que o Poder Judiciário encaminhe as partes à arbitragem?

Essas três etapas definidas para o plano de voo correspondem aos próximos passos do presente estudo.

## 2 ADMISSIBILIDADE

### 2.1 Mapeando os obstáculos

A admissibilidade da arbitragem de direitos coletivos no Brasil é assunto ainda não enfrentado com a devida profundidade, o que justifica um exame mais detido acerca dessa questão. Para definir se a arbitragem coletiva é possível, importa destacar alguns obstáculos suscitados na doutrina que se debruçou sobre o tema.

Como visto no capítulo anterior, os dois principais óbices invocados consistem (i) na suposta indisponibilidade dos direitos coletivos genericamente considerados, que recairiam fora da esfera de arbitrabilidade objetiva estabelecida no art. 1º da Lei nº 9.307/1996; (ii) na falta de legitimação do representante para celebrar uma convenção de arbitragem que pudesse vincular os demais integrantes do grupo, sendo a autonomia privada um pressuposto essencial para a instauração de arbitragem.

Além disso, uma revisão bibliográfica<sup>219</sup> aponta outros problemas que devem ser enfrentados, quais sejam: (i) a questão das despesas com o procedimento arbitral, que devem ser arcadas por alguém, em contraposição à isenção de despesas prevista em favor do grupo nas ações judiciais coletivas;<sup>220</sup> (ii) a contraposição entre a necessária publicidade das ações coletivas – afinal, os integrantes do grupo devem ser de alguma forma comunicados de sua existência para que possam, em caso de decisão favorável, exigir o seu cumprimento no âmbito das respectivas esferas individuais – e o sigilo que

---

<sup>219</sup> Sobre o tema, v. especialmente GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos..., cit., p. 158-159 (suscitando diversas dificuldades, mas sem respondê-las) e ALVES, Rafael Francisco. A arbitragem no Direito Ambiental..., cit., p. 210 (ênfatizando ser inviável a arbitragem nas causas em que o Ministério Público deva intervir).

<sup>220</sup> V. art. 5º, LXXIII da Constituição da República: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifou-se); art. 18 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais” e art. 87, caput da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor): “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”.

costuma ser observado nos procedimentos arbitrais; e (iii) a previsão da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nas ações coletivas que sejam deflagradas por outro colegitimado, em decorrência do interesse público em discussão.<sup>221</sup>

Por fim, há outras dificuldades procedimentais importantes que, conquanto não comprometam, em tese, a admissibilidade da arbitragem sobre direitos coletivos no Brasil, condicionam a sua estruturação, tais como o critério de escolha dos árbitros, a possibilidade de instauração unicamente por compromisso arbitral ou também mediante cláusula compromissória e o regime aplicável à sentença arbitral em tal situação, à luz da disciplina da coisa julgada material nas ações coletivas.<sup>222</sup>

Assim, neste ponto da pesquisa, serão enfrentados cinco obstáculos que podem acarretar a inadmissibilidade da arbitragem coletiva no Brasil (indisponibilidade dos direitos coletivos; impossibilidade de vinculação do grupo à convenção arbitral; atuação do Ministério Público; potencial conflito entre a confidencialidade na arbitragem com a publicidade das ações coletivas e custeio do procedimento arbitral). Esses pontos correspondem precisamente aos próximos itens deste capítulo.

---

<sup>221</sup> V. art. 6º, § 4º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”; art. 5º, § 1º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei” e art. 92 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor): “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

<sup>222</sup> V. art. 18 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”; art. 16 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “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” e art. 103 do CDC: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

## 2.2 Primeiro obstáculo: o mito da indisponibilidade

Desde as primeiras formulações doutrinárias dos interesses coletivos e difusos no Brasil, sob nítida influência italiana, estes foram concebidos como uma espécie intermediária entre os interesses público e privado.<sup>223</sup> Um dos primeiros instrumentos de tutela coletiva no país, a ação popular nasceu voltada à proteção do patrimônio público – da Administração – e nas décadas seguintes se ampliou para a defesa de outros interesses de âmbito coletivo.<sup>224</sup> Além disso, a Lei nº 7.347/1985, não por acaso, se referiu ao principal instrumento de tutela coletiva no Brasil como *ação civil pública*, a evidenciar seu caráter dúplice, simultaneamente privado (civil) e público.<sup>225</sup>

Ao interesse público tradicionalmente se atribuiu a marca da indisponibilidade, a tal ponto que houve época em que se considerou inarbitrável qualquer controvérsia que envolvesse a Administração, como se existisse uma verdadeira reserva de jurisdição na matéria.<sup>226</sup> Conquanto hoje se admita, em alguma extensão, a submissão a árbitros de

---

<sup>223</sup> V., entre outros, na doutrina italiana, CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile...*, cit., p. 372 e CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos...*, cit., p. 174. No Brasil, com referências expressas aos escritos de Cappelletti, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos...*, cit., p. 31 (“*Tertium non datur*, exclama o Autor: como se entre ‘público’ e ‘privado’ houvesse um abismo profundo, sem qualquer ponto em comum. No entanto, a *summa divisio* parece irremediavelmente superada pela realidade social de nossa época, da qual emergem claramente novos interesses que, posto que não públicos no sentido tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos”). V., ainda, demais referências bibliográficas na nota 210 *supra*.

<sup>224</sup> V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”* in *Temas de direito processual* (primeira série). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123. Compare-se, a propósito, a formulação originária da ação popular na Constituição de 1934 (“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” – art. 113, nº 38) com sua previsão na Constituição em vigor (“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” – art. 5º, LXXIII).

<sup>225</sup> Tal denominação foi mantida nos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados nº. 5.139/2009 e 4.484/2012, mesmo tendo sido tal nomenclatura abolida nos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos que lhe haviam originado (Anteprojetos USP e UERJ/UNESA), os quais se referiam apenas a ação coletiva. O Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que visa a reformar normas sobre tutela coletiva no CDC, embora também se refira unicamente a ações coletivas, não altera a situação, por não importar na revogação da atual Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985).

<sup>226</sup> Nesse sentido, entre outros, v. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106 e diversos precedentes do Tribunal de Contas da União: Decisão 286/1993, rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisão 763/1994, rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisão 188/1995, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisão 394/1995, rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Acórdão 584/2003, rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisão 215/2004, rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Acórdão 587/2003, rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Acórdão 631/2003, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU

litígios com a Administração, especialmente em matérias contempladas por autorização legislativa específica<sup>227</sup> ou nos casos de sociedades de economia mista e empresas públicas, submetidas ao regime de direito privado,<sup>228</sup> a noção de indisponibilidade do interesse público contaminou os direitos coletivos *lato sensu*.<sup>229</sup>

Essa concepção passou, então, a guiar a interpretação da legislação sobre ações coletivas no Brasil, independentemente do direito material em discussão e mesmo sem nenhuma regra que, expressamente, dispusesse acerca da questão. A atuação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei nos casos em que ele não fosse autor da ação coletiva (art. 6º, § 4º da Lei nº 4.717/1965; art. 5º, § 1º da Lei nº 7.347/1985 e art. 92 do Código de Defesa do Consumidor<sup>230</sup>) e a previsão de que o *Parquet* ou outro legitimado prossigam com o processo em caso de desistência ou abandono pelo autor (art. 9º da Lei nº 4.717/1965 e art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/1985<sup>231</sup>) foram consideradas evidências da

13.6.2003; Acórdão 1271/2005, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Acórdão 537/2006, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 e Acórdão 1099/2006, rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

<sup>227</sup> V., entre outros exemplos, art. 93, XV da Lei nº 9.472/1997 (contratos de concessão de serviços de telecomunicações); art. 43, X da Lei nº 9.478/1997 (contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás); arts. 35, XVI e 39, XI da Lei nº 10.233/2001 (concessões e permissões de serviços de transportes terrestre e aquaviário outorgadas pela ANTT e ANTAQ); art. 11, III da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs); art. 4º, §§ 5º a 7º da Lei nº 10.848/2004 (comercialização de energia elétrica); art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 (normais gerais para a concessão e a permissão de serviços públicos), acrescentado pela Lei nº 11.196/2005; arts. 21, XI; 24, III; 48 e 49 da Lei nº 11.909/2009 (contratos relacionados ao transporte de gás natural). Outro exemplo ilustrativo da tendência recente em se contemplar autorizações legislativas expressas para a arbitragem envolvendo o interesse de entes públicos, embora não limitada a um setor específico de atividade, é a Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, promulgada no âmbito do estado de Minas Gerais, dispondo sobre a adoção da arbitragem pelos entes estatais inseridos nesta unidade federativa.

<sup>228</sup> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, v. STJ, REsp 612.439, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.10.2005; REsp 606.345, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.5.2007; MS 11.308, 1ª S., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 9.4.2008 e REsp 904.813, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20.10.2011.

<sup>229</sup> V., ilustrativamente, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 4, p. 124 (“... o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público”). Mais à frente, os autores ressaltam que a indisponibilidade não seria integral, tratando-se de obrigatoriedade temperada com conveniência e oportunidade.

<sup>230</sup> Art. 6º, § 4º da Lei nº 4.717/1965: “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”. Art. 5º, § 1º da Lei nº 7.347/1985: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. Art. 92 do Código de Defesa do Consumidor: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

<sup>231</sup> Art. 9º da Lei nº 4.717/1965: “Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”. Art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/1985: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

inviabilidade de disposição de direitos coletivos, chegando-se a conceber um princípio geral de indisponibilidade ou, pelo menos, de disponibilidade motivada.<sup>232</sup> Nessa direção, segundo entendimento amplamente dominante, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos seriam indisponíveis, ainda que, no caso destes últimos, eventualmente seus titulares possam dispor do seu direito individual.<sup>233</sup>

Como não poderia deixar de ser, adotada essa concepção a respeito da tutela de direitos coletivos no Brasil, restou reduzido o papel destinado ao compromisso de ajustamento de conduta, instituto concebido pela Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor). Por este motivo, muitos autores sustentam que o compromisso de ajustamento de conduta não possui sequer caráter de transação<sup>234</sup> ou acordo e mesmo aqueles que entendem de forma diversa enfatizam que

---

<sup>232</sup> V. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 573-574; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 66; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil...*, cit., v. 4, p. 124-125 (acrescentando a obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público no art. 15 da Lei nº 7.347/1985 como mais um argumento a reforçar a indisponibilidade da tutela coletiva); THAMAY, Rennan Faria. Os princípios do processo coletivo in ASSIS, Araken de et al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 526-527 e RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggieri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112-114.

<sup>233</sup> A bibliografia nesse sentido é bastante extensa. Entre muitos outros, v. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a Ação Civil Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 1, 1993, p. 265; BUGALHO, Néilson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta, e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente, *Revista de Direito Ambiental*, n. 37, jan./mar. 2005, p. 105-106; VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta in MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 224-226; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*, cit., p. 425; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: Em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 277-281; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 355; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-161. Em sentido um pouco diverso, v. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85-87 (sustentando a indisponibilidade dos direitos difusos e individuais homogêneos, estes últimos na sua acepção coletiva. Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, porém, o autor ressalva a possibilidade de sua transação pelo grupo, classe ou categoria de pessoas, mas não pelo indivíduo membro dessa coletividade).

<sup>234</sup> Entre os que sustentam não se tratar propriamente de transação, CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. A proteção dos direitos difusos..., cit., p. 265 (afirmando tratar-se de reconhecimento de um dever jurídico, em que mesmo o prazo concedido no compromisso não poderia exceder o período estritamente necessário para o ajustamento da conduta); MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*, cit., p. 437 (defendendo a natureza de um ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se obriga, sendo vedado aos órgãos públicos legitimados dispensarem direitos ou obrigações, ou renunciarem a direitos); CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 222 (censurando a tendência em se contratualizar o instituto e concebendo o termo de ajustamento como ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, em que se reconhece implicitamente a ofensa a direito difuso ou coletivo, e bilateral somente quanto à sua

se trata de uma modalidade de transação limitada, em que o representante da coletividade pode apenas fazer concessões periféricas quanto à forma, modo e tempo em que o réu ajustará sua conduta aos ditames legais,<sup>235</sup> sem que se possa cogitar de verdadeira disposição do direito coletivo.

Não por acaso, ao enfrentar o tema da arbitrabilidade dos direitos coletivos, há quem sustente que tal possibilidade estaria adstrita exatamente aos mesmos limites que são tradicionalmente reconhecidos ao compromisso de ajustamento de conduta, quais sejam, a forma, o tempo e o modo em que serão cumpridas as obrigações.<sup>236</sup>

---

formalização); RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense: 2011, p. 132 (concluindo, após longa exposição, que se trata de negócio jurídico bilateral da Administração, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais);

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...*, cit., p. 382 (idem); FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78 (sustentando a natureza jurídica de contrato administrativo, no qual a administração pública busca a reparação ou a conservação do direito transindividual lesado ou ameaçado); CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Compromisso de ajustamento de conduta. *Revista dos Tribunais*, v. 781, nov. 2000, p. 736-738 (considerando o compromisso de ajustamento como um exemplo de “negócio de acerto” (*negozio di accertamento*), descrito pela doutrina italiana como o que tem por finalidade eliminar as controvérsias em torno de uma dada realidade fática, com eficácia eminentemente declaratória); LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo...*, cit., p. 354-355 (asseverando tratar-se de uma forma de “submissão” pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material) e AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77-81 (sustentando não se tratar de transação, por não admitir concessões recíprocas, inserindo-se em outra espécie de gênero mais amplo, qual seja, o acordo, que manifesta um consenso, mas sem margem de negociação para o interessado).

<sup>235</sup> V., entre aqueles que concebem o compromisso de ajustamento de conduta como uma forma de transação limitada ao modo de cumprimento da obrigação, sem a possibilidade de disposição dos direitos transindividuais, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...*, cit., p. 280-281 e 290-291; FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (Reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta) in MILARÉ, Édís. *Ação civil pública...*, cit., p. 117-120; VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera..., cit., p. 229; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 211; MILARÉ, Édís; SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985, *Revista de direito ambiental*, n. 38, abr./jun. 2005, p. 11-13; PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 16, out./dez. 1995, p. 124-126 e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O compromisso de ajustamento. *Revista da AJURIS*, n. 83, tomo I, set. 2001, p. 293-294. Em sentido um pouco diverso, aparentemente conferindo maior abertura à noção de transação, v. NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165 (sustentando tratar-se de transação híbrida, que deve observar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico). V. tb., nesse mesmo sentido, GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...*, cit., p. 163 e ss. (aduzindo que os direitos coletivos são indisponíveis, mas não sua forma de concretização).

<sup>236</sup> Entre outros, GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos..., cit., p. 155; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...* cit., p. 196; GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos..., cit., p. 252; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem...*, cit., p. 277-278; COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente...*, cit., p. 329.

A análise do tema da arbitrabilidade passa, ainda, por outra dificuldade de ordem terminológica. Não se observa grande controvérsia em doutrina quanto ao conceito de direitos *patrimoniais*, que são aqueles que podem ser quantificados em pecúnia,<sup>237</sup> ou seja, suscetíveis de valoração econômica. Assim, não é difícil perceber que os direitos extrapatrimoniais compreendem os direitos da personalidade em geral (direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade), ínsitos à essencialidade do ser humano e que não podem ser quantificados em dinheiro.<sup>238</sup>

O mesmo não se verifica, todavia, quanto ao outro termo a que se refere o art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e que consiste precisamente na questão em discussão. Ainda não se chegou, com efeito, a um consenso acerca do que se deve entender por um direito *disponível*. A disponibilidade por vezes é tratada como sinônimo para direito patrimonial,<sup>239</sup> ou é considerada como atributo dos direitos que podem ser objeto de transação,<sup>240</sup> ou é atribuída aos direitos suscetíveis de livre alienação ou negociação,<sup>241</sup> ou é entendida como qualidade dos direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular<sup>242</sup> ou, por fim, dos direitos em que não há proibição a que se

<sup>237</sup> V. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. I, p. 39; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 659.

<sup>238</sup> Uma vez violado algum desses direitos, entretanto, eventual indenização será suscetível de apreciação pecuniária, afastando-se o obstáculo da patrimonialidade para fins de submissão à arbitragem. Afinal, o que se julga no âmbito da responsabilidade civil por dano moral não é o direito da personalidade em si mesmo, mas a sua violação, aferindo-se a existência do dano e a sua extensão.

<sup>239</sup> V. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 55; LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 8, abr./jun. 2000, p. 351 (recusando a referência ao instituto da renúncia para construir o conceito de disponibilidade).

<sup>240</sup> V. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem...*, cit., p. 32-34; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-28 (embora se referindo também, de forma sucinta, à possibilidade de alienação dos direitos disponíveis); GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, p. 338, abr./jun. 2001. Destaque-se que o art. 1072 do Código de Processo Civil, revogado pela Lei nº 9.306/1997, previa ser admissível a arbitragem para os direitos em que se admitisse transação.

<sup>241</sup> V. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral...*, cit., p. 44-45 (ênfatizando que esta noção seria mais ampla que o conceito de direitos transacionáveis); MARTINS, Pedro A. Batista. *Apostamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3-4; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução...*, cit., p. 178 e BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

<sup>242</sup> V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 38 (embora aludindo também à ideia de que tais direitos podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados); CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. Direitos patrimoniais disponíveis – Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes in BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.

espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso à jurisdição.<sup>243</sup> Há, ainda, quem vislumbre até duas espécies de indisponibilidade, sendo uma material (de acordo com o bem jurídico tutelado) e outra normativa (atinentes à aplicação das normas jurídicas, conforme sejam dispositivas ou cogentes).<sup>244</sup>

Na doutrina estrangeira, também não se encontra um sentido unívoco para a expressão, já tendo sido apontado o dissenso existente sobre a matéria.<sup>245</sup>

Os dispositivos constitucionais<sup>246</sup> e legais<sup>247</sup> vigentes no direito brasileiro que se referem à indisponibilidade de direitos tampouco contribuem para uma definição mais precisa, dado que dizem respeito a diferentes contextos e sem maior aprofundamento teórico, o que seria mesmo indesejável em sede legislativa.

40 e ss. (embora também enfatizando a noção de que tais direitos podem ser transferidos e apropriados individualmente).

<sup>243</sup> V. TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, p. 144-147, abr./jun. 2005.

<sup>244</sup> V. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...*, cit., p. 288-292.

<sup>245</sup> McCONNEL, Terrance. *Inalienable rights...*, cit., p. ix: “Inalienable rights have seemed to many mysterious and confusing at best, and suspicious or even incoherent at worst. [...] The expression ‘inalienable rights’ is used in multiple ways, which adds to the confusion”. V. tb. THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 283-284 (indicando diversos conceitos de indisponibilidade, quais sejam: (i) direitos que outras pessoas não possuem autoridade para operar alterações relevantes por não serem o seu titular, que se mantém em posição de exigir o cumprimento do direito; (ii) direitos que não podem ser alienados pelo titular mediante venda ou comércio; (iii) direitos que o titular não deixa de possuir por nenhum meio ao seu alcance).

<sup>246</sup> Art. 127, *caput* da Constituição da República: “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”; art. 225, § 5º da Constituição da República: “São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”; art. 231, § 4º da Constituição da República: “As terras de que trata este artigo [ocupadas tradicionalmente por índios] são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

<sup>247</sup> Exemplificativamente, no Código de Processo Civil, os arts. 320, II (“A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...) II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”); 333, parágrafo único, I (“É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte”) e 351 (“Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”). V. tb. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), arts. 27 (“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”) e 201, IX (“Compete ao Ministério Público: (...) IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente”) e, finalmente, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), arts. 74, I (“Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”); 79, parágrafo único (“As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, próprios do idoso, protegidos em lei”) e 81, *caput* (“Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente: (...)”).

Da mesma forma, a análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros não oferece subsídios consistentes na busca de uma conceituação segura.

Ao discutir questão a constitucionalidade da atual Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal referiu-se à disponibilidade ora como qualidade dos direitos passíveis de transação (sobretudo nos votos dos Min. Sepúlveda Pertence<sup>248</sup> e Carlos Velloso), ora como possibilidade de renúncia parcial a um direito (especialmente no voto do Min. Nélson Jobim). Ressalve-se, porém, não ter sido tal conceituação examinada nesse precedente com a devida profundidade.

De longa data, porém, ao se referir, em outro julgado, ao direito à saúde como “prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas”, o Min. Celso de Mello indicou que este se qualificava como “direito subjetivo inalienável”.<sup>249</sup> Assertivas semelhantes se encontram em acórdãos do STF que reconhecem o direito subjetivo público à educação infantil como prerrogativa indisponível.<sup>250</sup> Conforme já anotado em doutrina, a palavra indisponível, neste caso, diverge do uso anteriormente registrado, podendo ser compreendida como um direito insuscetível de violação, devendo ser necessariamente concretizado pelo Poder Público.<sup>251</sup>

No Supremo Tribunal Federal, há manifestação ainda, em julgamento que apreciou a legitimidade do Ministério Público para promover ação de investigação de

---

<sup>248</sup> STF, AgR-SE 5.206, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 12.12.2001, voto do Min. Sepúlveda Pertence: “O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre *direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir*” (grifou-se).

<sup>249</sup> STF, ADI-MC 1.595, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. 30.4.1997.

<sup>250</sup> STF, RE 410.715, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22.11.2005: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeitos de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). *Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste, a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola...*” (grifou-se). V. tb. RE-AgR 436.996, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22.11.2005. No Superior Tribunal de Justiça, alguns precedentes adotaram explicitamente essa concepção, transcrevendo trechos do acórdão do STF, como se vê em STJ, EREsp 485.969, 1ª S., Rel. Min. José Delgado, julg. 23.8.2006 e STJ, REsp 753.565, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 27.3.2007.

<sup>251</sup> V. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis – Os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 29. Diverge-se, porém, do segundo sentido atribuído pela autora à palavra indisponível, no sentido de justificar a legitimidade ativa do Ministério Público, eis que sua análise se deu a partir de precedente posterior do Supremo Tribunal Federal (STF, RE-AgR 271.286, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12.9.2000), sem se atentar que tal fundamentação já vinha sendo utilizada pelo Min. Celso de Mello em julgados nos quais tal questão sequer foi suscitada, tal como se verificou nos precedentes de sua lavra indicados na nota anterior.

paternidade, no sentido de que os direitos indisponíveis são os que, embora pessoais, foram transmudados pela lei, de tal modo que o titular deles não pode dispor por razões de proteção ao interesse público.<sup>252</sup> Esse conceito, todavia, gerou discussão por ocasião do próprio julgamento em análise, tendo o Min. Nelson Jobim asseverado que seria difícil conciliar um direito personalíssimo, como o que estava em discussão, à noção de indisponibilidade.<sup>253</sup> Afinal, tratando-se de direito personalíssimo, não poderiam outros pleiteá-lo judicialmente e como não se pode obrigar o titular a exercê-lo contra a sua vontade, então seria possível decidir ou não pela tutela jurisdicional.

Em situação semelhante – direito ao conhecimento da paternidade biológica –, o Superior Tribunal de Justiça, embora reconhecendo a sua indisponibilidade, referiu-se a mais uma compreensão distinta acerca do tema, no sentido de que se trata de direito sobre cujo exercício não pode recair qualquer restrição.<sup>254</sup>

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça referiu-se à possibilidade de abdicação por parte do titular como critério para a disponibilidade de um direito,<sup>255</sup> aproximando-se da noção apresentada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da discussão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Essa compreensão de que um direito indisponível se caracteriza pela inviabilidade de abdicação por manifestação de vontade do titular, aliás, é encontrada com bastante frequência na jurisprudência dos

---

<sup>252</sup> STF, RE 248.869, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 7.8.2003, referindo-se ao direito ao reconhecimento da paternidade: “A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. (...) Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger...”.

<sup>253</sup> STF, RE 248.869, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 7.8.2003, intervenção do Min. Nelson Jobim: “Perfeito, mas, veja, oponho-me a que o Ministério Público possa substituir, em absoluto, à vontade da mãe. Essa é a minha dúvida, pois é difícil conciliar um direito personalíssimo à indisponibilidade: se ele é personalíssimo, é disponível ao titular do direito”.

<sup>254</sup> STJ, REsp 813.604, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16.8.2007: “O art. 27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensejo a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível e de caráter personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação”.

<sup>255</sup> STJ, AgRg no REsp 547.704, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, julg. 26.4.2005: “Com efeito, direito disponível refere-se à espécie de direito subjetivo que pode ser abdicado pelo respectivo titular e contrapõe-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição por parte do seu titular”. Ressalve-se que tal acórdão foi reformado em embargos de divergência, em cujo julgamento, porém, a noção de disponibilidade não foi enfrentada: STJ, EREsp 547.704, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 15.2.2006.

tribunais superiores, como se depreende, em caráter exemplificativo, nos casos de (i) irrelevância do consentimento do extraditando para sua entrega imediata ao país de origem;<sup>256</sup> (ii) impossibilidade de renúncia do acusado ao devido processo penal, prevalecendo a defesa técnica sobre o ato de disposição do réu;<sup>257</sup> (iii) inadmissibilidade de confissão por criança ou adolescente;<sup>258</sup> (iv) impossibilidade de renúncia à proteção do bem de família;<sup>259</sup> (v) inviabilidade de transação acerca da paternidade de filho;<sup>260</sup> e (vi) irrelevância do consentimento e da participação de médicos na pactuação de regras de exclusividade da prestação de serviços com cooperativa de saúde.<sup>261</sup>

Outra concepção que se encontra nos tribunais superiores acerca da noção de indisponibilidade de um direito diz respeito à tutela dos interesses das pessoas de direito público, sobretudo no que toca às consequências da revelia e da aplicação da regra do

---

<sup>256</sup> STF, Ext 953, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 28.9.2005: "... orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no sentido de não ter relevo jurídico, só por si, a eventual concordância do súdito estrangeiro com o pedido de extradição contra ele dirigido, pelo fato de que o processo extradicional representa garantia indisponível instituída em favor do próprio extraditando...". V. tb. STF, Ext 509, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 4.5.1990.

<sup>257</sup> A matéria encontra-se consolidada no Enunciado nº 705 da Súmula de Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta". No Superior Tribunal de Justiça, exemplificativamente, v. STJ, HC 33.385, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 3.5.2004: "o devido processo legal subentende a prevalência da defesa técnica, mesmo que o acusado abstenha-se do direito seu, confessando, desistindo, renunciando (ressaltem-se as exceções legais), porquanto o que está em jogo é o direito de liberdade, bem supremo não só do indivíduo, mas também de toda a coletividade".

<sup>258</sup> V., entre outros, STJ, HC 52.694, 6ª T., Rel. Min. Paulo Gallotti, julg. 12.6.2006: "Confissão espontânea do adolescente. Dilação probatória. Desistência das partes. Direito indisponível. Necessidade de instrução processual. Violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ordem concedida. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que a homologação do pedido de desistência da produção de outras provas, diante da confissão do adolescente da prática do ato infracional, viola as garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, assegurados aos menores infratores nos arts. 110, 111, II, e 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente". V. tb. STJ, HC 61.017, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 26.9.2006.

<sup>259</sup> V. STJ, REsp 470.935, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 10.12.2003: "... quando se tratar da impenhorabilidade de bem de família, garantida pela Lei 8.009/90, a nomeação do bem à penhora, pelo devedor, na ação de execução, não implica renúncia ao direito previsto na Lei. Isso porque a Lei 8.009/90 visa à tutela da família ou da entidade familiar, e não somente do devedor, motivo pelo qual o direito à impenhorabilidade seria indisponível". V. tb. o *leading case* sobre o tema, STJ, REsp 526.460, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 8.10.2003 e, mais recentemente, STJ, REsp 1.115.265, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 24.4.2012.

<sup>260</sup> V. STJ, REsp 138.366, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 24.5.2000; STJ, AgRg no Ag 28.080, 4ª T., Rel. Min. Fontes de Alencar, julg. 8.11.1993.

<sup>261</sup> V. STJ, REsp 768.118, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 11.3.2008: "Ressalte-se, por oportuno, que o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via obliqua, os direitos à saúde (CF. art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa. Destarte, não obstante a tutela dos interesses privados, estes não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis".

art. 320, II do CPC.<sup>262-263</sup> Ao que parece, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indisponível o direito ao patrimônio público para fins de afastar os efeitos da revelia contra o Estado. No entanto, tal interpretação gera perplexidade, uma vez que o STJ, em outros precedentes, para afastar a necessidade de intervenção do Ministério Público em demandas envolvendo o Estado, diferencia o interesse público primário (no sentido de consecução do bem comum) do interesse público secundário da Administração (referente à tutela de seu patrimônio).<sup>264</sup> Tal distinção é utilizada, ainda, para sustentar a arbitrabilidade de controvérsias envolvendo entes estatais,<sup>265</sup> conforme já demonstrado anteriormente no presente estudo.

Finalmente, em alguns poucos casos, referentes a demandas por danos morais e materiais veiculadas por dissidentes do regime político militar que vigorou no Brasil, invocou-se a indisponibilidade como categoria de direitos que não podem sofrer restrições, relacionando-se até mesmo com a imprescritibilidade.<sup>266</sup>

A análise da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, portanto, indica que não se chegou a um consenso acerca do conceito de disponibilidade de um direito, muito embora haja prevalência no sentido de se tratar de situação jurídica passível de abdicação por manifestação de vontade do titular, assumindo a forma de

---

<sup>262</sup> Art. 320, II do Código de Processo Civil: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...) II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

<sup>263</sup> Nesse sentido, STJ, REsp 1.364.444, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 8.4.2014: “A questão de direito material (extinção do crédito tributário por pagamento) debatida nestes autos é outra, sendo importante destacar que, nos casos relacionados a direitos indisponíveis da Fazenda Pública, a sua ausência de manifestação não autoriza concluir automaticamente que são verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária, podendo a autoridade judicial, com base no livre convencimento, exigir a respectiva comprovação” V. tb., entre muitos outros, STJ, REsp 1.170.170, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, julg. 1.10.2013; STJ, AgRg no REsp 1.137.177, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 18.2.2010; STJ, AgRg no REsp 817.402, Rel. Min. Jane Silva (Des. Conv. do TJMG), julg. 18.11.2008.

<sup>264</sup> V., nesse sentido, STJ, AgRg no REsp 963.838, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, julg. 14.4.2009: “A simples presença de pessoa jurídica de direito público não determina, por si só, a intervenção obrigatória do Ministério Público. O interesse público também não pode ser confundido com o interesse patrimonial do Estado, tampouco em razão do elevado valor de eventual indenização a ser paga pela Fazenda Pública”. Referido entendimento está de longa data assentado no Enunciado nº 189 da Súmula de Jurisprudência Dominante do STJ: “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”.

<sup>265</sup> V. AgRg no MS 11.308, 1ª S., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 28.6.2006, de onde se extrai: “Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”. V. tb. STJ, REsp 612.439, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.10.2005; REsp 606.345, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.5.2007 e STJ, REsp 904.813, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20.10.2011. No Supremo Tribunal Federal, há precedente relativizando a indisponibilidade atribuída ao interesse público estatal e admitindo transação pelo Estado, tendo em vista que a solução adotada pela Administração foi a que melhor atenderia à últimação desse interesse: STF, RE 253.885, 1ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 4.6.2002.

<sup>266</sup> V., entre outros, STJ, REsp 845.288, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 23.11.2007. Mais recentemente, STJ, AgRg no AREsp 47.831, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 24.4.2014.

uma renúncia total ou parcial. Mas há outros sentidos a serem considerados, tais como: (i) direitos gravados pelo interesse público; (ii) direitos que devem obrigatoriamente ser concretizados pelo Poder Público; (iii) direitos que não podem deixar de ser pleiteados em juízo (justiciabilidade); (iv) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los.

A noção de (in)disponibilidade, por vezes, é atribuída ao direito em discussão e, em outras, ao bem tutelado pelo direito, o que contribui para agravar o dissenso, uma vez que o conceito não é utilizado de forma unívoca e não há maior aprofundamento teórico sobre o tema, especialmente na jurisprudência.

Além disso, como fica patente na discussão acerca da tutela dos interesses da Administração Pública, a atribuição de (in)disponibilidade pela jurisprudência é não raras vezes casuística: ora o direito ao patrimônio público é considerado indisponível *tout court*, ora se diferenciam os interesses públicos primário e secundário, entendendo-se que o patrimônio da Administração se insere nesta última categoria e reservando certo espaço para a disponibilidade.

Tudo isso conduz à conclusão de que existe um problema conceitual na noção de (in)disponibilidade de um direito, o que dificulta o avanço de qualquer debate na matéria – inclusive aquele que mais interessa ao presente estudo, referente à viabilidade de arbitragem sobre direitos coletivos.

Enfim, são inúmeras definições em doutrina e na jurisprudência para a noção de disponibilidade,<sup>267</sup> precisamente um dos critérios mais utilizados<sup>268</sup> – inclusive pela lei brasileira – para delimitar as matérias passíveis de arbitragem, o que explica a conhecida citação de que a arbitrabilidade constitui uma *questão abstrata, delicada, mal*

---

<sup>267</sup> V. LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 52 (aduzindo que transigibilidade, disponibilidade, patrimonialidade, injuntividade da norma e ordem pública não são sinônimos).

<sup>268</sup> São exemplos, além do Brasil, as legislações na Espanha, França, Itália, Suíça (exceto nas arbitragens internacionais, que seguem o critério da patrimonialidade), Argentina, Paraguai e Uruguai. Nesse sentido, fazendo um apanhado geral na legislação comparada, GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 176 e RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas in LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 402-404. Apesar disso, a doutrina tem apontado que o melhor critério de arbitrabilidade a ser adotado seria o da patrimonialidade e não o da disponibilidade, porque este acaba por restringir excessivamente a esfera da arbitragem. Nesse sentido, v. CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, out./dez. 2010, p. 150-153. V. tb. LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 67-68 (apontando o direito alemão, a partir de 1998, e austríaco, desde 2006, como exemplos orientados por tal critério). Recentemente, Portugal aderiu ao critério da patrimonialidade, em sua nova Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada ao final de 2011.

*delimitada*.<sup>269</sup> As hesitações nesse tema corroboram a existência de um conjunto expressivo de matérias sensíveis<sup>270</sup> ou parcialmente inarbitráveis, em razão da dúvida sobre a possibilidade de sua submissão à justiça privada,<sup>271</sup> que normalmente gira em torno da disponibilidade dos direitos em discussão. São exemplos as arbitragens envolvendo entes públicos, o Direito do Trabalho, as recuperações judiciais,<sup>272</sup> o Direito Tributário<sup>273</sup> e, por fim, a tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

<sup>269</sup> A citação é de JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, 2003, p. 173.

<sup>270</sup> Tal denominação provém da doutrina francesa, como se vê em FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 342. Não é nenhum exagero atribuir a indefinição na conceituação de direitos disponíveis à formação de um conjunto de matérias sensíveis no Direito Comparado, vez que a confusão conceitual apontada não é exclusividade brasileira. Sobre o ponto, v. McCONNEL, Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in Medicine and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. ix: "Inalienable rights have seemed to many mysterious and confusing at best, and suspicious or even incoherent at worst. [...] The expression 'inalienable rights' is used in multiple ways, which adds to the confusion".

<sup>271</sup> Existe, ainda, um conjunto específico de matérias absolutamente inarbitráveis, em relação às quais não se tem dúvidas da impossibilidade de sua submissão a árbitros, que compreendem os litígios relativos à capacidade e ao estado civil; os litígios puramente criminais e as controvérsias diretamente decorrentes da falência, entre outras. Uma relação bastante abrangente pode ser consultada em GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 192-193.

<sup>272</sup> Entre outros, RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro *in* LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 351-371 (afirmando que o espaço para a arbitragem neste campo é bem reduzido, não sendo possível a inclusão, no plano de recuperação judicial, de convenção de arbitragem); PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, p. 79-100, out./dez. 2005 (sustentando que a convenção de arbitragem somente vincularia os credores que aprovaram a sua inclusão no plano, ainda que de forma tácita, dada a sua autonomia em relação às demais disposições do plano, que vinculariam a todos, ainda que tenham votado pela rejeição do plano de recuperação); GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral...*, cit., p. 75-79 e GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 206-207 (concordando com José Emílio Nunes Pinto que o plano de recuperação judicial pode prever a convenção de arbitragem, mas sem enfrentar a questão da vinculação dos credores que votaram pela rejeição); MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil...*, cit., p. 26-44 e BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem...*, cit., p. 286-290 (sustentando que até os credores que votaram pela rejeição do plano devem ficar vinculados à cláusula compromissória, sob pena de frustrar os objetivos da Lei nº 11.101/2005 e abrir espaço para comportamentos oportunistas). V. tb., tratando das relações entre Direito Falimentar e arbitragem, ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007.

<sup>273</sup> V. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 22, p. 94-118, jul./set. 2009 (sustentando, em síntese, que bastaria a lei atribuir força de coisa julgada às decisões do Conselho de Contribuintes, até mesmo se proferidas contra o contribuinte, para que este assumisse natureza similar a um tribunal arbitral, em que o particular poderia optar entre submeter seu litígio ao Poder Judiciário ou ao Conselho); TORRES, Heleno Taveira. Arbitragem e transação em matéria tributária *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil...*, cit., p. 184-186 (defendendo a necessidade de lei complementar para viabilizar a solução de conflitos em matéria tributária pela arbitragem); MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, p. 81-85, out./dez. 2009 (sustentando a desnecessidade de lei complementar para regular a arbitragem em matéria tributária, por não se tratar de forma de extinção da obrigação ou do crédito tributário) e

Destaque-se haver entendimento doutrinário no sentido de que o Código Civil de 2002<sup>274</sup> teria derogado o art. 1º da Lei de Arbitragem, para admitir a celebração de compromisso arbitral sobre direitos patrimoniais sem qualquer restrição, ainda que indisponíveis.<sup>275</sup> Tal premissa, no entanto, não será adotada no presente trabalho, seja porque não refletida na jurisprudência até a presente data, seja porque a doutrina não tem se aprofundado sobre o ponto. De todo modo, admitida a aludida derrogação, um dos principais obstáculos à arbitragem de direitos coletivos restaria relativizado, sem prejudicar as demais conclusões deste estudo.

### 2.2.1 Estabelecendo um ponto de partida

Sem embargo da confusão conceitual acerca da disponibilidade de um direito, verifica-se tendencialmente na jurisprudência dos tribunais superiores que, para que ocorra ato de disposição, deve existir algum consentimento do titular. A disposição não pode ser desencadeada por manifestação heterônoma, de terceiros, sem que encontre sua justificação em comportamento do próprio titular. Ademais, o consentimento deve ser voluntário, devendo ser obtido de forma livre e informada.<sup>276</sup>

Mas o mero consentimento também não é suficiente. Nesse sentido, por exemplo, se alguém voluntariamente comete homicídio e é condenado à pena de prisão, não se pode daí entender que teria havido ato de disposição do direito de ir e vir. Seria absurdo

---

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem na área tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 67, p. 40-49, mar./abr. 2006 (sustentando, da mesma forma, a edição de lei para disciplinar a arbitragem na cobrança de tributos).

<sup>274</sup> V., em especial, art. 852 do Código Civil atual: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

<sup>275</sup> V., nesse sentido, RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade..., cit., p. 411 (aduzindo que aceitar tal conclusão seria questão de coragem, mais do que simples leitura da lei); SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 26. V. tb. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 16 (considerando que a tese se afigura razoável) e LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 76 (asseverando que o conteúdo da norma, de fato, autoriza a arbitrabilidade de situações jurídicas indisponíveis com conteúdo patrimonial e que a recusa a tal conclusão decorre de posicionamento ideológico de fundo dogmático-moral, que ainda desconfia da figura do árbitro e receia que um julgador desvinculado do ambiente político do Estado seja demasiado independente, e com isto se habilite a alterar os códigos comportamentais da sociedade).

<sup>276</sup> V., entre outros, BEYLEVELD, Deryck; BROWNSORD, Roger. *Consent in the law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 125 e ss. Como apontam os autores (p. 63), o consentimento funciona como justificativa procedimental, não-substantiva, não oferecendo razões para justificar o comportamento do titular em si mesmo, mas sim para a interferência de terceiros em relação ao titular.

compreender que quem pratica um ilícito voluntariamente pretenda a sanção (prisão) do mesmo modo que alguém, ao consentir com a abdicação de um direito, pretende o resultado de seu comportamento.<sup>277</sup> É indispensável, portanto, que esse consentimento seja dirigido ao resultado decorrente do ato de disposição, ou seja, da modificação da posição jurídica em face do outro polo da relação.

A modificação decorrente do ato de disposição consiste no enfraquecimento de determinada posição jurídica do titular em face do outro polo da relação jurídica. Essa é, precisamente, a repercussão da disponibilidade sobre a dimensão objetiva do direito. O titular troca uma posição mais protegida por outra menos protegida, autolimitando-se e atribuindo poder ao destinatário, que poderá agir em relação ao titular de forma que não lhe seria lícito se não houvesse o seu consentimento.

Isso não significa que não possa se verificar vantagem ao titular, que consiste em circunstância acidental ao ato de disposição. Nem sempre a disposição de um direito lhe será prejudicial, como se vê frequentemente, por exemplo, nos tratamentos cirúrgicos, em que o paciente consente com a intervenção do profissional, concordando com o enfraquecimento de seu direito à integridade física para aquele ato específico, a fim de obter um benefício para a sua saúde. No entanto, em muitas outras situações a disposição pode resultar efetivamente em desvantagem fática para o titular ou em pesados ônus jurídicos, de modo que é importantíssimo avaliar a qualidade de seu consentimento. Além disso, atento aos interesses em discussão, não raras vezes o ordenamento jurídico inibe os efeitos da disposição, retirando total ou parcialmente do consentimento de seu titular as consequências que se dele poderia esperar e dando origem ao que se convencionou chamar de direitos indisponíveis.

Note-se que tal análise apresenta apenas justificações de ordem procedimental. Os fundamentos que levam o ordenamento jurídico a inibir os efeitos do consentimento – ou seja, da disponibilidade de um direito – são variados (por exemplo, tutela de titulares que não possuem faculdade plena para escolhas, como crianças ou adolescentes e portadores de transtornos mentais; tutela de titulares que não possuem informações necessárias para um consentimento informado; tutela do patrimônio público ou de determinados direitos cuja importância se considera fundamental para toda a sociedade), o que conduz a indisponibilidades em diferentes contextos e a diversas conceituações,

---

<sup>277</sup> V. McCONNEL, Terrance. *Inalienable rights...*, cit., p. 13-14.

que variam conforme cada caso e, mais ainda, de acordo com o contexto social, político e cultural ao longo do tempo.

A tarefa de delimitar os fundamentos por trás da indisponibilidade de alguns direitos, portanto, exigiria estudo próprio, muito além dos limites do Direito Processual, na medida em que sua origem está no direito material, perpassando diferentes áreas do ordenamento jurídico, com colorações absolutamente heterogêneas.

Tal não impede, todavia, que se estabeleça um ponto de partida, o que será o bastante para se avançar na investigação do tema a que se propõe o presente estudo. Disposição de direito pressupõe, no mínimo, o consentimento válido (livre e informado) e dirigido ao enfraquecimento de determinada posição jurídica do titular. A disposição consiste em categoria que encampa a renúncia, em suas várias modalidades (cessão, alienação, transmissão).

Não há que se cogitar de disposição, todavia, quando ocorre enfraquecimento do direito mediante aplicação de sanção decorrente de determinado comportamento do titular, porque este não estava dirigido para tal resultado. Da mesma forma, o simples não-exercício de um direito não caracteriza ato de disposição, porque as posições jurídicas permanecem intactas, sem que se verifique o seu enfraquecimento, o que também afasta a noção de justiciabilidade (direitos que não podem deixar de ser pleiteados em juízo) da discussão quanto à (in)disponibilidade de um direito. Ainda que o comportamento omissivo acarrete, por exemplo, a perda da exigibilidade da pretensão daí decorrente pelo fenômeno da prescrição, não há que se falar em ato de disposição propriamente dito, pois a justificção para tal consequência não está no consentimento livre e informado, mas na incidência de norma jurídica que regula tal fenômeno, evitando uma situação de insegurança jurídica por tempo excessivo.

Em decorrência disso, a compulsoriedade do exercício de um direito, embora seja indício de indisponibilidade, não pode ser considerada como seu sinônimo.<sup>278</sup> Essa

---

<sup>278</sup> Nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 311, referindo-se ao direito dos pais relativamente aos filhos como posição subjetiva de exercício ordenado que guarda – tão somente – indicações de um princípio de indisponibilidade. V. tb. McCONNEL, Terrance. *Inalienable rights...*, cit., p. 19 (“*an inalienable right may neither be waived or transferred to another by its possessor; but there is nothing about inalienable rights that requires the possessor to exercise them*”), referindo-se ao direito ao voto nos Estados Unidos, que é considerado indisponível, mas não de exercício obrigatório (lá, o voto é facultativo) e SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...*, cit., p. 94 (“... na jurisdição cível, a reserva de jurisdição não está necessariamente relacionada à indisponibilidade do bem jurídico objeto do processo”).

conclusão é especialmente importante, uma vez que, como já se apontou, a previsão de que o Ministério Público ou outro legitimado prossigam com a ação coletiva em caso de desistência ou abandono pelo autor (art. 9º da Lei nº 4.717/1965 e art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/1985<sup>279</sup>) foram consideradas pela doutrina como evidências da indisponibilidade dos direitos coletivos,<sup>280</sup> entendimento este refutado pela conceituação a que se chegou acerca da disposição de direitos.

### 2.2.2 Direitos individuais homogêneos são indisponíveis?

Estabelecidas as premissas no item anterior, torna-se possível enfrentar o problema da suposta indisponibilidade dos direitos coletivos *lato sensu*.

Tome-se, em primeiro lugar, o caso dos direitos individuais homogêneos, que são definidos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, como os decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III).<sup>281</sup> Em sua essência, esses direitos são tipicamente individuais e poderiam ser objeto de tutela igualmente individual. Contudo, por razões de política legislativa, o ordenamento jurídico permite que esse conjunto de direitos ontologicamente singulares, por envolverem questões de fato ou de direito comuns, sejam agregados em um só processo, proporcionando acesso à justiça (já que poderia não valer a pena a tutela individual em hipóteses de pretensões pulverizadas, que não passam de alguns poucos reais), economia processual (vez que a tutela seria prestada a inúmeras pessoas de uma só vez, racionalizando a distribuição da jurisdição e evitando o desperdício de tempo e recursos para examinar questões já resolvidas), isonomia (na medida em que todos terão uma decisão uniforme para suas pretensões

---

<sup>279</sup> Art. 9º da Lei nº 4.717/1965: “Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”. Art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/1985: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

<sup>280</sup> V., quanto ao princípio da indisponibilidade ou, ainda, da disponibilidade motivada, referências na nota 232.

<sup>281</sup> Art. 81, parágrafo único, III do CDC: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

individuais, promovendo segurança jurídica) e paridade de armas (pois a agregação de pretensões estimula a participação de profissionais capacitados em defesa do grupo).<sup>282</sup>

A categoria dos direitos individuais homogêneos consiste em verdadeira inovação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro em relação à doutrina italiana clássica, que se limitava aos direitos difusos e coletivos. Em certa medida inspirada nas *class actions for damages* do direito norte-americano disciplinadas na Regra 23 (b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure*,<sup>283</sup> tal categoria foi forjada de maneira a permitir que direitos individuais de origem comum pudessem ser coletivamente tutelados em um único processo.

Esse é um ponto crucial: tal categoria foi construída (“forjada”) pelo Código de Defesa do Consumidor com vistas a uma finalidade pragmática, qual seja, abrir as portas da tutela coletiva para direitos que, em sua essência, não eram coletivos, mas individuais, perfeitamente determinados ou determináveis. Não há uma categoria de direito material a que correspondam os individuais homogêneos que, no fundo, visam tão somente a permitir uma específica técnica de coletivização.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer as categorias passíveis de proteção coletiva – direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – partiu de uma lógica conceitualista já ultrapassada, segundo a qual para todo direito corresponde uma ação que, embora prevista no art. 75 do Código Civil de 1916,<sup>284</sup> não por acaso deixou de ser reproduzida na legislação vigente. Se não fossem criadas tais categorias, as ações coletivas seriam um instrumento sem direito a proteger.

Tal sistematização, aliás, lembra o modelo das *class actions* que vigorou nos Estados Unidos de 1938 até 1966, época em que eram definidas três categorias de ações coletivas na Regra 23 das FRCP: *true* (“verdadeira”), *hybrid* (“híbrida”) e *spurious* (“espúria”).<sup>285</sup> Devido às dificuldades práticas observadas para efetuar a distinção entre

---

<sup>282</sup> V. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...*, cit., v. II, p. 4; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 31 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, cit., p. 124-127 e VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104 e ss.

<sup>283</sup> Para um estudo panorâmico das *class actions for damages* no direito norte-americano, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 183 e ss.

<sup>284</sup> Art. 75 do Código Civil de 1916: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

<sup>285</sup> Regra 23 (a) das FRCP de 1938: “Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is (1) joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled

as categorias<sup>286</sup> e a falta de vinculação das *spurious class actions* aos membros ausentes do grupo, a ponto de serem consideradas apenas uma espécie de litisconsórcio liberal, a Regra 23 foi profundamente modificada em 1966, ganhando as categorias atualmente conhecidas, que se baseiam no resultado prático da ação coletiva.<sup>287</sup>

O legislador brasileiro, todavia, não se atentou para esse aspecto da experiência estadunidense e recaiu no mesmo erro, apegando-se a categorias abstratas. E, olhando para trás, é até compreensível que assim procedesse. Na tradição romano-germânica (*civil law*), o ordenamento jurídico se estrutura em abstrações. Para casos difíceis, invocam-se conceitos formais ou princípios, em vez de se partir da resposta prática.<sup>288</sup> Uma das principais abstrações nos sistemas de *civil law* é o conceito de direito subjetivo, construído sob a ideologia liberal clássica, que se compreende, sinteticamente, como uma situação jurídica ativa titularizada por alguém.<sup>289</sup>

---

to enforce it; (2) several, and the object of the action is the adjudication of the claims which do or may affect specific property involved in the action; or (3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought”.

<sup>286</sup> Houve um precedente nos Estados Unidos que, de forma quase anedótica, evidenciou a artificialidade das categorias forjadas para a tutela coletiva. No caso *Deckert v. Independence Shares Corp.*, os autores ingressaram em juízo em benefício de investidores vítimas de fraude, alegando que a ação era híbrida. O réu aduziu que se tratava de ação espúria. A corte distrital considerou-a apenas uma ação coletiva, sem categorizá-la. A Corte de Apelações do 3º Circuito reverteu a decisão de primeira instância, classificando o caso como uma ação espúria. Submetida a controvérsia à Suprema Corte, admitiu-se o processamento coletivo (*certification*), sem que, no entanto, fosse apontada a categoria correta. O caso retornou à primeira instância para prosseguimento, quando a corte distrital classificou a ação como híbrida. Por fim, quando o feito foi submetido mais uma vez à Corte de Apelações, decidiu-se que a categorização não era importante. V. *Deckert v. Independent Shares Corp.*, 27 F. Supp. 763 (E.D. Pa. 1939), *reversed* 108 F.2d 51 (3<sup>rd</sup> Cir. 1939), *reversed* 311 U.S. 282 (1940), *on remand*, 39 F. Supp. 592 (E.D.Pa. 1941), *reversed sub nom. Pennsylvania Co. for Insurance on Lives v. Deckert*, 123 F.2d 979 (3<sup>rd</sup> Cir. 1941).

<sup>287</sup> As categorias atualmente contempladas na Regra 23 das FRCP são as seguintes: ações para evitar decisões judiciais inconsistentes (Regra 23 (b)(1)); ações para proporcionar tutelas mandamentais e declaratórias em face de um padrão de conduta comum a todo o grupo (Regra 23 (b)(2)) e ações para permitir o processamento coletivo de questões comuns predominantes, sobretudo com vistas à obtenção de tutela indenizatória (Regra 23 (b)(3)).

<sup>288</sup> V. SMITH, James F. Confronting differences in the United States and Mexican legal systems in the era of NAFTA. *United States-Mexico Law Journal*, v. 1, 1993, p. 88 (citando texto de William J. Bridge et al., segundo o qual, “para parafrasear Holmes, de forma inversa, a vida da *civil law* não tem sido experiência, mas lógica”).

<sup>289</sup> V. SHELTON, Dinah. Reconcilable differences? The interpretation of multilingual treaties. *Hastings International & Comparative Law Review*, n. 20, 1997, p. 619 (advertindo que o conceito de direito subjetivo não possui equivalente na língua inglesa) e HUTSON, James H. The emergence of the modern concept of a right in America: the contribution of Michel Villey. *American Journal of Jurisprudence*, n. 39, 1994, p. 189 (afirmando que, de acordo com Michel Villey, direito subjetivo é expressão fundamental do pensamento judicial moderno na *civil law*, mais até que o positivismo para a jurisprudência moderna). Para uma crítica do conceito, entre outros, v. ROSS, Alf. Tû-tû. *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 825 (asseverando que o direito subjetivo é conceito sem significado e não existe por si mesmo, servindo apenas como conveniente explicação sistemática para relações intersubjetivas: “I was led to the view which I believe to be the true one, that the concept of rights is a tool for the technique of presentation serving exclusively systematic ends, and that in itself it means no more and no less than does ‘tû-tû’”).

Um dos mais importantes obstáculos para a consolidação das ações coletivas em seus estágios iniciais no Brasil foi precisamente a aparente incompatibilidade entre o conceito clássico de direito subjetivo – individual – e a tutela do interesse de grupos ou coletividades. O direito ao meio ambiente, por exemplo, não pertence a ninguém em específico (e a todos ao mesmo tempo), de maneira que não haveria legitimado pelos esquemas tradicionais a defendê-los em juízo.<sup>290</sup> Como compatibilizar essa estrutura básica com a noção de tutela coletiva?

Dentro da racionalidade dos profissionais do Direito inseridos na *civil law*, um novo conceito necessita ser integrado à sistematização lógica do ordenamento jurídico, sob pena de se considerar ou que não existe tal conceito ou que a sistematização até então conhecida é incorreta.<sup>291</sup> Até a década de 1980, o direito brasileiro permanecia apegado a uma perspectiva eminentemente individualista e, portanto, à noção clássica de direito subjetivo.<sup>292</sup> Pouco a pouco, porém, com o processo de redemocratização e o desenvolvimento dos novos direitos – relacionados à tutela do meio ambiente, dos direitos sociais e à massificação trazida pela sociedade de consumo – começavam a

---

<sup>290</sup> V., nesse sentido, entre outros, GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Tradução de Lucio Cabrera Acevedo. México: UNAM, 2004, p. 46. No ordenamento jurídico italiano, que inspirou o modelo brasileiro de tutela coletiva, essa dificuldade também foi sentida. V., exemplificativamente, CARPI, Federico. Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 28, n. 3, giugno 1974, p. 957-961; CAPPALLI, Richard; CONSOLO, Claudio. Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry. *Temple International and Comparative Law Journal*, n. 6, 1992, p. 289-290 (indicando como grande obstáculo para as ações coletivas na Itália o papel central da pessoa prejudicada como possuidor individual dos direitos, não como representante) e PARKER, Douglas L. Standing to litigate abstract social interests in the United States and Italy: reexamining injury in fact. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 33, 1995, p. 280, nota 72 (“Even though the rights found to deserve judicial protection may be new ones (such as the right to a healthy environment), the Italian doctrine seeks to fit them into the traditional/historical categories of *diritto soggettivo* or *interesse legittimo*. There has been some debate over whether there should be some sort of *tertium genus*, since there are problems for some scholars in fitting these new sorts of superindividual rights into the two more traditional categories”). V. tb., sob a perspectiva do direito sueco, LINDBLOM, Per Henrik. Individual litigation and mass justice: a Swedish perspective and proposal on group actions in civil procedure. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997, p. 828-830.

<sup>291</sup> V. MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 63 (indicando que, assim como as ciências naturais, a ciência jurídica na tradição da *civil law* é altamente sistematizada).

<sup>292</sup> CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41 (referindo-se ao processo civil brasileiro como essencialmente individualista, tecnicista, elitizado e conservador); CUNHA, Alcides A. Munhoz. A evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, v. 77, jan. 1995, p. 224-226. Essa não era uma característica exclusiva do direito brasileiro, como se vê, por exemplo, em LINDBLOM, Per Henrik. Individual litigation and mass justice..., cit., p. 816 (afirmando que o código processual sueco somente conhece indivíduos).

aparecer evidências de que os velhos dogmas do processo liberal clássico precisavam ser superados, abrindo-se as portas para a tutela dos interesses coletivos.

Para estabelecer um sistema de tutela coletiva no Brasil, em vez de readequar as estruturas fundamentais do processo civil à nova realidade, o legislador optou por contornar a aparente incompatibilidade da tradicional concepção de direitos individuais, criando novas categorias de direitos que pudessem justificar tal proteção. Assim, da doutrina italiana, foram importados os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*,<sup>293</sup> com o cuidado de se definir na lei seu significado para evitar as mesmas discussões encontradas no direito peninsular.<sup>294</sup> Aproveitou-se a oportunidade para, observando a exuberante experiência norte-americana, incorporar no Brasil a possibilidade de coletivização de direitos ontologicamente individuais, desde que apresentassem alguma questão de fato ou de direito comum. Nascia aí a categoria que se convencionou denominar de direitos individuais homogêneos.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> V., entre outros, GIDI, Antonio. Derechos difusos, coletivos e individuales homogêneos in GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2004, p. 27.

<sup>294</sup> Segundo José Carlos Barbosa Moreira, os direitos difusos eram conhecidos ao final da década de 1970 na doutrina italiana como um “personagem absolutamente misterioso”. V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro..., cit., p. 113. A expressão é encontrada em VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso In: GAMBARO, Antonio (Ed.). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73.

<sup>295</sup> O legislador brasileiro tomou mais um cuidado para evitar as mesmas discussões doutrinárias que se observou na Itália: equiparou explicitamente os direitos e os interesses em todas as categorias passíveis de proteção coletiva no art. 81, parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor, pelo receio de que os tribunais não aceitassem os direitos que dissessem respeito a coletividades como um verdadeiro direito subjetivo. Técnica semelhante se encontra no art. 11 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, que também promove tal equiparação. A distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo é relevante em alguns países de *civil law* que possuem jurisdição administrativa, como na Itália. Lá, o direito subjetivo é considerado um interesse diretamente garantido pela lei a um indivíduo, ao passo que o interesse legítimo se define como um interesse individual estreitamente vinculado ao interesse público e tutelado apenas através da proteção legal a este último. Nesse sentido, por exemplo, o jurisdicionado pode suscitar em defesa de seu interesse na jurisdição administrativa violação a leis que, ao tutelar o interesse público, disciplinam a competência de órgãos administrativos e os procedimentos a serem observados. Sobre a distinção, v. CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Italian legal system: an introduction*. Stanford: Stanford University Press, 1967, pp. 115-116 (explicando a distinção e apontando dificuldades práticas). No Brasil, todavia, não há jurisdição administrativa e essa distinção perde sentido. V., apontando a equiparação, sob a perspectiva da proteção jurisdicional, entre direitos e interesses, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro..., cit., p. 113-114; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 11; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, cit., v. II, p. 70-71; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução...*, cit., p. 208; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17-18. V. tb., sustentando uma conceituação mais ampla do direito subjetivo, abarcando a noção do interesse legítimo, ZANETI JR., Hermes. Derechos colectivos *lato sensu*: una definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogêneos in GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos...*, cit., p. 52-57. Contra,

Ao que parece, a solução empreendida pelo legislador impressionou parte da doutrina, que passou a efetivamente conceber os direitos individuais homogêneos como uma categoria própria de direito material. Nesse sentido, há quem sustente tratar-se de direitos “indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução”,<sup>296</sup> somente existindo espaço para interesses essencialmente individuais após prolatada a sentença genérica de condenação, ao final da fase de conhecimento da ação coletiva (arts. 95 e 97, CDC).<sup>297</sup> Os direitos individuais homogêneos, portanto, consistiriam em uma categoria de direito material, consubstanciada na pretensão à condenação genérica do demandado, o que não se confundiria com a simples soma dos interesses individuais dos integrantes da coletividade beneficiada.

Na jurisprudência dos tribunais superiores, a influência desse entendimento foi sentida em alguns julgados. Assim, por ocasião do Recurso Extraordinário nº 163.231, em que se discutiu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública tendo por objeto o reajuste de mensalidades escolares, o Supremo Tribunal Federal asseverou de forma explícita o caráter essencialmente coletivo dos direitos individuais homogêneos, ainda que com evidente confusão entre as categorias previstas no direito brasileiro.<sup>298</sup> Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº

---

sustentando que não há que se cogitar de tal equiparação, ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 364.

<sup>296</sup> V. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil...*, cit., v. 4, p. 84-86 e ZANETI JR., Hermes. *Derechos colectivos lato sensu: una definición conceptual...*, cit., p. 49-50. V. tb. CUNHA, Alcides A. Munhoz. *A evolução das ações coletivas no Brasil...*, cit., p. 233-234 (acrescentando que os direitos individuais homogêneos seriam um reflexo, uma face encoberta dos direitos difusos e coletivos); ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114-116 (ênfatizando que a ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma de ações individuais); APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 71; DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50. De forma um pouco distinta, aduzindo que ações em defesa de direitos individuais homogêneos se equiparam às ações em defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, distinguindo-se apenas pelo caráter indenizatório das primeiras, v. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica in GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos...*, cit., p. 41-42.

<sup>297</sup> Art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Art. 97 do Código de Defesa do Consumidor: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

<sup>298</sup> STF, RE 163.231, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 26.2.1997, de onde se extrai: “Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado (*sic*) na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos”.

794.752 afastou a restituição dos valores pagos indevidamente sob o fundamento de que a ação civil pública buscava “a proteção dos interesses individuais homogêneos *de caráter indivisível*”, o que somente se poderia cogitar pela compreensão de se tratar de nova categoria de direito material, com contornos coletivos.<sup>299</sup>

A concepção material dos direitos individuais homogêneos, porém, soa artificial e sequer encontra eco no Direito Comparado. Como se apontou, as *class actions* norte-americanas abandonaram as categorias abstratas de direitos passíveis de tutela coletiva desde a reforma de 1966 e o instrumento considerado minimamente correspondente aos direitos individuais homogêneos no Brasil – a *class action* prevista na Regra 23 (b)(3) das FRCP<sup>300</sup> – é considerado tão somente um instituto processual voltado a permitir o processamento coletivo de pretensões envolvendo questões comuns de fato ou de direito predominantes, sempre que tal alternativa for superior a outros instrumentos de tutela disponíveis no direito estadunidense para resolver a controvérsia.<sup>301</sup>

Outro não é o panorama nos sistemas de tutela coletiva canadense, australiano e inglês (com destaque, neste último, para o instituto da *Group Litigation Order*, previsto nas Regras 19.10 e 19.11 das *Civil Procedure Rules* inglesas<sup>302</sup> e que permite atribuir tratamento coletivo sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas).<sup>303</sup> Da mesma forma, segundo aponta a doutrina, as regras sobre ações coletivas na Suécia e em Israel são consideradas de natureza puramente procedimental, sem que se pretenda construir novas categorias de direitos passíveis de proteção coletiva.<sup>304</sup>

<sup>299</sup> V. STJ, REsp 794.752, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16.3.2010: “O pedido de indenização pelos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível”.

<sup>300</sup> Essa é, naturalmente, uma correspondência por aproximação, uma vez que a categorização no direito estadunidense parte de premissas bem distintas do direito brasileiro.

<sup>301</sup> Sobre o ponto, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 183 e ss.

<sup>302</sup> Regra 19.10 das CPR inglesas: “A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’)”. Regra 19.11 (1) das CPR inglesas: “The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues”.

<sup>303</sup> Para uma visão geral dos sistemas de tutela coletiva na Inglaterra, Canadá e Austrália, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 52-62, 139-145 e 155-159. V. tb. MULHERON, Rachel. *The class actions in common legal systems*. Portland: Hart Publishing, 2004, *passim*, especialmente, quanto ao direito inglês, p. 94-111.

<sup>304</sup> Na Suécia, v. LINDBLÖM, Per Henrik. *The Globalization of Class Actions: Sweden*, 2007, p. 10 (“The Act is purely procedural. It does not affect the content of substantive law”), disponibilizado em <http://globalclassactions.stanford.edu> (acessado em 9.7.2014). Em Israel, v. MAGEN, Amichai; SEGAL, Peretz. *The Globalization of Class Actions: Israel*, 2008, disponibilizado em <http://globalclassactions>.

Mesmo em ordenamentos jurídicos mais próximos ao direito brasileiro, como na Colômbia, evitou-se recair em categorias abstratas, sendo certo que a Lei nº 472/1998, que disciplina a matéria naquele país, refere-se apenas a ações populares (que, grosso modo, corresponderiam às ações para defesa de direitos difusos e coletivos) e ações de grupo (equivalentes à tutela de direitos individuais homogêneos).<sup>305</sup> Exceção encontra-se no México, cujo art. 581 do *Código Federal de Procedimientos Civiles*, acrescentado em 2011, refere-se a ações difusas, coletivas em sentido estrito e individuais homogêneas, com conceituações bastante semelhantes às do direito brasileiro.<sup>306</sup>

Os direitos individuais homogêneos, portanto, são melhor compreendidos como simples técnica processual, como um passaporte para que direitos individuais em sua essência possam ingressar na tutela coletiva, por razões de política legislativa. A visão processual desses direitos supera abstrações desnecessárias e um certo apego de ordem formalista, que pressupõe que para toda espécie de ação judicial deva existir um direito material que lhe seja correspondente. Ninguém ingressa em juízo para obter apenas a condenação genérica do réu, mas visa, em última análise, a tutelar direitos que, nessa situação, são individuais e apresentam uma ou mais questões comuns.

---

stanford.edu (acessado em 9.7.2014). Na língua portuguesa, sobre as ações coletivas em Israel, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo. A lei das ações de classe em Israel. *Revista de processo*, n. 214, dez. 2012, p. 175-195.

<sup>305</sup> Art. 3º da Lei nº 472/1998 da Colômbia: “Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. (...) La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”. A parte omitida do dispositivo foi considerada inconstitucional pela Corte Suprema daquele país, mediante decisão datada de 8.6.2004.

<sup>306</sup> Art. 581 do *Código Federal de Procedimientos Civiles* do México: “Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en: I. Acción difusa: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado. II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado. III. Acción individual homogénea: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable”.

Sob o ponto de vista material, como já se apontou em doutrina, os direitos em voga permanecem com a natureza individual que lhes originou.<sup>307</sup> Homogeneidade é somente um atributo necessário para que, verificando-se a existência de questão comum de fato ou de direito (*commonality*), sem a qual sequer faria sentido a tutela coletiva, tais direitos possam ser processados conjuntamente, de uma só vez.<sup>308</sup> Como enunciado de forma bastante expressiva por Teori Zavascki, de um lado está a tutela de direitos coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e, de outro, está o que aqui se discute, a tutela coletiva de direitos (individuais homogêneos).<sup>309</sup>

Em síntese, o processo é coletivo, mas os direitos veiculados através dele não, permanecendo com sua qualificação ontológica individual. A categoria dos chamados direitos individuais homogêneos apenas encobre uma técnica específica de coletivização – e hoje se concebem muitas outras formas no ordenamento jurídico brasileiro, como o incidente de resolução da repercussão geral de Recurso Extraordinários repetitivos (art. 543-B do CPC), o incidente de resolução dos Recursos Especiais repetitivos (art. 543-C do CPC) e, inclusive, o incidente de resolução de demandas repetitivas contemplado no projeto do novo Código de Processo Civil.

Ora, se os direitos individuais homogêneos não se justificam como categoria de direito material abstrata e se a reunião de direitos essencialmente individuais não altera a sua natureza, é lícito concluir que, ausente qualquer disposição legal em sentido

---

<sup>307</sup> V. ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, cit., p. 137 (“Olhados sob o prisma do direito material, permanecem com sua natureza própria e individual”). V. tb. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 20; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 220; BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a liberação judiciais do meio ambiente e do consumidor* in GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Processo coletivo: Do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 323-324; OSNA, Gustavo. “Direitos individuais homogêneos”? Relendo a coletivização instrumentalmente. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 61 e ss.

<sup>308</sup> Por isso mesmo, como adverte Kazuo Watanabe em GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, cit., v. II, p. 76, a origem comum a que se refere o art. 81, parágrafo único, III do CDC não exige uma unidade fática ou temporal, ou seja, não é necessário que o fato originário dos direitos seja único ou o mesmo para todas as pretensões individuais. É suficiente, para este fim, que sejam situações que envolvam questões comuns a ponto de serem juridicamente iguais, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos no plano empírico. Nesse sentido, por exemplo, a propaganda enganosa de um produto e sua comercialização a diferentes consumidores pode ensejar direitos individuais homogêneos, ainda que os atos de venda tenham ocorrido em datas diversas, espalhadas por todo o território brasileiro.

<sup>309</sup> V. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*. V. tb., diferenciando os direitos individuais homogêneos, como acidentalmente coletivos, dos direitos difusos e coletivos, como essencialmente coletivos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos* in *Temas de Direito Processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-196.

contrário, sua simples reunião para processamento coletivo não seria capaz de tornar indisponíveis direitos que, em sua origem individual, são disponíveis.<sup>310</sup> Não faz sentido, portanto, afirmar que todo direito individual homogêneo seja indisponível.

Não se quer dizer com isso, obviamente, que todo direito individual homogêneo possa ser objeto de atos de disposição. Assim como existem direitos individuais que podem ser abdicados mediante consentimento de seu titular e outros que não admitem tal disposição, o mesmo ocorre quanto esses direitos são reunidos em uma ação coletiva porque possuem o atributo da homogeneidade. O direito material, portanto, é que irá dizer se se trata de direito disponível ou não, de acordo com múltiplas possibilidades que não podem ser mapeadas dentro dos limites do presente estudo, por fugir à temática processual e exigir expressivo aprofundamento (v. item 2.2.1, *supra*).

De todo modo, uma conclusão é importante: direitos individuais homogêneos podem, eventualmente, sofrer atos de disposição. Ainda que se possa objetar que seria impossível o legitimado coletivo praticar tais atos, essa já é outra questão, que será enfrentada a seu tempo (v. item 2.3, *infra*).

### 2.2.3 Direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são indisponíveis?

Ao contrário da categoria referida no item anterior, direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não se compreendem como simples técnicas processuais de coletivização. Tais direitos caracterizam-se pela marca da indivisibilidade, de tal modo que a tutela para um integrante da coletividade afetada acarretará a tutela para todo o grupo. Não há, a título de exemplo de um direito difuso, como assegurar a defesa do equilíbrio ambiental sem que isso diga respeito a toda a comunidade que vive em determinado

---

<sup>310</sup> V. ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, cit., p. 132 (“Substancialmente, a assimilação da ideia de direitos individuais homogêneos a uma suposta natureza indisponível do interesse tem sua origem numa deturpação decorrente da interpretação sobre a extensão da legitimidade dada ao Ministério Público”). No mesmo sentido do texto, v. tb. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 52-53 (“... compreende-se que as ações coletivas (leia-se: direitos individuais homogêneos) em regra podem se submeter à arbitragem, mesmo em caso de substituição processual. Trata-se, como visto, de direitos que, nada obstante a homogeneidade, não deixam de ser individuais em sua natureza. E mais: na maior parte das vezes, disponíveis, em especial à luz da patrimonialidade que lhes é corriqueira, de maneira a cumprir com o principal requisito para que o litígio seja deslocado à arbitragem”).

local. Da mesma forma, no caso de direitos coletivos *stricto sensu*, é impossível que se pleiteie certa qualidade do ensino em determinado estabelecimento sem que isso traga reflexo para todos os demais alunos ali matriculados.

Como já é de conhecimento geral, direitos difusos e coletivos equiparam-se em termos de indivisibilidade, distanciando-se apenas nas relações internas do grupo. Nos primeiros, os membros estão ligados por meras circunstâncias fáticas, como residirem em determinado local afetado pela atividade poluidora, o que contribui para uma menor estabilidade desse grupo, formado por um número indeterminável de pessoas. Com relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, o vínculo que une o grupo é uma relação jurídica base anterior ao fato gerador da ação coletiva, o que torna determinados ou, ao menos, determináveis seus membros. Essa relação jurídica, em tese, pode se dar de cada membro da classe com a parte contrária (exemplo: alunos matriculados na instituição de ensino demandada) ou internamente ao grupo (exemplo: integrantes de uma classe profissional lesada por atos de terceiros).

Tal distinção entre direitos difusos e coletivos, todavia, não é relevante para os fins de desvendar sua (in)disponibilidade, de maneira que tais categorias passarão a ser tratadas conjuntamente pela principal característica que as une e marca o seu caráter essencialmente coletivo: a indivisibilidade.

Note-se que, ao contrário dos direitos individuais homogêneos, aqui o objeto de tutela não é passível de fracionamento em processos individuais. Mesmo que se venha a admitir que uma demanda dessa natureza seja ajuizada por um indivíduo – seja no âmbito de uma ação popular (art. 1º, *caput*, Lei nº 4.717/1965)<sup>311</sup>, seja em situações excepcionais em que não há nenhum legitimado coletivo disponível<sup>312</sup> ou mesmo nos

---

<sup>311</sup> Art. 1º, *caput* da Lei nº 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 (Constituição, art. 141, § 38), 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”.

<sup>312</sup> Concorde-se, assim, com MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 254-255, que mesmo nos casos fora do âmbito da ação popular, se não houver legitimado coletivo disponível, ainda que a legislação brasileira não contemple expressamente a legitimidade do indivíduo membro do grupo afetado para ações em defesa de direitos difusos ou coletivos, tal providência deverá ser admitida, sob pena de violar o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição da República). Para tanto, o autor utiliza alguns exemplos. Em um deles, o qual se considera mais eloquente, determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provoca a poluição sonora junto a uma

casos em que nem se percebeu que a questão poderia contemplar tratamento coletivo (ações pseudoindividuais),<sup>313</sup> como é bastante comum em discussões sobre direito de vizinhança<sup>314</sup> – ainda assim haverá reflexos evidentes para todo o grupo.

O art. 81, parágrafo único, I e II do Código de Defesa do Consumidor refere-se a tais direitos como se fossem titularizados por várias pessoas.<sup>315</sup>

Não é bem assim, todavia. Se os direitos difusos fossem individualmente titularizados pelos membros da comunidade afetada, haveria grande instabilidade das relações jurídicas em discussão, submetidas a alterações fáticas contingenciais. Em que pese aos elogiáveis propósitos do Código de Defesa do Consumidor, sua conceituação abstrata, paradoxalmente, ficou apegada à figura do indivíduo para explicar noções

pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja Promotoria esteja com o cargo vago. Nessa situação, ou se admite o indivíduo como legitimado ou os moradores estariam fadados a suportar o barulho. Na jurisprudência, entre outros, confira-se TJRJ, Ap. Cív. 0290849-17.2009.8.19.0001, 8ª CC., Rel. Des. Katya Monnerat, julg. 28.6.2011: “Reparo da rede de esgoto. Direito a saneamento básico. (...) Legitimidade do morador, não excluída pela possibilidade de propositura de ação civil pública pelo Ministério Público – art. 129, §1º da CF. Ao Judiciário cabe apreciar a questão – art. 5º, XXXV da Constituição Federal” e TJRJ, Ap. Cív. 0001799-40.2009.8.19.0008, 18ª CC., Rel. Des. Jorge Luiz Habib, julg. 8.6.2010: “Autoras, moradoras de localidade no Município de Belford Roxo, para propor demanda condenatória da municipalidade em promover obras estruturais imprescindíveis à sua saúde e vida digna (...). Se o direito é coletivo, não se pode negar que os moradores também sejam legitimados para exercer seu direito próprio, sendo desnecessário aguardar que um dos legitimados extraordinários da Lei 7347/85 o faça. A existência de um legitimado extraordinário para o exercício de direito coletivo não afasta o direito do particular que faça parte daquela coletividade, de buscar seu direito individualmente ante a inércia do legitimado extraordinário apontado pela lei”. Contra, porém, TJRJ, Ap. Cív. 0010840-52.2009.8.19.0001, 6ª CC., Rel. Des. Benedicto Abicair, julg. 9.5.2012: “Constata-se que os autores pretendem a pavimentação e a implantação de rede de esgotamento na localidade, Guaratiba, o que se trata de pleito coletivo ou difuso. Para tal pleito, de fato, são os autores parte ilegítima. A lei 7.347/85 traz rol taxativo para a propositura de ação civil pública, a qual seria o instrumento adequado para o pleito em questão”.

<sup>313</sup> A denominação de ações pseudoindividuais remete ao estudo de WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais..., cit., p. 28-35, embora não se concorde com o exemplo apresentado (demandas individuais acerca da cobrança de tarifa mensal pelas operadoras de telefonia fixa) por implicar ampliação demasiada da noção de indivisibilidade. A discussão acerca da cobrança de valores indevidos nas contas de telefone pode ser deflagrada em ações individuais, com possibilidade de resultados distintos para cada consumidor. A verificação de eventual desequilíbrio econômico-financeiro para a concessionária decorrente de tais decisões judiciais consiste em consequência meramente econômica, sem que haja efetiva impossibilidade prática de fracionamento do objeto litigioso em processos individuais, como ocorre nos demais exemplos citados.

<sup>314</sup> Seria inevitável, por exemplo, em uma ação ajuizada por morador em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos e produza poluição sonora em horários indevidos, que suas consequências não produzam efeitos para toda a vizinhança. A determinação judicial para que cessem os barulhos ou seja providenciado tratamento acústico beneficiará a todos os moradores afetados.

<sup>315</sup> Art. 81, parágrafo único, I e II do CDC: “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”.

essencialmente coletivas. Indivíduos determinados, determináveis ou indetermináveis, mas ainda indivíduos.

Tal constatação faz pensar por que, afinal, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são indivisíveis. A resposta para isso está na sua configuração estrutural.

Direitos difusos e coletivos são melhor compreendidos quando se percebe que seu polo ativo não se compõe de pessoas determinadas ou indeterminadas, mas de um grupo. Esse polo ativo é, invariavelmente, muito bem determinado: a coletividade. Os elementos componentes – os membros do grupo – é que podem ser determináveis ou não.<sup>316</sup> Tratando-se de polo ativo complexo, esses direitos não podem ser fracionados, porque não pertencem nem a uma, nem a várias pessoas, mas a todo o grupo.

A analogia que se faz em doutrina com conceitos extraídos da química<sup>317</sup> se aplica perfeitamente. Não há como dividir direitos difusos e coletivos porque seu polo ativo é molecularizado, tendo por referência uma coletividade de pessoas. Ainda que, internamente, seja possível quebrar, por exemplo, uma molécula de água em unidades ainda menores – dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio –, suas propriedades químicas moleculares desapareceriam. O mesmo ocorre, guardadas as proporções, com os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: tais categorias apenas preservam a essência transindividual respeitada a sua indivisibilidade.

Tais direitos estruturam-se em dois polos subjetivos, um ativo e outro passivo. Nada impede, porém, que um dos polos (ou mesmo ambos) seja ocupado por um ente coletivo, cujas relações internas não dizem respeito diretamente ao direito em análise. Quando houver um ente coletivo no polo ativo, existirá uma potencial ação coletiva ativa; quando tal entidade ocupar o polo passivo, será possível se cogitar de ação

---

<sup>316</sup> No mesmo sentido, v. GIDI, Antonio. Derechos difusos, coletivos e individuales homogéneos..., cit., p. 30. Discorda-se, do autor, todavia, quando aplica essa mesma construção para os direitos individuais homogêneos porque, como visto, estes consistem em mera técnica de coletivização (v. item 2.2.2 *supra*), que não altera a natureza, nem a titularidade de direitos ontologicamente individuais.

<sup>317</sup> Conforme apontado por Kazuo Watanabe em GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado..., cit., v. II, p. 4: “A estratégia tradicional de tratamento das demandas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado à solução desses conflitos coletivos”.

coletiva passiva<sup>318</sup> e quando nos dois polos existirem entidades coletivas, então haverá a possibilidade de ser deflagrada uma ação coletiva bilateral.

Em decorrência desse referencial complexo, a noção de indivisibilidade torna-se a pedra de toque distintiva entre, de um lado, os direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e, de outro, os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). Entretanto, aludido conceito não pode ser ampliado além dessa esfera. Parte da doutrina e a jurisprudência dominante vêm considerando que basta que seja pleiteado um remédio judicial comum para que haja indivisibilidade.<sup>319</sup> Outros autores, porém, de forma mais consistente, vêm sustentando noção mais restritiva, segundo a qual somente haverá indivisibilidade quando os interessados não puderem, sob o ponto de vista prático, serem lesados ou satisfeitos a não ser de forma que afete a todos,<sup>320</sup> o que é resultado, como se percebe, do referencial complexo no polo ativo.

Pode parecer inusitado que um direito tenha por referencial uma coletividade, a qual não possui, evidentemente, personalidade jurídica.<sup>321</sup> Nada obstante, o fenômeno não é inteiramente estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, mesmo fora do âmbito

---

<sup>318</sup> Sobre as ações coletivas passivas no Brasil, ou seja, ajuizadas contra coletividades, v. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Juspodivm, 2008 e MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>319</sup> V., na doutrina, GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...*, cit., v. II, p. 80-82 e LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...*, cit., p. 108-109. Em sentido um pouco diverso, v. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo...*, cit., p. 99-100 (relacionando alguns exemplos que, pelo menos em tese, poderiam ser veiculados em processos individuais, como a pretensão dos mutuários em rever o cálculo do saldo devedor do financiamento). Na jurisprudência, também adotando uma concepção mais ampla, entre outros, v. STF, RE 190.976, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 31.10.1997 e STJ, REsp 43.585, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 14.12.2000.

<sup>320</sup> V. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo...*, cit., p. 32-33 (criticando especialmente a posição de Kazuo Watanabe, nota 29); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 216-218; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-213 e ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos *in* FUX, Luiz; NERY JR., Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 80-83 (apontando a hesitação jurisprudencial e sustentando que a determinabilidade dos interessados pode servir como critério de distinção somente entre interesses difusos e coletivos em sentido estrito, mas não entre estes últimos e os interesses individuais homogêneos). Na jurisprudência também já se adotou uma noção mais restritiva de indivisibilidade, como se verifica, por exemplo, em STJ, CC 48.177, 1ª S, Rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 14.09.2005 (negando a natureza coletiva *stricto sensu* dos interesses em jogo nas ações envolvendo a cobrança da assinatura básica dos serviços de telefonia fixa).

<sup>321</sup> V., nesse sentido, a crítica de VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: La legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 49-58 (sustentando que uma construção que atribua titularidade a uma coletividade acabaria por camuflar e desviar a atenção do verdadeiro protagonista do fenômeno coletivo, qual seja, o próprio indivíduo, a quem verdadeiramente interessa tal tutela).

das ações coletivas. A jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, a possibilidade de o condomínio edilício adjudicar unidade imobiliária no âmbito de execução decorrente de cobrança de cotas condominiais,<sup>322</sup> chegando a figurar como proprietário no Registro Geral de Imóvel, em que pese a não haver previsão legal de sua personalidade jurídica.<sup>323</sup> Tal hipótese vai além da simples capacidade processual conferida ao condomínio, por força do art. 12, IX do Código de Processo Civil.<sup>324</sup>

Não se pretende com esse raciocínio sustentar a personalidade jurídica da coletividade, nem mesmo sua subjetividade (capacidade para ser sujeito de direito).<sup>325</sup> Na verdade, quando o representante atua na ação coletiva, são os próprios membros do grupo que ficam diretamente vinculados. Ocorre que, por ser impossível a participação formal de todos os integrantes em juízo e por o grupo, não raramente, estar suscetível a constantes modificações, especialmente no caso dos direitos difusos, admite-se que o

---

<sup>322</sup> Confira-se: “Adjudicação de unidade edilícia em hasta pública judicial. O condomínio edilício, regularmente instituído e na qualidade de parte exequente, tem capacidade jurídica para adjudicar em juízo unidade edilícia penhorada” (TJRS, Ap. Cív. 70018806737, 20ª CC., Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 22.8.2007). V. tb. TJRS, Ap. Cív. 70026538934, 18ª CC., Rel. Des. Nara Leonor Castro Garcia, julg. 13.11.2008; TJSP, Processo nº. 505-6/7, 1ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo, Juiz de Direito Venício Antonio de Paula Salles, julg. 10.8.2005; TJRJ, Ap. Cív. 1999.001.20938, 8ª CC., Rel. Des. Letícia Sardas, julg. 27.6.2000 e TJRJ, Processo nº 0058311-69.2006.8.19.0001, Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, Juiz de Direito Wilson Marcelo Kozłowski Junior, julg. 9.7.2007.

<sup>323</sup> Nesse sentido, FONSECA, José Geraldo da. Representação do condomínio na Justiça do Trabalho. *Revista da EMERJ*, n. 13, 2001, p. 150: “O condomínio é uma pessoa formal. Constitui-se de uma pluralidade de sujeitos coligados por necessidades e fins comuns, sob um mesmo regramento jurídico”; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 610: “Uma vez constituído, o condomínio é considerado um ente jurídico que se distingue perfeitamente dos titulares de cada uma das unidades autônomas, da mesma forma pela qual se distingue da sociedade a pessoa de cada um dos sócios. Mas não é enquadrado como pessoa jurídica no sentido estrito, da mesma forma como não o são outros entes (herança, massa falida, a sociedade irregular)”. Destaque-se, porém, o Enunciado 90, aprovado nas Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[d]eve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”.

<sup>324</sup> Art. 12, IX do Código de Processo Civil: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico”.

<sup>325</sup> Sobre a distinção entre os conceitos de personalidade e subjetividade na doutrina civilista, entre outros, v. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 in TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 12 (“Somente no sentido tradicional, portanto, pode-se identificar as noções de personalidade e capacidade, equiparação que, justificando-se no passado, hoje suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que a personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional”). V. tb. PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti*. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 14.

representante, com um único ato, vincule a esfera jurídica de todos os seus membros, os quais são referidos simplesmente como uma coletividade.<sup>326</sup>

A concepção dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* consiste, assim, em um expediente técnico criado pelo legislador para possibilitar que sejam vinculados diretamente e de uma só vez todos os integrantes de uma coletividade, determinável ou não. Estabelecida tal premissa e dentro dessa lógica estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, é forçoso concluir que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* apenas podem ser exercidos tendo por referência uma coletividade.

A análise estrutural dos direitos difusos e coletivos evidencia, assim, que com exceção de seu referencial coletivo, do qual decorre o atributo de sua indivisibilidade, não há qualquer alteração significativa em seu conteúdo em relação a um direito subjetivo individual, de maneira que também aqui se aplicam todas as considerações apresentadas quanto à sua (in)disponibilidade. Como não há previsão, na legislação brasileira sobre ações coletivas, acerca da indisponibilidade de tais direitos, tal atributo somente pode resultar das determinações do direito material, que escapam ao escopo processual e aos limites do presente estudo (v. item 2.2.1, *supra*).

Mais uma conclusão importante, desse modo, é revelada: assim como apontado em relação aos direitos individuais homogêneos, também não se pode afirmar que todos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* sejam indisponíveis, de forma genérica, ao contrário do que sustenta parcela dominante da doutrina.

É lícito supor que não haja como dispor do direito ao meio ambiente equilibrado, um dos primeiros exemplos que costumam ser invocados. Pareceria, assim, que a tese da disponibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não passa de um delírio. Não se pode esquecer, entretanto, que nem todos os direitos inseridos nessas categorias

---

<sup>326</sup> Impressionam, retornando ao exemplo do condomínio edilício, algumas considerações encontradas em OLIVA, Milena Donato. Condomínio edilício e subjetividade in TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 85 e 88, que, em contexto significativamente distinto, se aproximam bastante de conceitos próprios das ações coletivas. Confira-se: “Neste sentido, há, em relação ao condomínio edilício, um outro tipo de representação, em que o síndico tem poderes para vincular diretamente uma coletividade determinável, não já previamente determinada de condôminos. Cuida-se de representação legal, mas de uma coletividade dinâmica, que se altera constante e aleatoriamente, e não de uma pessoa determinada. Ou seja, quem é parte nas contratações, em todas as contratações ‘do condomínio’, não é um ente despersonalizado, desprovido de subjetividade, mas os próprios condôminos, que figuram nas relações jurídicas através do síndico, representante ‘do condomínio’ (*rectius*, dos condôminos). A unidade da administração, centralizada no síndico, justifica-se na comunhão de interesses dos condôminos no que se refere às partes comuns. *O fim coletivo é perseguido com uma técnica diversa da atribuição de subjetividade ao condomínio, qual seja, o mecanismo da representação de uma coletividade determinável*” (grifou-se).

possuem a mesma relevância que o direito ao meio ambiente equilibrado, que interessa a todos e, mais além, até às gerações futuras. Negar a disponibilidade *tout court* dos direitos difusos e coletivos apenas pelo rótulo que receberam e por um exemplo em concreto seria o mesmo que entender como indisponíveis todos os direitos individuais, aludindo-se a casos nessa categoria que não admitem atos de disposição, como os direitos da personalidade ou da criança e do adolescente.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que fosse possível o consentimento formal de todos os integrantes da coletividade. Em um primeiro exemplo, todos os habitantes do planeta concordariam em abrir mão, ainda que apenas parcialmente, do direito ao meio ambiente equilibrado, para produzir riquezas destinadas às populações carentes no continente africano. Por mais nobres que sejam tais propósitos, é evidente que esse ato de disposição não seria possível, dada a relevância do bem em jogo. Em outro exemplo, todos os alunos matriculados, maiores e capazes, em uma instituição de ensino concordaram em abrir mão de determinada pretensão acerca da qualidade da prestação de serviços naquele local. Nessa situação – observe-se que nesse exemplo não está envolvido o direito à educação de crianças ou adolescentes –, não haveria óbice ao ato de disposição mediante o consentimento de todos os interessados.

A comparação dos dois exemplos ajuda a perceber que a (in)disponibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é também casuística e decorre tão somente da relevância dos interesses em discussão, atributo conferido pelo direito material e que não depende da categorização conferida pelo art. 81, parágrafo único do CDC.

#### 2.2.4 Algumas palavras sobre o Termo de Ajustamento de Conduta

Muito embora o presente estudo não verse propriamente sobre o compromisso ou termo de ajustamento de conduta previsto na Lei da Ação Civil Pública<sup>327</sup> (art. 5º, §

---

<sup>327</sup> Não se poderia deixar de apontar a previsão do compromisso de ajustamento de conduta em outros dispositivos legais específicos, como no art. 211 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, que disciplina a celebração de termos de compromisso pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente e art. 85 da Lei nº 12.529/2011, que prevê o compromisso de cessação de atividades de empresa investigada por infração à ordem econômica.

6º, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor),<sup>328</sup> as conclusões a que se chegou nos dois itens anteriores trazem repercussões óbvias nesta seara.

Com efeito, como já demonstrado, devido à concepção amplamente dominante de que os direitos coletivos, de forma geral, seriam indisponíveis, parcela expressiva da doutrina tem negado a natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta e mesmo os autores que a admitem tomam o cuidado de restringi-la a questões periféricas, notadamente o tempo e o modo de cumprimento das obrigações assumidas, ressaltando sempre não ser possível dispor do direito coletivo (item 2.2, *supra*).

A premissa de que se vale a doutrina, todavia, não se sustenta. Como visto, nem sempre os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos serão indisponíveis, a depender da relevância jurídica do bem em discussão. Abre-se espaço, assim, para que seja conferida maior amplitude ao instituto.

O espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta pode ir além das questões atinentes à forma, ao modo e ao tempo de cumprimento das obrigações que vierem a ser assumidas pela parte contrária à coletividade. Há que se reservar alguma esfera para que sejam ajustadas concessões recíprocas, tudo a depender do grau de disponibilidade do direito coletivo em discussão.<sup>329</sup> Por isso mesmo, em

---

<sup>328</sup> Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985: “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”. O projeto original do Código de Defesa do Consumidor previa também um dispositivo para o compromisso de ajustamento de conduta em seu art. 82, § 3º, que foi vetado pelo Poder Executivo. Curiosamente, entretanto, o Poder Executivo sancionou o art. 113 do CDC, que inseriu o art. 5º, parágrafo 6º na Lei de Ação Civil Pública, tratando exatamente do mesmo instituto. Segundo o entendimento amplamente dominante, apesar do veto presidencial, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser utilizado em praticamente qualquer ação coletiva, uma vez que o CDC e a Lei de Ação Civil Pública se encontram plenamente integrados, formando um microsistema de processos coletivos. A exceção fica por conta das ações por ato de improbidade administrativa, em que há previsão legal vedando a transação, acordo ou conciliação no artigo 17, § 1º da Lei nº 8.429/1992. Entre outros, nesse sentido, v. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...*, cit., v. II, p. 107; NERY JR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 361, nota 4; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 130; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta...*, cit., p. 89-94; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...*, cit., p. 78-80; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*, cit., p. 428-429 e NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva in MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 443. Em sentido contrário, praticamente isolado na doutrina, sustentando que a motivação do veto ao art. 82, § 3º do CDC acarretaria o veto também do art. 113 do mesmo diploma legislativo, na parte em que previu o compromisso de ajustamento, v. NEGRÃO, Theotônio *et al.* *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1133, notas 8, 8a e 9.

<sup>329</sup> V., em sentido semelhante ao texto, embora sem se amparar nas mesmas premissas, NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta...*, cit., p. 187-188.

virtude da perspectiva casuística que essa análise pressupõe, é de todo recomendável que o compromisso de ajustamento seja submetido à homologação judicial, sob pena de ser questionado no futuro por ter extrapolado tais limites.<sup>330</sup>

Ao contrário do sistema norte-americano das *class actions*, em que há previsão de procedimento específico para aprovação de acordos coletivos, mediante notificação dos membros do grupo a serem vinculados, designação de audiência e avaliação, pelo juiz, se a proposta é justa, adequada e razoável (*fair, adequate and reasonable*),<sup>331</sup> no direito brasileiro não se encontra qualquer regra nesse sentido, o que também contribuiu, ao lado da propalada indisponibilidade dos direitos coletivos, para que a doutrina adotasse concepção bastante restritiva dos limites transacionais. Nada impede, porém, que o juiz brasileiro realize esse controle no âmbito da homologação do compromisso de ajustamento de conduta. Ainda que o magistrado não possa se imiscuir no mérito da conveniência dos termos acordados, é inafastável o exame de legalidade das cláusulas e condições ajustadas, inclusive para verificar eventual indisponibilidade.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> Embora também recomendável a participação do Ministério Público para conferir maior segurança ao compromisso de ajustamento, não se entende tal providência como requisito de validade para o ato, caso este seja formalizado extrajudicialmente. Isso porque, embora a legislação vigente estabeleça a atuação do *Parquet* como legitimado coletivo ou *custos legis*, na hipótese de celebração do compromisso com outro colegitimado será sempre possível a participação do Ministério Público *a posteriori*, seja na ação de execução do compromisso de ajustamento ou na que questionar sua validade. Nesse sentido, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...*, cit., p. 392-393; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O compromisso de ajustamento..., cit., p. 302. Contra, exigindo sempre a comunicação ao Ministério Público, RODRIGUES, Geísa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta...*, cit., p. 176; VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos...*, cit., p. 233-235.

<sup>331</sup> Regra 23 (f) das FRCP norte-americanas: “The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval”.

<sup>332</sup> Esse exame não é estranho, no direito brasileiro, ao juízo de homologação. No âmbito da Lei de Recuperações e Falências (Lei nº 11.101/2005), por exemplo, incumbe ao juiz, na decisão que conceder a recuperação judicial ao devedor cujo plano não tenha sofrido objeção pelos credores ou tenha sido aprovado em Assembleia-Geral de Credores (art. 58), efetuar o seu exame de legalidade. A jurisprudência assim tem entendido: “Aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia de credores não a torna imune à verificação, pelo Poder Judiciário, sobre aspectos de sua legalidade e de obediência a princípios cogentes que iluminam o direito contratual” (TJSP, AI 0173522-20.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 29.5.2014) e, ainda, “Homologação judicial que não prescinde da verificação da legalidade e constitucionalidade do PRJ, além do respeito aos princípios gerais de direito, isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e *pars conditio creditorum*”

Ainda há mais uma última questão importante a ser considerada para que seja revisitado o compromisso de ajustamento de conduta. Ao contrário do direito norteamericano, que estabelece a vinculação *pro et contra* dos membros ausentes, ressalvada a hipótese de autoexclusão (*opt-out*), o sistema brasileiro em vigor normalmente vincula os indivíduos somente se a decisão proferida for favorável aos seus interesses (extensão *in utilibus* da coisa julgada). Surgem dúvidas, assim, quanto aos efeitos vinculantes de um compromisso de ajustamento de conduta quando a composição alcançada não for totalmente benéfica para os membros do grupo. Além disso, também se questiona a vinculação dos demais colegitimados ao compromisso.

Em relação aos membros ausentes do grupo, já se defendeu a conveniência de que o direito brasileiro venha a adotar, de *lege ferenda*, o regime da coisa julgada *pro et contra* – ou seja, independentemente do resultado da demanda – em matéria de direitos individuais homogêneos,<sup>333</sup> ressalvadas as proteções procedimentais pertinentes, como a notificação individualizada dos membros do grupo (em vez da burocrática publicação de edital no Diário Oficial prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor),<sup>334</sup> a previsão do direito de autoexclusão (*opt-out*) e o controle judicial da representatividade adequada. Entretanto, à luz da legislação vigente, não há como fugir do regime da coisa julgada e da vinculação dos integrantes da coletividade regulado no art. 103 do CDC,<sup>335</sup> que se aplica, *mutatis mutandis*, às hipóteses de acordo.

Assim, no caso de compromisso de ajustamento de conduta, qualquer indivíduo que se sinta prejudicado a ele não estará vinculado, podendo ajuizar ação própria em defesa de seu direito individual abrangido pela técnica de coletivização (no caso de

---

(TJSP, AI 0074910-47.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. José Reynaldo, julg. 9.12.2013).

<sup>333</sup> V. ROQUE, Andre Vasconcelos. Class actions..., cit., p. 597-600.

<sup>334</sup> Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

<sup>335</sup> Art. 103 do Código de Defesa do Consumidor: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

direitos individuais homogêneos), com fundamento no art. 103, § 2º do CDC,<sup>336</sup> ou mesmo de um direito individual reflexamente atingido pelo compromisso que versou sobre direito difuso ou coletivo, nos termos do art. 103, § 1º do CDC.<sup>337</sup>

Com relação aos demais colegitimados, o entendimento dominante tem sido no sentido de que o acordo não os vincula, sendo possível que proponham nova ação coletiva para pleitearem em juízo tudo o que não foi expressamente acordado (tese da “garantia mínima”), independentemente da validade do termo de ajustamento.<sup>338</sup>

Não é difícil concluir, entretanto, que tal compreensão amesquinha o instituto do compromisso de ajustamento de conduta e desestimula a celebração de qualquer acordo, pois a parte contrária à coletividade não conseguirá evitar sequer a propositura de novas ações coletivas sobre a mesma questão. Parece mais adequado considerar que, firmado o compromisso, não poderão os demais legitimados rediscutir a matéria,<sup>339</sup> ressalvada a

---

<sup>336</sup> Art. 103, § 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

<sup>337</sup> Art. 103, § 1º do Código de Defesa do Consumidor: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

<sup>338</sup> V., sustentando que os demais colegitimados poderão demandar em ação coletiva tudo o que não foi acordado expressamente no termo, independentemente de sua validade, visto que esse funciona apenas como uma “garantia mínima”, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*, cit., p. 449; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O compromisso de ajustamento...*, cit., p. 307; VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos...*, cit., p. 235-237; MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. *O compromisso de ajustamento de conduta...*, cit., p. 12-13; CARVALHO NETO, Inacio. *Manual de processo coletivo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126 (aderindo de forma expressa à posição de Hugo Nigro Mazzilli). Em sentido, um pouco diverso, RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta...*, cit., p. 187-188 (ressalvando que, sendo suficientes as obrigações e os deveres assumidos, estarão os demais colegitimados vinculados a seus termos) e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública...*, cit., p. 234 (idem). Na jurisprudência, v. STJ, REsp 265.300, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.9.2006: “Ora, por mais que se fale terem as empresas-rés firmado compromisso perante o Ibama, resta ainda o interesse de agir do *Parquet* para discutir eventual repercussão dos danos à população diretamente afetada e remanesce o interesse para requerer condenação de modo a reparar o meio-ambiente, se o caso da instância ordinária assim entender. Resta ainda ponderar que, sabidamente, as instâncias administrativa e judicial são independentes e não há falar em obstáculo ao exercício da jurisdição em hipótese alguma, máxime quando a atribuição desses órgãos, para a defesa do meio-ambiente, é concorrente”.

<sup>339</sup> V., nesse sentido, FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236 (embora focado nas consequências do compromisso de ajustamento sobre o inquérito civil no âmbito do Ministério Público); NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta...*, cit., p. 234. Na jurisprudência, v. TJRJ, Ap. Civ. 0209998-88.2009.8.19.0001, 4ª CC., Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, julg. 19.2.2013. V. ainda, ressalvando que tal conclusão somente se aplica ao compromisso de ajustamento de conduta homologado judicialmente, mas não ao extrajudicialmente formalizado, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 101 e CARVALHO, Eduardo Santos de. *Compromisso de ajustamento de conduta: a autocomposição da lide na tutela de interesses transindividuais*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 155-156.

possibilidade de invalidação por qualquer vício no acordo,<sup>340</sup> inclusive por ter versado sobre matéria indisponível. Tal discussão seria possível tendo sido ou não homologado judicialmente o compromisso.<sup>341</sup>

As premissas estabelecidas no presente estudo, portanto, tornam inevitável que se revise o compromisso de ajustamento de conduta, tema este que não poderá, no entanto, ser aprofundado nesta oportunidade por extrapolar os limites ora propostos, que visam a investigar a arbitrabilidade dos direitos coletivos.

### 2.2.5 Superação do mito da indisponibilidade

A análise estrutural dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos demonstrou ser inconsistente a afirmativa genérica – frequentemente encontrada na doutrina brasileira – de que tais categorias seriam indisponíveis, de maneira que não se sustenta este fundamento para afastar a arbitrabilidade de tais direitos. Como já se apontou, não se nega que muitos direitos passíveis de proteção coletiva não podem ser objeto de atos de disposição, mas tal análise depende essencialmente da relevância que lhe empresta o direito material e é necessariamente casuística, independentemente da categoria abstrata em que se enquadre a controvérsia.

É possível que se encontre resistência à resolução de litígios com contornos coletivos por árbitros por estes não estarem inseridos na estrutura do Poder Judiciário, não serem agentes do Estado e não contarem com as garantias constitucionalmente

---

<sup>340</sup> V., nesse sentido, exigindo a impugnação ao compromisso, ainda que em caráter prejudicial na nova ação coletiva, antes que se possa rediscutir a matéria, CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Compromisso de ajustamento de conduta...*, cit., p. 740 e GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...*, cit., p. 407-408.

<sup>341</sup> Em caso de homologação do compromisso, naturalmente, a via processual adequada será a mesma que se abre para questionar transação homologada em juízo no processo individual. Tal discussão passa pela controvérsia decorrente da interpretação dos art. 485, VIII (“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”) e 486 do CPC (“Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”). Para uma ampla exposição acerca da adequação da ação rescisória ou da ação anulatória prevista no art. 486 do CPC em tais situações, com exposição das mais diversas variantes doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive na Justiça do Trabalho, v. QUINTANA, Ana Maria Simões Lopes. *Da ação anulatória (Comentários ao artigo 486) in TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela (Eds.). Páginas de Direito*, nov. 2007, disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6103-da-acao-anulatoria-comentarios-ao-artigo-486>, acessado em 28.7.2014.

asseguradas à magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio),<sup>342</sup> essenciais para a independência e a imparcialidade de suas decisões. Não teriam os árbitros, assim, legitimidade para decidir sobre questões que, devido à sua repercussão transindividual, frequentemente envolvem políticas públicas.

Essa, porém, é uma questão que depende do ponto de vista a se adotar. Mesmo hoje em dia, com o crescimento das arbitragens em matéria de contratos administrativos, cuja admissibilidade já foi reconhecida – ainda que dentro de certos limites – pela jurisprudência e pela legislação vigente (v. item 2.2, *supra*), não raras vezes a solução do litígio mediante arbitragem impactará em políticas públicas. Imagine-se, por exemplo, as eventuais repercussões decorrentes de uma sentença arbitral em matéria de construção de uma obra pública na área dos transportes urbanos ou, ainda, entre uma exploradora de gás natural e uma distribuidora.<sup>343</sup>

Não por acaso, já se consolidou o entendimento em doutrina de que a mera incidência de normas de ordem pública não afasta a resolução da controvérsia pelos

---

<sup>342</sup> Art. 95 da Constituição da República: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. V. tb. as prerrogativas previstas no art. 33 da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional): “São prerrogativas do magistrado: I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior; II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado); III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; V - portar arma de defesa pessoal”.

<sup>343</sup> Essa situação já ocorreu ao final do ano de 2007, em que a Petrobras alegou que a distribuidora CEG, no Estado do Rio de Janeiro, estaria utilizando volumes de gás natural além dos limites contratados. Tal questão, devido à celebração de cláusula compromissória nos contratos pertinentes, deveria ser submetida à arbitragem. Entretanto, diante da ameaça de limitação no fornecimento de gás natural, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou medida cautelar preparatória a ação civil pública, com pedido liminar, para assegurar a integralidade dos volumes que vinham sendo distribuídos. Aparentemente, Petrobras e CEG chegaram a um acordo, o que evitou uma sentença arbitral sobre o mérito da disputa. De todo modo, é evidente que, nessa situação, uma decisão sobre o mérito na arbitragem poderia repercutir sobre políticas públicas de fornecimento de energia e gás natural. V., a respeito do caso, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que manteve a liminar pleiteada pelo Estado do Rio de Janeiro, TJRJ, AI 2008.002.05857, 6º CC., Rel. Des. Wagner Cinelli, julg. 16.7.2008, e comentários por CORREIA, André de Luizi. Contrato de suprimento de gás canalizado entre a Petrobras e a CEG. Recusa da Petrobras em manter o suprimento de volumes não previstos em contrato. Arbitragem instaurada pela concessionária e ação judicial movida pelo Estado do Rio de Janeiro, ambas visando a manutenção do suprimento. Pedido de suspensão da ação, até a solução da questão pelo Tribunal Arbitral. Acórdão do TJRJ que indeferiu o pedido, sem, no entanto, negar a arbitrabilidade dos conflitos oriundos dos contratos de suprimento de gás. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 19, out./dez. 2008, p. 200-210.

árbitros.<sup>344</sup> Não é vedado conhecer na arbitragem de controvérsias que envolvam a incidência de tais normas, mas apenas que tenham por objeto direito indisponível. O que os árbitros não podem fazer, nesse caso, é violar normas de ordem pública na apreciação do litígio, mas esta revisão somente ocorre *a posteriori* e eventualmente, em caso de propositura da ação anulatória da sentença arbitral, não se devendo antecipar tal controle para o exame da arbitrabilidade objetiva. A incidência de normas de ordem pública, inafastáveis por vontade das partes, é impeditiva da arbitragem por equidade,<sup>345</sup> mas não da submissão do litígio à via arbitral.

Eventual interferência da matéria submetida à arbitragem em políticas públicas, portanto, não torna tais direitos automaticamente indisponíveis.

Em relação à circunstância de que os árbitros não seriam agentes públicos e, por isso, não teriam legitimidade para decidir questões com contornos transindividuais, cabe acrescentar dois aspectos de suma relevância. O primeiro deles é que, como já exposto, a própria Constituição da República admite expressamente a arbitragem coletiva em matéria de Direito do Trabalho, nos termos do art. 114, §§ 1º e 2º (v. item 1.2.3, *supra*), de sorte que tal argumento não apresenta consistência. Se a arbitragem coletiva no âmbito civil não se desenvolveu no Brasil, é porque ainda há sérias dúvidas sobre o âmbito de disponibilidade dos direitos coletivos e a melhor forma de operacionalizar tal instrumento de tutela coletiva no país.

Como se isso não bastasse, na verdade, a possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes envolvidas pode conferir ainda maior legitimidade política a esses, quando

---

<sup>344</sup> Entre outros, MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem...*, cit., p. 4; LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul..., cit., p. 351 e, mais amplamente, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17-21 e 44-46; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 162-166 (afirmando que “a noção de ordem pública é considerada inadequada para a definição de arbitrabilidade por toda a doutrina” e que a origem de grande parte das dificuldades está no art. 2.060 do Código Civil francês, sendo certo, porém, que a jurisprudência naquele país já evoluiu para admitir que as normas de ordem pública, por si só, não impedem a resolução da controvérsia por árbitros) e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 138-141 (ênfatisando que apenas em um sentido muito largo e geral, jamais técnico-jurídico, pode-se atribuir à ordem pública a razão da indisponibilidade que grava certos direitos). V., todavia, em sentido aparentemente contrário, LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem em propriedade intelectual, p. 14, disponível em [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri34.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri34.pdf) (acessado em 13.7.2014): “No campo obrigacional, nas relações oriundas de contratos, toda e qualquer questão transacionável comporta a arbitragem, desde que respeitado os bons costumes e não aflore questão de ordem pública” (grifou-se).

<sup>345</sup> Art. 2º da Lei nº 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

comparada com a que ostenta o Poder Judiciário. Não se pode esquecer que, no Brasil, assim como ocorre em grande parte dos países de tradição romano-germânica (*civil law*), a jurisdição normalmente é exercida por juízes profissionais, escolhidos por critérios técnicos, sem a possibilidade de eleição pelos jurisdicionados.

Na arbitragem, ainda que não seja possível ou sequer desejável a eleição direta dos integrantes do tribunal arbitral pelos próprios membros do grupo, a atuação de seu representante no processo de escolha dos árbitros, na condição de legitimado coletivo, e do Ministério Público – seja como parte formal ou *custos legis* –, pode conferir um grau qualificado de participação democrática na função jurisdicional<sup>346</sup> que se desconhece no processo judicial. Tudo dependerá da adequação dos procedimentos de escolha dos árbitros e da necessária publicidade sobre tal aspecto, a fim de que se viabilize o controle social da arbitragem coletiva (v. item 2.5, *infra*).

---

<sup>346</sup> Ainda que o tema já esteja praticamente superado, especialmente após a lei atual de arbitragem, cujo art. 31 equiparou os efeitos da sentença arbitral à proferida pelo Poder Judiciário, retirando a exigência de sua prévia homologação judicial (“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”), ressalta-se aqui o caráter jurisdicional da arbitragem. V., entre muitos outros, enfatizando o caráter jurisdicional da arbitragem, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 26-27; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46; AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: O acesso à justiça...*, cit., p. 31-32; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-164; THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, jul./set. 2001, p. 68-71; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil...*, cit., v. 1, p. 122-124; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução...*, cit., p. 157; KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade...*, cit., p. 71-78; FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. *Lei de arbitragem comentada...*, cit., p. 18; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 92-98 (apontando quatro teorias a respeito da arbitragem: privatista (contratual), publicista (jurisdicional), intermediária ou mista (contratual-publicista) e autônoma). Não por acaso, para GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. I, p. 55-56, a jurisdição é um conceito em evolução, que está se desprendendo da noção de monopólio estatal. Nesse mesmo sentido, apontando que a concepção de jurisdição está sendo revisitada e em boa medida superada por uma compreensão abrangente, que não se esgota no poder do Estado, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a fundação judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 154. Cabe lembrar a posição de DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional in MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 327-329 (sustentando que as funções de árbitro teriam natureza “parajurisdicional”), a qual foi revista em recente estudo, no qual o autor explicitamente adere à tese jurisdicional: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 40-41. V., em sentido minoritário, porém, negando o caráter jurisdicional à arbitragem, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 352-355 e FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem...*, cit., p. 122-124. Para CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem...*, cit., p. 9-12, o árbitro exerce múnus público, mas sem que lhe se possa propriamente atribuir caráter jurisdicional, por conta do monopólio estatal da jurisdição. Para BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem...*, cit., p. 5, a teoria mais adequada para o instituto seria a mista, ou seja, a arbitragem teria origem contratual, desenvolvendo-se, porém, como atividade jurisdicional.

Por fim, com relação à ausência de garantias constitucionais da imparcialidade e independência na arbitragem, impõe-se destacar, em primeiro lugar, que a Lei de Arbitragem (art. 14) expressamente impede que os árbitros atuem nas hipóteses que caracterizarem impedimento e suspeição, de acordo com o Código de Processo Civil,<sup>347</sup> sob pena de invalidação da sentença arbitral (art. 32, II).<sup>348</sup> É verdade, todavia, que apenas isso não assegura um julgamento imparcial.

O conceito contemporâneo de imparcialidade abrange a independência e a imparcialidade propriamente dita.<sup>349</sup> A primeira é a isenção, a indiferença do juiz em

<sup>347</sup> Art. 14 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “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”.

<sup>348</sup> Art. 32, II da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “É nula a sentença arbitral se: (...) II - emanou de quem não podia ser árbitro”.

<sup>349</sup> V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zoner *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 464 (aludindo a três dimensões da imparcialidade: equidistância; independência e “naturalidade” ou, como mais conhecido, juiz natural); GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil...*, cit., v. I, p. 56-58 e 280-281; GALDINO, Flávio. Imparcialidade judicial in TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 552 e ss.; REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, n. 227, jan. 2014, p. 1-2 (versão eletrônica) e, aludindo à distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva, em análise dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, out./dez. 2006, p. 282-286. Para CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal in DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 99-124, o termo imparcialidade está intimamente ligado à isenção de ânimo para o julgamento, ao afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa, ao passo que imparcialidade diz respeito ao Estado-juiz, no sentido de estabelecer um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes, não tendo relação necessária com a (im)parcialidade da pessoa incumbida de uma função. V. tb. TELES, Miguel Galvão. Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 24, jan./mar. 2010, p. 128. Em arbitragem, todavia, é comum adotar-se significados ligeiramente distintos, ambos compreendidos na noção de imparcialidade delineada no texto. Para os arbitralistas, independência corresponderia a uma situação de fato ou de direito (ausência de vínculos profissionais com qualquer das partes ou de interesses financeiros na causa), verificável objetivamente, enquanto imparcialidade seria um estado subjetivo da mente ou do espírito (propensão à causa de uma das partes, por noção pré-concebida sobre as questões em discussão), cuja verificação é muito mais difícil. V., sobre o ponto, FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 564; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration...*, cit., pp. 258 e 261; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 39, out./dez. 2013, p. 40-41; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade do árbitro e do juiz na Teoria Geral do Processo in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 662; VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, jan./abr. 2004, p. 334-336 e ainda, amplamente, LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 52-63.

relação ao resultado do processo por se encontrar livre de pressões (por exemplo, dos outros poderes estatais, de grandes grupos econômicos, de organizações criminosas), não se sujeitando a qualquer dano ou prejuízo na sua esfera de interesses em decorrência do conteúdo de suas decisões. Juízes atemorizados, portanto, não são independentes. A imparcialidade em sentido estrito, por sua vez, é a inexistência de qualquer vínculo do juiz com as partes e os interesses em conflito. Sua eventual presença caracteriza os vícios de impedimento (art. 134, CPC) e suspeição (art. 135, CPC). Os arts. 14 e 32, II da Lei de Arbitragem lidam apenas com essa imparcialidade estrita.

Para assegurar verdadeira independência aos juízes, no sentido de livrá-los de possíveis pressões sobre o conteúdo de suas decisões, a Constituição contemplou as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95). Tais disposições, evidentemente, não se aplicam aos árbitros. Nada obstante, na sociedade contemporânea, essas garantias não são mais suficientes nem mesmo para assegurar independência aos juízes. Pouco valem tais prerrogativas, por exemplo, diante das pressões exercidas pelo crime organizado. Além disso, mesmo no âmbito do Poder Judiciário, há relatos de que o percentual de provimento de recursos contra as decisões dos juízes seja um dos critérios adotados para as promoções por merecimento, em preocupante intervenção sobre o conteúdo de seus provimentos jurisdicionais.<sup>350</sup>

Para além de rígidas regras funcionais como as ora discutidas, o controle social sobre a atividade jurisdicional tem apresentado relevância cada vez mais fundamental para assegurar verdadeira independência nas decisões judiciais. Tal constatação reforça a importância da publicidade na arbitragem sobre direitos coletivos (v. item 2.5, *infra*). Ademais, como o árbitro não é funcionário vinculado ao Estado e sua atividade não depende da posse em cargo público, exercendo por definição atividade temporalmente limitada até a sentença arbitral ou até a decisão do pedido de esclarecimentos previsto no art. 30 da Lei nº 9.307/1996<sup>351</sup> – ao ponto de se dizer que ninguém é árbitro, mas

---

<sup>350</sup> Sobre o ponto, v. Resolução nº 106/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados, cujo art. 5º estabelece como uma das circunstâncias a serem consideradas para a avaliação da qualidade das decisões “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores”.

<sup>351</sup> Art. 30 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o

somente *está* árbitro –, não faria sentido assegurar-lhe vitaliciedade, inamovibilidade ou irredutibilidade de subsídio. Não há vínculo funcional ou hierárquico que justifique, no âmbito da arbitragem, tais garantias constitucionais, cuja ausência, em relação ao árbitro, não prejudica a independência de suas decisões.

### 2.3 Segundo obstáculo: vinculação à convenção de arbitragem

Além da indisponibilidade *tout court* dos direitos coletivos, como já verificado, um segundo obstáculo importante à arbitragem nessa esfera costuma ser invocado pela doutrina brasileira (v. item 1.2.2, *supra*), qual seja, a ausência de legitimação do representante para celebrar uma convenção de arbitragem que pudesse vincular todos os integrantes do grupo afetado, sendo a autonomia privada um pressuposto essencial para a instauração de arbitragem.<sup>352</sup>

Parte-se da premissa de que o consentimento necessário para a arbitragem deve se manifestar de forma individualizada, extrapolando, em consequência, os poderes que o representante da coletividade poderia exercer no interesse do grupo. Entretanto, será que a celebração de convenção de arbitragem, por supostamente se traduzir em circunstância excepcional, retirando a controvérsia da apreciação do Poder Judiciário, exigiria invariavelmente esse consentimento individualizado?

Tal assertiva parte de outra premissa importante, segundo a qual a convenção de arbitragem deveria sempre ser pactuada expressamente. Nesse sentido, costuma-se fazer referência ao art. 4º, § 1º da Lei nº 9.307/1996, que prevê a forma escrita da cláusula compromissória.<sup>353</sup> Prevê o art. 9º, ainda, que o compromisso arbitral se estipula por termo nos autos, por escrito particular ou por instrumento público.<sup>354</sup> Mesmo no âmbito

---

tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29”.

<sup>352</sup> V., nesse sentido, PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo..., cit., p. 63 e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo...*, cit., p. 141.

<sup>353</sup> Art. 4º, § 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

<sup>354</sup> Art. 9º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou

das arbitragens internacionais, o art. II da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 4.311/2002, refere-se ao acordo escrito, contemplado em contrato, instrumento apartado ou em troca de cartas ou telegramas entre as partes.<sup>355</sup> Além disso, em reforço a tal argumento, com relação aos contratos de adesão, o art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem exige, por parte do aderente, o seu consentimento explícito.<sup>356</sup>

Assim, antes de abordar a necessidade do consentimento individualizado, impõe-se a resolução de mais uma questão importante: em que medida as normas vigentes no Brasil, que aludem à celebração da convenção de arbitragem por escrito, exigiriam que esse consentimento fosse também manifestado expressamente?

### 2.3.1 Desnecessidade do consentimento expreso

Não se questiona, à luz da legislação vigente, a previsão de que a convenção de arbitragem seja pactuada por escrito. Nada obstante, o que ocorreria se, malgrado não observada a forma prescrita em lei – convenção de arbitragem por meio verbal, por exemplo –, não houvesse controvérsia quanto a tal fato ou, ainda, restasse comprovado de forma inequívoca tal ajuste?<sup>357</sup> Estariam os árbitros autorizados a conhecer do litígio ou deveriam as partes, mesmo assim, serem encaminhadas ao Poder Judiciário?

---

tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

<sup>355</sup> Art. II da Convenção de Nova Iorque: “1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas”.

<sup>356</sup> Art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

<sup>357</sup> O raciocínio que aqui se faz, evidentemente, pressupõe a superação da dificuldade probatória inerente a uma convenção de arbitragem verbal, o que, no Brasil, ainda encontraria obstáculo no art. 401 do CPC (“A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”) e no art. 227 do Código Civil (“Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”). De todo modo, a doutrina já tem advertido para o caráter não preempatório desses

É conhecida a distinção que se faz entre forma *ad substantiam* e *ad probationem tantum*. A primeira se refere aos requisitos de forma que são da substância do ato, cuja inobservância acarreta sua invalidade (art. 166, V do Código Civil).<sup>358</sup> A última, por outro lado, diz respeito eminentemente a fins probatórios, de modo que, não tendo sido cumpridas tais exigências, mesmo assim, apesar da dificuldade de sua comprovação, será possível demonstrar a ocorrência do ato mediante qualquer outro meio lícito, em virtude do princípio da atipicidade das provas, contemplado, no processo civil brasileiro, no art. 332 do CPC.<sup>359</sup>

Parece tentador considerar a forma escrita da convenção de arbitragem como simples circunstância *ad probationem tantum*.<sup>360</sup> Tal conclusão se reforça pelo fato de não se encontrar, na Lei de Arbitragem nacional, qualquer cominação de invalidade da convenção arbitral pela inobservância da forma escrita, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos (v., por exemplo, arts. 2º, item 1 e 3º da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal;<sup>361</sup> arts. 807 e 808 do *Codice di Procedura Civile* italiano).<sup>362</sup> E

dispositivos à luz do princípio do livre convencimento motivado, no sentido de que, mesmo nesses casos, o juiz pode considerar a prova exclusivamente testemunhal, exigindo-se, porém, ônus argumentativo qualificado, diante da presumida falta de credibilidade dessa prova. V., sobre o ponto, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, cit., v. II, p. 260; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. II, p. 213-214 e, amplamente, demonstrando que tal regra tem origem na disciplina da forma do ato jurídico, e não na limitação do livre convencimento, não podendo dar margem a rigorismos, CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208-211 e 218-220.

<sup>358</sup> Art. 166, V do Código Civil, aplicável também aos atos jurídicos: “É nulo o negócio jurídico quando: (...) V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Sobre o ponto, v. THEODORO JUNIOR, Humberto in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 460.

<sup>359</sup> Art. 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Na arbitragem, esse mesmo princípio é contemplado no art. 22, *caput* da Lei nº 9.307/1996: “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”. Para uma visão geral do princípio, v. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59 e ss. e CAMBI, Eduardo. *A prova civil...*, cit., p. 40-52.

<sup>360</sup> Nesse sentido, LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 149-150; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 172. V., em sentido contrário, asseverando inadmissível a cláusula compromissória verbal, NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.826.

<sup>361</sup> Art. 2º, item 1 da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: “A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita”. Art. 3º da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: “É nula a convenção de arbitragem celebrada em violação do disposto nos artigos 1.º e 2.º”.

<sup>362</sup> Art. 807 do *Codice di Procedura Civile* da Itália: “*Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi*” (grifou-se). Art. 808 do *Codice di Procedura Civile* da Itália: “Le parti, nel contratto che

a tese se revela justificável, uma vez que, tendo a arbitragem origem na autonomia privada, bastaria que houvesse o consentimento livre e informado de ambas as partes,<sup>363</sup> sendo secundária a forma como este se concretiza.

Entretanto, a jurisprudência formada sobre a matéria no Brasil é inconsistente. No Supremo Tribunal Federal, antes de ser promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve manifestação no sentido de recusar efeitos, para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira,<sup>364</sup> à chamada cláusula compromissória tácita, em que pese às referências à possibilidade de aceitação tácita, por uma das partes, de cláusula escrita e expressa.<sup>365</sup> Por outro lado, em um dos primeiros precedentes após a referida emenda à Constituição, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a cláusula compromissória tácita, sob o fundamento de se poder inferir da documentação nos autos a indicação, pela

---

stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. *La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807. (...)*" (grifou-se). Apesar disso, há quem sustente que o art. 808 do CPC italiano não cominaria para a cláusula compromissória o mesmo rigor formal estabelecido no art. 807 para o compromisso, abrindo espaço para a convalidação da cláusula compromissória que não tenha observado a forma escrita, como se verifica em PUNZI, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. Padova: CEDAM, 2011, v. I, p. 350 e ss.

<sup>363</sup> V. BEYLEVELD, Deryck; BROWNSORD, Roger. *Consent in the law...*, cit., p. 125 e ss. Sustentando ser injustificável que a convenção de arbitragem obedeça a formalidades mais rígidas que outras cláusulas contratuais, especialmente nos litígios internacionais, LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration...*, cit., p. 132.

<sup>364</sup> Em que pese a ser impróprio, do ponto de vista técnico, invocar-se a legislação brasileira para apreciar a validade de convenção de arbitragem que originou sentença arbitral estrangeira – salvo se as partes pactuaram a aplicação do direito brasileiro para tal exame –, a jurisprudência do STF e do STJ, como será visto, já procedeu algumas vezes dessa forma. V. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras...*, cit., p. 138. O Superior Tribunal de Justiça, todavia, também já caminhou em sentido oposto, recusando-se a examinar a questão à luz do direito brasileiro, como se vê em STJ, SEC 874, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 19.4.2006 e STJ, SEC 507, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 18.10.2006.

<sup>365</sup> V. STF, SEC 6.753, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 13.6.2002, de onde se extrai: “Por outro lado, verifica-se que a lei brasileira sobre o tema exige clara manifestação escrita das partes quanto à opção pela jurisdição arbitral. (Lei 9.307/97, artigos 3º, 4º e 5º). Tanto que nos contratos de adesão requer-se destaque e a assinatura especial na cláusula compromissória e, nos ajustes remissivos não se dispensa que as partes reportem-se expressamente à opção. Não se admite, em consequência, até pela sua excepcionalidade, convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva, como se pretende”. O julgado, no entanto, faz farias alusões à possibilidade de aceitação tácita de cláusula expressa, não verificadas no caso concreto. O requerente, anos mais tarde, renovou o mesmo pedido de homologação no Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que o julgado do STF teria se fundado em vícios formais, não constituindo coisa julgada material. Tal tese foi rechaçada em STJ, SEC 967, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julg. 15.2.2006, em que se afirmou a existência de coisa julgada, reiterando-se, ainda, a impossibilidade de cláusula compromissória tácita e que o caso não se amolda à aceitação tácita.

requerida, do árbitro que atuou no procedimento originário, sem nenhuma impugnação quanto à instauração da arbitragem,<sup>366</sup> em decisão elogiada pelos arbitralistas.<sup>367</sup>

Um ano depois, o mesmo Superior Tribunal de Justiça indeferiu homologação de sentença arbitral estrangeira, ressaltando que a cláusula compromissória deve ser pactuada de forma expressa, ainda que em documento apartado ou correspondência, não tendo sido demonstrada a concordância da requerida com seus termos.<sup>368</sup> Em julgado posterior, a mesma Corte ressaltou, reproduzindo parecer do Ministério Público Federal, a falta de assinatura como evidência da não submissão à arbitragem por parte da requerida,<sup>369</sup> em que pese a haver voto vencido, aduzindo que a exigência da assinatura não seria compatível com a dinâmica da atividade empresarial.<sup>370</sup>

Finalmente, em decisão mais recente, considerou-se que a inexistência de convenção de arbitragem assinada pela requerida não obstará a homologação, vez que seu ingresso teve como fato gerador reconvenção apresentada na arbitragem pela ré, que compunha o mesmo grupo econômico, e carta apresentada em audiência afirmando o interesse da requerida em participar do procedimento arbitral. Ainda que o advogado que apresentou a carta não tivesse poderes específicos para tanto, o representante legal

---

<sup>366</sup> V. STJ, SEC 856, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 18.5.2005, do qual se extrai: “Efetivamente, entretanto, não foi juntado (*sic*) aos autos cópia de eventual concordância ou nomeação de árbitro pela própria requerida. O que há nos autos é a indicação de que o árbitro da requerida foi designado pela entidade inglesa encarregada da arbitragem. Não se está examinando a validade da operação de compra e venda mercantil em razão da falta de assinatura da compradora nos contratos, mas, sim, a ausência de concordância expressa com a convenção de arbitragem”.

<sup>367</sup> V., exemplificativamente, WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valeria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, jul./set. 2005, p. 238-245; BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória. Contrato não assinado. Participação no procedimento arbitral. SEC 856 – STJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, jul./set. 2005, p. 103-122.

<sup>368</sup> V. STJ, SEC 866, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 17.5.2006, de onde se extrai: “Desta forma, o fato de os contratos firmados entre as partes terem sido celebrados verbalmente não impediria, por si só, a estipulação de cláusula compromissória, desde que esta estivesse pactuada de forma expressa e escrita em outro documento referente ao contrato originário ou em correspondência. (...) Aliás, esta Corte, quando do julgamento da SEC 967/EX, Rel. Min. José Delgado, DJU de 20.03.2006, consignou a necessidade de manifestação expressa da parte requerida quanto à eleição do juízo arbitral”.

<sup>369</sup> V. STJ, SEC 885, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18.4.2012: “É certo que não pretendemos aqui discutir matéria de fundo que cabe ao juízo arbitral. Todavia, a falta de assinatura deste contrato pelos intervenientes, é prova incontestada da falta de obrigatoriedade de submissão ao foro arbitral, como pretendeu demonstrar a requerida, nas oportunidades que lhe coube falar aos autos”.

<sup>370</sup> V. STJ, SEC 885, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18.4.2012, voto vencido do Min. Massami Uyeda: “O fato de não constar a firma da Kanematsu Usa Inc. no documento apresentado não dispensa a ATS - Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda. de cumprir o que fora acordado, inclusive no que se refere à arbitragem. Isso porque, como é cediço, os contratos mercantis, salvo disposição legal, dispensam formalidades, por não ser compatível com a dinâmica da atividade empresarial. É incomum, salvo melhor juízo, que, no momento da contratação, a parte assine a sua a via contratual; via de regra, o contratante assina a minuta que ficará com o contratado, e vice-versa, afinal, o que interessa para cada um é o compromisso assumido pelo outro”.

do grupo de sociedades sempre esteve presente nas audiências e estava ciente de tudo, não tendo manifestado qualquer oposição.<sup>371</sup>

Do exame dos precedentes jurisprudenciais destacados, infere-se não estar consolidada – com a exceção pontual do acórdão proferido na SEC nº 856 – a tese da cláusula compromissória tácita, o que é compreensível, diante da previsão explícita na legislação brasileira de que a convenção de arbitragem obedeça à forma escrita. Embora exista certa tendência, no direito comparado, de relativizar esse requisito, admitindo a manifestação verbal<sup>372</sup> ou mesmo o abrandamento do rigor da forma escrita, com a utilização de outros meios para a verificação da convenção de arbitragem (e-mail, afirmações das partes, etc.),<sup>373</sup> tal fenômeno ainda não repercutiu no Brasil.

---

<sup>371</sup> V. STJ, SEC 3.709, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 14.6.2012: “Não é legítimo, portanto, o argumento da inexistência de compromisso arbitral em relação à requerida. Em primeiro lugar, porque esse argumento não atende minimamente ao postulado universal da boa-fé objetiva, que deve ser especialmente valorizado nesse caso. A requerida ingressou no procedimento arbitral vislumbrando a possibilidade de dele auferir vantagens; assumiu, em contrapartida, de forma clara e consciente, o riscos decorrentes de eventual sentença em sentido contrário. Assim, não tendo obtido êxito em seu intento, não prima pela boa-fé alegar, em seu favor, nulidade dessa forma de vinculação, que foi promovida, como já ressaltado, por sua iniciativa e com o fito de obter benefícios próprios. Para essa alegada nulidade a parte contrária não concorreu em nenhum momento. Assim, *nemo creditur turpitudinem suam allegans*. O documento apresentado pelo advogado Santiago Montt Vicuña, na verdade, apresenta-se como perfeito compromisso arbitral, apto a satisfazer o requisito legal de vinculação da requerida ao procedimento arbitral, com função semelhante à cláusula arbitral”.

<sup>372</sup> V., nesse sentido, art. 178, 1 do Código de Direito Internacional Privado da Suíça, na versão em inglês: “The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text”. A parte final refere-se a qualquer meio de prova que admita redução a termo.

<sup>373</sup> As referências são numerosas. V., entre outros, art. 1423 do Código de Comércio do México (“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisorio, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”); art. 2º, itens 2 a 5 da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal (“2 - A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de comunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação. 3 - Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. 4 - Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo. 5 - Considera-se também cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra”). V. tb., no mesmo sentido, art. 7º (2) da Lei Modelo da UNCITRAL – *United Nations Commission on Trade Law*.

Nada obstante, a exigência da cláusula compromissória expressa, na forma escrita, não significa que a sua aceitação por alguma das partes não possa ser tácita.<sup>374</sup> O próprio precedente do Supremo Tribunal Federal na SEC nº 6.753, já examinado e comumente citado para corroborar a exigência de convenção de arbitragem expressa, deixa entrever em algumas passagens tal possibilidade.<sup>375</sup> No caso, a homologação foi indeferida não apenas por inexistir cláusula compromissória expressa e assinada, mas também porque essa cláusula estava muito mal redigida, de forma bastante imprecisa, em apenas um dos contratos apresentados pelo requerente e inexistiam quaisquer outras evidências do consentimento das partes em submeter o litígio à via arbitral. Da mesma forma, alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, conquanto tenham negado a homologação, não deixaram de fazer referência à hipótese da aceitação tácita.<sup>376</sup>

Para fins de aceitação tácita, aplica-se não apenas o art. 111 do Código Civil,<sup>377</sup> para atribuir efeitos ao silêncio qualificado da parte, sobretudo quando ela atua na arbitragem sem manifestar qualquer oposição,<sup>378</sup> como, ainda, o princípio da boa-fé objetiva referido no art. 422 do Código Civil.<sup>379</sup> As circunstâncias fáticas em que tal

<sup>374</sup> No mesmo sentido, ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras...*, cit., p. 145.

<sup>375</sup> Cf. voto do relator em STF, SEC 6.753, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 13.6.2002, de onde se extrai: “28. Com efeito, é de ver-se que a requerida, notificada da sentença arbitral, dela recorreu, indicando inclusive um árbitro para representá-la. *O fato não significa aceitação tácita da suposta cláusula compromissória* pretendida pela requerente, ou mesmo o estabelecimento de um compromisso arbitral, uma vez que nas razões da apelação a requerida suscitou, preliminarmente, a incompetência do órgão arbitral que julgou a demanda. 29. *Constata-se, assim, que a requerida jamais aceitou, ainda que tacitamente, a competência do juízo arbitral* para resolver o litígio oriundo do contrato comercial em que foi parte compradora” (grifou-se). V. tb. voto do Min. Moreira Alves: “Sr. Presidente, minha inclinação primeira era no sentido – pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva – de levar em consideração o fato de que houve o comparecimento da empresa brasileira perante o juízo arbitral, ainda que considerando ser ele incompetente, o de ter-se defendido e de ter obtido vitória expressiva, pois só foi condenada em vinte por cento do pedido”.

<sup>376</sup> V. STJ, SEC 967, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julg. 15.2.2006: “O caso em análise não se amolda ao princípio da aceitação tácita de juiz arbitral”; STJ, SEC 866, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 17.5.2006: “Por fim, cabe ressaltar que esta Corte entende que a participação de empresa requerida no processo arbitral implica aceitação da convenção de arbitragem, desde que esta não apresente impugnação sobre a ausência de cláusula compromissória”.

<sup>377</sup> Art. 111 do Código Civil: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

<sup>378</sup> Ademais, com relação essa situação específica, não se pode olvidar que o art. 20, *caput* da Lei de Arbitragem (“A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”) prevê que qualquer matéria concernente à falta de competência do árbitro deve ser alegada na primeira oportunidade pela parte interessada no procedimento arbitral, sob pena de preclusão.

<sup>379</sup> Art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. No sentido do texto, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem...*, cit., p. 175.

silêncio se reputa qualificado no âmbito da homologação de sentenças estrangeiras, como demonstram os precedentes analisados, sujeitam-se a múltiplas variações que, ainda que à primeira vista sem maior relevância, podem conduzir a resultados díspares, cuja análise exaustiva refoge aos objetivos do presente estudo.

O importante, para poder avançar na investigação proposta, é que nem sempre a aceitação de todas as partes à convenção de arbitragem necessita ser explícita. O estudo da jurisprudência formada no Superior Tribunal de Justiça sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras evidencia tal conclusão: as circunstâncias em que se pactuou a convenção de arbitragem, somada à conduta das partes, são fatores decisivos para que se possa aferir o consentimento implícito com a via arbitral.

### 2.3.2 Desnecessidade do consentimento individualizado

Quando se pensa em convenção de arbitragem, a primeira ideia que vem à mente é um contrato com cláusula compromissória, assinado pelas partes contratantes. Nesse exemplo, abstraídas quaisquer outras circunstâncias peculiares, a arbitragem somente poderá ser instaurada entre os que firmaram esse contrato. Ainda que a cláusula arbitral seja autônoma em relação às demais (art. 8º, *caput* da Lei nº 9.307/1996),<sup>380</sup> como ela também se origina do contrato, manifesta-se o princípio da relatividade do ajuste.

Entretanto, o desenvolvimento da arbitragem ao longo do século XX, sobretudo no campo do Direito Societário, mostrou que, para além da possibilidade de aceitação tácita, que se infere das circunstâncias do negócio jurídico e da conduta das partes, nem sempre se impõe o consentimento individualizado.

O primeiro exemplo de inexigibilidade do consentimento individualizado diz respeito à extensão subjetiva da cláusula compromissória aos grupos de sociedades. Por exemplo, em um determinado contrato de fornecimento de mercadorias, uma empresa X ajustou convenção de arbitragem com Y. Entretanto, a sociedade Z, controladora de X, participou de todas as negociações, tendo o mesmo corpo de administradores que a

---

<sup>380</sup> Art. 8º, *caput* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

pessoa jurídica controlada. Em tal situação, poderia Y requerer a instauração de procedimento arbitral em face de Z? Caso positivo, bastaria demonstrar que Z e X pertencem ao mesmo grupo de sociedades ou haveria outros requisitos?

Grupos de sociedades ou empresariais se caracterizam como um conjunto de pessoas jurídicas, cada uma conservando sua personalidade, vinculadas por relação de subordinação (uma controladora e uma ou mais sociedades controladas) ou de coordenação (sempre que o controle dessas empresas está na mão das mesmas pessoas, a ponto de criar uma unidade de comando). Trata-se, portanto, de situação jurídica de fato, que pressupõe uma unidade de orientação econômica.<sup>381</sup>

A dificuldade de se vincular outras sociedades do mesmo grupo à convenção de arbitragem decorre precisamente dessa circunstância: a independência patrimonial, assim como de representações e manifestações de vontade, continuará sendo a regra no grupo econômico, somente podendo ser afastada em casos muito específicos, quando houver previsão legal ou quando, de acordo com o caso concreto, o comportamento de uma sociedade deve ser imputado ao grupo.<sup>382</sup>

Não basta, portanto, para a vinculação de outras sociedades aos termos da convenção de arbitragem, que estejam inseridas no mesmo grupo da pessoa jurídica que a assinou formalmente, sob pena de se fazer letra morta da independência patrimonial entre essas empresas. É necessário, ainda, existir algum elemento de conexão adicional, de onde se extraia sua aceitação, expressa ou tácita, seja por ocasião da negociação do contrato, seja no momento seguinte, de sua execução.<sup>383</sup>

Arnoldo Wald, ao analisar a jurisprudência da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), uma das principais instituições de arbitragem do mundo e cujos julgamentos influenciam a prática arbitral em diversos países, apontou a exigência de que seja preenchido ao menos um dos seguintes requisitos para que ocorra

---

<sup>381</sup> V., entre outros, WALD, Arnoldo. Caracterização do grupo econômico de fato e suas consequências quanto à remuneração dos dirigentes de suas diversas sociedades componentes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 25, jul./set. 2004, p. 147 e LOPES, Mônica Sette. Grupo econômico e sinais de sua existência: viagem ao reino dos fatos. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 157, mai. 2014, p. 2-3 (versão eletrônica).

<sup>382</sup> V. ANDRADE, Bianca Mostacatto Sampaio de. *Arbitragem e grupos de sociedades: a extensão dos efeitos da cláusula arbitral a sociedades não signatárias integrantes do grupo*. 2006. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 88.

<sup>383</sup> Nesse sentido, na doutrina brasileira, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 219; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem...*, cit., p. 135; ANDRADE, Bianca Mostacatto Sampaio de. *Arbitragem e grupos de sociedades...*, cit., p. 95. Na doutrina estrangeira, entre outros, após examinar diversos precedentes, v. HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 97.

a vinculação: (i) a sociedade a ser vinculada deve ter desempenhado papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo no qual consta a cláusula compromissória; ou (ii) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória; ou, ainda, (iii) a sociedade deve ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.<sup>384</sup>

No primeiro caso em que se tem notícia da extensão da convenção de arbitragem a sociedades não signatárias, caso CCI 1.434 (1975), o grupo A sempre se apresentou como verdadeira unidade econômica, razão pela qual a B não interessava conhecer as vicissitudes do grupo com o qual contratava. O tribunal arbitral considerou que o consentimento das demais sociedades restava implícito, corroborado pela participação nas negociações, constante e informal, do presidente do grupo.<sup>385</sup>

Alguns anos mais tarde, no paradigmático caso CCI 4.131, *Isover St.-Gobain v. Dow Chemical* (1982), uma subsidiária da Dow Chemical Company assumiu obrigação de fornecer equipamentos à contraparte. Nos diversos ajustes, todos com cláusula compromissória, convencionou-se que qualquer das subsidiárias da Dow Chemical Company poderia efetuar a entrega dos equipamentos. Instaurado o procedimento arbitral, a controladora e outra subsidiária da Dow Chemical buscaram nele ingressar, com a oposição de Isover St.-Gobain, sob o fundamento de que não seriam partes do contrato em que estava prevista a convenção de arbitragem. O tribunal arbitral, todavia, considerou que a intenção comum das partes se dirigia ao envolvimento de todos os membros do grupo na avença e admitiu o ingresso das companhias.<sup>386</sup>

---

<sup>384</sup> V. WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contrato conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, mai./ago. 2004, p. 36. V. tb., aludindo à exigência de que a parte não signatária tenha atuado na negociação e na execução do contrato, HUCK, Hermes Marcelo. Os limites do procedimento arbitral in GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Coords.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência: estudos em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 229; PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple party actions in international arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 22-23.

<sup>385</sup> JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, v. 1, p. 264, de onde se extrai: “Dans ces conditions, il y a lieu de s'en tenir à l'idée, conforme à l'esprit des contrats comme à la réalité économique, que ni le groupe A, ni son président ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe, ne peuvent s'abriter derrière la rédaction de telle clause particulière, interprétée littéralement et isolée du contexte de l'ensemble des accords, pour demander à être mise hors de cause dans un litige qui concerne directement le groupe ou l'organisation A. Ceci à moins qu'il ne soit établi dans un cas donné, par celui qui s'en prévaut, qu'une interprétation formaliste s'impose et correspond à la volonté réelle des parties, interprétée de bonne foi, et à l'esprit de l'opération. Des observations analogues doivent être faites en ce qui concerne la question particulière de l'engagement d'arbitrage”. V. tb., em sentido similar, a sentença arbitral no caso CCI 2.375/1975.

<sup>386</sup> V. JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards...*, cit., v. 1, p. 151, de onde se extrai: “... the arbitration clause expressly accepted by certain of

A extensão da convenção de arbitragem a partes não signatárias depende de um exame casuístico.<sup>387</sup> Assim, no caso CCI 4.504 (1985), o tribunal arbitral aludiu ao precedente em *Dow Chemical*, mas considerou não haver elementos suficientes que autorizassem fosse extraído o consentimento da sociedade não signatária.<sup>388</sup> Situação oposta verificou-se no caso CCI 5.103, em que considerou o tribunal que a aparente unidade que ostentavam as sociedades do grupo, tendo participado ativamente da conclusão, execução e renegociação das relações contratuais, autorizava a extensão da cláusula compromissória, sendo este um elemento decisivo na verificação do consentimento das partes não signatárias.<sup>389</sup>

Posteriormente, no caso CCI 6.519 (1991), ressaltou-se a insuficiência da existência de um grupo para a extensão da convenção de arbitragem, sendo necessário que se observem outros elementos.<sup>390</sup> Algumas sentenças arbitrais mais recentes têm admitido a extensão da cláusula compromissória sob o aspecto moral de impedir que

---

the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise". Para mais detalhes, v. PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple party actions in international arbitration...*, cit., p. 22-24 (aduzindo que o fato de as sociedades não signatárias concordarem em se vincular à arbitragem pode ter facilitado a extensão da cláusula compromissória).

<sup>387</sup> V. HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 97. V. tb. caso CCI 9.517: "... the question whether persons not named in an agreement can take advantage of an arbitration clause incorporated is a matter which must be decided on a case-by-case basis, requiring a close analysis of the circumstances in which the agreement was made..."

<sup>388</sup> JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards...*, cit., 1994, v. 2, p. 291.

<sup>389</sup> JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards...*, cit., 1994, v. 2, p. 366, de onde se extrai: "Les trois sociétés demanderesse, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble de ces contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la 'jurisprudence arbitrale' favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). Le Tribunal arbitral estime qu'en l'espèce les conditions de la reconnaissance de l'unité du groupe sont remplies, les sociétés composant celui-ci ayant toutes participé, dans une confusion aussi réelle qu'apparente, à une relation contractuelle internationale complexe dans laquelle l'intérêt du groupe l'emportait sur celui de chacune d'elles. La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion".

<sup>390</sup> JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards...*, cit., v. 3, 1998, p. 424, de onde se extrai: "C'est dire qu'il serait excessif de considérer que la signature d'une clause d'arbitrage par une société membre d'un groupe engage nécessairement toutes les sociétés du groupe; en revanche, il serait dans bien des cas tout à fait artificiel et contraire à la réalité économique de limiter pour des raisons purement formelles les effets de la clause d'arbitrage à la société qui l'a signée, lorsque, dans la pratique, d'autres sociétés membres du groupe ont été, au même titre que la société signataire, et parfois au-delà, les véritables acteurs".

uma empresa se valha da estrutura societária em forma de grupo para se evadir de suas responsabilidades, especialmente nos casos em que a companhia signatária não tem patrimônio suficiente para honrar os seus compromissos e a operação foi realizada em virtude da credibilidade de sua controladora.<sup>391-392</sup>

Em definitivo, a teoria dos grupos de sociedades não derroga a exigência do consentimento, sendo apenas um dos critérios para a sua avaliação. O que importa é a real intenção das partes envolvidas, seja direta ou indiretamente, não podendo ser aferida apenas com base na convenção formalmente assinada.<sup>393</sup>

Por isso mesmo, a teoria dos grupos societários, conquanto reclame sejam desenvolvidos critérios mais seguros, se afigura totalmente compatível com o direito brasileiro, pois a exigência de convenção de arbitragem escrita a que já se aludiu no item anterior destina-se somente a assegurar que esta represente a vontade das partes sujeitas ao procedimento. Não há inobservância da forma escrita da convenção de arbitragem, mas apenas a dispensa do consentimento individualizado e explícito, vez que ele pode ser extraído da existência de um grupo de sociedades, conjugado a outros elementos, delineados anteriormente.<sup>394</sup> Além disso, a eventual invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para fundamentar a extensão subjetiva encontraria amparo no art. 50 do Código Civil.<sup>395</sup>

---

<sup>391</sup> V., por exemplo, caso CCI 8.385 (1995), relatado em FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 285-286. De forma semelhante, aludindo à teoria da desconsideração, v. WALD, Arnoldo. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contrato conexos...*, cit., p. 39

<sup>392</sup> Para uma visão aprofundada dos principais precedentes da CCI sobre a matéria, v. WALD, Arnoldo. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contrato conexos...*, cit., p. 35-40 (referindo-se, ainda, aos casos CCI 6.610, 6.673, 7.604, 7.610 e ressaltando a necessidade de revisão dos critérios aplicáveis à matéria, em favor de outros menos discricionários) e HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 69-75 (referindo-se ao caso CCI 7.626) e p. 90-95 (referindo-se também aos casos CCI 7.177, 9.839, 10.510 e 11.405). V. tb. MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (de acordo com o regulamento CCI-2012)*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36, jan./mar. 2013, p. 255-278.

<sup>393</sup> V., nesse sentido, CAPRASSE, Olivier. *A arbitragem e os grupos de sociedades*. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 21, jul./set. 2003, p. 373-374.

<sup>394</sup> Nesse sentido, entre outros, v. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem...*, cit., p. 135; TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades*. *Revista dos Tribunais*, v. 903, jan. 2011, p. 24; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 223-224; MUNHOZ, Eduardo. *Arbitragem e grupos de sociedades in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). Aspectos da arbitragem institucional...*, cit., p. 180. Para WALD, Arnoldo. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contrato conexos...*, cit., p. 48-55, as exigências formais da cláusula compromissória no Brasil são o maior obstáculo para sua extensão subjetiva.

<sup>395</sup> Art. 50 do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de

Nesse sentido, já há precedentes nos tribunais brasileiros admitindo a extensão subjetiva da convenção de arbitragem com base na teoria do grupo, com fundamento na participação ativa e determinante da parte não signatária para a conclusão do negócio.<sup>396</sup> Ainda é cedo para se considerar pacificada a matéria na jurisprudência – estágio que, ao que parece, não se atingiu sequer em alguns países com maior tradição arbitral –,<sup>397</sup> mas a perspectiva é de sua consolidação.

Além da conhecida hipótese de grupos de sociedades, a doutrina arbitralista cogita de outros casos de extensão subjetiva da convenção de arbitragem, tais como partes em contratos conexos,<sup>398</sup> vinculação de pessoas jurídicas de direito público a cláusulas firmadas por empresas controladas pelo Poder Público,<sup>399</sup> cessão contratual,<sup>400</sup> entre outros exemplos. O importante, para os fins do presente estudo, é que nem sempre

---

obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. V. tb., no âmbito dos contratos de consumo, art. 28, *caput* do Código de Defesa do Consumidor: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

<sup>396</sup> V. TJSP Ap. Cív. 9193203-03.2002.8.26.0000, 7ª CDPri., Rel. Des. Constança Gonzaga, julg. 26.5.2006: “Expostos esses fatos, acrescenta-se que a apelante ‘Trelleborg Industri AB’, em várias oportunidades, vem demonstrando o seu vínculo com a questão objeto dos autos, ou seja: participou como figurante em ‘Carta de Intenção’, conforme docs. 4 e 5 de fls. 27; enviou carta redigida nos idiomas português e inglês em que são abordados termos da negociação; o documento n. 6, retrata carta enviada pela ‘Trelleborg Industri AB’, demonstrando interesse na efetivação dos negócios (fls. 38/39); o documento 11, nada mais é do que a versão para o inglês do contrato, dele constando a ‘Trelleborg Industri AB’, representada pelo Sr. Nils Olaf Lennart Nøjd, vertido também para o português (fls. 103)”. V. tb. julgado do antigo 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (AgIn 1.111.650-0, 7ª CDPri., Rel. Juiz Waldir de Souza José, julg. 24.9.2002), publicado em *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 22, out./dez. 2003, p. 403-405.

<sup>397</sup> V., por exemplo, PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple party actions in international arbitration...*, cit., p. 26 (indicando decisões da Inglaterra e Suíça rejeitando a teoria do grupo, o que seria compreensível porque, com exceção dos casos de desconsideração da personalidade jurídica por fraude, é preciso cautela ao avaliar o consentimento da parte não signatária); HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 96-97 (asseverando que, na França, de onde se originou a teoria, há grande desenvolvimento da tese, assim como nos Estados Unidos, mas o mesmo quadro não se encontra na Inglaterra, Suíça e Alemanha, cujos tribunais têm se mostrado hesitantes ou mesmo restritivos na matéria).

<sup>398</sup> V., sobre o ponto, FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 29, abr./jun. 2011, p. 165-180; WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, out./dez. 2005, p. 11-20.

<sup>399</sup> V. PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple party actions in international arbitration...*, cit., p. 149 e ss.; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration...*, cit., p. 62-69 e 85-87.

<sup>400</sup> V. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem...*, cit., p. 139-143; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 212-213.

será exigível a manifestação de vontade expressa, concreta e inequívoca (líquida e certa) como requisito para que alguém se vincule à convenção de arbitragem.<sup>401</sup>

O segundo conjunto de casos em que se dispensa o consentimento na forma individualizada é ainda mais próximo do objeto deste trabalho e já foi amplamente abordado no item 1.2.1.4, *supra*, qual seja, a arbitragem societária, especialmente nos casos de impugnação de deliberação assemblear. Como registrado, não se atentou a doutrina nacional para a relevante circunstância de que, em tais situações, estará em jogo a legitimação extraordinária de um acionista para defender em juízo interesses que não são unicamente titularizados por ele, mas por um grupo de acionistas.

Tal constatação permite inferir que questões envolvendo conflitos societários – e outras que ensejam colegitimação – estão bem mais próximas da tutela coletiva que se poderia imaginar à primeira vista.<sup>402</sup> Como decorrência dos direitos fundamentais em jogo, conformados às especificidades do caso (*devido processo legal coletivo*),<sup>403</sup> os efeitos da decisão em ação proposta por um dos acionistas devem vincular os demais, desde que observada a representatividade adequada dos interesses do grupo.

Os dois exemplos analisados – extensão subjetiva da convenção de arbitragem e arbitragem societária vinculante para todos os acionistas interessados – evidenciam mais uma importante conclusão: nem sempre será necessário, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento individualizado para a vinculação à via arbitral. Essa é uma premissa fundamental para que se avalie a viabilidade de instauração de procedimento arbitral de direitos que dizem respeito a uma coletividade.

---

<sup>401</sup> V. ROSA, Pécio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem: tentativa de sistematização à luz do direito privado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 161.

<sup>402</sup> Como também já destacado, alguns textos doutrinários mais recentes no Brasil vêm se apercebendo disso. V. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, cit., p. 204. V. ainda, sustentando a possibilidade de administrar tratamento próprio de ação coletiva às arbitragens destinadas à anulação de deliberações societárias, LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Arbitragem coletiva anulatória de deliberação...*, cit., p. 25-34.

<sup>403</sup> Sobre o termo *devido processo legal coletivo*, confirmam-se as referências na nota 124 *supra*.

### 2.3.3 Sistema de vinculação na arbitragem coletiva

Ações coletivas caracterizam-se, por definição, pela atuação de um legitimado extraordinário que atua em nome próprio e no interesse do grupo. Assim, uma das mais importantes dificuldades apontadas para a arbitragem de direitos coletivos é verificar quem poderia celebrar a convenção de arbitragem e, ainda mais grave, como superar a exigência do consentimento para que os integrantes do grupo possam se vincular à solução pela via arbitral.

Como se sabe, o devido processo legal em sua concepção tradicional exige, entre outras condições, que os litigantes tenham a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais e que possam apresentar suas razões para influenciar o convencimento do juiz. Em outras palavras, para que alguém se vincule a um julgamento, é preciso que tenha participado como parte formal do processo e que haja sido comunicado de sua existência, normalmente pela citação.<sup>404</sup> Em uma ação coletiva, no entanto, não se pode conceber o devido processo legal em sua acepção clássica, dada a inviabilidade prática de que todos os membros do grupo atuem formalmente no processo.

O Direito Processual Coletivo ou o microsistema das ações coletivas<sup>405</sup> – enfim, qualquer que seja a denominação utilizada – possui seus próprios princípios e institutos

---

<sup>404</sup> Evidentemente, o contraditório na visão contemporânea vai além desse binômio básico informação-possibilidade reação, pressupondo uma terceira dimensão, qual seja, o poder de influência. Fala-se, assim, em contraditório participativo ou mesmo em processo civil de corte cooperativo para fazer referência ao dever de diálogo que se exige entre as partes e o juiz, que não pode, por exemplo, surpreendê-las com uma decisão sobre questão não debatida, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. Sobre o ponto, v., entre muitos outros, CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório *in* TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos...*, cit., p. 193-210 (apontando que o contraditório, para além do poder de influência, impõe deveres, como resultado da exigência de colaboração e participação dos sujeitos do processo); DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, cit., v. 1, p. 57-60; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 23. Na doutrina estrangeira, entre muitos outros, v. GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. Paris: Dalloz, 2011, p. 7 (associando contraditório às modernas aspirações de democracia no processo); NICITA, Francesco Paolo; SASSANI, Bruno (Coord.). *Codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2010, tomo I, p. 692 (aduzindo tratar-se de contraditório em um senso forte).

<sup>405</sup> A jurisprudência vem admitindo a existência de um microsistema de processos coletivos, com seus próprios institutos e princípios, como se verifica em STJ, REsp 510.150, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 17.2.2004 (“A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se”). V. ainda,

jurídicos. Ele se encontra submetido aos princípios e garantias de origem constitucional que, contudo, devem ser reinterpretados segundo a realidade do processo coletivo. Nesse sentido, não se deve considerar o devido processo legal como um obstáculo para as ações coletivas. Ao contrário do que ocorre no processo individual, o *devido processo legal coletivo* não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada.

No direito norte-americano, a questão foi examinada no caso *Hansberry v. Lee*, precedente em que foram pela primeira vez articuladas as relações entre o princípio do devido processo legal e as *class actions*. Os membros ausentes de uma ação coletiva, embora não participantes do processo na qualidade de partes formais, podem estar vinculados ao julgamento desde que representados adequadamente.<sup>406</sup> Eles participam e são ouvidos no processo coletivo, mas através de seus representantes, que funcionam como um porta-voz de todo o grupo em juízo.<sup>407</sup>

Para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma justa e adequada os interesses da coletividade. Isto quer dizer que, na medida do possível, a sua atuação deverá ser de tal maneira que muito provavelmente o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações individuais. Caso contrário, ele não terá representado efetivamente os interesses do grupo e, portanto, não poderá existir vinculação.<sup>408</sup> Representatividade e adequação são dois conceitos complementares: não se pode conceber um representante não adequado porque, desse modo, estaria agindo segundo seus interesses próprios ou, pelo menos, alheios aos do grupo. Representante inadequado, em síntese, é o mesmo que ausência de representação, o que justifica a desvinculação dos representados.

A representatividade adequada é, sem dúvida nenhuma, o mais importante de todos os requisitos de admissibilidade das ações coletivas nos Estados Unidos. Dada a

---

explicitando alguns dos princípios mais importantes da tutela coletiva, art. 3º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012, da Câmara dos Deputados.

<sup>406</sup> V. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 41-43 (1940) (“To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a ‘class’ or ‘representative’ suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. (...) It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present ...”).

<sup>407</sup> V. COMMENT. The importance of being adequate: due process requirements under Rule 23. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 123, 1975, p. 1227.

<sup>408</sup> V. COMMENT. The importance of being adequate... cit., p. 1223, nota 28.

sua importância, que remete à observância do devido processo legal, repousa sobretudo no juiz a tarefa de controlar a adequação mediante provocação ou de ofício, em todas as fases do processo:<sup>409</sup> antes, durante e depois da decisão que admite a ação coletiva (certificação) e até depois da própria sentença.<sup>410</sup> Conflitos de interesses incubados podem emergir ao longo do processo, o representante pode se revelar desinteressado ou incapaz ou o juiz pode perceber simplesmente que se equivocou.<sup>411</sup>

As garantias fundamentais no regime das ações coletivas norte-americanas não se encerram por aí. Ao menos para as *class actions* classificadas na Regra 23 (b)(3),<sup>412</sup> as mais comuns atualmente (ações para resolver questões comuns predominantes), exige-se a notificação dos membros ausentes (Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP).<sup>413</sup> Tal comunicação permite não apenas que os interessados tomem conhecimento da ação coletiva e controlem a atuação do representante, mas também tomem uma importante decisão: exercer ou não o direito de autoexclusão (*opt-out*), assegurado para as ações de tipo (b)(3), mediante o qual serão desvinculados do resultado da ação coletiva?

Se vigorasse no Brasil o mesmo regime das *class actions* estadunidenses, seria possível concluir pela possibilidade de vinculação dos integrantes do grupo à arbitragem coletiva desde que observado o requisito da representatividade adequada e, ainda, da notificação do grupo. Em relação a todos os integrantes da coletividade que deixaram de exercer o direito de autoexclusão, seria possível construir a sua aceitação tácita aos termos da convenção de arbitragem, cuja admissibilidade foi demonstrada acima (item

<sup>409</sup> V. NOTE. Developments in the law: Class actions, *Harvard Law Review*, v. 89, 1976, p. 1411.

<sup>410</sup> V., exemplificativamente, *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1<sup>st</sup> Cir. 1986) (*class action* inadmitida após o veredito do júri por ter sido extremamente deficiente a instrução probatória). Tal possibilidade somente deve ser utilizada em casos excepcionalíssimos, no entanto, sob pena de frustrar a isonomia processual, reduzindo a pó a aparente vitória do réu, que não conseguirá vincular o grupo ao resultado obtido.

<sup>411</sup> V. MILLER, Arthur R. *An overview of federal class actions: past, present and future*. Washington: Federal Judicial Center, 1977, p. 30.

<sup>412</sup> Sobre as categorias de ações coletivas nos Estados Unidos – ações para debelar o risco de decisões contraditórias (Regra 23 (b)(1)); ações para coibir padrão de conduta ilícito (Regra 23 (b)(2)) e ações para resolução de questões comuns predominantes (Regra 23 (b)(3)) –, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 157-207.

<sup>413</sup> Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP: “Notice. (...) (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)”.

2.3.1), corroborada pela inexigibilidade do consentimento individualizado (item 2.3.2), reforçando os poderes do representante para atuar em nome do grupo.

Nada obstante, conquanto já se tenha sustentado a possibilidade do controle judicial da representatividade adequada no direito brasileiro e, *de lege ferenda*, a adoção do modelo de desvinculação por autoexclusão (*opt-out*) para os direitos individuais homogêneos,<sup>414</sup> o ordenamento jurídico pátrio se estruturou de forma significativamente distinta, não tendo contemplado de forma expressa a avaliação da adequação do representante pelo juiz e se distanciado, ainda, do sistema de notificação individualizada com direito de autoexclusão. Assim, como seria possível sustentar no direito brasileiro a ocorrência do consentimento para a instauração da via arbitral?

Antes de prosseguir, uma observação importante. Não se ignora que podem as partes na arbitragem, em princípio, ajustar regras de direito e procedimentais próprias, nos termos do art. 2º, § 1º e 21 da Lei nº 9.307/1996.<sup>415</sup> Nada obstante, as questões atinentes à legitimação coletiva, ao sistema de vinculação dos indivíduos ao resultado da ação coletiva e ao regime jurídico da coisa julgada consistem em matérias de ordem pública, que resvalam em garantias constitucionais, especialmente o devido processo legal e o contraditório,<sup>416</sup> como demonstrado acima. Não estão as partes autorizadas, assim, a criar um novo modelo de tutela coletiva pela via arbitral. Eventuais alterações *de lege ferenda* – algumas delas já sugeridas ao longo do presente estudo – devem ser discutidas pelos meios legislativos próprios para este fim.

---

<sup>414</sup> V. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., 560-563 e 583-585.

<sup>415</sup> Art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Art. 21, *caput* da Lei de Arbitragem: “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”.

<sup>416</sup> A ordem pública processual, para a doutrina, relaciona-se com os princípios fundamentais do processo, em especial do devido processo legal. V. TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras *in* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição...*, cit., p. 221-224; LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. ¿ Garantías ordinárias *versus* garantías constitucionales en el arbitraje? *in* LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., 234. Para CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 97, o devido processo legal é um dos “elementos constitucionais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito e [que], por isso, devem pautar todos os atos públicos e privados, objetivando, em última análise, o alcance da ordem pública”. V. tb. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo...*, cit., p. 104-105 (sustentando que a vertente processual da ordem pública se relaciona com os objetivos da atividade jurisdicional, devendo observar os princípios da economia, da finalidade e da instrumentalidade, como uma ulterior restrição à aplicação da ordem pública processual).

O sistema de vinculação na legislação brasileira está disciplinado de forma inconsistente e confusa no art. 103, §§ 1º e 2º e na segunda parte do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>417</sup> A confusão se agrava pelo erro de remissão contido na segunda parte do art. 104 do CDC que, no entendimento da doutrina dominante, deve ser aplicada para todas as categorias de ações coletivas, não somente para aquelas em defesa de direitos e interesses coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.<sup>418</sup> Embora possa parecer estranha a hipótese de exclusão dos indivíduos para ações em matéria de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, dada a incindibilidade do objeto (v. item 2.2.3, *supra*), é possível interpretar que a exclusão somente seja admitida para os direitos individuais homogêneos e direitos individuais reflexamente atingidos, não aos direitos difusos e coletivos propriamente ditos, que apenas podem ser tutelados na esfera coletiva.

Considerando, portanto, a interpretação predominante em torno do art. 104 do CDC, o sistema de vinculação atualmente em vigor funciona de forma distinta, de um lado, para os direitos e interesses difusos e coletivos e, de outro lado, para os individuais homogêneos. No primeiro caso, os direitos individuais de alguma forma relacionados à

---

<sup>417</sup> Art. 103 do CDC: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”. 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”.

<sup>418</sup> V. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência...*, cit., p. 193; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...* cit., v. II, p. 212 (admitindo, contudo, que se a remissão da segunda parte for interpretada como apenas aos incisos I e II do art. 103, o resultado será o mesmo); ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais...*, cit., p. 338.

ação coletiva não serão prejudicados; inversamente, em caso de procedência do pedido, a sentença beneficiará as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder diretamente à liquidação dos danos individuais e à execução (art. 103, §§ 1º e 3º do CDC). Na segunda hipótese, tratando-se de direitos individuais homogêneos, os membros ausentes somente serão vinculados em caso de procedência do pedido, salvo se tiverem intervido na ação coletiva como litisconsortes (art. 103, § 2º do CDC), situação em que ficarão vinculados independentemente do resultado.

Em qualquer uma dessas hipóteses, a vinculação para beneficiar os interessados não ocorrerá se, tendo sido ajuizada ação individual, não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos da propositura da demanda coletiva (art. 104 do CDC). Nessa situação, a sorte do direito individual estará reservada única e exclusivamente ao resultado da ação correspondente, sendo desimportante o resultado obtido na esfera coletiva.

Não se poderia deixar de mencionar que, por vezes, o Superior Tribunal de Justiça, sob a justificativa de “releitura” do sistema de tutela coletiva do CDC, tem determinado a suspensão de todos os processos individuais que versem sobre a mesma questão discutida na esfera coletiva, ainda que não tenha sido neles interposto qualquer recurso especial,<sup>419</sup> o que os exclui da esfera de abrangência da suspensão prevista no art. 543-C, §§ 1º e 2º do CPC (recursos especiais repetitivos).<sup>420</sup> É como se o incidente

---

<sup>419</sup> V., por exemplo, STJ, REsp 1.110.549, 2ª S., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 28.10.2009: “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)”. Mais recentemente, no mesmo sentido, v. STJ, 1.353.801, 1ª S., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 14.8.2013 e STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 207.660, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 13.11.2012 (mantendo suspensão de todos os processos individuais determinada pelo TJRS em decorrência de ação coletiva local). Destaque-se, por oportuno, passagem extraída do voto vencido do Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Conv. do TJAP) no primeiro precedente citado: “Por outro lado, não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – sem lei que assim determine – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito”.

<sup>420</sup> Art. 543-C, §§ 1º e 2º do CPC: “§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.

de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC estivesse sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro mesmo sem lei vigente nesse sentido, por simples construção jurisprudencial, a fim de reduzir o número de processos a serem julgados nas instâncias superiores.

Não se nega que tal possibilidade de suspensão, de *lege ferenda*, seria bastante positiva para promover isonomia, maior segurança jurídica e economia processual. Preocupante, todavia, que para chegar a esses objetivos se tenha modificado o sistema de tutela coletiva sem nenhuma reforma legislativa.<sup>421</sup> Tal determinação de suspensão, portanto, não deveria ser admitida no âmbito nas ações judiciais e muito menos em uma hipotética arbitragem de direitos coletivos.

Seja como for, o sistema de vinculação e coisa julgada previsto na legislação brasileira, abstraindo-se sua ineficiência para os direitos individuais homogêneos, longe de representar obstáculo à arbitragem de direitos coletivos, acaba por facilitá-la. Ao contrário do sistema norte-americano, que se foca sobre as ocorrências na própria ação coletiva, sendo necessário daí extrair o consentimento tácito, no ordenamento jurídico brasileiro o ponto de referência está na conduta do indivíduo.

Para que o indivíduo possa auferir proveito da decisão na esfera coletiva no direito brasileiro, ele precisa tomar alguma atitude, que pode, à luz das considerações apresentadas nos itens 2.3.1 e 2.3.2 *supra*, ser facilmente compreendida como aceitação à convenção de arbitragem, ainda que *a posteriori*.

No âmbito dos direitos individuais homogêneos, o membro do grupo necessitará deflagrar procedimento individual de liquidação da sentença coletiva condenatória (art.

---

<sup>421</sup> No Projeto de Lei nº 5.139/2009, que visa a estabelecer uma nova Lei da Ação Civil Pública no Brasil, por exemplo, havia significativa modificação do sistema de vinculação, como se depreende de seu art. 37 (“O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição. (...) § 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva. § 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus. § 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo. § 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo”). A mesma redação está contemplada no art. 37 do Projeto de Lei nº 4.484/2012.

97, CDC),<sup>422</sup> em evidente manifestação de consentimento com a decisão dos árbitros que fundamentará o incidente.<sup>423</sup> Ainda que a execução possa ser instaurada de forma coletiva, antes disso ela deverá passar pela fase de liquidação individual (art. 98, *caput* e § 1º, CDC).<sup>424</sup> Da mesma forma, no que tange à ação individual reflexa à ação coletiva em defesa de direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, também será necessária a prévia liquidação individual (art. 103, § 3º, CDC).

Por outro lado, no caso de decisão desfavorável na esfera coletiva, sendo judicial ou arbitral, não haveria prejuízo em relação aos interesses individuais, tanto no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos (art. 103, § 2º, CDC), como nos casos de direito individual reflexo a direito difuso ou coletivo *stricto sensu* (art. 103, § 1º, CDC). A única ressalva seria a hipótese de indivíduo que ingressou na arbitragem coletiva em matéria de direitos individuais homogêneos como litisconsorte, nos termos do art. 94, CDC,<sup>425</sup> caso em que ficaria vinculado *pro et contra*. Ainda nessa situação, porém, não haveria problema, uma vez que o consentimento pode ser extraído da conduta do indivíduo, que ingressou voluntariamente no procedimento arbitral.

Nenhuma dificuldade se vislumbra, tampouco, em relação às sentenças arbitrais que não ostentem natureza condenatória em pecúnia. Ainda que, para tal situação, não seja exigível o procedimento de liquidação individual a que se refere o art. 97 do CDC, a sentença arbitral somente poderá produzir efeitos para os membros ausentes do grupo em seu benefício e, a partir do momento em que usufruírem dessa vantagem sem oposição, estará igualmente configurada sua aceitação tácita. Nada impediria, ainda, que esses membros ausentes se valessem da via individual para pleitearem o que não foi concedido na esfera coletiva.

---

<sup>422</sup> Art. 97 do CDC: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

<sup>423</sup> Questão relevante é saber se a liquidação individual deverá ser processada na arbitragem ou pelo Poder Judiciário. A legislação vigente parte do pressuposto que a sentença arbitral será líquida – tanto que prevê a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem e art. 475-N, IV, CPC). Além disso, a liquidação consiste em uma nova fase de conhecimento, limitada à apuração do *quantum debeat*, não exigindo poder de coerção, do qual os árbitros são desprovidos. Não há óbice, assim, a que a liquidação seja processada na própria arbitragem, desde que a convenção contemple tal extensão, embora tal procedimento seja inconveniente, como será visto no item 3.2.10.

<sup>424</sup> Art. 98 do CDC: “A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. § 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado”.

<sup>425</sup> Art. 94, 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”.

Não há nenhum impedimento, ainda, no que concerne à legislação restritiva para os contratos de adesão (art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem)<sup>426</sup> e de consumo (art. 51, VI, CDC).<sup>427</sup> Como já se demonstrou (v. item 1.2.2), mesmo nessas hipóteses, nada impede que o consumidor tome a iniciativa de deflagrar o procedimento arbitral ou escolha celebrar uma convenção de arbitragem com o fornecedor. Pelas mesmas razões, não há óbice para que o consumidor ou o aderente resolvam ingressar de forma espontânea na arbitragem coletiva, na forma do art. 94 do CDC, ou vincular-se voluntariamente aos termos da sentença arbitral que os beneficie.<sup>428</sup>

Nenhuma alteração, portanto, se verifica no sistema de vinculação aos membros ausentes da arbitragem sobre direitos coletivos.

No que tange à vinculação no plano coletivo, no sentido de impedir que os demais legitimados ignorem a convenção de arbitragem e se valham da via judicial (extensão subjetiva do efeito negativo da convenção arbitral), é importante recorrer ao quanto se expôs acerca do compromisso de ajustamento de conduta, no item 2.2.4 *supra*. Concluiu-se, naquela oportunidade, que a tese de que o compromisso não vincularia os demais colegitimados retiraria praticamente toda a utilidade do instituto e desestimularia a celebração de qualquer acordo, pois a parte contrária à coletividade não conseguiria evitar sequer a propositura de novas ações coletivas. Sustentou-se que, celebrado o compromisso, não poderiam os demais legitimados rediscutir a matéria,<sup>429</sup> ignorando os termos do que ficou pactuado, ressalvada a eventualidade de sua invalidação, inclusive por ter versado sobre matéria indisponível.

A mesma assertiva, *mutatis mutandis*, se aplica à arbitragem coletiva. Se atos visando à composição do mérito mediante compromisso de ajustamento de conduta

---

<sup>426</sup> Art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

<sup>427</sup> Art. 51, VII do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

<sup>428</sup> Não pode a parte contrária ao grupo, porém, querer impor ao consumidor (ou mesmo ao aderente, nos casos fora da incidência do Código de Defesa do Consumidor) uma cláusula compromissória assinada previamente ao surgimento do litígio. Em tais condições, estaria vulnerada a autonomia privada do consumidor ou do aderente, não se podendo reconhecer sua vinculação à convenção de arbitragem. Não se pode admitir, à luz da legislação vigente no Brasil, que se reproduzam as mesmas dificuldades observadas nos Estados Unidos e Canadá (itens 1.2.1.1 e 1.2.1.2, *supra*).

<sup>429</sup> V., nesse sentido, FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública...*, cit. p. 236; NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta...*, cit., p. 234; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente...*, cit., p. 101. Na jurisprudência, v. TJRJ, Ap. Civ. 0209998-88.2009.8.19.0001, 4ª CC., Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, julg. 19.2.2013.

vinculariam os demais colegitimados, ressalvada a ocorrência de algum vício, conclusão similar se opera em relação à convenção de arbitragem, na qual sequer há disposição quanto ao mérito da controvérsia.<sup>430</sup> Note-se, porém, que o art. 5º, § 6º da Lei da Ação Pública<sup>431</sup> limita a legitimidade para a celebração do compromisso aos *órgãos públicos*, o que exclui, evidentemente, que sindicatos, associações ou fundações privadas tomem tal compromisso.<sup>432</sup> Parece prudente que a mesma restrição se aplique às convenções de arbitragem sobre direitos coletivos,<sup>433</sup> inclusive como cautela contra algumas práticas reprováveis cometidas por associações<sup>434</sup> – ressalvadas as situações excepcionais em

---

<sup>430</sup> Contra, sustentando que enquanto não se formar a coisa julgada na arbitragem, continuará aberta a via judicial aos demais legitimados, ainda que já celebrada a convenção de arbitragem, LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 148. Referido autor fundamenta seu entendimento na autonomia privada. Entretanto, discorda-se dessa compreensão, pois tal manifestação volitiva necessita ser observada em relação ao grupo, não no que se refere aos demais representantes, sob pena de se criar uma inusitada corrida paralela de ações coletivas idênticas. A solução alvitada pelo autor, no sentido de que sejam previamente interpelados os demais colegitimados parece fadada à inefetividade, uma vez que, em inúmeras situações, serão múltiplos os entes autorizados a ajuizar a ação coletiva e essa situação se agrava nos casos que se enquadrarem no âmbito da Ação Popular, em que a legitimação do cidadão poderia tornar extremamente penosa a exigência da prévia interpelação.

<sup>431</sup> Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985: “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”.

<sup>432</sup> A doutrina considera, entretanto, que a expressão não deve ser compreendida em sua acepção técnica, devendo ser interpretada de forma a atribuir também legitimação ao Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além, naturalmente, dos órgãos públicos sem personalidade jurídica. A possibilidade de que outros legitimados, como as fundações públicas, autarquias ou até as empresas públicas e sociedades de economia mista se mostra controvertida. V. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo...* cit., p. 432-435 (sustentando que apenas poderão tomar compromisso de ajustamento aqueles órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, prestando serviços públicos, ainda que integrem a chamada administração indireta, mas não aqueles que ajam na qualidade de meros exploradores de atividades econômicas). No mesmo sentido, GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...*, cit., p. 389 (manifestando preocupação, porém, pela exclusão dos demais colegitimados e sustentando a figura do acordo coletivo firmado por legitimados de natureza privada no âmbito da ação coletiva); AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental...*, cit., p. 88-90 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...*, cit., p. 287-289 (sustentando, *de lege ferenda*, que entidades não-públicas, como associações, fundações privadas e sindicatos, também possam celebrar compromisso de ajustamento em casos excepcionais, com a prévia oitiva do Ministério Público). É conhecido o entendimento de Geisa de Assis Rodrigues, no sentido de nunca permitir que sociedades de economia mista ou empresas públicas tomem o compromisso de ajustamento, mas a autora alterou seu entendimento em edições mais recentes, aderindo à interpretação de Hugo Mazzilli: RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta...*, cit. p. 142. Em sentido oposto, entretanto, nunca admitindo tal legitimidade por falecer a tais entes a natureza pública, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública...*, cit., p. 220 e FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental..., cit., p. 126-129.

<sup>433</sup> Contra, LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 144 (sustentando que as associações, embora não possam celebrar compromisso de ajustamento de conduta, poderiam pactuar negócio jurídico com conteúdo equivalente no âmbito do processo, na oportunidade em que forem instadas a conciliar, razão pela qual poderiam também celebrar convenção de arbitragem).

<sup>434</sup> V. exemplificativamente: “Aliás, um outro aspecto chama a atenção, a saber, o fato de que os quatro cargos que compõem a Diretoria da associação são preenchidos por quatro advogados, e dois deles receberam mandato para atuar nesta ação, o que indica o claro propósito de desvirtuamento do instituto

que os próprios integrantes do grupo celebrem a cláusula compromissória (item 3.2.1, *infra*) –, até que sobrevenha maior amadurecimento na matéria e possa ser reavaliada a conveniência da limitação proposta.

No plano coletivo, portanto, tampouco haveria alteração do regime jurídico em relação ao já previsto para o compromisso de ajustamento, inclusive no que tange à restrição, para tal ajuste, apenas aos entes públicos legitimados. Naturalmente, uma vez celebrada a convenção e se tendo extrapolado os limites de disponibilidade dos direitos coletivos, será possível a propositura de ação anulatória da sentença arbitral proferida (art. 33, *caput*, Lei nº 9.307/1996)<sup>435</sup> ou mesmo o ajuizamento de ação judicial coletiva em que se veicule sua invalidade (v. item 3.2.9, *infra*).

Por fim, remanesce uma última questão: o consentimento deve ser apurado não apenas do ponto de vista da coletividade, mas também da parte contrária ao grupo, que pode ter fundamentos legítimos – por exemplo, despesas processuais mais elevadas – para não querer se submeter à via arbitral em face de todos os membros ausentes. A convenção arbitral deve comportar a possibilidade de instauração de arbitragem na forma coletiva, seja na própria cláusula compromissória, seja *a posteriori*, quando já deflagrado o litígio, mediante compromisso arbitral entre o representante do grupo – um ente público legitimado – e a parte contrária à coletividade.

---

correspondente à associação ou, ainda, por outras palavras, parece existir no caso uma sociedade de advogados constituída de forma irregular, que usa o manto diáfano da associação para livremente litigar, sem os encargos da sucumbência e, mais do que isto ainda, obter recursos provenientes das ações judiciais intentadas, com claro desvio dos propósitos de uma efetiva associação” (TJMS, Ap. Civ. 4641, 4ª TC, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julg. 9.6.2009); “No caso concreto, entendo existir interesse público na dissolução de uma associação formada para defender os interesses de passageiros vítimas de atrasos aéreos, que, segundo a inicial, é usada como fachada para captar clientela para os advogados fundadores da pessoa jurídica e seus parentes” (TJSP, Ap. Cív. 9157030-14.2001.8.26.0000, 4ª CDPri., Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 29.11.2007). V. tb.: “Nesse passo, considerando que a associação tem funcionado como verdadeira ‘vitrine’, destinada à captação de clientela posteriormente direcionada aos profissionais que mantêm em seus quadros, é de ser considerada abusiva a propaganda que fizer acerca dos seus serviços. A publicidade na prestação de serviços de advogado, seja de forma direta seja de forma indireta como no caso dos autos, assume contornos próprios e deve ser adequada a uma profissão que deseja preservar-se em dignidade e respeito popular” (TRF-4, Ap. Cív. 2003.04.01.0117181-2, 3ª T., Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lagon, julg. 2.3.2004).

<sup>435</sup> Art. 33, *caput* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

#### 2.3.4 Duas questões sobre os limites temporais da vinculação

No item anterior, para superar mais um dos obstáculos apresentados contra a instauração de arbitragem em matéria de direitos coletivos, foram abordados pelo menos três fenômenos: extensão subjetiva da convenção de arbitragem, sistema de vinculação nas arbitragens coletivas e coisa julgada nos processos coletivos.

A partir do estudo até aqui empreendido, pelo menos duas questões interessantes se abrem a respeito da vinculação dos legitimados coletivos.

A primeira questão é se, pactuada a convenção de arbitragem, estarão os demais legitimados inibidos de se valer das vias judiciais, em decorrência do efeito negativo previsto no art. 267, VII do CPC.<sup>436</sup> No item anterior, sustentou-se a vinculação desses entes à convenção arbitral, com fundamento na sistemática pertinente ao compromisso de ajustamento de conduta. Conseqüentemente, não poderão se utilizar da ação judicial, ressalvada a hipótese de invalidação da convenção.

Tal compreensão, todavia, causa perplexidade, uma vez que abriria as portas para que, por exemplo, em ação coletiva ajuizada por determinado ente público perante o Poder Judiciário, já em estágio avançado, fosse celebrado compromisso arbitral com outro legitimado, o que poderia, a não se adotar qualquer limitação temporal, causar a extinção do processo judicial, com evidente prejuízo à economia processual, à duração razoável do processo e à efetividade da tutela coletiva. Isso sem falar do risco de indesejável manipulação do juiz natural que, desagradando a determinada parte do processo, seria retirado da causa, que passaria para os árbitros.

Uma solução pragmática consistiria em limitar a possibilidade de convenção de arbitragem até a citação do réu na ação coletiva, momento em que é estabelecida a litispendência.<sup>437</sup> Tal resposta, no entanto, soa arbitrária, sem previsão legal e colidindo potencialmente com a previsão estabelecida no art. 9º, § 1º da Lei de Arbitragem,<sup>438</sup> que admite a celebração do compromisso arbitral judicial sem limitação temporal. A única

---

<sup>436</sup> Art. 267, VII do Código de Processo Civil: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII - pela convenção de arbitragem”.

<sup>437</sup> Art. 219, *caput* do Código de Processo Civil: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

<sup>438</sup> Art. 9º, § 1º da Lei de Arbitragem: “O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.

saída, na ausência de disciplina legal, parece ser admitir a pactuação do compromisso a qualquer momento desde que, caso já ajuizada a ação coletiva judicial, seja exigida a homologação em juízo do compromisso, devendo o juiz avaliar, além da sua validade, o estágio da ação coletiva, as vantagens decorrentes da submissão da controvérsia aos árbitros e os eventuais inconvenientes. Um compromisso firmado extrajudicialmente, portanto, não extinguiria a ação coletiva judicial, senão após homologado.

O assunto, todavia, é bastante complexo, passando por questões como o âmbito de abrangência da ação coletiva (local, regional ou nacional), as regras de prevenção nas esferas judicial e arbitral (diante de um compromisso extrajudicial e uma ação coletiva judicial ajuizada em datas próximas, a depender da data do despacho liminar positivo e da citação do réu, qual prevaleceria?), a aplicação do princípio da competência-competência na arbitragem e a eventual possibilidade de ser reconhecida a invalidade da convenção pelo juiz antes de ser proferida a sentença arbitral,<sup>439</sup> exigindo estudo próprio, o que extrapolaria os limites do presente trabalho.<sup>440</sup>

Uma segunda questão curiosa, ainda acerca da vinculação dos colegitimados à convenção de arbitragem, refere-se a hipóteses em que não se forma a coisa julgada material por insuficiência de provas nos casos de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Pretendendo o mesmo ou outro legitimado<sup>441</sup> ajuizar nova ação coletiva sobre idêntica controvérsia, observadas as demais exigências legais, permanecerá vinculado à convenção e deverá deflagrar o procedimento também pela via arbitral?

Tratando-se de arbitragem originalmente instaurada por compromisso arbitral, resposta é negativa, na medida em que esta espécie de convenção estabelece de forma

---

<sup>439</sup> Sobre o tema, costuma-se sustentar que o direito brasileiro, ao contemplar o princípio da competência-competência no art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996, sem afastar o controle judicial mediante a ação anulatória específica (art. 33), teria consagrado o modelo de competência prioritária dos árbitros (também conhecido como critério de prioridade cronológica). Nesse sistema, somente os árbitros podem se pronunciar sobre a sua competência no curso de um procedimento arbitral, restando às cortes estatais exercer o controle *a posteriori*, por ocasião da ação de anulação, do reconhecimento ou da execução da sentença arbitral. O assunto, porém, ainda não chegou a um consenso, como se pode conferir nas notas 566 e 567 *infra*.

<sup>440</sup> Ainda assim, sem a preocupação de esgotar a discussão, o assunto será retomado no item 3.2.3 *infra*, sob a perspectiva de eventual relativização do princípio da competência-competência.

<sup>441</sup> Ressalve-se haver entendimento minoritário, no sentido de que o mesmo legitimado não poderia propor nova ação coletiva, ainda que o pedido tenha sido julgado improcedente na ação anterior por falta de provas, porque haveria – em todo e qualquer caso – a formação da coisa julgada no plano coletivo, ainda que restrita ao autor dessa primeira demanda coletiva, na hipótese de insuficiência probatória. Nesse sentido, v. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. A coisa julgada no Código do Consumidor *in Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28; DELLORE, Luiz. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 164-166.

específica o litígio a ser submetido aos árbitros. A prolação de sentença arbitral extingue naturalmente o compromisso,<sup>442</sup> nada obstando, evidentemente, que se venha a pactuar nova convenção. Por outro lado, caso a arbitragem anterior tenha excepcionalmente se fundado em cláusula compromissória firmada pelos integrantes do grupo (v. item 3.2.1), como esta, em regra, dispõe que todos os litígios decorrentes do contrato serão resolvidos pela via arbitral, observada a extensão objetiva das matérias delimitadas na própria cláusula compromissória, deverá o demandante respeitá-la, ressalvando-se, sempre, a hipótese de vício nesse ajuste.<sup>443</sup>

Note-se ainda que, embora o compromisso arbitral somente possa ser pactuado por órgão público, como se concluiu no item anterior, sendo este ajustado regularmente, não há que se cogitar de restrição à legitimidade para deflagrar o novo procedimento arbitral, equiparável a uma ação judicial. Qualquer dos legitimados coletivos – inclusive o cidadão, nos casos inseridos no espectro da ação popular – estará habilitado a requerer a instauração de nova arbitragem, mesmo não sendo aquele que firmou originariamente a convenção.

## 2.4 Terceiro obstáculo: atuação do Ministério Público

Os dois principais obstáculos para a arbitragem em matéria de direitos coletivos foram ultrapassados. Mas o caminho ainda não está desobstruído. Prosseguindo na exposição, como exposto no item 2.1 *supra*, parcela da doutrina aponta, como mais um impedimento, a indispensável atuação do Ministério Público nas ações coletivas.<sup>444</sup>

---

<sup>442</sup> V. REDENTI, Enrico. *Compromesso (Diritto Processuale Civile) in Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 806 e GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral...*, cit., p. 152.

<sup>443</sup> No mesmo sentido, v. FOUCARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 443.

<sup>444</sup> Além das referências apontadas anteriormente, GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 52. V. tb. ALVES, Rafael Francisco. *A arbitragem no Direito Ambiental...*, cit., p. 210-211: “Tomando-se o direito ambiental como uma disciplina jurídica que abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos e, enfim, os individuais propriamente ditos, como foi feito neste trabalho, é possível dizer que, em tese, a arbitragem pode ser utilizada em conflitos que envolvem os últimos, não pode ser utilizada tendo os dois primeiros como objeto, dada a sua indivisibilidade e indisponibilidade, e quanto ao terceiro, poderá ser utilizada desde que a repercussão social do conflito não chegue ao ponto de justificar a intervenção do Ministério Público” (grifou-se).

Tal argumento encontra sua origem no direito italiano, no qual há disposição legislativa explícita afastando a arbitrabilidade de controvérsias no âmbito societário em que esteja prevista a intervenção do Ministério Público (art. 34, item 5 do Decreto Legislativo nº 5/2003).<sup>445</sup> Referida norma se insere em tradição verdadeiramente secular naquele ordenamento jurídico,<sup>446</sup> segundo a qual a intervenção do *Parquet* constituiria indício de indisponibilidade do direito em discussão.<sup>447</sup>

Nada obstante, como já se demonstrou amplamente (v. item 2.2, *supra*), o mito da indisponibilidade generalizada, para todos os direitos coletivos, não se sustenta no direito brasileiro. Além disso, ao contrário do que ocorre na Itália, não há no Brasil qualquer norma expressa afastando a arbitragem de casos submetidos à intervenção do Ministério Público. Ainda que, em regra, sua atuação possa ser um sinal da presença do interesse público,<sup>448</sup> já se evidenciou igualmente que tal circunstância ou mesmo a

---

<sup>445</sup> Art. 34, item 5 do Decreto Legislativo nº 5/2003 da Itália: “Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero”.

<sup>446</sup> V., nesse sentido, art. 1.080 da parte terceira do Código do reino das Duas Sicílias de 1819 (“Non è lecito di compromettere sulle donazioni de i legatti a titolo de alimenti, abitazione e vestiário, sulle separazioni fra marito e moglie, e sulle quistioni di stato; nè sulle controversie nelle quali dee intervenire il pubblico ministero”, grifou-se) e art. 1.104 do *Codice di Procedura Civile* do reino da Sardenha de 1859 (“Chiunque può compromettere in uno o più arbitri, purchè in numero dispari, intorno ai diritti dei quali può liberamente disporre; però non è permesso a nessuno di compromettere, ove si tratti di affari che interessino l'ordine pubblico, di donazioni o legati d'alimenti, abitazione e vestiário, di separazioni tra coniugi, di quistioni di stato, di controversie le quali per disposizione di legge non possano essere transatte o definite se non è prima sentito il voto del Pubblico Ministero”, grifou-se).

<sup>447</sup> V. SATTA, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*. Milano: Francesco Vallardi, 1959, v. 1, p. 240-242; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1997, v. 4, p. 298; VERDE, Giovanni (Org.). *Diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 94; CURATOLA, Michele. Le materie arbitrali in IUDICA, Giovanni (Org.). *Appunti di diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 26-27; CHIARLONI, Sergio. Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, n. 1, p. 128; REDENTI, Enrico. Compromesso (Diritto Processuale Civile)..., cit., p. 798; PUNZI, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato...*, cit., v. I, p. 391-393. V. ainda, demonstrando certa hesitação com a concepção de que a intervenção do Ministério Público signifique necessariamente a inarbitrabilidade da questão, ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1964, p. 759-760. V. tb., enfatizando que esse dispositivo contemplaria a possibilidade de arbitragem inclusive sobre direitos indisponíveis, já que nem todas as matérias não disponíveis ensejariam a intervenção obrigatória do Ministério Público, RICCI, Edoardo Flavio. Il nuovo arbitrato societário. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, n. 2, p. 520-523. Na doutrina brasileira, refletindo tal posição, é eloquente o entendimento de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 131, para quem a “incompatibilidade entre o *Parquet* e a arbitragem equaciona-se nesta fórmula: a) com relação aos direitos *indisponíveis* o Ministério Público é em tese legitimado a intervir, mas a arbitragem não se admite; b) com relação aos direitos *disponíveis* admite-se a arbitragem, mas o Ministério Público não tem legitimidade alguma” (grifos no original).

<sup>448</sup> Art. 82, III do CPC: “Compete ao Ministério Público intervir: (...) III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (grifou-se).

incidência de normas de ordem pública não significam necessariamente que o direito controvertido seja indisponível ou, *a fortiori*, inarbitrável (v. item 2.2.5).<sup>449</sup>

Note-se, ainda, que a legislação brasileira sobre ações coletivas determina de forma invariável a intervenção do Ministério Público, seja como parte ou como *custos legis*, nos termos do art. 6º, § 4º da Lei da Ação Popular; art. 5º, § 1º da Lei da Ação Civil Pública e art. 92 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>450</sup> Isso independentemente da (in)disponibilidade do direito em discussão, o que corrobora que sua intervenção, por si só, não acarretaria a inarbitrabilidade do litígio.

Há quem faça menção, ainda, ao argumento de que não seria possível, do ponto de vista constitucional, obrigar o Ministério Público a intervir no procedimento arbitral como *custos legis*, se não pactuou a respectiva convenção, por ser incompatível com a Carta Magna a arbitragem obrigatória.<sup>451</sup> Destaque-se, entretanto, que sua vinculação – assim como a de qualquer outro legitimado coletivo – decorre não da convenção de arbitragem em si mesma, mas do regime jurídico previsto para as ações coletivas no Brasil (item 2.3.4, *supra*).

---

<sup>449</sup> V. GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva...*, cit., p. 168: “Em países como o Brasil, que conheceu uma expansão das funções do Ministério Público, desde a Constituição Federal de 1988, a intervenção do Parquet pode ser dar na mais variada gama de situações, o que torna ademais inviável relacionar a intervenção do Ministério Público à inarbitrabilidade da controvérsia. E não será a presença do Ministério Público que tornará o direito em questão indisponível”. Mesmo na doutrina italiana, é feita aludida ressalva: incidência de normas de ordem pública e direitos indisponíveis não são sinônimos. V. VERDE, Giovanni (Org.). *Diritto dell’arbitrato...*, cit., p. 93; CURATOLA, Michele. Le materie arbitrali..., cit., p. 27. V. tb., sobre a previsão específica indicada no Decreto Legislativo nº 5/2003, RUFFINI, Giuseppe. Il nuovo arbitrato per le controversie societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, n. 2, p. 505 (afastando a tese da conexão entre indisponibilidade e intervenção do Ministério Público e sustentando que o legislador teria pretendido restringir a arbitragem em matéria societária, mesmo se tratando de direitos disponíveis) e, ainda, FONSECA, Elena Zucconi Galli. La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, n. 3, p. 942 (indicando as dificuldades decorrentes de se vincular a noção de disponibilidade às hipóteses de não intervenção do *Parquet*).

<sup>450</sup> V. art. 6º, § 4º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”; art. 5º, § 1º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei” e art. 92 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor): “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”. Mesmo para outras espécies de ação coletiva, a intervenção do *Parquet* será obrigatória, seja pela aplicação subsidiária das regras destacadas, seja pela incidência de outras especiais no mesmo sentido, como o art. 12, *caput* da Lei nº 12.016/2009 (“Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias”), para o mandado de segurança coletivo.

<sup>451</sup> V. LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 160-161, suscitando e rebatendo o argumento.

De todo modo, dado o papel relevantíssimo exercido pelo Ministério Público nas ações coletivas no direito brasileiro, parece prudente que os eventuais interessados em celebrar uma convenção de arbitragem de espectro coletivo obtenham a concordância do *Parquet*. Caso não o façam, tal como se verifica com relação ao compromisso de ajustamento de conduta (v. item 2.2.4, *supra*), ainda assim a convenção será válida, assegurando-se a participação do Ministério Público como *custos legis* – inclusive para questionar a validade da convenção arbitral – em futura arbitragem coletiva ou mesmo na ação judicial destinada a executar ou anular a sentença arbitral.

No mais, não se vislumbra qualquer dificuldade procedimental. Se o Ministério Público deflagrar o procedimento arbitral, nele atuará como autor e não será exigida a sua participação como *custos legis*. Caso contrário, não existirá nenhum impedimento para que encaminhe o seu parecer ao tribunal arbitral, de forma idêntica ao que ocorre nas ações coletivas judiciais. Seria preciso, no máximo, regulamentar alguns aspectos procedimentais atinentes à comunicação entre o *Parquet* e os árbitros.

## 2.5 Quarto obstáculo: confidencialidade

Como mais um obstáculo às arbitragens na forma coletiva no Brasil, aponta-se a confidencialidade, frequente nos procedimentos arbitrais, o que seria incompatível com as ações coletivas, cujo bom funcionamento dependeria de ampla publicidade dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, aos demais colegitimados e ao grupo envolvido.

De fato, as ações coletivas pressupõem, para que possam atingir suas finalidades, a adequada divulgação de seu ajuizamento, dos principais atos processuais praticados e das decisões mais importantes proferidas. Os membros ausentes do grupo podem ter sua esfera de interesses afetada pela resolução da controvérsia na esfera coletiva e, por isso mesmo, devem ser informados para que: (i) decidam se vão aguardar a decisão da ação coletiva ou ingressar com ação individual, quando o seu objeto for passível de fracionamento (direitos individuais homogêneos); (ii) possam controlar a atuação em juízo do representante coletivo; e (iii) tomem conhecimento de eventual

decisão final favorável a seus interesses, que poderá inclusive ser aproveitada para fins de liquidação e execução individual, na forma do art. 97 do CDC.<sup>452</sup>

Da mesma forma, os demais colegitimados também necessitam ser informados, para que (i) possam controlar a atuação do representante que se apresentou na ação; (ii) decidam se haverá a necessidade de formulação de novos pedidos na esfera coletiva que não tenham sido contemplados na petição inicial; e (iii) tomem conhecimento da decisão final, que poderá eventualmente formar coisa julgada material e impedir a propositura de novas ações coletivas sobre a mesma matéria (v. item 2.3.4, *supra*). Não se olvide, ainda, que sempre que não for parte, pelo menos um desses legitimados deverá atuar como *custos legis*, qual seja, o Ministério Público (v. item 2.4).

Finalmente, os órgãos do Poder Judiciário precisam igualmente ser comunicados do ajuizamento e julgamento da ação coletiva, a fim de que (i) avaliem a ocorrência de eventual prevenção em relação a novas ações coletivas; (ii) tenham ciência das decisões proferidas na esfera coletiva, que possam impactar em processos individuais ou em outras ações coletivas; e (iii) possam processar e julgar os pedidos de liquidação e de execução individuais apresentados nos termos do art. 97 do CDC. Isso sem falar que um precedente formado no âmbito da ação coletiva poderá ter grande força persuasiva, a depender do órgão que prolatou a correspondente decisão.

Por isso mesmo, tem-se sustentado, com inspiração na experiência do direito inglês,<sup>453</sup> a necessidade de que seja criado o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a fim de que seu ajuizamento e julgamento tenham a máxima divulgação possível, o que

---

<sup>452</sup> Nesse sentido, para CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça...*, cit., p. 57-58, o direito à informação é ponto de partida e de chegada para o acesso à justiça. Ponto de partida porque, sem ter conhecimento de seus direitos, não haveria ninguém para reclamá-los em juízo e ponto de chegada porque, sem que se informe do resultado das ações coletivas, elas não poderiam ser aproveitadas pelos potenciais beneficiados.

<sup>453</sup> Na Inglaterra, existe previsão de um cadastro para as decisões em matéria de GLOs (*Group Litigation Orders*), que deve ser consultado previamente por qualquer interessado em deflagrar novo procedimento de grupo (v. *Practice Direction* 19b, n. 2.1: “Before applying for a Group Litigation Order (‘GLO’) the solicitor acting for the proposed applicant should consult the Law Society’s Multi Party Action Information Service in order to obtain information about other cases giving rise to the proposed GLO issues”). Qualquer novo procedimento de grupo deve ser informado aos órgãos responsáveis por esse cadastro (v. *Practice Direction* 19b, n. 11: “After a GLO has been made, a copy of the GLO should be supplied (1) to the Law Society, 113 Chancery Lane, London WC2A 1PL; and (2) to the Senior Master, Queen’s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London WC2A 2LL”), embora não se encontre previsão de notificação obrigatória para os membros do grupo. Para uma exposição geral, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...*, cit., p. 59.

já foi objeto de projetos de lei<sup>454</sup> e de resolução conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público,<sup>455</sup> além de iniciativas locais tomadas por alguns órgãos do Poder Judiciário.<sup>456</sup>

Entretanto, sem prejuízo da indispensável publicidade e ampla divulgação para as ações coletivas, não há que se cogitar de impedimento à via arbitral.

A arbitragem, via de regra, é processada e julgada de forma sigilosa, sendo a confidencialidade, inclusive, uma das vantagens frequentemente atribuídas a esse meio alternativo para a resolução de conflitos no âmbito empresarial, evitando que seja prejudicada a imagem das empresas envolvidas perante o mercado em decorrência da própria pendência do litígio<sup>457</sup> e impedindo a divulgação de segredos comerciais ou industriais e informações estratégicas trazidas ao conhecimento dos árbitros.<sup>458</sup>

Como decorrência da confidencialidade, no sentido de impedir as partes, os advogados e os árbitros de divulgarem informações que chegaram a seu conhecimento no curso da arbitragem, uma das características do procedimento arbitral é também a

---

<sup>454</sup> Art. 53 dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 (“O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas. § 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos. § 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. § 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução”) e proposta de acréscimo de um art. 104-B ao Código de Defesa do Consumidor, com redação idêntica ao *caput* do dispositivo destacado anteriormente, contemplada no Projeto de Lei do Senado nº 282/2012.

<sup>455</sup> V. Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011 (“RESOLVEM: Art. 1º Instituir os cadastros nacionais de informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta a serem operacionalizados pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. § 1º As informações referentes a inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta serão colhidas e organizadas em sistema a ser desenvolvido pelo Conselho Nacional do Ministério Público; as referentes a ações coletivas, em sistema a ser desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça”). Apesar de a resolução prever em seu art. 5º que o cadastro deveria ser implementado até 31.12.2011, não se tem notícia de tal fato até a presente data e não há nenhuma informação na página do CNJ nesse sentido.

<sup>456</sup> No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há um banco de Ações Civas Públicas, que disponibiliza acesso ao inteiro teor da petição inicial e às principais decisões proferidas no processo. No entanto, o sistema é ainda insuficiente porque (i) limitado ao Estado do Rio de Janeiro; (ii) restrito às Ações Civas Públicas (não abrangendo, por exemplo, ações populares) e (iii) com mecanismos de busca insatisfatórios, que nem sempre possibilitam o conhecimento de que já existe outra ação coletiva ajuizada sobre a mesma matéria.

<sup>457</sup> V. PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, jul./set. 2005, p. 26-27.

<sup>458</sup> V. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 136 (aduzindo que essa é a principal justificativa para a confidencialidade).

privacidade, o que significa que dele somente poderão participar as partes, seus procuradores, os árbitros e todos os que, por deliberação das partes e dos árbitros, venham a ser convocados para auxiliar na resolução da controvérsia, como testemunhas ou assistentes técnicos. Em razão disso, as audiências são privadas, não se permitindo a estranhos que delas participam ou mesmo as presenciem.<sup>459</sup>

Entretanto, ao contrário do que se possa imaginar, a confidencialidade não integra a essência do procedimento arbitral, que pode ser facilmente adaptado para que tramite de forma pública. Não por acaso, não há na legislação brasileira nenhuma regra de que a arbitragem deva ser necessariamente processada de forma confidencial e, se isso ocorre na maioria dos casos é porque as partes assim ajustaram na convenção de arbitragem ou o regulamento da instituição arbitral determina tal circunstância.<sup>460-461</sup> Nem em outros países se observa tal previsão na legislação,<sup>462</sup> estando consolidada a compreensão de que o sigilo não é elemento essencial da arbitragem.<sup>463</sup>

---

<sup>459</sup> Distinguindo os conceitos de confidencialidade e privacidade, entre outros, PINTO, José Emílio Nunes, A confidencialidade na arbitragem..., cit., p. 30 e, mais amplamente, GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36, jan./mar. 2013, p. 119-121.

<sup>460</sup> No Brasil, os principais regulamentos de instituições de arbitragem preveem a confidencialidade, como se verifica pelo art. 14 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; art. 15.1 do Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil - São Paulo (Amcham Brasil); art. 17 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 12.1 do Regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB); art. 61 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 9.1 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; item F do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras; art. 17.4 do Regulamento da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS) e art. 13.2 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac). Muitos desses regulamentos, em razão do cunho científico que as sentenças arbitrais encerram, no sentido de instituir uma verdadeira “jurisprudência arbitral” brasileira, ressalvam a possibilidade de reprodução e divulgação do teor das decisões arbitrais, preservando a identidade das partes, tal como verificado nos ementários de instituições arbitrais internacionais (*Collection of ICC Arbitral Awards*, por exemplo) e em publicações em compêndios e revistas especializadas.

<sup>461</sup> Em sentido aparentemente diverso, sustentando que mesmo na ausência de previsão na convenção de arbitragem ou no regulamento da instituição deverá ser observado o sigilo pelos árbitros (por conta do art. 13, § 6º da Lei nº 9.307/1996, que deles exige que ajam com “discrição”) e pelas partes (por incidência dos deveres de lealdade e de proteção fundados no princípio da boa-fé objetiva, considerando que a confidencialidade seria uma expectativa dos litigantes ao elegerem o procedimento arbitral), PINTO, José Emílio Nunes, A confidencialidade na arbitragem..., cit., p. 31-33.

<sup>462</sup> Exceção pontual encontra-se na Nova Zelândia, conforme *Section 14A* do *Arbitration Act* de 1996, na redação conferida após a reforma de 2007 (“14A Arbitral proceedings must be private. An arbitral tribunal must conduct the arbitral proceedings in private”). Admite-se, porém, que as partes afastem essa regra na convenção de arbitragem ou mediante outro instrumento, nos termos da *Section 14* do mesmo diploma normativo (“14 Application of sections 14A to 14I. *Except as the parties may otherwise agree in writing (whether in the arbitration agreement or otherwise)*, sections 14A to 14I apply to every arbitration for which the place of arbitration is, or would be, New Zealand”, grifou-se). Na Espanha, também estabelece a regra da confidencialidade o art. 24.2 da *Ley de Arbitraje* nº 60/2003 (“os árbitros,

Há, no direito brasileiro, algumas evidências eloquentes de que nem sempre a arbitragem deverá observar de forma irrestrita a confidencialidade.

A primeira delas se refere a arbitragens envolvendo interesses da Administração Pública, cuja admissibilidade já foi apontada (v. item 2.2, *supra*). Em razão do princípio da publicidade nesta matéria (art. 37, *caput* da Constituição da República) e da necessária transparência com que se deve revestir a atuação dos órgãos públicos, a doutrina tem reconhecido, com relativa tranquilidade, que tais arbitragens não devem ser confidenciais ou, pelo menos, deve ser relativizado o sigilo das informações nelas veiculadas.<sup>464</sup> Nessa direção, há ainda proposta de reforma legislativa<sup>465</sup> determinando que tais procedimentos respeitem o princípio da publicidade.

---

las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”).

<sup>463</sup> Como demonstrado, alias, nos julgamentos do “Caso Esso”, na Austrália (*Esso Australia Resources & PHP Petroleum v. The Honorable Sidney James Plowman. Commonwealth Law Reports*, v. 183, 1995, p. 10, no qual a Suprema Corte da Austrália autorizou a publicação de preços praticados em contratos celebrados entre as partes, sob o fundamento de que a confidencialidade não constitui uma característica fundamental da arbitragem e que a intervenção do Estado australiano tornaria a matéria de interesse público) e do “Caso Bulbank”, na Suécia (referido por ROSENBERG, Mark F., *Chronicles of the Bulbank Case – The Rest of the Story. Journal of International Arbitration*, v. 19, 2002, p. 1-32, no qual a Corte Superior da Suécia denegou pedido de invalidação de cláusula arbitral pleiteada por uma parte em virtude da publicação, pela outra, de decisão arbitral a respeito de questão específica de jurisdição, sob o fundamento de inexistir disposição legal ou contratual que estipulasse o dever de confidencialidade). Nos Estados Unidos, cuja legislação federal (*Federal Arbitration Act*) é também silente sobre o assunto, há alguns precedentes considerando que a confidencialidade nem sempre será essencial à arbitragem, a depender das legislações estaduais eventualmente aplicáveis. V., nesse sentido, *Industrotech Constructors Inc. vs. Duke University*, 67 N.C.App. 741, 314 S.E.2d 272 (1984) e *United States vs. Panhandle Eastern Corp et al.*, 118 FRD 346 (Del. 1988). Além disso, nas arbitragens submetidas ao Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos do Banco Mundial (ICSID – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), a confidencialidade é também bastante relativizada, ao ponto de serem informados os casos instaurados, as partes envolvidas e as principais decisões proferidas na sua página na internet, em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>464</sup> Entre outros, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 52 (aduzindo que é de rigor a solução de compromisso, devendo ser permitido o acesso à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos); LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?*, p. 20. Disponível em [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf), acessado em 17.7.2014 (“... tanto os interesses públicos devem ser respeitados e, portanto, a decisão arbitral receber a divulgação pertinente quando determinado por lei, mas também os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral”); No mesmo sentido, PINTO, José Emilio Nunes. *A confidencialidade na arbitragem...*, cit., p. 35-36 e SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...*, cit., p. 284-285 (sustentando a necessária publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento correspondente). Em sentido um pouco diverso, ressaltando que o sigilo ocorreria apenas para algumas informações excepcionais, sendo a publicidade a regra, KLEIN, Aline Lícia. *A arbitragem nas concessões de serviço público in PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Arbitragem e Poder Público...*, cit., p. 102-104.

Assim, tratando-se de arbitragens envolvendo interesses estatais, a incidência dos princípios da transparência e da publicidade não permitirá o sigilo absoluto. Nesse caso, restam duas alternativas: ou as partes afastam completamente a confidencialidade do procedimento arbitral e adotam uma forma de publicidade análoga à dos processos judiciais ou estipulam uma espécie de sigilo parcial, em que se permite o acesso ao conteúdo da decisão dos árbitros, preservando-se, no entanto, a confidencialidade dos documentos que instruíram o procedimento e de todas as informações trazidas pelas partes cuja revelação possa lhes causar dano. Não há, assim, obrigatoriedade a que se abram as audiências realizadas no processo arbitral a todo e qualquer cidadão, mas se deve disponibilizar todas as informações necessárias aos órgãos de controle da Administração Pública, inclusive para os Tribunais de Contas.

Ainda a respeito da publicidade no âmbito dos procedimentos arbitrais em que está em jogo o interesse do Poder Público, costuma-se afirmar que a confidencialidade não pode ser totalmente afastada para preservar a situação das partes em relação a segredos empresariais e informações estratégicas. Tal assertiva é verdadeira, mas deve também ser considerada em relação à Administração, especialmente no que se refere ao segredo de Estado, que se caracteriza por informações que possam colocar em risco, por exemplo, a defesa e a soberania nacionais; ou a segurança e saúde da população; ou comprometer as relações internacionais do Brasil com outros países; ou colocar em risco atividades de inteligência e operações das Forças Armadas. Não é despropositado destacar, a propósito, que a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) disciplina as hipóteses de restrição do acesso a esses casos, de acordo com a sua classificação em informação ultrassecreta, secreta ou reservada (art. 24, § 1º). Essa disciplina também deve ser observada no procedimento arbitral, o que corrobora que nem sempre deverá ser adotada a mais ampla e irrestrita publicidade nesses casos.

Uma segunda evidência de relativização da confidencialidade na arbitragem é o caso dos procedimentos que tramitam na Câmara de Arbitragem do Mercado, criada pela BM&FBOVESPA para resolver conflitos em matéria societária ou de mercado de capitais. Em que pese a seu regulamento estabelecer a regra geral da confidencialidade (art. 9.1, ressalvada a publicação de ementários de sentenças arbitrais, nos termos do art.

---

<sup>465</sup> V. Projeto de Lei nº 7.108/2014, em discussão na Câmara dos Deputados, que propõe acrescentar o seguinte § 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996: “As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade”.

7.10), as companhias possuem o dever legal<sup>466</sup> – inafastável, evidentemente, pelo regulamento – de informar seus acionistas de fatos relevantes. Para compatibilizar as duas exigências, a saída será também adotar uma espécie de sigilo parcial, em que são divulgados aos acionistas os detalhes mais importantes da arbitragem, sem permitir o acesso indiscriminado aos documentos e aos debates realizados.<sup>467</sup>

Não há, portanto, impedimento a que esse sigilo seja também relativizado para as arbitragens sobre direitos coletivos, o que seria especialmente importante, não apenas à luz das finalidades anteriormente indicadas para o direito de informação nas ações coletivas, mas também para que se exerça o controle social sobre mais um aspecto de suma relevância, que inexistente nos processos instaurados perante o Poder Judiciário: a adequação e correção dos processos de escolha dos árbitros. Não custa lembrar, aliás, um velho adágio que os arbitralistas costumam invocar, segundo o qual a arbitragem será tão boa quanto bons forem os árbitros escolhidos.

Com efeito, árbitros não capacitados para o relevantíssimo papel a exercerem ou mesmo mal intencionados poderiam jogar por terra toda e qualquer vantagem que se pudesse imaginar para a arbitragem como instrumento de tutela coletiva. Por essa razão, seu processo de escolha deve ser divulgado da forma mais ampla possível, para que possa ser acompanhado não somente pelo Ministério Público, mas igualmente pelos demais colegitimados e integrantes do grupo envolvido, com a possibilidade, inclusive, de propositura da medida judicial pertinente em caso de irregularidade do processo de escolha que comprometa a idoneidade da arbitragem (v. item 3.2.6, *infra*).

---

<sup>466</sup> V. art. 157, § 1º, “e” da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976): “O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: (...) e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia”. V. tb. Instrução CVM nº 358/2002, que disciplina a divulgação e o uso de informações sobre ato ou fato relevante.

<sup>467</sup> V. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 136 e SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent. Confidencialidade de arbitragem é relativizada. *Consultor Jurídico*, 13.9.2010, em <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado> (acessado em 18.7.2014), de onde se extrai: “Em outras palavras, desde que sejam prestadas ao público as informações necessárias para o atendimento das regras legais de divulgação, nada impede que o procedimento arbitral se desenvolva sem acesso dos acionistas ou do público geral a quaisquer outras informações ou documentos envolvendo o procedimento em si”. A questão foi, inclusive, objeto de discussão em processo administrativo na CVM instaurado a pedido de acionista minoritário, em que se decidiu que “a rigor, o dever de sigilo não vigora – e nem poderia vigorar – se houver obrigação de efetuar comunicação ao mercado” (CVM, Proc. Adm nº RJ 2008/0713, Rel. Diretor Otávio Yazbek, julg. 9.2.2010, disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=6517-0.HTM>). Há, ainda, outras situações em que a companhia está obrigada a divulgar informações relevantes, como, por exemplo, nos procedimentos de recuperação judicial disciplinados pela Lei nº 11.101/2005. V. GAGLIARDI, Rafael Villar. *Confidencialidade na arbitragem comercial internacional...*, cit., p. 131.

A sociedade como um todo, aliás, devido à notória repercussão dessa espécie de demandas, deve ter a possibilidade de fiscalizar esse processo de escolha. Intensifica-se, assim, a importância da publicidade em seu aspecto externo, no sentido de proporcionar o controle social do exercício da jurisdição e assegurar a imparcialidade dos árbitros,<sup>468</sup> para além de sua dimensão interna, voltado especialmente às partes formais do processo e ao grupo interessado, que consiste em extensão do princípio do contraditório para viabilizar o poder de reação dos sujeitos processuais, a fim de que se manifestem sobre os atos praticados e possam influenciar no convencimento do julgador.

Além do processo de escolha dos árbitros, que outras informações devem ser necessariamente divulgadas em uma arbitragem sobre direitos coletivos? O Projeto de Lei nº 5.139/2009, ao se referir ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos, dá algumas pistas importantes, prevendo que sejam informados, além do ajuizamento de processos coletivos, “os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução” (art. 53, § 3º).<sup>469</sup> De acordo com a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011, devem ser disponibilizados, no mínimo, em relação às ações coletivas, os seguintes dados: número do processo, órgão de origem, classes, assuntos, partes, data da propositura e movimentos, notadamente os de concessão ou denegação de tutela de urgência e julgamentos (art. 3º, § 1º, I).

Diante disso e por sua relevância, mostra-se indispensável que a publicidade nas arbitragens sobre direitos coletivos seja a mais ampla e irrestrita possível, inclusive no que se refere às audiências e documentos apresentados, de maneira a potencializar ao máximo o controle social da jurisdição. Todavia, tal princípio não é absoluto e pode ser relativizado – mediante decisão fundamentada dos árbitros – para resguardar o interesse público e a intimidade das partes, em hipóteses similares ao processo judicial,<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> V., sobre a relação entre publicidade e controle da jurisdição, no sentido de funcionar como um freio ao autoritarismo, entre muitos outros, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil...*, cit., v. I, p. 464; PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 167-168 e DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Princípios do processo civil: noções fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 69-70.

<sup>469</sup> Idêntica redação encontra-se contemplada no art. 53, § 3º do Projeto de Lei nº 4.484/2012, também em tramitação na Câmara dos Deputados.

<sup>470</sup> Confira-se, nesse sentido, o art. 93, IX da Constituição da República: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. V. tb. art. 155 do Código de Processo Civil: “Os atos processuais são

compreendendo-se aí o segredo de Estado, o segredo comercial ou industrial e a preservação de informações estratégicas. Em qualquer caso, porém, não poderão deixar de serem divulgadas as seguintes informações, sem prejuízo de outras que se reputarem relevantes no caso concreto: (i) processo de escolha dos árbitros e a sua identificação; (ii) assunto em discussão; (iii) data de instauração da arbitragem; (iv) concessão de tutela de urgência; e (v) conteúdo da sentença arbitral e da decisão do pedido de esclarecimentos a que se refere o art. 30 da Lei nº 9.307/1996,<sup>471</sup> que funcionam como uma espécie de “embargos de declaração arbitrais”.

Além disso, para o Ministério Público, seja como parte ou *custos legis*, o acesso ao procedimento arbitral deverá ser sempre amplo e irrestrito. Da mesma forma, devem ser disponibilizadas as informações necessárias para que os integrantes da coletividade envolvida, especialmente em matéria de direitos individuais homogêneos, passíveis de fracionamento, possam decidir se aguardarão a definição da controvérsia na esfera coletiva ou deflagrarão sua ação individual.

## 2.6 Quinto obstáculo: despesas processuais

Um último obstáculo apontado para o desenvolvimento de arbitragens em tema de direitos coletivos é, na verdade, uma questão mais prática do que de direito, qual seja: quem arcaria com as despesas do procedimento arbitral, que frequentemente assumem proporções bem mais elevadas que em uma demanda judicial?

O problema é significativo. As despesas processuais na arbitragem, em regra, são mais elevadas que em uma ação instaurada perante o Poder Judiciário porque as partes devem arcar não apenas com os custos da administração do procedimento, mas

---

públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.

<sup>471</sup> Art. 30 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”.

também com os honorários dos árbitros.<sup>472</sup> Isso não ocorre nas demandas judiciais, que são apreciadas e julgadas por magistrados, funcionários públicos pagos pelo Estado e que não cobram sua remuneração diretamente das partes. Como os juízes julgam muito mais processos que um árbitro, proporciona-se uma economia de escala, de maneira que sua remuneração fica diluída nas despesas de todo o Poder Judiciário.

Não por acaso, a arbitragem tem se desenvolvido no Brasil especialmente para as demandas de expressivo valor econômico, em casos nos quais a maior preocupação é com um julgamento célere e tecnicamente adequado, representando a remuneração dos árbitros pequeno percentual do benefício econômico postulado.

No âmbito das ações coletivas, o problema assume proporções drasticamente maiores, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, LXXIII, Constituição da República; art. 18 da Lei da Ação Civil Pública e art. 87, *caput* do Código de Defesa do Consumidor),<sup>473</sup> o autor está isento do pagamento de todas as despesas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência, exceto na hipótese de comprovada má-fé. O que justificaria, então, a utilização de um procedimento arbitral para a tutela dos direitos coletivos – cujas despesas poderão alcançar valor expressivo – se a ação judicial pode proporcioná-la de forma gratuita para o representante do grupo?

Para que qualquer representante se disponha a considerar a via arbitral, há que se estabelecer uma premissa: o regime de isenção previsto na legislação para as ações coletivas judiciais deve ser ampliado para a arbitragem em tema de direitos coletivos ou o instituto ficará irremediavelmente fadado ao desuso. É preciso procurar formas para

---

<sup>472</sup> Tal análise depende do valor do litígio. Segundo estudos do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, os custos de um procedimento arbitral com árbitro único tornam-se inferiores aos de um processo judicial naquele país – considerados apenas os custos em 1ª instância – para causas de valor econômico a partir de 3 milhões de euros. Se o procedimento arbitral utilizar três árbitros, o mesmo ocorre para causas com valores superiores a 9 milhões de euros. V., nesse sentido, entrevista com José-Miguel Júdece, publicada no jornal *Diário Económico* de 14.7.2014, p. 41.

<sup>473</sup> Art. 5º, LXXIII da Constituição da República: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, *ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*” (grifou-se). Art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”. Art. 87, *caput* do Código de Defesa do Consumidor: “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”. Ainda que os dois últimos dispositivos se refiram a “associação autora”, a isenção tem sido reconhecida, com razão, a todos os legitimados coletivos.

que o representante não seja instado a pagar essas despesas, salvo, evidentemente, comprovada má-fé, como já se admite no âmbito do Poder Judiciário.<sup>474</sup>

Por outro lado, também parece injusto obrigar a parte contrária ao grupo a arcar com a integralidade das despesas decorrentes da instauração de arbitragem, antes de se verificar a procedência dos pleitos veiculados. Mesmo que se determinasse o pagamento de apenas metade dessas despesas pelo réu – como é bastante frequente em diversos regulamentos de instituições de arbitragem –,<sup>475</sup> haveria grande desestímulo para que os potenciais demandados se submetessem à arbitragem coletiva. Além disso, tal solução não resolveria o problema, pois restaria indefinido quem arcaria com a outra metade das despesas, sobretudo nos casos em que se constatasse a improcedência dos pedidos, situação em que o réu não apenas não deveria ser cobrado pela diferença, como teria direito a ser reembolsado dos valores que adiantou. Isso sem falar da hipótese em que o réu se recusasse a efetuar o pagamento das despesas da arbitragem, não sendo viável se cogitar da pura e simples suspensão do procedimento até a regularização da situação, o que, longe de qualquer inconveniente, beneficiaria o demandado inadimplente.

Seria possível imaginar, ainda, a hipótese de financiamento do procedimento arbitral por terceiros (*third-party funding*), o que se tem verificado com certa frequência em demandas judiciais e arbitrais em outros países, como nos Estados Unidos e, em menor extensão, na Inglaterra.<sup>476</sup> Neste caso, um terceiro se dispõe a financiar – no todo

---

<sup>474</sup> Para MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil...*, cit., p. 136, a utilização da via arbitral se justificaria, independentemente de qualquer isenção ao representante do grupo, pela maior eficiência do processo arbitral, em relação ao judicial. Tal análise, porém, parece excessivamente otimista, devendo a questão das despesas processuais ser examinada de forma mais detida.

<sup>475</sup> V., por exemplo, art. 2.2 das Diretrizes do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil - São Paulo (Amcham Brasil); art. 3.3 do Regimento de Custas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 11.6 do Regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB); arts. 9º e 11 do Anexo ao Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 9.1 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; e arts. 12.3 e 12.4 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac).

<sup>476</sup> Sobre o ponto, v. SCHANER, Lawrence S.; APPLEMAN, Thomas G. Third-party litigation funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 32, jan./mar. 2012, p. 175-187; MANIRUZZAMAN, Munir. Third-party funding in international arbitration – a menace or panacea? *Kluwer Arbitration Blog*. Disponível em <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>, acessado em 14.8.2014 (asseverando que a prática é observada nos Estados Unidos há mais de um século, sendo fenômeno relativamente novo e fragmentado em alguns países europeus, como Inglaterra e Itália); BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 145. Segundo Luis Claudio Aboim, em palestra proferida na IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro, realizada em 2013, estima-se que hoje em dia mais de um bilhão de dólares referem-se a despesas de contencioso judicial e arbitral financiadas por terceiros. Ainda assim, trata-se de universo pequeno, embora não desprezível. Segundo pesquisa recente, apenas 6% dos entrevistados, entre as maiores empresas da Inglaterra, haviam se utilizado do financiamento da arbitragem por terceiros. V. QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON. Corporate choices in

ou em parte – as despesas de processo alheio, como custas judiciárias ou, no caso de procedimento arbitral, taxas de instauração e manutenção da arbitragem e honorários dos árbitros, sem prejuízo dos honorários dos advogados e peritos. Em contrapartida, o financiador terá direito a receber do financiado, em caso de êxito, um percentual do proveito econômico obtido (normalmente variável de vinte a quarenta por cento, de acordo com o caso concreto)<sup>477</sup> ou um valor fixo previamente ajustado.

Em regra, esse terceiro financiador será um escritório de advocacia, empresa de seguros ou uma instituição financeira interessada em investir no litígio,<sup>478</sup> muito embora já se possa observar a constituição de fundos próprios, especializados nessa espécie de financiamento, até mesmo no Brasil.<sup>479</sup>

No campo específico das ações coletivas, o financiamento por escritórios de advocacia também já tem sido observado há algumas décadas nos Estados Unidos, em prática denominada de advocacia empreendedora (*entrepreneurial advocacy*). Muitos escritórios naquele país, antevendo a possibilidade de receber significativos honorários, dispõem-se a adiantar todas as despesas do litígio – que podem assumir proporções bastante elevadas –, na expectativa de auferirem sua remuneração na forma de um percentual (em torno de um terço) sobre a indenização revertida para toda a coletividade, cuja soma pode ser bastante expressiva.<sup>480</sup> Não é raro, aliás, que seja o causídico quem toma as decisões estratégicas em uma *class action*: ele é quem formula as pretensões a serem postuladas, quem apresenta os fundamentos jurídicos na ação coletiva, quem

---

International Arbitration – Industry perspectives, 2013, p. 20, disponível em <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>, acessado em 14.8.2014.

<sup>477</sup> V. MANIRUZZAMAN, Munir. Third-party funding in international arbitration..., cit.: “The reward or return of the third-party funder is said to be determined on a case-by-case basis. Normally, a percentage of the damages ranging from 20 percent to 40 percent or a cost multiple, usually running from two to four, or a combination of these is applied to determine the third-party funder’s return”.

<sup>478</sup> V. NIEUWVELD, Lisa Bench; SHANNON, Victoria. *Third-party funding in international arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer, 2012, p. 4.

<sup>479</sup> Confira-se a página de um desses fundos, em <http://rationalis.com.br/third-party-funding/>. Curioso, ainda, relatar recente caso de financiamento de litígio por terceiro no Brasil, em que o cantor e compositor João Gilberto teve suas despesas em uma ação contra a gravadora EMI financiadas pelo banqueiro Daniel Dantas. Confira-se, nesse sentido, reportagem veiculada na *Folha de São Paulo* em 13.7.2013 sobre o assunto e disponibilizada em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/07/1310841-por-r-10-mi-joao-gilberto-se-associa-a-daniel-dantas-12288.shtml>, acessada em 14.8.2014.

<sup>480</sup> Sobre o ponto, amplamente, abordando suas vantagens e inconvenientes, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 417 e ss.

negocia os acordos com a parte adversa, e muitas outras situações que normalmente não passam sequer pela aprovação do representante do grupo.<sup>481</sup>

A adoção desse modelo para resolver a questão das despesas das arbitragens de direito coletivo no Brasil, todavia, parece problemática. Em primeiro lugar, porque a atuação de grande parte dos coletivos – Ministério Público, Defensoria Pública, entes públicos em geral – opera-se independentemente de qualquer advogado que possa se interessar em financiar o litígio. Além disso, a possibilidade de que parte expressiva do benefício econômico que deveria ser revertida aos integrantes do grupo seja entregue a um financiador representaria verdadeira caridade com o chapéu alheio por parte do representante da coletividade, dificilmente justificável no ordenamento jurídico brasileiro, que disponibiliza as ações coletivas no Poder Judiciário sem maiores ônus. Isso sem falar que se abriria espaço para um perigoso conflito de interesses – problema observado com frequência nos Estados Unidos – entre a coletividade e o financiador, que poderia influenciar a atuação na ação coletiva de maneira a maximizar o seu retorno financeiro, ainda que em prejuízo aos interesses do grupo.

De mais a mais, a alternativa do financiamento privado deixaria de lado diversos casos em que, por não se vislumbrar benefício econômico imediato, como em muitas ações de caráter meramente declaratório ou constitutivo, provavelmente não haveria ninguém interessado em adiantar as despesas do procedimento. Da mesma forma, causas de êxito duvidoso ou que envolvessem uma nova tese jurídica poderiam não atrair tais financiamentos pelo risco envolvido na empreitada.

A única solução plausível parece estar no financiamento público da arbitragem coletiva, em especial através do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto no art. 13, *caput* da Lei da Ação Civil Pública<sup>482</sup> e regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 1.306/1994. Uma grande dificuldade em se contemplar tal solução, no entanto, está no fato de que de 70% a 90% dos recursos aportados para o fundo não são provenientes de condenação em ações coletivas, mas de penalidades aplicadas por

---

<sup>481</sup> Por isso mesmo, há autores nos Estados Unidos que chegam a sugerir, de *lege ferenda*, a supressão da figura do representante da coletividade, para que a *class action* seja conduzida somente pelos advogados, como se vê em BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. *Hastings Law Journal*, v. 42, 1990, p. 485.

<sup>482</sup> Art. 13, *caput* da Lei da Ação Civil Pública: “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”.

infração à ordem econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).<sup>483</sup> Reverter esses montantes para arbitragens em outras matérias implicaria inobservância ao art. 7º do Decreto nº 1.306/1994,<sup>484</sup> segundo o qual os recursos devem ser prioritariamente utilizados à reparação específica do dano causado.

Na realidade, o maior obstáculo para o desenvolvimento de arbitragens coletivas no Brasil se encontra nesta questão. A indisponibilidade dos direitos coletivos nem sempre estará presente; a vinculação dos integrantes do grupo pode ser justificada pelo regime jurídico da tutela coletiva no direito brasileiro; a intervenção do Ministério Público pode ser adaptada para o flexível procedimento arbitral e a confidencialidade pode ser amoldada aos interesses coletivos em discussão.

Todavia, em relação às despesas para que se possa instaurar um procedimento arbitral, ou se determina que as próprias partes arquem com tais valores – relegando a utilização do instituto a situações raríssimas, pela falta de incentivos financeiros para que retirem a questão do Poder Judiciário – ou se estrutura uma forma de financiamento público dessas arbitragens, sem prejuízo de que o réu, caso procedentes os pedidos, seja condenado a ressarcir os montantes que forem adiantados.

Essa possibilidade de financiamento público, porém, não é nada simples, pois dependeria de amplo debate político, uma vez que demandaria a utilização de recursos do erário. Além disso, seria legítimo que se utilizasse dinheiro público para remunerar árbitros – e, eventualmente, instituições de arbitragem – quando o Estado já se obrigou a aparelhar toda a estrutura do Poder Judiciário, que se encontra disponível para resolver as ações coletivas que lhe forem apresentadas? Não seria melhor, em vez disso, investir simplesmente na especialização de órgãos judiciais para lidar com determinados litígios que apresentem características peculiares, incluindo os processos coletivos?

Esse debate político, naturalmente, ultrapassa em muito os limites do presente estudo. Entretanto, algumas vantagens da arbitragem, que se potencializam no âmbito

---

<sup>483</sup> Conforme dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça (<http://portal.mj.gov.br/cfdd>, acessado em 18.7.2014), esse percentual foi de 59,92% em 2005; 94,18% em 2006; 92,42% em 2007; 88,12% em 2008; 92,58% em 2009; 77,44% em 2010; 73,65% em 2011; 80,06% em 2012 e 76,36% em 2013. Uma boa notícia, em termos, é que o último ano registrou arrecadação recorde para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, da ordem de 120 milhões de reais.

<sup>484</sup> Art. 7º do Decreto nº 1.306/1994: “Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado. Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível”.

da tutela coletiva, podem trazer subsídios importantes, que reforçarão a relevância do assunto em discussão neste trabalho.

### 3 FINALIDADE E ESTRUTURA

#### 3.1 Arbitragem coletiva para quê?

Embora estabelecida a admissibilidade da arbitragem de direitos coletivos no Brasil, o exame dos obstáculos referidos em doutrina para o seu desenvolvimento no país revelou mais uma relevante questão a se investigar, qual seja, a utilidade do instituto como instrumento de tutela coletiva. Será que a possibilidade de arbitragem sobre questões de caráter transindividual não passaria de extravagância acadêmica ou haveria justificativa consistente para a sua utilização?

##### 3.1.1 Vantagens da arbitragem no âmbito individual

A arbitragem, em seu clássico escopo individual, apresenta algumas vantagens em relação ao processo judicial, frequentemente reconhecidas pela doutrina. Não se pretende um exame exaustivo dessas vantagens, que podem ser facilmente consultadas nos manuais sobre arbitragem,<sup>485</sup> mas uma referência a tais circunstâncias é importante para dar início à investigação da utilidade do procedimento arbitral como mais um instrumento de tutela coletiva a ser considerado.

A primeira vantagem destacada é a *celeridade*. Ao contrário dos processos judiciais, cujos provimentos são, em regra, suscetíveis de diversos recursos para as instâncias superiores, as decisões dos árbitros não estão sujeitas a nenhuma impugnação de natureza recursal, com exceção, talvez, do pedido de esclarecimentos a que alude o

---

<sup>485</sup> Sobre as vantagens da arbitragem, entre muitos outros, v. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral...*, cit. p. 54-57; SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 19-20; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução...*, cit., p. 19; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e Prática da Arbitragem...*, cit., p. 5-9. A doutrina estrangeira também tem apontado as mesmas vantagens da arbitragem expostas no texto, como se colhe, por exemplo, em MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F., *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 891: “The advantages often claimed for arbitration include speed, economy, expertise of the decision-maker, privacy, greater informality, convenience of time and place settings, and finality without recourse to appeal”.

art. 30 da Lei nº 9.307/1996,<sup>486</sup> assemelhado a uma espécie de embargos de declaração na arbitragem e que, ainda assim, possui procedimento bastante singelo. Eventualmente, as partes podem até ajustar um procedimento recursal interno à arbitragem, de modo que a decisão seja revista por outros árbitros, mas isso é raro na prática, não apenas porque proporcionaria maior delonga na resolução do litígio, mas principalmente por encarecer as despesas pela remuneração de árbitros adicionais.

Além disso, também ao contrário do processo judicial, um procedimento arbitral já nasce com data para acabar, ou seja, os árbitros possuem um prazo para proferir a sentença arbitral, que corresponde a seis meses, salvo se as partes ajustarem de forma diversa, nos termos do art. 23 da Lei de Arbitragem.<sup>487</sup> A inobservância a esse prazo poderá, inclusive, acarretar a invalidação da sentença arbitral (art. 32, VII), desde que uma das partes tenha antes notificado o tribunal arbitral para que se desincumbisse de seu encargo em dez dias, na forma do art. 12, III da Lei nº 9.307/1996.<sup>488</sup>

Deve-se ressaltar, todavia, que têm sido frequentes – mais do que o desejável – as prorrogações de prazo do procedimento arbitral, muitas vezes com amparo nos regulamentos das instituições de arbitragem, que estipulam a concordância antecipada das partes com tal providência.<sup>489</sup> Não são incomuns os casos de arbitragens que se

---

<sup>486</sup> Art. 30 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29”.

<sup>487</sup> Art. 23 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado”.

<sup>488</sup> Art. 32, VII da Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/1996): “É nula a sentença arbitral se: (...) VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei”. Art. 12, III: “Extingue-se o compromisso arbitral: (...) III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral”.

<sup>489</sup> V. art. 10.1.1 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (prorrogação em até trinta dias); art. 14.1 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 49 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (prorrogação em até trinta dias); art. 15.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (primeira prorrogação em até sessenta dias); art. 7.1 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (prorrogação em até trinta dias); art. 13.3 do Regulamento da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS) (prorrogação em até sessenta dias) e art. 11.1 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac) (prorrogação em até trinta dias). É eloquente, ainda, o art. 30.2 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), uma das mais importantes

arrastaram por anos, em morosidade comparável à verificada nos processos judiciais.<sup>490</sup> Não se pode ignorar, porém, que a causa para tanto em grande parte dos casos – sem embargo da crescente tendência à judicialização da arbitragem,<sup>491</sup> caracterizada pela inadequada reprodução de instrumentos típicos do processo judicial, engessando procedimentos arbitrais ou impedindo que estes se desenvolvam com a flexibilidade que lhes é característica – reside na complexidade das questões postas à submissão dos árbitros e das tentativas para uma solução negociada, não se repetindo aqui o problema do número massivo de processos em curso perante o Judiciário.

A segunda vantagem referida na arbitragem decorre da *especialização*. As partes buscam, em regra, escolher árbitros com formação compatível com a matéria posta em discussão, que pode nem mesmo ser de natureza jurídica, mas técnica, envolvendo, por exemplo, conhecimentos de engenharia, contabilidade ou informática. Tal não é viável nos processos judiciais, não somente porque os magistrados, em princípio, possuem formação estritamente jurídica, mas também pelo fato de que a escolha aleatória decorrente do princípio do juiz natural culminará com a seleção de julgadores que podem ou não ter formação na mesma área de conhecimento do litígio. Costuma-se dizer, por isso, que os juízes possuem um perfil generalista<sup>492</sup> – por mais que as regras

---

instituições de arbitragem estrangeiras, segundo o qual o prazo para a prolação da sentença arbitral poderá ser prorrogado, atendendo a um pedido justificado do tribunal arbitral ou por iniciativa própria da Corte de Arbitragem da CCI, se julgar necessário fazê-lo.

<sup>490</sup> Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a jocosa observação de BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem: aspectos práticos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, jul./out. 2003, p. 218, segundo a qual o árbitro não deve “se deixar levar pela tentativa de chicana ou de transformar o procedimento numa *Disneyworld* de processualistas”.

<sup>491</sup> Sobre a tendência à judicialização e à processualização da arbitragem, v. PINTO, José Emílio Nunes. A arbitralização da arbitragem, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29780-29796-1-PB.pdf>, acessado em 14.8.2014, de onde se extrai: “... cristalizou-se, ainda em matérias onde a arbitragem seria cabível, a prática do contencioso judicial, caracterizado este por suas normas estritas, prazos determinados e de estrita observância pelo juiz e pelas partes, fases bem delineadas e encerradas pelo efeito da preclusão, sem mencionar a necessidade de participação obrigatória de advogado para postulação de direitos. Essa prática reiterada do contencioso judicial moldou o perfil de algumas gerações de advogados e vem dando origem ao processo denominado de ‘processualização da arbitragem’”.

<sup>492</sup> Nesse sentido, v. CARMONA, Carlos Alberto. Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 34, jul./set. 2012, p. 100-101: “O que o empresariado brasileiro compreendeu é que a arbitragem é a fórmula mais adequada para resolver seus conflitos a tempo, modo e hora, coisa que nem sempre os juízes podem fazer. Um juiz togado é obrigado, em comarcas gigantescas como São Paulo, a administrar de 5.000 a 9.000 processos num único ano; o árbitro administra apenas um; o juiz togado é obrigado a julgar uma miríade de questões diferentes, envolvendo todos os ramos do direito, sem poder escolher as causas de que quer participar; o árbitro só se envolve em causas de sua especialidade, e só aceita o encargo se estiver confortável quanto à matéria a respeito da qual deve decidir. É natural, portanto, que a sentença do árbitro (especialista que lida com uma única

de organização judiciária, sobretudo na Justiça Estadual, busquem certa especialização dos órgãos jurisdicionais –, ao contrário do que ocorre com os árbitros.

A especialização dos árbitros traz consigo, no mínimo, duas grandes vantagens, que são (i) a possibilidade de um maior controle do julgador sobre a prova pericial, sua confiabilidade e a consistência de suas conclusões<sup>493</sup> – naturalmente, caso os árbitros possuam formação compatível com a questão técnica examinada – e (ii) a viabilidade de que sejam proferidas decisões mais robustas, que examinem exaustivamente a questão em debate, qualificando as conclusões alcançadas ao final do procedimento arbitral. Em algumas áreas do Direito, a necessidade de especialização é a cada dia mais patente, como se tem observado, por exemplo, no Direito Ambiental, em que a multiplicidade de soluções possíveis para a recomposição do meio ambiente recomenda estudos técnicos consistentes, cujas premissas e conclusões possam ser apreciadas pelo julgador.

É comum associar-se ao procedimento arbitral uma terceira vantagem, que seria a *confidencialidade*, em contraposição à publicidade dos processos judiciais, evitando a divulgação de segredos comerciais e industriais das partes, bem como eventual abalo de sua imagem no mercado em decorrência do litígio. Como já se examinou (v. item 2.5, *supra*), todavia, a tutela coletiva não se compatibiliza com a absoluta confidencialidade, tradicionalmente verificada nos procedimentos arbitrais individuais. É necessário que se

---

causa) possa ser melhor que a sentença do juiz estatal (generalista por dever de ofício, obrigado a administrar, com poucos meios, milhares de causas)”.

<sup>493</sup> Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, são conhecidos os casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) (estabelecendo cinco fatores não exaustivos para a aferição da confiabilidade da prova pericial, proibindo o ingresso, no processo, da chamada *junk science*: controlabilidade da teoria ou da técnica utilizada (*testability*); submissão à revisão científica e publicação (*peer review*); percentual de erro conhecido ou potencial; existência e respeito aos padrões da teoria ou técnica e aceitação geral da comunidade científica relevante); *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) (ênfatizando que o rol de requisitos de admissibilidade da prova científica não é exaustivo e que se insere na discricionariedade do juiz estabelecer outros requisitos e, inclusive, refutar a conclusão e a própria prova científica, quando lhe faltarem confiabilidade e suficiência) e *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999) (aplicando os requisitos estabelecidos em *Daubert* não somente à prova estritamente científica, com base em teorias fundadas na experimentação, mas também à prova técnica, fundada em inspeção ou observação, como no caso, em que se discutia a causa da explosão de um pneu, que causou grave acidente automobilístico). Para uma ampla exposição, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 16-38; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 187 e ss. e CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: Exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-129. No direito brasileiro, conquanto a legislação vigente não estabeleça nenhum critério para o controle da prova pericial pelo juiz, contribuindo para que o laudo se torne, por vezes, uma caixa preta impenetrável para os profissionais do Direito, o projeto do novo Código de Processo Civil, em sua última versão, aprovada na Câmara dos Deputados, dispõe que o laudo pericial deverá conter “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” (art. 480, III) e que, na apreciação da prova pericial, o juiz deverá levar em consideração o método utilizado (art. 487).

assegure uma margem mínima de publicidade, não apenas para a sociedade como um todo exercer o controle sobre a atuação do representante da coletividade e dos árbitros, mas principalmente para o Ministério Público e os integrantes do grupo.

Outra vantagem frequentemente atribuída ao procedimento arbitral se encontra na sua *flexibilidade*. Conforme disposto no art. 21, *caput* da Lei nº 9.307/1996, a arbitragem deverá observar o procedimento ajustado entre as partes, que podem preferir simplesmente se reportar, como é bastante comum, a um regulamento de instituição arbitral.<sup>494</sup> Sejam quais forem as regras procedimentais pactuadas, deverão sempre ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º).<sup>495</sup> Trata-se, como bem apontado, de verdadeira *flexibilidade*, regra geral do procedimento arbitral, e não apenas de mera *flexibilização*,<sup>496</sup> que pode se verificar de forma excepcional e casuística no processo judicial até mesmo em um sistema rígido como o brasileiro.<sup>497</sup>

---

<sup>494</sup> Art. 21, *caput* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “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”.

<sup>495</sup> Art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

<sup>496</sup> V. MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 17: “Por isso é que uso, nesta tese, a expressão flexibilidade do procedimento. Os dicionários citados não deixam dúvida: flexibilidade é tanto a qualidade de algo que pode ser moldado (a criação do procedimento), quanto a qualidade de ser modificado, já que não se trata de coisa rígida (a adaptação do procedimento)”.

<sup>497</sup> O procedimento na legislação processual brasileira, especialmente no processo de conhecimento, é considerado rígido porque disciplinado de forma detalhada pelo legislador, bem compartimentado em fases mais ou menos delimitadas (postulatória, instrutória e decisória). Tratando-se, porém, de obrigação de fazer ou não fazer, bem como na de dar coisa, essa rigidez foi significativamente relativizada pelos arts. 461 e 461-A do CPC, que concedem ao juiz poderes para determinar as medidas que reputar adequadas para a efetividade do processo. Para um panorama das hipóteses de flexibilização procedimental no Brasil, é fundamental a leitura de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, especialmente p. 139 e ss. (classificando as hipóteses de flexibilização procedimental em (i) legal, que se subdivide em (i.1) legal genérica (em que o legislador deixou para o juiz, em colaboração com as partes, eleger a melhor combinação de atos processuais, como no art. 153 do ECA; art. 1.109 do CPC; art. 21 e § 1º da Lei de Arbitragem; art. 6º da Lei dos Juizados Especiais; arts. 461, § 5º e 461-A, § 3º do CPC e art. 84, § 5º do CDC; (i.2) legal alternativa (que permite a escolha do procedimento, entre as opções previamente definidas pelo legislador, como no art. 277, §§ 4º e 5º do CPC; art. 285-A do CPC; art. 330 do CPC; art. 331, § 3º do CPC; art. 518, § 1º do CPC; arts. 527, I e 557, § 1º e § 1º-A do CPC; arts. 527, II e 544, § 3º do CPC e art. 6º, VI do CDC); (ii) judicial (hipóteses em que o juiz deve adaptar um procedimento inadequado às peculiaridades do direito material ou às condições particulares das partes, como nos casos de proteção de direitos difusos e coletivos, de inversão da ordem de produção de provas, da fungibilidade procedimental; da utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto; das variantes no âmbito do procedimento recursal e da flexibilização judicial dos prazos e das rígidas regras sobre preclusão); e (iii) voluntária (casos em que se admite que as próprias partes elejam o procedimento ou

A flexibilidade não tem recebido tanto destaque nas arbitragens individuais, quando comparada com outras vantagens, como a celeridade e a confidencialidade,<sup>498</sup> mas sua importância se acentua para os fins da tutela coletiva, cuja complexidade e frequente multipolaridade de interesses exige certa adaptação do procedimento. Isso sem falar, ainda, da insuficiência legislativa sobre o tema, que impõe ao magistrado a tarefa de adaptar as regras do processo individual para a tutela coletiva.<sup>499</sup> Não por acaso, a flexibilização procedimental, na modalidade legal genérica, foi objeto dos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.139/2009 e 4.484/2012, em seus arts. 10, § 1º.<sup>500</sup> No Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, a flexibilização é também prevista de forma mitigada, limitada à dilação dos prazos e à alteração da ordem de produção dos meios de prova (proposta para o art. 90-A, § 1º do CDC).<sup>501</sup>

---

prorroguem os prazos). Esta última modalidade tem sido objeto de intensa discussão no Brasil, sobretudo à luz do projeto do novo CPC, que estabelece (art. 191), em sua última versão, aprovada pela Câmara dos Deputados, a possibilidade de ajuste negocial do procedimento entre partes capazes e a fixação de um calendário processual, vinculante para o juiz e as partes. V. tb. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VI, jul./dez. 2010, p. 157-158 (identificando na versão original do projeto do novo CPC, elaborada pela Comissão de Juristas, uma quarta categoria, que combinaria a flexibilização por imposição legal e a decorrente de ato judicial).

<sup>498</sup> Segundo pesquisa elaborada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Ipsos, a flexibilidade aparece apenas em sexto lugar (4%) entre as vantagens mencionadas por advogados externos e internos das empresas, árbitros e representantes das instituições arbitrais, atrás da celeridade (37%), do caráter técnico e da qualidade das decisões (27%), da possibilidade de se indicar ou participar da escolha de um árbitro (10%), da sua independência e imparcialidade (6%) e da possibilidade de escolher a lei aplicável e o local da arbitragem (5%). Entretanto, quando solicitado aos entrevistados que indicassem as três vantagens mais importantes, a flexibilidade passou ao terceiro lugar (34%), atrás apenas da celeridade (73%) e do caráter técnico e da qualidade das decisões (62%). V. CBAR-IPSOS. *Arbitragem no Brasil*, p. 11 e 12, disponível em [http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAR-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAR-Ipsos-final.pdf), acessado em 14.8.2014.

<sup>499</sup> V. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental...*, cit., p. 185.

<sup>500</sup> Art. 10, § 1º dos Projetos de Lei 5.139/2009 e 4.484/2012: “Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa”.

<sup>501</sup> Art. 90-A, § 1º do CDC, na redação proposta pelo Projeto de Lei do Senado nº 282/2012: “O juiz poderá: I – dilatar os prazos processuais; II – alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa”. No processo legislativo do projeto do novo Código de Processo Civil, ocorreu fenômeno semelhante: a flexibilização procedimental prevista na versão elaborada pela Comissão de Juristas, em moldes similares aos aludidos projetos sobre ações coletivas da Câmara dos Deputados, ficou reduzida, por ocasião de sua apreciação no Senado Federal, à dilação de prazos e alteração da ordem de produção dos meios de prova. Os motivos para tal mitigação encontram-se em SENADO FEDERAL, *Parecer nº 1.624/2010*, rel. Sen. Valter Pereira, disponibilizado em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br) (acessado em 27 de setembro de 2011), p. 144: “os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a ‘flexibilização procedimental’ (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”.

Outras vantagens para a arbitragem são mencionadas em doutrina, como a *irrecorribilidade* (salvo se as partes estipularem algum procedimento de revisão interno à arbitragem, o que é bastante raro, as decisões e sentenças arbitrais não poderão ser objeto de recursos, estando sujeitas apenas aos meios impugnativos previstos na Lei nº 9.307/1996, que mais se assemelham – em especial a ação anulatória prevista em seu art. 33<sup>502</sup> – a uma ação rescisória); a *neutralidade* (importante em procedimentos arbitrais envolvendo partes de países distintos, em que se dá preferência à nomeação de árbitro único ou de presidente do tribunal arbitral de diferente nacionalidade de ambos os litigantes, a fim de que o ambiente cultural, social e político em que se insere não desequilibre, ainda que inconscientemente, seu julgamento)<sup>503</sup> e a *consensualidade* (como a arbitragem depende, para ser instaurada, da manifestação de vontade dos litigantes, que também participarão da escolha dos árbitros, é natural que nela exista um ambiente em certa medida amistoso, que contribui para a conservação dos vínculos<sup>504</sup> após o encerramento do litígio, em contraste com o ambiente beligerante da jurisdição estatal<sup>505</sup>, que normalmente incentiva a sua ruptura).

Os benefícios advindos da irrecorribilidade, contudo, se confundem com os da celeridade, já examinada. A neutralidade manifesta sua importância apenas nos casos de arbitragem internacional, fora dos limites do presente estudo. Por fim, a manutenção dos vínculos entre as partes, conquanto seja uma consequência desejável em algumas situações específicas, não guarda interesse especial para o estudo da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>502</sup> Art. 33, *caput* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

<sup>503</sup> V., em termos gerais, JÚDICE, José-Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes, deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 22, jul./set. 2009, p. 136 e LOBO, Carlos Augusto da Silveira, Uma introdução à arbitragem comercial internacional in ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem Interna e Internacional...*, cit., p. 4.

<sup>504</sup> Cf. SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, abr./jun. 2005, p. 71-73; BASSO, Maristela. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? in LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 2.

<sup>505</sup> Tal afirmação, porém, deve ser relativizada, não apenas pelo incentivo observado nas últimas décadas a práticas de natureza autocompositiva na jurisdição estatal, mas também pela postura “contenciosa” e beligerante ocasionalmente verificada na própria arbitragem, como apontado, entre outros, por BASSO, Maristela. Procedimento arbitral atual..., cit., p. 6 (“Não obstante o amplo conhecimento que se tem hoje sobre os atributos da arbitragem, ainda se vê, durante o procedimento arbitral, a postura “contenciosa” das partes. (...) Tal constatação causa perplexidade na medida em que por anos discorremos sobre as razões da conveniência e oportunidade dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, lutamos contra a cultura da sentença, o abuso da formalidade e o desvirtuamento dos fins do processo tradicional”) e BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration...*, cit., p. 40-41.

A análise da utilidade da arbitragem de direitos coletivos, portanto, prosseguirá com as seguintes vantagens: celeridade, especialidade e flexibilidade.

### 3.1.2 Celeridade x despesas processuais

A primeira vantagem do procedimento arbitral transponível para a esfera coletiva diz respeito à celeridade. Como já explicitado, a inexistência de recursos contra as decisões e sentenças arbitrais, bem como a previsão de prazo de conclusão para o procedimento arbitral – ainda que possa ser eventualmente prorrogado – são plenamente compatíveis com a tutela coletiva e, mais do que isso, desejáveis para que a proteção dos interesses do grupo alcance maior efetividade.

Processos coletivos tendem a ser mais complexos que os individuais e, por isso mesmo, apresentam tramitação mais morosa no Poder Judiciário.<sup>506</sup> Desnecessário, a essa altura, demonstrar que a demora na definição da controvérsia contribui para uma menor efetividade da tutela coletiva, do ponto de vista das partes do processo e, sobretudo, dos integrantes do grupo. Se o processo não se resolve em tempo razoável, perde-se a capacidade de proteção adequada aos direitos coletivos – basta pensar, por exemplo, no caso de dano iminente, consumado enquanto a controvérsia não é dirimida – e estimula-se, já no campo dos direitos individuais homogêneos, que os membros do grupo busquem uma solução atomizada, em processos individuais.

A arbitragem poderia trazer inegável avanço contra a morosidade processual no âmbito da tutela coletiva. Nesse sentido, os relatórios mais recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam taxas de congestionamento elevadas no Poder Judiciário, que assim persistem há vários anos, como resultado do expressivo número de

---

<sup>506</sup> As estatísticas sobre o tempo de tramitação das ações civis públicas – principal instrumento de tutela coletiva no Brasil – ainda são precárias. Segundo pesquisa do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) divulgada em 2007, o tempo médio de tramitação de uma ação civil pública em 1º grau corresponderia a 31 meses no TJMT e apenas 13 meses no TJRS. V. CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais – Ações coletivas*. Brasília: Ideal, 2007, p. 45-46, disponível em [http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes\\_coletivas.pdf](http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf) (acessado em 16.8.2014). No âmbito da Justiça Federal de São Paulo, outra pesquisa realizada na mesma época apontou tempo médio de tramitação em 1º grau de cerca de quatro anos, mais nove meses até a remessa ao TRF da 3ª Região e mais 3,9 anos até ser proferido o acórdão da apelação (embora, nesse caso, o universo considerado tenha sido pequeno, correspondente a somente 18 casos): LINS, Ana Cristina Bandeira. *Ações coletivas: análise crítica*, p. 7-9, disponível em [www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes\\_coletivas.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes_coletivas.pdf) (acessado em 16.8.2014).

processos instaurados ano após ano.<sup>507</sup> Ainda que as maiores taxas de congestionamento encontrem-se na execução<sup>508</sup> – que não pode ser processada por árbitros, que não possuem poder de coerção –, as etapas mortas continuam a ser a principal causa de morosidade, mesmo na fase de conhecimento.<sup>509</sup> Imersos na enorme quantidade de ações individuais ajuizadas ano após ano, não há perspectiva de que se consiga proporcionar celeridade aos processos coletivos.

A criação de juízos especializados para lidar com ações coletivas, prevista em algumas propostas de reforma legislativa<sup>510</sup> e realidade em determinadas organizações judiciárias,<sup>511</sup> não seria suficiente para contornar o problema da morosidade na tutela coletiva. Primeiro, porque esses juízos especializados, em regra, estarão disponíveis apenas nas capitais ou em outras cidades de grande porte. Além disso, embora retiradas as ações coletivas da vala comum – e massiva – dos processos individuais, não seriam atacadas as demais causas para que não se consiga atender à promessa constitucional de duração razoável do processo.

As principais causas para a morosidade do Poder Judiciário são de ordem (i) *estrutural* (falta de verbas, de recursos humanos e de autonomia financeira; gestão ineficiente dos escassos recursos pelos tribunais); (ii) *técnica* (ampla recorribilidade de praticamente todas as decisões; desprestígio das decisões de primeiro grau; formalismo exagerado decorrente de algumas normas processuais e de determinados entendimentos

---

<sup>507</sup> De acordo com o relatório Justiça em Números divulgado pelo CNJ em outubro de 2013, a taxa de congestionamento em 2012 foi de aproximadamente 70%. Taxa de congestionamento é um índice que mede a efetividade do tribunal em um período, considerando o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do ano anterior ao período base. V. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números* – 2013, p. 299, disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/variados/Capitulo9.zip>, acessado em 16.8.2014.

<sup>508</sup> V. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números...*, cit., p. 301 (apontando taxas de congestionamento de 70% para a execução judicial não criminal e 63% para a fase de conhecimento não criminal. As maiores taxas de congestionamento na esfera cível, todavia, estão na execução extrajudicial não fiscal (78%) e fiscal (impressionantes 89%)).

<sup>509</sup> V. THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*. Insuficiência da reforma das leis processuais, 2004, p. 15 (item 7), disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>, acessado em 16.8.2014. A expressão “etapas mortas”, que faz referência ao tempo em que o processo fica paralisado, aguardando processamento cartorário, é encontrada em ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. Cidade do México: UNAM, 1992, tomo I, p. 21. Segundo pesquisa divulgada pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. Brasília: Ideal, 2007, p. 23, apurou-se que nada menos que 80% a 95% do tempo total dos processos é gasto em rotinas internas do cartório.

<sup>510</sup> Art. 64 dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012: “A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância”.

<sup>511</sup> São os casos, por exemplo, das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, em Campo Grande (MS) e da Vara de Interesses Difusos e Coletivos, em São Luís (MA).

jurisprudenciais;<sup>512</sup> disciplina ineficiente para os processos coletivos, incapazes de impedir milhares ou mesmo milhões de ações individuais repetitivas<sup>513</sup>); e (iii) *sócio-política* (explosão do número de processos após a Constituição de 1988, em virtude não somente da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também da progressiva universalização do acesso à justiça;<sup>514</sup> existência de um Estado demandista, que resiste em atender as pretensões dos jurisdicionados, ainda que sobre temas já pacificados nos tribunais).<sup>515</sup> Com exceção das causas de natureza sócio-políticas para a morosidade, que poderiam restar inibidas pela especialização do juízo, as demais continuariam a incidir normalmente.

A única solução parece ser retirar esses processos coletivos, nos casos em que isso for possível e adequado, da pesada máquina do Poder Judiciário. Mas todas essas constatações ainda não respondem a uma pergunta que ficou pendente ao final do capítulo anterior (item 2.6, *supra*): seria justificável a utilização de recursos públicos para financiar procedimentos arbitrais coletivos, quando o Estado disponibiliza o Poder Judiciário para processar e julgar as ações coletivas?

---

<sup>512</sup> Exemplo eloquente está na compreensão do STJ sobre o prequestionamento para fins de admissão do recurso especial, exigindo que a matéria tenha sido efetivamente apreciada pelas instâncias ordinárias, não bastando que se suscite a questão na apelação e nem mesmo em embargos de declaração. Em caso de omissão não sanada sequer por embargos declaratórios na origem, a parte interessada deverá interpor recurso especial por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil para pedir a anulação da decisão do tribunal *a quo*, na expectativa de que novo acórdão seja proferido, sem a omissão apontada, possibilitando a interposição de novo recurso especial (!) sobre a matéria de fundo. Não é difícil imaginar a demora para que a questão de fundo finalmente seja examinada pelo STJ. Para superar tal formalismo, o projeto do novo Código de Processo Civil, na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, estabelece no art. 1.038 que “[c]onsideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

<sup>513</sup> V. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 570-571.

<sup>514</sup> Os dados divulgados pelo CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números...*, cit., p. 298-299 revelam que o número de novas causas tem crescido a cada ano: “O total de processos em tramitação no Poder Judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 92,2 milhões de processos em 2012, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) são casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores. Por outro lado, houve crescimento do total de processos baixados, atingindo-se 27,8 milhões de processos no último ano. Em mais um ano, o número de processos baixados foi inferior ao de casos novos. Isso aponta para uma tendência de que o estoque aumente para o ano de 2013. Em termos relativos, os casos novos são os que mais cresceram, com aumento de 8,4% no ano, enquanto os baixados tiveram incremento de 7,5% e as sentenças em 4,7%. O maior gargalo do judiciário apresenta-se na liquidação do estoque, visto que, inobstante os tribunais terem sentenciado e baixado quantidade de processos em patamares semelhantes ao ingresso de casos novos, o quantitativo de processos pendentes tem se ampliado em função dos aumentos graduais da demanda pelo Poder Judiciário”.

<sup>515</sup> Para uma ampla discussão desses fatores, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VII, jan./jun. 2011, p. 237-263, disponível em [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf), acessado em 17.8.2014.

No âmbito individual, a utilização da arbitragem tem sido explicada em termos de análise custo-benefício.<sup>516</sup> Ainda que, à primeira vista, os procedimentos arbitrais sejam mais custosos quando confrontados com os processos judiciais, especialmente em razão da remuneração dos árbitros, a resolução da controvérsia com maior celeridade reduz os custos de transação<sup>517</sup> decorrentes do estado de incerteza e pode apresentar, ao final da equação, um resultado econômico vantajoso.<sup>518</sup> Nestes termos, a pendência de uma demanda e o estado de litigiosidade sobre determinado bem,<sup>519</sup> impedindo sua plena fruição pelo titular e eventualmente impondo, no caso de empresas, que seja providenciado contingenciamento contábil atrelado ao litígio, a depender do prognóstico de êxito, que deverá permanecer em seus balanços por longo período – anos; às vezes,

---

<sup>516</sup> V., sustentando que a cláusula compromissória compõe a equação de equilíbrio econômico da relação contratual, PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4, jan./mar. 2005, p. 40 e LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14940,51045-Arbitragem+visao+pragmatica+do+presente+e+futuro>, acessado em 17.8.2014: “Neste sentido deve-se efetuar análise da relação custo-benefício do contrato a ser firmado quanto à inclusão da cláusula compromissória. Deve efetuar análise dos custos da arbitragem, sopesar a celeridade processual, a complexidade da matéria abordada e a possibilidade de sigilo, em comparação com a demanda judicial, considerando a morosidade do judiciário”.

<sup>517</sup> Custos de transação são os decorrentes da realização de intercâmbios econômicos. Qualquer interação econômica requer o uso (em maior ou menor grau) de recursos pelas partes. Para a celebração de um contrato, por exemplo, é preciso considerar, além dos custos de produção propriamente ditos, os custos de monitoramento de seu cumprimento pela outra parte (por exemplo, confirmação do pagamento das parcelas ou aferição da qualidade do produto entregue) e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato em caso de inadimplemento. Se esses custos forem demasiadamente elevados, o contratante não terá estímulos para concretizar o negócio. Referido conceito foi introduzido no artigo de COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, Nov. 1937, especialmente p. 392: “We may sum up this section of the argument by saying that the operation of a market costs something and by forming an organization and allowing some authority (an ‘entrepreneur’) to direct the resources, certain marketing costs are saved. The entrepreneur has to carry out his function at less cost, taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this”.

<sup>518</sup> Sobre as relações entre arbitragem e redução de custos de transação, entre outros, PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e criação de valor in JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil...*, cit., p. 77-80 (apontando o incentivo ao cumprimento das obrigações contratuais como mais um benefício econômico, além da redução dos custos de transação, para a convenção de arbitragem); SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem in TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 382-385 (idem) e JOBIM, Eduardo, A arbitragem, os contratos e a interpretação econômica do direito e das organizações in JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil...*, cit., p. 133-140. Na doutrina estrangeira, entre outros, v. SHAVELL, Steven. Alternative dispute resolution: an economic analysis. *Journal of Legal Studies*, v. 24, 1995, p. 1-28 e BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, 1992, p. 148 e ss.

<sup>519</sup> Nos termos do art. 219 do CPC, a simples citação no processo judicial torna litigiosa a coisa para o réu, momento a partir do qual sua alienação não altera a legitimidade das partes (art. 42, *caput* do CPC). Além disso, sua alienação poderá, eventualmente, configurar fraude à execução, nos termos do art. 593 do CPC, restrição que pode implicar, do ponto de vista econômico, um custo de oportunidade.

décadas –, cria um expressivo custo de oportunidade, ou seja, um benefício que deixa de ser usufruído por uma possibilidade renunciada ou impedida.

Trazida a análise para a perspectiva da tutela coletiva, as preocupações de ordem econômica também ultrapassam a esfera individual das partes formais do processo. Os integrantes da coletividade têm todo o interesse de que seus direitos sejam tutelados de forma célere e eficiente, sob pena de incorrerem em custos de transação e oportunidade mais elevados. Aplica-se aqui, com a amplificação decorrente de sua coletivização, a mesma análise empreendida para a arbitragem individual.

Entretanto, uma dimensão adicional da análise econômica, relevante sobretudo para o Estado, surge no âmbito da arbitragem de direitos coletivos. Como já se viu, as ações coletivas no Brasil têm apresentado tramitação morosa e, em tema de direitos individuais homogêneos, não têm sido capazes de evitar uma verdadeira enxurrada de ações individuais repetitivas. Manter a máquina judiciária operando tantos processos custa muito. Segundo o último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, o total gasto com o Poder Judiciário correspondeu a cerca de R\$ 57,2 bilhões em um ano, ou seja, cerca de 1,3% do Produto Interno Bruto nacional. Em termos de arrecadação, foram R\$ 23,4 bilhões, ou seja, apenas 46,5% do total das despesas, o que mostra que o funcionamento da máquina judiciária é subsidiado pelo Estado.<sup>520</sup>

Parte significativa dessas despesas, embora o relatório do Conselho Nacional de Justiça não contemple tal detalhamento, pode ser imputada às causas repetitivas, que se acumulam devido à insuficiência da disciplina legislativa em matéria de direitos individuais homogêneos (especialmente no que se refere ao regime da coisa julgada nos processos coletivos e na sua relação com as demandas individuais)<sup>521</sup> e à morosidade na resolução de muitas ações coletivas, que podem demandar uma década inteira para uma resposta definitiva apenas na fase de conhecimento, principalmente nos casos que chegam até os tribunais superiores.

A arbitragem de direitos coletivos, ao contemplar prazo programado para que se encerre a fase de conhecimento, evitando-se ainda a interposição sucessiva de recursos,

---

<sup>520</sup> V. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números...*, cit., p. 298.

<sup>521</sup> Sobre o ponto, v. amplamente ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 570-574; 579-585 e 590-599 (sustentando a adoção, quanto às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, de *lege ferenda*, do regime da desvinculação dos integrantes do grupo por exclusão (*opt-out*), com alguma flexibilização, e da coisa julgada *pro et contra*, inclusive para impedir o ajuizamento de novas ações individuais sobre a mesma matéria, desde que sejam adotadas formas de notificação mais eficientes que a burocrática publicação de um edital, prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor).

poderia dar uma resposta rápida e eficiente à controvérsia global, estimulando que os membros da coletividade, sabendo que há previsão para uma decisão na esfera coletiva, seja ela qual for, a aguardem. Adequadamente construída, a arbitragem coletiva poderia retirar da máquina judiciária dois pesados encargos: (i) o processamento e julgamento da própria ação coletiva, que por sua intrínseca complexidade procedimental poderia demandar muitos recursos humanos e estruturais do Poder Judiciário; e (ii) sobretudo em matéria de direitos individuais homogêneos, evitar que inúmeras causas repetitivas chegassem a ser ajuizadas, simplesmente porque haveria uma previsão para a definição do caso pelos árbitros, em contraste com a sua resolução pelo Judiciário, cujo tempo de tramitação é, por essência, imprevisível.

Do ponto de vista da análise custo x benefício, portanto, a arbitragem de direitos coletivos, ainda que dependesse do financiamento de recursos públicos – que poderiam ser ressarcidos pela parte contrária ao grupo, em caso de êxito –, pode vir a ser também benéfica para o Estado, que ficaria desonerado de processar e julgar ações coletivas mais complexas ou, mesmo, um número significativo de causas repetitivas, estimuladas, entre outros fatores, pela morosidade do Poder Judiciário. Além disso, em alguns casos, mesmo que não se vislumbrasse tal benefício econômico em perspectiva, ainda assim seria aconselhável tal financiamento, devido à exigência de notória especialização para uma adequada solução (v. item 3.1.3, *infra*).

Evidentemente, não é toda e qualquer arbitragem em tema de direitos coletivos que produziria tal resultado econômico para o Estado. Além disso, sem prejuízo da evidente dificuldade em se aferir o benefício econômico em perspectiva, haveria o risco de abusos, deflagrando-se procedimentos arbitrais sem a menor perspectiva de êxito, com o dispêndio injustificável de recursos públicos. Seria necessário, assim, estabelecer uma forma de controle prévio não para a própria arbitragem coletiva, mas para que se concedesse o financiamento público do procedimento (item 3.2.3, *infra*), com critérios mais objetivos, construídos com base nas premissas aqui estabelecidas.

### 3.1.3 Especialidade e flexibilidade na arbitragem coletiva

Destacou-se (item 3.1.1, *supra*) que, por serem os árbitros nomeados para um litígio específico, há possibilidade de que sejam escolhidos tendo em vista sua formação profissional. Ao julgarem uma controvérsia sobre assunto em que são especialistas, é menor a possibilidade de erros na sua apreciação.

A tutela de direitos coletivos envolve, muitas vezes, matérias complexas, com intrincados conhecimentos técnicos. Pense-se nos casos de Direito Ambiental ou de discussão sobre determinadas tarifas bancárias à luz da regulamentação específica do Banco Central do Brasil ou, ainda, sobre serviços de energia elétrica e os contratos firmados e normas editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Não há como, mesmo instituindo-se juízos especializados para a tutela coletiva, abordar de forma específica todos esses temas. Dentro do universo dos direitos coletivos, há uma infinidade de matérias que, ainda sob a perspectiva dos processos individuais, não raro ensejam a criação de juízos especializados (empresarial, ambiental, consumidor, criança e adolescente, propriedade industrial, entre outros).<sup>522</sup>

Um julgamento tecnicamente equivocado se mostra, por si só, uma circunstância indesejável para fins de prestação jurisdicional. Quando isso ocorre no âmbito da tutela coletiva, as consequências são ainda mais graves, uma vez que atingem potencialmente todo um grupo e seus julgamentos frequentemente apresentam caráter paradigmático, consolidando o entendimento da jurisprudência sobre determinada matéria, para além da controvérsia específica em determinado processo. Em uma época em que, cada vez mais, os precedentes jurisprudenciais têm sido considerados essenciais na compreensão do ordenamento jurídico brasileiro,<sup>523</sup> um erro cometido em determinada ação coletiva

---

<sup>522</sup> V., sobre o ponto, a crítica de GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 242-243.

<sup>523</sup> Eloquente, nesse sentido, a recente produção doutrinária no Brasil concernente ao fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais. V., entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no Direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006 e as coletâneas WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito*

pode se espalhar por todo o Poder Judiciário e, ainda que seja possível em momento posterior alterar o entendimento da jurisprudência, a reversão de seus efeitos pode ser muito custosa (exigindo, por exemplo, ações rescisórias em inúmeras causas repetitivas julgadas à luz do precedente antigo) ou mesmo inviável.

Ainda que nada garanta que os árbitros julguem melhor que os juizes em um caso concreto, o fato de serem especialistas no assunto colocado em discussão reduz o risco de erros, devendo o sistema jurisdicional – incluindo aí os meios alternativos – trabalhar com tais possibilidades. A arbitragem de direitos coletivos, portanto, se mostra conveniente em situações que exijam grande nível de especialização dos julgadores e mesmo fora das aventadas hipóteses de benefício econômico ao Estado.

A arbitragem também estimula, ainda no que concerne à especialização, que o caso seja examinado sob diferentes pontos de vista, muitas vezes conflitantes. Não são raras as condutas de alguns agentes econômicos que, conquanto justificáveis à luz das normas da agência reguladora a que se submetem, por exemplo, são potencialmente conflitantes com a legislação consumerista. Nessa situação, a definição da controvérsia não deve depender de fatores aleatórios, como a composição do tribunal com julgadores mais afeitos a uma ou outra disciplina. O caso exige uma avaliação interdisciplinar para que todos os argumentos relevantes sejam considerados e sopesados.<sup>524</sup>

A formação de um tribunal arbitral colegiado, com integrantes que possuam diferentes formações profissionais, pode ser uma vantagem importante para essa espécie

---

*jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, v. II. O autor do presente estudo também já teve a oportunidade de escrever sobre o fenômeno, com algum ceticismo, devido aos riscos de formação e aplicação inadequada dos precedentes, em ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência: *common law* à brasileira? in FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 449-457. Ainda nessa direção, enfatizando o papel importante desempenhado pelos precedentes jurisprudenciais no contemporâneo processo civil brasileiro, o projeto do novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, dedica um capítulo inteiro ao assunto, chegando ao ponto de dispor que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 520, *caput*).

<sup>524</sup> Não por acaso, ainda que a questão não se relacione com arbitragem de direitos coletivos, já se criticou a disciplina vigente quanto ao incidente para aferição da repercussão geral nos Recursos Extraordinários repetitivos e para julgamento dos Recursos Especiais repetitivos. Isso porque os arts. 543-B, § 1º e 543-C, § 1º do CPC estabelecem que a seleção dos recursos representativos incumbirá ao tribunal de origem, que pode não ter condições de examinar o problema em perspectiva nacional. Ademais, tribunais mais céleres podem encaminhar recursos representativos antes dos demais, reduzindo a amplitude do debate argumentativo a uma só região. Nada garante, portanto, que os recursos selecionados sejam realmente aqueles que possuam a linha argumentativa mais adequada e pluralista para exame pelos tribunais superiores. Sobre o ponto, v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...*, cit., p. 478 e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Inconstitucionalidade do requisito da repercussão geral do recurso extraordinário e da técnica do julgamento por pinçamento. *Revista dos Tribunais*, n. 911, set. 2011, p. 248.

de litígios, possibilitando não apenas que o caso seja examinado por especialistas, mas que a questão seja apreciada sob diferentes perspectivas. No campo das ações coletivas, isso é conveniente não apenas pela eventual complexidade da matéria em si mesma, mas também porque muitas vezes a coletividade não é monolítica, dividindo-se em facções internas cujos interesses podem ser distintos e até mesmo conflitantes. Em alguns casos, o conflito *interna corporis* pode ser tão relevante que torne recomendável a formação de um tribunal arbitral contemplando os diferentes subgrupos envolvidos.<sup>525</sup>

A arbitragem de direitos coletivos pode funcionar, portanto, como instrumento indutor do pluralismo no processo, como fator para a sua legitimação.

A flexibilidade inerente ao procedimento arbitral, como também já observado, é uma vantagem importante para a tutela coletiva. Nessa direção, poderá o árbitro, mesmo sem previsão legal explícita e sem prejuízo da publicação do edital prevista no art. 94 do CDC,<sup>526</sup> determinar que, em matéria de defesa de direitos individuais homogêneos (e mesmo nas demais categorias de direitos coletivos, quando apropriado) sejam adotadas outras formas mais eficientes de comunicação do grupo, conforme o caso concreto. É possível, assim, que no curso da arbitragem coletiva seja determinada a notificação dos integrantes do grupo pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça, por inserção em qualquer meio de comunicação (como contracheque, conta, fatura ou extrato bancário), mediante a criação de uma página na *internet* ou, ainda, utilizando-se qualquer meio de comunicação em massa,<sup>527</sup> com vistas a superar a insuficiência da

---

<sup>525</sup> Na experiência do direito norte-americano, uma hipótese de conflito de interesses especialmente problemática tem sido as ações coletivas envolvendo membros futuros (*future members*), ou seja, pessoas que ainda não tomaram nenhuma providência para reclamar sua pretensão ou que nem mesmo possuem (ainda) interesse na tutela coletiva. Isto é comum, por exemplo, em *class actions* propostas em benefício de vítimas de exposição a produtos tóxicos, que possuam longos períodos de latência, como o amianto. Uma classe ampla, abrangendo membros presentes e futuros, pode apresentar sérios conflitos de interesses internos. Os membros presentes, que já sofreram danos, provavelmente irão preferir receber a maior indenização possível, mesmo que isso venha a causar a falência do réu. Os interesses dos membros futuros, por outro lado, serão melhor tutelados se a solvência econômica do réu for preservada, a fim de que sejam instituídos programas de monitoramento médico das vítimas e para que os que vierem a desenvolver doenças também recebam indenizações. Sobre o ponto, v. o paradigmático julgado da Suprema Corte, que se referiu a essa questão, em *Amchem v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

<sup>526</sup> Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

<sup>527</sup> Em termos análogos ao que se propõe para a arbitragem coletiva, os Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 da Câmara dos Deputados estabelecem, em seu art. 13, parágrafo único: “A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser

mera publicação de edital no Diário Oficial prevista para as ações coletivas judiciais, que acoberta a total ausência de efetividade da comunicação à coletividade.<sup>528</sup>

Valendo-se, ainda, da flexibilidade do procedimento arbitral, poderá o árbitro, entre outras providências, determinar a realização de audiência pública,<sup>529</sup> com vistas a se instruir dos diversos pontos de vista envolvendo a questão posta em debate, dilatar os prazos originalmente estabelecidos para a manifestação das partes e inverter a ordem de produção de meios de prova.<sup>530</sup> É possível, igualmente, que sejam utilizadas técnicas probatórias desconhecidas no processo civil estatal brasileiro, tais como o depoimento das testemunhas técnicas (*expert witness*), que trazem elementos técnicos especializados ao conhecimento dos árbitros, em substituição à perícia convencional, ou até mesmo, em casos excepcionais, a *discovery* – segundo a qual estão as partes obrigadas a permitir a verificação, pelo adversário, de todos ou alguns documentos relevantes.<sup>531</sup>

---

caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo”.

<sup>528</sup> Para uma crítica ao modelo de notificação previsto no art. 94 do CDC, v. as agudas observações de VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos in MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 328-329 (“Será que teremos de nos contentar com a ausência de efetividade, que se esconde debaixo da presunção de conhecimento a todos somente pela publicação num órgão da imprensa oficial? Sem hipocrisia, por favor: quem lê o Diário Oficial (com exceção dos obrigados por dever de ofício)?”).

<sup>529</sup> O tema também é objeto de diversas propostas legislativas em sentido análogo, como se vê do art. 22 dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 da Câmara dos Deputados (“Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial”) e da proposta prevista no Projeto de Lei do Senado nº 282/2012 para a inclusão de um art. 90-J ao CDC, nos seguintes termos: “O juiz ou tribunal, em qualquer instância, poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial, em qualquer tempo e grau de jurisdição”. O PLS nº 282/2012 vai ainda mais longe, ao prever expressamente a figura do *amicus curiae*, que seria inserida no parágrafo único do mesmo dispositivo: “O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de *amicus curiae*”.

<sup>530</sup> Como visto (item 3.1.1, *supra*), essas duas últimas providências, na seara judicial, estão explicitamente previstas no Projeto de Lei do Senado nº 282/2012 e também no projeto do novo CPC. Confirma-se, ainda, no âmbito da arbitragem, FARIA, Marcela Kohlbach de. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 32, jan./mar. 2012, p. 213: “a inversão do momento de realização das provas tem demonstrado muita utilidade prática nos procedimentos arbitrais. A realização de prova testemunhal anteriormente à prova pericial, por exemplo, por estreitar o âmbito da perícia nos aspectos realmente relevantes da controvérsia, otimiza a qualidade e utilidade desta última. Muitas vezes a prova pericial mostra-se desnecessária após a realização da prova testemunhal”. V. tb. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 230 e CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 315.

<sup>531</sup> Sobre o ponto, quanto à testemunha técnica, v. MAGALHÃES, José Carlos de. A ordem das provas no processo arbitral in BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e Desenvolvimento...*, cit., p. 58-59 e LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral...*, cit., p. 39; quanto à *discovery*, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 314; GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem...*, cit., p. 26; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 161; MAGALHÃES, José Carlos

Poderá o árbitro, também, abrandar a rigidez do regime de estabilização da demanda, hoje previsto nos arts. 264 e 294 do CPC,<sup>532</sup> a fim de permitir a correção de eventuais omissões ou erros não maliciosos e assegurar que a prestação jurisdicional corresponda o mais próximo possível ao real conflito na data em que for julgado, o que tem sido objeto de algumas propostas legislativas sobre ações coletivas judiciais.<sup>533</sup> Mais uma alternativa, ainda em termos de flexibilidade procedimental e para promover maior celeridade e efetividade, consiste na autorização para a prolação de sentença parcial, mediante a qual o tribunal arbitral profere decisão definitiva sobre os pedidos já maduros para julgamento, deixando o restante do mérito para ser apreciado após a adequada dilação probatória.<sup>534-535</sup>

---

de. Arbitragem e processo. *Revista do Advogado*, n. 87, set. 2006, p. 64. Em crítica à *discovery*, v. BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem: aspectos práticos..., cit., p. 218 (alertando para o risco do que chama “inundação de celulose”, isto é, uma tal quantidade de papéis, que os árbitros e as partes acabam sufocados pela redundância e pela inutilidade de tal documentação). V. tb. MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral...*, cit., p. 311 e 313-314 (ressalvando, com razão, que, devido às críticas à utilização da *discovery*, mesmo nos Estados Unidos, e os riscos de encarecimento e morosidade do procedimento, não é recomendável prever sua utilização em uma arbitragem realizada no Brasil, sem prévia e aprofundada reflexão sobre sua conveniência).

<sup>532</sup> Art. 264 do CPC: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Art. 294 do CPC: “Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. No projeto do novo Código de Processo Civil, não houve inovação significativa a esse respeito, como se observa do art. 330 em sua última versão.

<sup>533</sup> Nesse sentido, art. 16 dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 da Câmara dos Deputados: “Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar”. No Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, embora não haja dispositivo análogo, propõe-se o acréscimo do art. 90-G do CDC, no sentido de prever a condenação do réu em determinadas parcelas, independentemente de pedido do autor, o que parece, com a devida vênia, uma flagrante violação ao contraditório, a não ser que as partes possam se manifestar previamente sobre o acrescido: “Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá: I – na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos; II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e III – da indenização pelos danos, patrimoniais e morais”.

<sup>534</sup> Embora não prevista explicitamente na Lei de Arbitragem, a sentença parcial está contemplada na maioria dos regulamentos das instituições de arbitragem, como se vê pelos art. 13.1 do Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil - São Paulo (Amcham Brasil); art. 14.2 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 10.9 do Regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB); art. 54 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 15.9 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP e art. 7.3 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado. Eloquentes, ainda, a previsão do Apêndice IV, item a do Regulamento de Arbitragem da CCI, referindo-se à sentença parcial como uma das possíveis técnicas para a condução do procedimento, e o art. 27.7 do Regulamento de Arbitragem da *American Arbitration Association*. Não por acaso, na reforma da Lei de Arbitragem (Projeto de Lei nº 7.108/2014), propõe-se o acréscimo de um art. 23, § 1º, nos seguintes termos: “Os árbitros poderão proferir sentenças parciais”.

Se no processo judicial a flexibilização destina-se à adaptação do procedimento em conformidade com a especificidade do direito material veiculado, a preservação de sua utilidade e a isonomia das partes,<sup>536</sup> no caso específico da arbitragem de direitos coletivos, ela pode ir ainda mais longe. Como, nessa hipótese, a flexibilidade não se limita à simples tarefa de adaptação, admitindo-se verdadeira criação do procedimento nos espaços deixados pela Lei de Arbitragem (art. 21),<sup>537</sup> ela poderá funcionar como importante fator de superação de algumas deficiências legislativas que hoje existem em termos de tutela coletiva, como é ilustrativo o exemplo da comunicação ao grupo em tema de direitos individuais homogêneos pela mera publicação de edital.

---

<sup>535</sup> Não se desconhece a controvérsia doutrinária, à luz da legislação processual atual no Brasil, acerca da admissibilidade das sentenças parciais, o que foi intensificado a partir da Lei nº 11.232/2005, que, ao alterar o conceito de sentença no art. 162, § 1º do CPC para adequá-lo à sistemática do cumprimento de sentença, abandonou a concepção topológica, que reservava tal denominação ao provimento jurisdicional que encerrava o processo. O sistema recursal vigente, todavia, construído com base na premissa de que apenas uma sentença de mérito seria proferida na fase de conhecimento, permanece como significativo obstáculo ao reconhecimento da sentença parcial, já que não se sabe qual o recurso cabível contra tal provimento: apelação, com remessa dos autos e paralisação do procedimento quanto à matéria não decidida; agravo de instrumento ou, ainda, uma inusitada “apelação de instrumento”? Por isso mesmo, fora situações específicas em que o próprio CPC admite mais de uma sentença de mérito (como na ação de prestação de contas – art. 915 e, em certo sentido, na prolação de sentença ilíquida, em que a decisão sobre o *quantum debeatur* é adiada para a fase de liquidação de sentença), parece difícil admitir a sentença parcial no processo civil judicial. Para uma visão geral, v. ARMELIN, Donald. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 18, jun./set. 2008, p. 274-300; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A “interlocutória faz de conta” e o “recurso ornitorrinco” (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*, v. 203, jan. 2012, p. 73-95; REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. *Revista de Processo*, v. 160, jun. 2008, p. 142-156 e, mais amplamente, ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011 e SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira. *Sentenças parciais no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. O projeto do novo CPC adota de forma expressa a possibilidade de fatiamento do julgamento do mérito (art. 363), estipulando o agravo de instrumento como recurso cabível contra tal pronunciamento (art. 363, § 4º).

<sup>536</sup> Sobre as finalidades da flexibilização procedimental, v. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental...*, cit., p. 88-89. Para além da flexibilização procedimental, LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Comemorativa do cinquentenário. Porto Alegre, 1976, p. 164-168, já observava, de longa data, que a adequação do procedimento apresenta-se sob os aspectos subjetivo (em razão dos litigantes), teleológico (de acordo com as diversas funções a que visa) e objetivo (segundo a natureza do direito material, a forma como ele se apresenta no processo, como no caso de direito líquido e certo no mandado de segurança e a situação processual da urgência). V. tb., aludindo aos três aspectos da adequação do procedimento, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-120.

<sup>537</sup> Art. 21, *caput* e § 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “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”. Sobre a amplitude da flexibilidade na arbitragem, comparativamente maior que a admitida no procedimento judicial, por se desenvolver aquela nas vertentes de adaptação e criação, v. MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral...*, cit., p. 71-72.

Evidentemente, há limites para tal flexibilidade. Em primeiro lugar, como já se observou, não pode o árbitro dela lançar mão para alterar o sistema de vinculação dos integrantes do grupo à decisão que vier a ser proferida na ação coletiva ou mesmo o regime da coisa julgada. Tais questões consistem em matéria de ordem pública, que compõem um dos limites à flexibilidade do procedimento arbitral (art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/1996).<sup>538</sup> Outra exigência fundamental é que quaisquer alterações de rota no procedimento arbitral devem ser comunicadas com antecedência às partes do processo, a fim de que não sejam surpreendidas.<sup>539</sup> Eventualmente, será necessário comunicar também os integrantes do grupo. Não custa lembrar que, embora desenvolvido fora dos muros do Poder Judiciário, o procedimento arbitral encontra-se igualmente submetido ao princípio do contraditório (art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/1996).<sup>540</sup>

Apesar de ser um fator importante, não parece que a flexibilidade, por si só, seja fundamento suficiente para autorizar a arbitragem de direitos coletivos, se não estiverem presentes pelo menos um dos outros elementos (exigência de efetividade, benefício financeiro para o Estado, economia de recursos da máquina judiciária ou exigência de elevada especialização do julgador). Isso porque, muito embora a flexibilidade do procedimento arbitral seja inegavelmente mais ampla, se todos os demais fatores estiverem ausentes e apenas existir a exigência de adaptação do procedimento judicial, parece mais adequado e mais simples ajustá-lo dentro dos limites do Judiciário. Ainda

---

<sup>538</sup> Art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Sobre o ponto, reconhecendo tais matérias como de ordem pública processual, v. referências bibliográficas na nota de rodapé 416 *supra*. Apontando a ordem pública como um dos limites à flexibilidade do procedimento arbitral, MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral...*, cit., p. 142-147.

<sup>539</sup> Como expõe GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental...*, cit., p. 89 e ss., uma das principais limitações à flexibilização do procedimento é o respeito ao contraditório, ao lado da finalidade (ligada ao direito material, ou à higidez e utilidade do procedimento, ou à condição da parte) e da motivação. Especificamente sobre a flexibilidade do procedimento arbitral, apontando também o princípio do contraditório como um de seus limites (ao lado dos bons costumes e da ordem pública, dos demais princípios que regem o procedimento arbitral, das regras cogentes da Lei nº 9.037/1996 e do que denomina direito processual constitucional), v. MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral...*, cit., p. 149 e ss.

<sup>540</sup> Art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Sobre a noção contemporânea de contraditório, v. diversas referências bibliográficas na nota 404 *supra*.

que o procedimento disciplinado em abstrato pelo legislador seja inadequado, nada impede sua adaptação ao caso concreto.<sup>541</sup>

#### 3.1.4 Separando o joio do trigo: exemplos de arbitragem coletiva

Avaliadas as principais vantagens e os inconvenientes de uma arbitragem de direitos coletivos, é chegada a hora de estabelecer, com maior precisão, os casos em que tal alternativa se mostra promissora. Ainda que seja impossível esgotar a discussão, dada a extrema variabilidade de matérias suscetíveis de tutela coletiva, os fatores examinados nos itens anteriores permitirão delimitar algumas situações em que a via arbitral, *a priori*, se revela conveniente.

Os dois fatores mais importantes delimitados no item 3.1.3, *supra* para que se recomende a arbitragem coletiva são (i) a necessidade de elevado grau de especialização dos julgadores e (ii) a perspectiva de que o procedimento arbitral proporcionará maior celeridade, especialmente nos casos suscetíveis de litigiosidade repetitiva. Além disso, como um fator adicional – mas não autônomo –, a exigência de flexibilidade também deve ser considerada, sobretudo nas situações em que há pluralidade de interesses divergentes entre os integrantes do grupo, necessidade de esclarecimentos técnicos aos julgadores ou elevada possibilidade de alteração do substrato fático da causa.

Esses fatores, conjugados, conduzem a um conjunto muito específico de casos para a tutela arbitral de direitos coletivos. Em primeiro lugar, aparecem as controvérsias que, tratando de direitos individuais homogêneos (suscetíveis de litigiosidade em série), envolvem matérias técnicas, com elevado grau de complexidade, como são os casos que dizem respeito à atuação das agências reguladoras. Ainda que o poder de império do Estado propriamente dito não possa ser submetido aos árbitros – por se tratar de matéria

---

<sup>541</sup> Para uma ampla exposição, v. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental...*, cit., p. 180 e ss.; BALEOTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. *Revista de Processo*, v. 213, nov. 2012, p. 389-408; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, cit., v. 1, p. 86-88. V. tb., sustentando a adoção do princípio da adequação formal (designação advinda do processo civil português), OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, v. 96, out./dez. 1999, p. 66 e, asseverando que a conformação do procedimento decorre do direito fundamento à tutela jurisdicional efetiva, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos...*, cit., p. 219.

indisponível –, as relações decorrentes da normatização das agências reguladoras e dos contratos que essas firmam com as concessionárias e as relações estabelecidas com os destinatários finais desses serviços, por exemplo, constituem matéria que poderia, com significativas vantagens, ser submetida a um tribunal arbitral.

Imagine-se, por exemplo, a discussão concernente à cobrança das assinaturas básicas de telefonia fixa que, há alguns anos, ensejou milhares de ações individuais e algumas dezenas de ações coletivas.<sup>542</sup> A controvérsia envolvia, ao mesmo tempo, direito do consumidor nas relações com as concessionárias, questões tributárias, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão com a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a interpretação da normatização específica da aludida agência reguladora. Não se tratava, evidentemente, de litígio acerca do poder de império do Estado, sendo afastada inclusive a legitimidade passiva da ANATEL.<sup>543</sup> Um caso, sem dúvida, suscetível de litigiosidade repetitiva, como de fato ocorreu, e que exigia elevado nível de especialização dos julgadores. Além disso, em conformidade com o que se viu no capítulo anterior, tratava-se de matéria disponível (item 2.2.2, *supra*) – ninguém duvida que, no plano individual, seria possível aos consumidores abrirem mão de discutir a cobrança das assinaturas de telefone – e patrimonial.

O caso das assinaturas de conta de telefone consistia em uma situação em que seria bastante conveniente a arbitragem de direitos coletivos, permitindo que relevante questão fosse submetida a julgadores especialistas e com celeridade, fugindo às pautas abarrotadas dos tribunais. Ainda que os árbitros devessem ser remunerados por isso, a economia de recursos humanos e estruturais da máquina judiciária, inibindo outras ações coletivas – e mesmo individuais –, seria expressiva.

Litígios entre consumidores e concessionárias, entre clientes ou profissionais de Medicina e operadoras de planos de saúde e entre correntistas e instituições financeiras seriam alguns dos casos, em exemplos não exaustivos, em que a arbitragem coletiva poderia ser conveniente, a depender do grau de especialização necessário para resolver a

---

<sup>542</sup> Nesse sentido, apontando que somente no estado de São Paulo, foram ajuizadas ações coletivas sobre a mesma controvérsia das assinaturas de telefone na capital, em Bauru, São Carlos, Mauá, Catanduva, Santo André, Campinas, São José dos Campos, Dracena e Marília, v. CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais...*, cit., p. 65-67.

<sup>543</sup> Nesse sentido, o Enunciado nº 506 da Súmula do STJ: “A Anatel não é parte legítima nas demandas entre a concessionária e o usuário de telefonia decorrentes de relação contratual”.

controvérsia e a perspectiva de que seu prolongamento no Poder Judiciário desencadeie litigiosidade repetitiva, consumindo recursos da máquina judiciária.

Outro conjunto de matérias em que parece promissora a arbitragem de direitos coletivos diz respeito a questões que exigem elevada especialização dos árbitros, mesmo que não se trate de controvérsias suscetíveis de litigiosidade seriada. No Direito Ambiental, por exemplo, não raramente se exige prova técnica para avaliar a ocorrência de impacto ambiental ou apurar o meio mais recomendável para minimizar a lesão ou reparar o dano ambiental. É comum, em tais situações, que se recomende a realização de audiências públicas para munir os julgadores de conhecimentos técnicos. Muitas vezes, os fatos subjacentes à causa se modificam rapidamente, dado o dinamismo do meio ambiente. A exigência de flexibilidade do procedimento soma-se à necessária especialização dos julgadores, recomendando a via arbitral.

Nesse caso, porém, é preciso ter cuidado. Nem todas as demandas referentes ao Direito Ambiental veiculam matéria disponível e patrimonial. Além das questões referentes ao tempo, modo e forma para cumprimento das obrigações, que podem ser submetidas à arbitragem, nos mesmos limites que hoje se admite para o compromisso de ajustamento de conduta (item 2.2, *supra*),<sup>544</sup> haveria outras possibilidades para a via arbitral em matéria ambiental?

Como já se demonstrou, nem todos os direitos difusos e coletivos podem ser considerados indisponíveis (item 2.2.3, *supra*). Tal atributo é decorrente da relevância dos interesses em discussão conferida pelo direito material, que deve ser analisada casuisticamente. Não se duvida da absoluta relevância que a proteção ambiental possui no ordenamento jurídico brasileiro, do que é evidência o art. 225 da Constituição. No entanto, nem sempre será este o objeto da controvérsia.

O exemplo da arbitragem em matéria ambiental extraído do direito peruano (item 1.2.1.4, *supra*) aponta alguns casos interessantes e compatíveis com a proposta do presente estudo, tais como a determinação de quantias indenizatórias, definição de obrigações compensatórias advindas de um processo administrativo (como a aplicação de multas), controvérsias para o aproveitamento de recursos naturais e limitações ao

---

<sup>544</sup> Seria possível, nesse sentido, que o próprio compromisso de ajustamento de conduta contemplasse uma cláusula compromissória, para que eventuais divergências acerca de sua interpretação, especialmente sobre o tempo, modo e forma para cumprimento das obrigações ali estabelecidas, fossem submetidas a árbitros especialistas na matéria.

direito de propriedade decorrentes da legislação ambiental.<sup>545</sup> Em todas essas situações, que naturalmente não são exaustivas, embora a questão de fundo possua natureza ambiental e muitas vezes exija especialização dos julgadores, o objeto não diz respeito ao macrobem ambiental, ou seja, à estabilidade dinâmica desse complexo sistêmico, que consiste em bem absolutamente indisponível e inarbitrável.<sup>546</sup>

Também no campo dos direitos coletivos, outro exemplo relevante – e que, mais uma vez, frequentemente exige elevado grau de especialização dos julgadores – refere-se aos casos de controvérsias societárias de empresas no mercado aberto. Tratando-se de impugnação de deliberação assemblear e estando em jogo o interesse de um número massivo de acionistas, poderá ser conveniente a utilização da arbitragem, como já tem sido feito em certa medida, aliás, no âmbito da Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&FBOVESPA, embora sem as preocupações referentes a um eventual caráter de tutela coletiva que o caso possa assumir, discutidas no item 1.2.1.4, *supra*. O mesmo se diga em eventuais disputas no mercado de capitais, em que o interesse de grandes grupos de investidores individuais pode convergir numa mesma direção, caracterizando a existência de direitos individuais homogêneos, circunstância esta que lembra, em certo sentido, o caso *Abaclat* verificado em âmbito internacional (item 1.2.1.5).<sup>547</sup>

Direitos individuais homogêneos em matéria atinente à esfera de atuação das agências reguladoras, questões em matéria ambiental com conteúdo patrimonial e disponível e controvérsias societárias que afetem um número massivo de interessados são apenas alguns dos exemplos que poderiam ser convenientes para o desenvolvimento da arbitragem de direitos coletivos. O que importa, para a definição de sua esfera de abrangência, é que se trate de matéria (i) atinente a direitos patrimoniais e disponíveis; (ii) na qual esteja presente, ao menos, um dos seguintes fatores: (a) possibilidade de se proporcionar maior celeridade pela via arbitral, especialmente nos casos em que exista perspectiva de litigiosidade repetitiva; (b) exigência de alto grau de especialização dos

---

<sup>545</sup> Como referido anteriormente neste estudo, a arbitragem em matéria ambiental no Peru não tem se desenvolvido na prática e uma das causas apontadas para tanto tem sido a pressão de setores empresariais, desinteressados em abandonar o Poder Judiciário, no qual são assegurados todos os recursos previstos na legislação processual daquele país. No item 3.2.5 *infra*, tal circunstância será enfrentada, de modo a avaliar como seria possível incentivar a utilização da arbitragem pelos potenciais demandados, mesmo cientes de que a solução pela via arbitral provavelmente teria um desfecho mais célere.

<sup>546</sup> V., sobre o conceito de macrobem ambiental, LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental...*, cit., p. 27.

<sup>547</sup> No mesmo sentido, fazendo referência também a esta hipótese, MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil...*, cit., p. 110.

juizadores. A exigência de flexibilidade do procedimento, embora não justifique por si só uma arbitragem coletiva, pode ser um fato importante nos casos duvidosos.

Como visto, um exemplo de arbitragem coletiva que não se desenvolveu no Brasil, embora previsto na Constituição da República, está nos dissídios trabalhistas, como examinado no item 1.2.3, *supra*. A essa altura, todos os motivos que a inibiram foram enfrentados, estão superados ou não se aplicam à esfera cível.

O poder normativo da Justiça do Trabalho não é uma preocupação imediata, a não ser, naturalmente, para as causas submetidas a esse ramo especializado. As deficiências na disciplina legislativa da arbitragem no direito brasileiro foram superadas pela reforma da Lei nº 9.307/1996, pelo reconhecimento de sua constitucionalidade perante o STF e pela ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (item 1.1, *supra*). As preocupações em torno da indisponibilidade dos direitos passíveis de tutela coletiva foram detidamente examinadas no item 2.2, *supra*. Com relação à falta de representatividade de alguns colegitimados, trata-se de questão que diz respeito às ações coletivas de uma forma geral – não especificamente à arbitragem de direitos coletivos –, principalmente no que se refere às associações e que deve ser resolvida, entre outras providências, mediante o controle judicial da adequação do representante. As despesas para a administração do procedimento arbitral e a remuneração dos profissionais que nele atuam, especialmente os árbitros, foram objeto de consideração nos itens 2.6 e 3.1.2, *supra*. Por fim, o problema atinente à cultura judicialista dos profissionais do direito no Brasil foi enfrentado e discutido no item 2.2.5 *supra*.

### 3.2 Arbitragem coletiva como?

O caminho para a arbitragem de direitos coletivos foi pavimentado. Entretanto, ainda que não se tenha a pretensão de esgotar todos os seus aspectos procedimentais – algo que demandaria maior consolidação e amadurecimento da matéria no Brasil –, a fim de que essa alternativa não se desvirtue em instrumento para abusos, como já se

verificou nos Estados Unidos e no Canadá (itens 1.2.1.1 e 1.2.1.2, *supra*), é necessário estabelecer desde logo alguns parâmetros para sua implementação.

### 3.2.1 Cláusula compromissória ou compromisso arbitral?

A primeira questão que se apresenta é a forma pela qual poderá ser deflagrada a arbitragem de direitos coletivos. O direito brasileiro, como se sabe, contempla duas modalidades de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória (art. 4º da Lei nº 9.307/1996),<sup>548</sup> inserida em um instrumento contratual anteriormente à controvérsia e que abrange todas ou parte das demandas fundadas nesse contrato, e o compromisso arbitral (art. 9º da Lei nº 9.307/1996),<sup>549</sup> que é firmado após deflagrado o litígio e para a sua resolução específica.

Não há controvérsia quanto ao compromisso arbitral. Nessa hipótese, já tendo sido estabelecido o litígio, poderá o representante do grupo – desde que seja um ente público (item 2.3.3, *supra*) – firmar com a parte contrária o compromisso, observados os demais parâmetros aqui estabelecidos. Essa será, evidentemente, a única forma de se estabelecer uma convenção de arbitragem para as controvérsias de natureza coletiva que não estejam fundadas em relação negocial.

Resta investigar se seria possível a celebração de uma cláusula compromissória para fins de arbitragem coletiva. Embora não haja nenhuma vedação legal, não parece adequada, nem conveniente, em regra, sua admissão. Em primeiro lugar, porque não teria muito efeito prático em grande parte dos casos – a não ser sob o ponto de vista de vincular antecipadamente o estipulante (em contrato de adesão) ou o fornecedor (nos

---

<sup>548</sup> Art. 4º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

<sup>549</sup> Art. 9º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

contratos de consumo). Não se pode admitir, ao contrário do que se verifica nos Estados Unidos e Canadá, que a convenção de arbitragem se torne um instrumento para inibir a tutela coletiva. Mesmo que firmada uma cláusula compromissória em tais contratos, o consumidor ou o estipulante<sup>550</sup> poderiam ainda assim ingressar no Judiciário, sem prejuízo de, caso entendam conveniente, deflagrar o procedimento arbitral.

Nada impede, naturalmente, que a cláusula compromissória seja firmada em contratos paritários, que não sejam de consumo, em relação aos quais não se aplicam as restrições previstas nos arts. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor e 4º, § 2º da Lei de Arbitragem.<sup>551</sup> No entanto, tal ocorrência seria difícil, uma vez que exigiria que, embora livremente negociadas as condições contratuais, as cláusulas compromissórias nesses contratos fossem todas suficientemente semelhantes a ponto de suportar o processamento coletivo (especialmente no que se refere à forma de nomeação dos árbitros, à instituição de arbitragem que administraria o procedimento, o direito material aplicável e o procedimento arbitral ajustado). E mais do que isso: seria preciso que ficasse evidenciada a concordância das partes em todos esses contratos com o próprio processamento coletivo, não se podendo extrair tal consentimento de uma convenção de arbitragem que diga respeito somente a procedimentos individuais.<sup>552</sup>

Ainda assim, um possível exemplo seria a estipulação de cláusula arbitral nos atos constitutivos de sociedade por ações no mercado aberto. Abstraindo-se eventual discussão quanto aos acionistas dissidentes (item 1.2.1.4, *supra*), como a cláusula seria a mesma para todos, torna-se possível o procedimento arbitral coletivizado.

---

<sup>550</sup> Quanto aos contratos de adesão que não sejam de consumo (por exemplo, contratos de franquia, que se destinam à atividade empresarial, embora o franqueado muitas vezes não tenha poder de negociação de suas cláusulas), apesar de a Lei de Arbitragem se contentar com a celebração de cláusula arbitral em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto específico (art. 4º, § 2º), já se viu que tal proteção é insuficiente, como apontado na nota 160 *supra*. Sustenta-se, em preservação à autonomia privada, que mesmo nos contratos de adesão que não sejam de consumo, é necessário que o aderente tenha assentido expressamente – após deflagrada a controvérsia – com a submissão à arbitragem, seja deflagrando o procedimento arbitral, seja celebrando o compromisso. Apenas o estipulante se vincula à cláusula compromissória, não podendo recusar a arbitragem instaurada a pedido do aderente.

<sup>551</sup> Art. 51, VII do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Art. 4º, § 2º da Lei nº 9.307/1996: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

<sup>552</sup> Nesse caso, seria bastante útil consultar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca das condições para extrair tal consentimento, como analisado no item 1.2.1.1 *supra*, especialmente no que tange aos casos *Stolt-Nielsen v. Animal Feeds Int'l Corp.*, 559 U.S. \_\_\_ (2010) e *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U.S. \_\_\_ (2013).

Além disso, há um segundo motivo pelo qual seria inconveniente a celebração de uma convenção de arbitragem para fins de processamento coletivo. É que, como já se demonstrou (item 3.1.4, *supra*), a utilização do procedimento arbitral coletivo apenas se justifica em casos específicos, que versem sobre direitos patrimoniais e disponíveis, nos quais haja a perspectiva de evitar a litigiosidade seriada ou se exija alto grau de especialização dos julgadores. Como a cláusula compromissória é firmada antes de existir um litígio, não se poderia fazer essa avaliação antecipadamente, a não ser em situações peculiares, como os conflitos societários a que se aludiu.

Talvez fosse possível estipular cláusula arbitral parcial, restrita a determinadas controvérsias, em que já se tivesse noção da necessidade de conhecimento especializado dos julgadores. Tal avaliação, porém, é extremamente difícil, pois as questões a serem apreciadas na arbitragem dependerão sempre das postulações das partes e dos fatos que restarem impugnados. Mesmo que uma determinada matéria exija altos conhecimentos técnicos, por exemplo, nada impede que tais especificidades restem incontestadas e a discussão fique adstrita à interpretação contratual ou a questões de direito.

Em regra, portanto, a arbitragem coletiva será deflagrada por compromisso, com ressalva de casos excepcionais, que a prática poderá melhor evidenciar.

### 3.2.2 Arbitragem *ad hoc* ou institucional?

A arbitragem pode, quanto à forma de sua administração, ser *ad hoc* (avulsa) ou institucional. Na primeira hipótese, as partes apenas ajustam a forma de nomeação dos árbitros, sem se vincularem a nenhuma instituição de arbitragem. A prática dos atos do procedimento, a realização de audiências e a guarda da documentação necessária para a discussão e apreciação da controvérsia ficam sob a responsabilidade direta do árbitro, que pode estruturar uma equipe própria para a tarefa de secretariar o procedimento, que irá providenciar, por exemplo, a comunicação das partes e a gravação das audiências realizadas. As regras procedimentais, por sua vez, serão estabelecidas de acordo com o

que dispuser a convenção<sup>553</sup> e, no seu silêncio, com o que determinarem os árbitros, em colaboração com as partes na construção do procedimento adequado.

Na arbitragem institucional, por outro lado, as partes confiam a administração do procedimento a uma instituição arbitral brasileira<sup>554</sup> ou estrangeira<sup>555</sup>, adotando, em princípio,<sup>556</sup> seu regulamento, que disciplinará as principais regras procedimentais. Essa instituição, que pode se estruturar na forma de pessoa jurídica autônoma ou em uma estrutura destacada em pessoa jurídica com outras atribuições (como são exemplos os centros de arbitragem das Câmaras de Comércio), não irá decidir a controvérsia, mas será responsável pelas atividades cartorárias atinentes ao procedimento, com a prática de atos instrumentais à sua realização. Cada instituição cobra um determinado valor, a título de despesas processuais, para administrar esses procedimentos, o que não se confunde, em absoluto, com a remuneração dos árbitros.

Muitas dessas instituições possuem listas de árbitros, previamente cadastrados para atuarem em procedimentos por elas administrados. Algumas instituições somente permitem que atuem árbitros constantes dessa lista (entre os quais as partes escolherão aqueles que decidirão a controvérsia); outras admitem árbitros externos, desde que submetidos a um procedimento de homologação interno da instituição e ainda há as que exigem que apenas o presidente do tribunal arbitral – no caso de composição colegiada

---

<sup>553</sup> É muito difícil, naturalmente, que a cláusula compromissória contenha um procedimento detalhado a ser observado, até porque firmada antes de deflagrada a controvérsia. Nada impede, naturalmente, que embora não se vinculando a uma instituição de arbitragem, as partes ajustem na convenção que o procedimento deverá seguir as regras de determinada instituição ou, mesmo, as regras de arbitragem da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional ou *United Nations Commission on International Trade Law*), disponíveis em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>, acesso em 22.8.2014.

<sup>554</sup> São exemplos: Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); Câmara Americana de Comércio para o Brasil - São Paulo (Amcham Brasil); Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB); Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&FBOVESPA; Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS) e Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac).

<sup>555</sup> São exemplos: Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (CCI); *American Arbitration Association* (AAA) e *London Court of International Arbitration* (LCIA).

<sup>556</sup> É possível, em tese, que as partes escolham uma instituição de arbitragem e o regulamento de outra, ou mesmo estipulem regras procedimentais peculiares, desde que a instituição admita administrar um caso em tais circunstâncias. Nesse sentido, v. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 30. Obtempera CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 114, que não se poderia elaborar convenção arbitral contraditória com o regulamento da câmara escolhida. Nada impede, porém, assim como se dá no conflito aparente de normas jurídicas, que eventual contradição – a depender, mais uma vez, de a instituição de arbitragem não criar empecilhos – seja sanada pelo critério da especialidade, em favor da convenção de arbitragem, como manifestação de vontade específica das partes.

– esteja cadastrado. Em qualquer hipótese, todavia, os árbitros não são funcionários da instituição, sendo independentes no exercício de sua atividade como tal.

Com relação à arbitragem de direitos coletivos, indaga-se qual seria a opção mais conveniente: arbitragem institucional ou *ad hoc*?

Apesar de a arbitragem *ad hoc* permitir a minimização dos custos, uma vez que as tarefas cartorárias ficariam sob a responsabilidade direta dos árbitros, incluindo-se tais despesas em sua remuneração, não se pode ignorar a advertência da doutrina de que a adoção da arbitragem avulsa exige muito mais dos árbitros – que nem sempre terão a estrutura adequada ou a experiência necessária para gerenciar o procedimento –, além do incrementado risco de perplexidade decorrente dos vazios normativos na regulação do procedimento arbitral, espaço que, na arbitragem institucional, é ocupado, pelo menos em sua maior parte, pelos regulamentos.<sup>557</sup>

Além disso, a arbitragem institucional, por frequentemente centralizar em uma base física conhecida os principais dados do procedimento arbitral, permitiria que, com maior facilidade, se exercesse o controle social e dos membros ausentes do grupo sobre a atuação dos árbitros. Como visto, a confidencialidade irrestrita não é compatível com a tutela coletiva, devendo ser relativizada para viabilizar tal controle como instrumento de legitimação da atividade dos árbitros (v. itens 2.2.5 e 2.5, *supra*).

A preferência pela arbitragem institucional se dá, ainda, por mais um motivo muito importante. Concluiu-se nos itens 2.6 e 3.1.2, *supra* que, em grande parte dos casos suscetíveis de arbitragem coletivizada, haveria a perspectiva de financiamento do procedimento com recursos públicos. Na arbitragem avulsa, são os próprios árbitros nomeados pelas partes que estipulam seus honorários, sem se vincular a quaisquer limites, o que poderia dar margem a abusos. As instituições de arbitragem, por outro lado, costumam adotar parâmetros mínimo e máximo para a remuneração dos árbitros em seus procedimentos,<sup>558</sup> conferindo maior objetividade a tal aferição.

---

<sup>557</sup> V. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 31; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 116. Para SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 74, o risco de nulidade seria substancialmente maior na arbitragem *ad hoc*, além de ensejar discussões acerca do procedimento detalhado na cláusula ou no compromisso arbitral.

<sup>558</sup> Confirmam-se, exemplificativamente, as tabelas de remuneração do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (<http://ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=tabela%20de%20custos>); do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA – [http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regimento\\_custas\\_arb\\_1](http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regimento_custas_arb_1)); da Câmara Americana de Comércio para o Brasil – São Paulo (Amcham Brasil - <http://www.amcham.com.br/repositorio-de-arquivos/tabela-de-custas-e-honorarios.pdf>); Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB –

Tal previsão contribui não somente para evitar abusos, em prejuízo ao Estado e à sociedade, mas também para proporcionar o controle da remuneração dos árbitros desde o início, na celebração da convenção de arbitragem, a qual deverá, naturalmente, indicar a instituição que administrará o procedimento.

Ademais, a instituição de arbitragem poderá desempenhar papel importante no processo de escolha dos árbitros, como será visto no item 3.2.6, *infra*.

Conveniente, assim, a opção pela arbitragem institucional em se tratando de procedimento arbitral sobre direitos coletivos. Essa instituição deverá, pelo menos em regra, ser brasileira, na medida em que assim estará incrementado o controle social sobre suas práticas, que estarão documentadas na língua portuguesa. Seria possível, inclusive, permitir às agências reguladoras que eventualmente atuarem na matéria discutida na arbitragem coletiva – um dos casos em que se verificou a sua conveniência (item 3.1.4) – a assunção da tarefa de secretariar o procedimento, funcionando como uma instituição arbitral, mantendo-se, em todo caso, o julgamento da controvérsia por árbitros privados, nomeados de acordo com o que estabelecer a convenção, sob pena de desnaturar a essência da arbitragem e comprometer sua independência.<sup>559</sup>

---

<http://camarb.com.br/tabela-de-custas/>); Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras (<http://www.euroarbitragem.com.br/pt/arbQuantoCusta.php>); Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (<http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-conciliacao-e-arbitragem>); Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/tabela-de-custas>); Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&FBOVESPA (<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/regulacao/camara-de-arbitragem-do-mercado/tabela-de-custas-e-honorarios.aspx>); Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS - <http://www.camers.org.br/content/17>) e Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac - <http://arbitac.acpr.com.br/wp-content/uploads/Tabela-de-Custos-e-Honor%C3%A1rios-ARBITRAGEM.pdf>), todas acessadas em 22.8.2014.

<sup>559</sup> Caso os árbitros fossem funcionários da própria agência reguladora, estaria em risco a sua independência, que poderia ficar comprometida por orientação de seus superiores hierárquicos na Administração. Sobre o ponto, reconhecendo a dificuldade de estabelecer um contencioso administrativo independente no Brasil, v. as advertências de GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. I, p. 59-60. Além disso, restaria severamente prejudicado o pluralismo na composição de tribunal arbitral colegiado, já que os funcionários da agência, em regra, analisariam o caso do ponto de vista do cargo que ocupam, deixando em segundo plano, por exemplo, preocupações de natureza consumerista.

### 3.2.3 Controle prévio sobre a arbitragem

Na arbitragem individual, é frequente a assertiva de que os árbitros seriam os primeiros juízes de sua própria competência. Nos termos do art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996,<sup>560</sup> incumbe ao árbitro decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, origem de seus poderes no âmbito do procedimento arbitral. Trata-se do conhecido princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*).<sup>561</sup>

Costuma-se sustentar ainda que o direito brasileiro, ao contemplar o princípio da competência-competência, sem afastar o controle judicial mediante a ação anulatória prevista no art. 33 da Lei nº 9.307/1996),<sup>562</sup> teria consagrado o modelo de competência prioritária dos árbitros (ou critério de prioridade cronológica).<sup>563</sup> Nesse sistema, apenas os árbitros podem se pronunciar sobre a sua competência no curso de um procedimento arbitral, restando às cortes estatais exercer o controle *a posteriori*, por ocasião da ação de anulação, do reconhecimento de sentença arbitral estrangeira ou da execução da sentença arbitral, especialmente se apresentada a impugnação do executado.<sup>564</sup>

<sup>560</sup> Art. 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “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”.

<sup>561</sup> Sobre o referido princípio, suas origens e a crítica quanto à sua denominação, v. nota 44 *supra*.

<sup>562</sup> Art. 33, *caput* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

<sup>563</sup> A expressão “prioridade cronológica” é atribuída a FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 401. Sobre a adesão do direito brasileiro ao critério da prioridade cronológica, que passa também pela análise do art. 20, *caput* e § 2º da Lei de Arbitragem (“A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. (...) § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”), entre outros, v. ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 178 e ss. e WALD, Arnoldo. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, jan./mar. 2007, p. 199.

<sup>564</sup> Art. 33, § 3º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”. Antes da Lei nº 11.232/2005, a execução dos títulos executivos judiciais poderia ensejar o oferecimento de embargos de devedor pelo executado, como ainda hoje ocorre no âmbito dos títulos executivos extrajudiciais. Em razão disso, embora o texto em vigor da Lei de Arbitragem ainda se refira aos embargos de devedor, doutrina amplamente dominante tem

O que está por trás desse regime da prioridade cronológica é evitar manobras protelatórias no âmbito do procedimento arbitral, especialmente por parte do réu, que poderia se utilizar de medidas judiciais para questionar a convenção de arbitragem e, assim, obstar a via arbitral e jogar por terra todas as vantagens a ela atribuídas, em especial a celeridade (pois seu prosseguimento estaria atrelado à sorte de uma ação judicial), a confidencialidade e mesmo a especialidade, dependendo da intromissão que o Poder Judiciário venha a fazer no mérito da controvérsia, de competência dos árbitros, para resolver a questão posta à sua apreciação.<sup>565</sup>

O princípio da competência-competência na arbitragem, com a adoção do modelo da prioridade cronológica, possui dois efeitos básicos: (i) *positivo*, no sentido de conferir aos árbitros o poder de examinar sua competência, o que é pacificamente admitido; (ii) *negativo*, na direção de obstar ao Poder Judiciário, durante determinado lapso temporal, o exame da convenção de arbitragem, devendo a matéria ser apreciada única e exclusivamente pelos árbitros nesse período. É com relação ao efeito negativo que se concentram as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil, tanto no que tange ao lapso temporal,<sup>566</sup> quanto à sua eventual relativização.<sup>567</sup>

---

reconhecido que o meio de defesa adequado na hipótese de execução de sentença arbitral é a impugnação disciplinada no art. 475-L do CPC atual, com ressalva da execução contra a Fazenda Pública, cujo meio de defesa se opera mediante embargos. Nesse sentido, entre outros, CÂMARA, Alexandre Freitas. Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC *in* BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem...*, cit., p. 8-10; SCAVONE JR., Luiz Antonio, *Manual de Arbitragem...*, cit., p. 223; GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 15, out./dez. 2007, p. 110-111. O projeto do novo CPC (art. 1.075), na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, e o Projeto de Lei nº 7.108/2014, que visa a reformar a Lei de Arbitragem, corrigem tal referência, muito embora sem ressaltar a hipótese de execução contra a Fazenda Pública, o que seria recomendável.

<sup>565</sup> Nesse sentido, entre outros, WALD, Arnoldo. O regime legal da cláusula compromissória..., cit., p. 198; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência..., cit., p. 289, nota 30.

<sup>566</sup> Quanto ao lapso temporal, comparem-se ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem...*, cit., p. 183 (sustentando que a competência exclusiva dos árbitros ocorre apenas entre a instituição da arbitragem, com a aceitação da nomeação pelos árbitros (art. 19 da Lei nº 9.307/1996), e o encerramento do procedimento arbitral, com a sentença final) com CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*, v. 339, ago./set. 1997, p. 134 e 140-141 e BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 193 e 626 (asseverando que, na fase pré-arbitral, antes da instituição, o juiz já não poderia se imiscuir nesse exame, mas admitindo, por outro lado, que após a apreciação da questão pelos árbitros a parte interessada já lance mão da medida judicial, não sendo necessário aguardar o desfecho do procedimento arbitral) e com PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil *in* LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 334 (defendendo que apenas após a sentença arbitral seria possível o controle judicial, sem indicar o marco inicial do aludido lapso temporal). Na jurisprudência, aparentemente acolhendo o entendimento de Paulo César Pinheiro Carneiro e Leonardo de Faria Beraldo, TJRS, Ap. Cív. 70040929911, 16ª CC., Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julg. 30.6.2011. Contra, aparentemente acolhendo o entendimento de Eleonora Pitombo, TJRJ, Ap. Cív. 0031996-20.2010.8.19.0209, 2ª CC., Rel. Des. Alexandre Câmara, julg.

Não é o objetivo desse estudo, entretanto, investigar com minúcias o princípio da competência-competência e o seu significado, mas apenas avaliar se, na arbitragem de direitos coletivos, haveria alguma peculiaridade, instaurando-se uma nova forma de controle prévio desconhecida no campo individual.

No caso, há três peculiaridades, que relativizam o efeito negativo do princípio da competência-competência na esfera coletiva.

A primeira particularidade foi referida por ocasião do item 2.3.4, ao se examinar a hipótese em que é pactuado compromisso arbitral por um colegitimado coletivo na pendência de ação judicial coletiva proposta por outro legitimado. Nessa situação, para que não se manipule indevidamente o juiz natural (afastando-se da causa o juízo competente, que passaria à mão dos árbitros), nem se prejudique a economia processual e a efetividade da tutela coletiva (com a desconsideração dos atos processuais que já

---

11.6.2014. Asseverando, ainda, que mesmo na fase pré-arbitral o juiz não poderia ingressar na análise da validade da convenção de arbitragem, contrariamente ao entendimento de Rafael Francisco Alves, TJSP, AI 0349971-66.2009.8.26.0000, 4ª CDPri., Rel. Des. Maia da Cunha, julg. 30.7.2009.

<sup>567</sup> Quanto às hipóteses de relativização, confrontem-se FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência..., cit., p. 292 (sustentando que apenas em hipóteses extremas seria possível este controle); MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos...*, cit., p. 140 (afirmando que a exceção somente se operacionaliza em casos absurdos, teratológicos) com TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil...*, cit., p. 173 (asseverando que “à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz”) e BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Jurisprudência comentada. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, mai./ago. 2004, p. 276 (sustentando que o princípio competência-competência deve ser mitigado no Brasil, de maneira a não afastar a competência do Poder Judiciário para apreciar a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, até porque caberá a ele a última palavra a este respeito). Para ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem...*, cit., p. 190 e ss., nas hipóteses em que for considerada a relativização, deve ser abandonado o critério com base no direito material, ou seja, na gravidade do vício verificado na convenção de arbitragem, sendo preferível a análise à luz do direito processual, para admitir a relativização nos casos em que for possível ao juiz estatal constatar *prima facie*, mediante prova pré-constituída, a inexistência, a invalidade ou a ineficácia da convenção. Deve-se destacar, ainda, a posição de CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 176-177, para quem o Judiciário poderá avaliar a existência, validade e eficácia da convenção nos casos em que tal matéria for suscitada como preliminar em ação judicial e, ainda, no caso de procedimentos arbitral e judicial paralelos sobre a mesma matéria, cada um proposto por uma das partes, hipótese em que sustenta a suspensão do procedimento arbitral para aguardar a decisão do Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de judicialização prematura da questão em STJ, REsp 1.302.900, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 9.10.2012 e em STJ, REsp 1.355.831, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 19.3.2013. No mesmo sentido, TJSP, Ap. Cív. 9123498-68.2009.8.26.0000, 36ª CDPri., Rel. Des. Edgard Rosa, julg. 30.6.2011. Contra, porém, relativizando o princípio da competência-competência e fazendo referência expressa à posição de Carlos Alberto Carmona, TJSP, AI 0304979-49.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides, julg. 19.4.2012. V. tb., dispondo que a discussão acerca da existência de vício de consentimento em cláusula compromissória somente poderia ser feita pelo Judiciário, em posição que chega a relativizar até mesmo o efeito positivo do princípio da competência-competência, TJMG, Ap. Cív. 0828562-26.2009.8.13.0521, 9ª CC., Rel. Des. José Antônio Braga, julg. 9.11.2010.

foram praticados na esfera judicial), deverá o compromisso arbitral, para que produza o efeito de extinguir a ação judicial coletiva, ser submetido à homologação pelo juiz, que deverá avaliar não apenas sua validade (inclusive no que concerne à disponibilidade do direito coletivo em discussão), mas também o estágio da ação coletiva judicial, as vantagens decorrentes da submissão da controvérsia aos árbitros e os eventuais inconvenientes advindos de tal providência.

A segunda particularidade decorre da conclusão a que se chegou nos itens 2.6 e 3.1.2, no sentido de que seria necessário o financiamento público em muitos casos de procedimento arbitral coletivo. Para que não ocorram abusos com os recursos públicos, que poderiam ser destinados a demandas sem nenhuma viabilidade ou mesmo que não trouxessem qualquer benefício para a coletividade, mesmo que acolhidas, deverá existir alguma forma de controle não sobre a arbitragem coletiva em si mesma – cujo mérito permaneceria na mão dos árbitros –, mas sobre a utilização desse financiamento. Não sendo concedida a utilização de recursos públicos, nada impediria que o legitimado coletivo arcasse, por meios próprios, com as despesas do procedimento.

Para tanto, deverá ser instituída uma instância independente, que não esteja sujeita a pressões para indeferir o financiamento público e, por via transversa, prejudicar arbitragens coletivas viáveis. No ordenamento jurídico brasileiro, a instituição pública que, por excelência, é contemplada com as garantias necessárias para atuar de forma independente e imparcial é o Poder Judiciário,<sup>568</sup> que poderia exercer o controle levando em consideração, inclusive, os potenciais benefícios à economia de recursos humanos e financeiros da máquina judiciária, que seria poupada de examinar causas que exijam elevado nível de especialização e suscetíveis de litigiosidade repetitiva. Arbitragens de espectro mais restrito, todavia, como algumas em matéria societária, em regra não autorizariam o financiamento público, por beneficiarem um grupo muito específico.

Por fim, há uma terceira circunstância específica a se considerar, muito embora ela possa ser extraída do regime jurídico da arbitragem individual. O efeito negativo do

---

<sup>568</sup> Art. 95 da Constituição da República: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. V. tb. as prerrogativas previstas no art. 33 da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Sobre as dificuldades de instituir uma instância administrativa independente e imparcial no Brasil, v. referências na nota 559 *supra*.

princípio da competência-competência, em que pese a entendimento contrário, como visto, não deve ser considerado de forma absoluta.

Não se pode ignorar, antes de mais nada, que o Poder Judiciário terá a última palavra quanto à regularidade da arbitragem, em caso de eventual ação anulatória, impugnação ao cumprimento de sentença arbitral ou qualquer outra medida judicial que se repute adequada. Não faz sentido que, em casos em que haja flagrante invalidade – como um procedimento arbitral sobre matéria inequivocamente indisponível –, as partes sejam ainda assim encaminhadas à arbitragem, aguardem a decisão do árbitro (que pode ser até no mesmo sentido, de inviabilidade da via arbitral) e apenas após esse trajeto voltem ao Judiciário para retomar a discussão de fundo. Em se tratando de tutela de direitos coletivos, estariam em jogo não apenas considerações de economia processual, mas também de efetividade e duração razoável do processo para todo o grupo.

Além disso, não há dispositivo na Lei de Arbitragem que obste, explicitamente, todo e qualquer exame pelo Poder Judiciário, mesmo na pendência do procedimento arbitral.<sup>569</sup> Destaque-se, ainda, a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Nova Iorque, cujo art. II (3) expressamente ressalva que o Judiciário não encaminhará as partes à arbitragem quando a convenção de arbitragem for nula e sem efeitos, inoperante e inexecutável.<sup>570</sup> Ainda que exista entendimento no sentido de que tal dispositivo não se aplica ao direito brasileiro, por implicar regime menos favorável à arbitragem, o que é obstado pelo art. VII (1) da própria Convenção,<sup>571</sup> com ele não se concorda, uma vez

---

<sup>569</sup> O art. 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem apenas estabelece o efeito positivo do princípio da competência-competência, nada dispondo acerca de seu efeito negativo. Mesmo o art. 20, § 2º da Lei de Arbitragem (“Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”) refere-se apenas à ação anulatória contra a sentença arbitral, sem vedar outras medidas judiciais. A falta de disciplina legal explícita para o efeito negativo do princípio da competência-competência, o que não é dirimido nem pelo projeto de reforma da Lei de Arbitragem (Projeto de Lei nº 7.108/2014), é a causa de tanta controvérsia.

<sup>570</sup> Art. II (3) da Convenção de Nova Iorque: “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*” (grifou-se).

<sup>571</sup> Art. VII (1) da Convenção de Nova Iorque: “As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada”. No sentido apontado no texto, entre muitos outros, v. MAGALHÃES, José Carlos de. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque..., cit., p. 37-39; BERVALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 197 e, na jurisprudência, TJSP, Ap. Cív. 9123498-68.2009.8.26.0000, 36ª CDPri., Rel. Des. Edgard Rosa, julg. 30.6.2011 e TJSC, AI 2009.000674-8/0002.00, Câmara Civil Especial, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, julg. 16.7.2009.

que, insista-se, não há regra na Lei de Arbitragem explicitamente contrária ao art. II (3) da Convenção. Mesmo, portanto, diante de um conflito aparente de normas, haveria que se interpretar sistematicamente os dispositivos em análise.<sup>572</sup>

Deve-se admitir, por outro lado, que o afastamento do efeito negativo somente pode ser pontual e excepcional, para afastar manobras procrastinatórias que retirariam qualquer vantagem da via arbitral. Entretanto, uma das principais dificuldades consiste em tentar delimitar as hipóteses de relativização do efeito negativo.<sup>573</sup> A doutrina tem tentado empreender tal tarefa à luz do direito material, com base na gravidade do vício verificado na convenção de arbitragem.<sup>574</sup> Não há, todavia, qualquer orientação nesse sentido na Lei de Arbitragem, cujo art. 8º, parágrafo único dispõe apenas que todo e qualquer tipo de questão capaz de comprometer a convenção de arbitragem, desde a sua inexistência até a sua mera ineficácia, deve ser apreciada pelos árbitros.

A relativização do efeito negativo do princípio da competência-competência deve ser realizada com base no direito processual. Nesse sentido, se for possível ao juiz estatal constatar *prima facie*, mediante prova pré-constituída, a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, não haverá motivo razoável para impedir que o Poder Judiciário desde logo ingresse na análise da matéria.<sup>575</sup> Contudo, se a alegação de vício na convenção de arbitragem depender de dilação probatória, será aconselhável, aguardar a decisão do árbitro, mitigando o risco de manobras protelatórias.<sup>576</sup> A dúvida, como se tem apontado, pesa a favor do exame prioritário pelos árbitros.<sup>577</sup>

<sup>572</sup> Nesse sentido, FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência..., cit., p. 292, nota 39.

<sup>573</sup> Cf. PITOMBO, Eleonora C., Os efeitos da convenção de arbitragem..., cit., p. 334: “Não há, todavia, na doutrina nacional ou internacional contornos muito claros do que possa ser considerado como vício manifesto...”. V. ainda a exposição de ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem...*, cit., p. 188-189.

<sup>574</sup> Nesse sentido, exemplificativamente, MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos...*, cit., p. 140 (“Penso que a exceção em apreço se operacionaliza nas hipóteses em que há manifesto vício de nulidade, no sentido inflamado da dicção. Um absurdo jurídico. Uma extravagância contratual”).

<sup>575</sup> Nesse sentido, embora restringindo tal possibilidade à fase pré-arbitral, ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem...*, cit., p. 190 e ss. Corroborando tal possibilidade, várias instituições de arbitragem já promovem o exame *prima facie* de regularidade da convenção de arbitragem antes de encaminhar o caso aos árbitros, competentes para decidir definitivamente a questão, em caso de prosseguimento da arbitragem. Nesse sentido, v. art. 6º.4 do Regulamento de Arbitragem da CCI: “Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o artigo 6º(3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento”.

<sup>576</sup> Interessante o paralelismo entre o sustentado no texto e a possibilidade excepcional de controle das condições da ação de execução mediante o incidente tradicionalmente conhecido como “exceção de pré-executividade”. Em princípio, havendo convenção de arbitragem ou título executivo, presume-se a sua

No âmbito da arbitragem coletiva, essa relativização do efeito negativo é muito importante, porque viabilizaria que, desde o início do procedimento arbitral ou mesmo por ocasião da celebração do compromisso, qualquer outro legitimado coletivo possa se dirigir ao Judiciário suscitando sua inexistência, invalidade ou ineficácia, sobretudo nos casos de inarbitrabilidade da controvérsia no plano coletivo ou de evidente prejuízo aos integrantes do grupo. Tal como ocorre na arbitragem individual, o benefício da dúvida será dos árbitros, de sorte que apenas nos casos de vício constatável *prima facie*, sem a necessidade de dilação probatória, poderá tal medida judicial ser acolhida, em respeito ao princípio da competência-competência estabelecido na Lei de Arbitragem, sem negligenciar, porém, os relevantes interesses coletivos em jogo.

Estabelece-se, com tal providência, mais uma instância de proteção contra os abusos verificados nos Estados Unidos e Canadá (itens 1.2.1.1 e 1.2.1.2).

### 3.2.4 Quem é o legitimado a iniciar o procedimento?

Como já se concluiu no item 2.3.3, ao menos em um primeiro momento, é prudente restringir o compromisso arbitral que tenha por referência uma coletividade apenas aos entes públicos, nos mesmos termos que o art. 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública<sup>578</sup> faz em relação ao compromisso de ajustamento de conduta. Desse modo, associações, sindicatos e fundações privadas não podem celebrar tal compromisso, nem o cidadão legitimado, por exemplo, a uma ação popular.

---

existência, validade e eficácia. O benefício da dúvida é dos árbitros e da execução. Admite-se, porém, que o juiz promova o controle *prima facie*, tanto sobre a regularidade da convenção de arbitragem como sobre as condições da execução. Caso não exista prova pré-constituída da alegada inexistência, invalidade ou ineficácia, então incumbirá ao juiz abster-se de examinar a questão, que somente poderá ser apreciada pelas vias próprias: no caso da convenção de arbitragem, tal análise será realizada pelos próprios árbitros (ressalvada eventual medida judicial após a sentença arbitral); no caso de título executivo, a matéria será conhecida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos do executado.

<sup>577</sup> V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 94-95; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência-competência...*, cit., p. 291.

<sup>578</sup> Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “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”. Para uma ampla discussão de sua interpretação, especialmente no que concerne aos entes da administração indireta, v. nota 432 *supra*.

Ressalva deve ser feita, porém, à hipótese específica de arbitragem societária, em que seria possível, em tese, deflagrar um procedimento coletivizado com suporte em cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos da sociedade, o que dispensaria a participação de um ente público (item 3.2.1, *supra*).

Uma vez firmado o compromisso arbitral, todavia, desaparece a limitação e o procedimento coletivo poderá ser deflagrado por qualquer outro legitimado coletivo, nos termos da legislação pertinente (art. 5º da Lei nº 7.347/1985;<sup>579</sup> art. 82 do Código de Defesa do Consumidor<sup>580</sup> e mesmo, conferindo legitimidade ao cidadão, art. 1º da Lei nº 4.717/1965,<sup>581</sup> sem prejuízo de outras leis específicas sobre ações coletivas). Abrem-se as portas, portanto, para que legitimados coletivos privados – associações, sindicatos, fundações privadas – possam se valer da arbitragem de direitos coletivos, sem abrir mão do controle prévio acerca de sua instituição.

No caso específico da arbitragem societária, nada impediria que, eventualmente, uma associação de acionistas deflagra-se o procedimento coletivizado com amparo na cláusula compromissória inserida nos atos da sociedade. Como o grupo envolvido, em muitos casos, será bastante restrito, dificilmente tais conflitos ensejariam a intervenção de legitimados coletivos públicos, muito embora não se deva descartar tal hipótese em absoluto, especialmente nas sociedades de capital aberto.

Note-se que a legitimidade consiste em um dos componentes fundamentais da estruturação da tutela coletiva no Brasil, que não pode ser objeto de disciplina entre as

---

<sup>579</sup> Art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública): “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

<sup>580</sup> Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

<sup>581</sup> Art. 1º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): “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 (Constituição, art. 141, § 38), 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”.

partes do âmbito da arbitragem, por resvalar em matéria de ordem pública processual, um dos limites para a flexibilidade do procedimento (item 3.1.3).

### 3.2.5 Como obter o consentimento do réu?

A arbitragem, seja no plano individual ou coletivo, se funda essencialmente na autonomia privada. O consentimento, que pode ser expresso ou tácito (item 2.3.1 *supra*), é a base para a instauração de qualquer procedimento arbitral. Ao longo do presente estudo, a avaliação do consentimento dos integrantes do grupo foi objeto de detida consideração, a fim de que seus interesses não fossem prejudicados, mas pouca atenção foi dada até o momento sob a perspectiva do demandado. Ocorre que, se este não manifestar seu consentimento, por mais que os representantes ou mesmo todos os membros do grupo assim queiram, não será viável a arbitragem.

A questão é relevante porque, se a arbitragem coletiva puder proporcionar maior celeridade à resolução do litígio na esfera coletiva, quando comparada com a alternativa judicial, o réu poderá não ter interesse na sua instauração, preferindo que a controvérsia se arraste por anos em todas as instâncias do Poder Judiciário. Nesse sentido, quando se examinou a experiência peruana com a arbitragem em matéria ambiental (item 1.2.1.5, *supra*), constatou-se que, apesar de sua previsão legal, tal instrumento não vem sendo utilizado em número significativo de casos e uma das causas apontadas para isso seria a posição de setores empresariais, desinteressados em abandonar a via judicial.

A questão, portanto, é como obter o consentimento do réu para os procedimentos arbitrais, a fim de que não se torne um instrumento em desuso.

O Sistema Arbitral de Consumo na Espanha, já examinado no mesmo item do presente estudo, revela uma iniciativa bastante interessante. Naquele país, concebeu-se um distintivo próprio, que somente pode ser utilizado pelos fornecedores que tenham consentido em participar de futuros procedimentos de arbitragem de consumo, a fim de que os consumidores sejam desde logo informados – por ocasião da contratação de produtos e serviços – de quais fornecedores aderiram ou não ao sistema.

Para melhor visualização, segue um exemplo de distintivo do Sistema Arbitral de Consumo espanhol, específico de uma Junta Arbitral de Consumo local:

**Figura 1 – Exemplo de distintivo local do Sistema Arbitral de Consumo da Espanha**



Fonte: Página do Instituto de Consumo de Extremadura, [www.incoex.org/incoex/index.php/empresas/adhesion-al-sistema-arbitral-de-consumo](http://www.incoex.org/incoex/index.php/empresas/adhesion-al-sistema-arbitral-de-consumo) (acesso em 24.8.2014).

A decisão acerca da concessão da utilização do distintivo é de competência do presidente de cada Junta Arbitral de Consumo.<sup>582</sup> Além disso, é previsto na legislação pertinente um registro público nacional dos fornecedores aderentes,<sup>583</sup> acessível de

<sup>582</sup> Art. 28.1 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “El presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente para conocer de la oferta pública de adhesión, resolverá motivadamente sobre su aceptación o rechazo y, en caso de aceptarla, otorgará a la empresa o profesional el distintivo oficial que figura en el anexo I”. V. tb. art. 28.4: “Las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo podrán utilizar en sus comunicaciones comerciales el distintivo oficial concedido. En el caso de ofertas públicas de adhesión limitada, las comunicaciones comerciales en las que se utilice el distintivo oficial concedido deberán poner a disposición del consumidor el modo de acceder a la información sobre el ámbito de la oferta de adhesión realizada”.

<sup>583</sup> Art. 31 do Real Decreto nº 231/2008 da Espanha: “1. Se crea el registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo, que será gestionado por el Instituto Nacional de Consumo. 2. A través del procedimiento normalizado que se habilite, las Juntas Arbitrales de Consumo notificarán al registro las ofertas públicas de adhesión o su denuncia, así como los acuerdos de concesión o retirada del distintivo de empresas adheridas y cualquier modificación conocida que afecte a los datos de estas empresas o profesionales. 3. El registro comunicará a todas las Juntas Arbitrales y a sus delegaciones de forma inmediata y en todo caso, en un plazo que no excederá de cinco días, las modificaciones registrales producidas. 4. El Instituto Nacional del Consumo y las Juntas Arbitrales de Consumo facilitarán el acceso a la información del registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo, que tendrá carácter público, de forma rápida y gratuita, especialmente por vía electrónica”.

forma gratuita e irrestrita pela *internet*,<sup>584</sup> e administrado pelo antigo Instituto Nacional de Consumo, recentemente sucedido pela Agência Espanhola de Consumo, Segurança Alimentar e Nutrição (Real Decreto nº 19/2014).

Seria possível cogitar de sistema inspirado nesses moldes no Brasil, a fim de que os potenciais demandados aceitassem participar de procedimentos arbitrais coletivos e, em troca, pudessem utilizar um distintivo ou fazer jus a algum registro importante para a sua imagem no mercado. Aliás, independentemente da utilização da arbitragem de direitos coletivos, seria mesmo interessante estudar a viabilidade de tal proposta para estimular a celebração de acordos em âmbito extrajudicial – como nos PROCONs, por exemplo – evitando que um número expressivo de ações judiciais repetitivas batesse às portas do Poder Judiciário ano após ano. Mais do que combater os efeitos dos litígios em série, é necessário encontrar alternativas para combater as suas causas, sob pena de ser impossível prestar jurisdição a todos, por maior que seja o esforço.<sup>585</sup>

Em termos de arbitragem no Brasil, já existe iniciativa comparável ao que se propõe, especificamente em matéria societária. No âmbito da BM&FBOVESPA, a previsão de convenção de arbitragem, vinculando-se a sociedade a submeter eventuais conflitos societários à Câmara de Arbitragem do Mercado, é requisito para que possa ser inserida no Nível 2 de governança corporativa,<sup>586</sup> no Novo Mercado ou no Bovespa Mais, providência significativa para atrair mais investimentos na companhia, devido à adoção de práticas de maior transparência, de respeito aos acionistas minoritários e que, em linhas gerais, reduzem os riscos do investimento.<sup>587</sup>

Em síntese, os incentivos econômicos para a obtenção do consentimento do réu na arbitragem coletiva revelam-se decisivos para a sua viabilidade. Tal concordância pode ser obtida previamente, mediante adesão do potencial réu a uma oferta pública, que se consolidaria no compromisso arbitral ajustado em momento posterior. Caso o réu, após instaurada a controvérsia, se recusasse a firmar o compromisso de forma

---

<sup>584</sup> Referido registro público encontra-se disponível em <http://arbitrajedeconsumo.mspsi.es>, acessado em 24.8.2014.

<sup>585</sup> Impressiona, nesse sentido, recente relatório do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números...*, cit., p. 298, indicando que o total de processos em tramitação no Poder Judiciário, no ano de 2012, correspondia a 92,2 milhões de casos, ou seja, praticamente um processo para cada dois habitantes no Brasil.

<sup>586</sup> Sobre o conceito de governança corporativa, v. nota 126 *supra*.

<sup>587</sup> Para uma comparação dos segmentos especiais de listagem da BM&FBOVESPA, seus respectivos regimes jurídicos e a exigência de vinculação à Câmara de Arbitragem do Mercado, v. <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/o-que-sao-segmentos-de-listagem.aspx?Idioma=pt-br>, acessado em 24.8.2014.

injustificada, ainda seria possível ao representante do grupo se valer da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem,<sup>588</sup> caso em que o Poder Judiciário, naturalmente, exerceria mais uma forma de controle prévio sobre a validade da convenção.

Seria necessário, porém, estruturar tal oferta pública de maneira que vinculasse apenas o réu em potencial, mas não o representante e muito menos a coletividade. Como já se demonstrou (item 3.1.4), as hipóteses adequadas para a arbitragem coletiva são bastante específicas, não podendo o demandado se valer de uma convenção arbitral anterior à controvérsia para, em momento subsequente, obstar o acesso do Judiciário, o que poderia abrir margem para abusos e frustrar a tutela coletiva.

### 3.2.6 Como escolher o árbitro?

Uma arbitragem será tão boa como os árbitros que nela atuarem, é o que diz um velho adágio sobre o tema. No campo da arbitragem de direitos coletivos, tal assertiva é igualmente verdadeira. Afinal, somente uma escolha adequada dos árbitros assegurará um julgamento qualificado e, mais do que isso, por especialistas, sendo esta uma das principais vantagens que justificaram a via arbitral na tutela coletiva (item 3.1.3), ao lado da maior celeridade que a proporcionada pelo Judiciário.

Para que o procedimento arbitral coletivo alcance os fins a que se propõe e não coloque em risco a efetividade da tutela coletiva, portanto, torna-se crucial a tarefa de

---

<sup>588</sup> Art. 7º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral”.

escolher quem serão os árbitros que administrarão o caso e apreciarão a controvérsia, a exigir detido exame no presente estudo.

A análise dos regulamentos de instituições de arbitragem – e, igualmente, das cláusulas compromissórias que costumam ser incluídas nos contratos – aponta para alguns critérios relativamente comuns de escolha dos árbitros. Nos casos submetidos a árbitro único, o que é mais adequado para litígios de menor expressão econômica (por reduzir as despesas com honorários dos árbitros), é frequente a previsão de que as partes escolherão, de comum acordo, o árbitro. Havendo controvérsia insanável, o árbitro será indicado pela instituição arbitral ou, na sua ausência (por não haver previsão nesse sentido no regulamento da instituição ou por se tratar de arbitragem *ad hoc*), em ação judicial própria, na forma do art. 7º da Lei nº 9.307/1996, incumbindo ao juiz suprir a escolha que não pode ser alcançada pelo consenso das partes.<sup>589</sup>

Nos casos de tribunal arbitral colegiado, normalmente com três membros,<sup>590</sup> o mais comum é prever que o autor indicará um árbitro e o réu indicará outro. O terceiro árbitro, presidente do tribunal arbitral, será escolhido de comum acordo pelos outros dois árbitros. Havendo impasse, a instituição de arbitragem indicará o presidente do tribunal arbitral ou mesmo, em alguns casos, todos os seus componentes.<sup>591</sup> Em último caso, incumbirá ao Judiciário suprir tal escolha.<sup>592</sup>

---

<sup>589</sup> V. art. 4.13 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; art. 5.9 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 29 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 2.6 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; itens C.3 e C.4 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras; art. 3.2 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; art. 2.6 do Regulamento da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS) e art. 4º.2 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac).

<sup>590</sup> O tribunal arbitral deve obrigatoriamente ser composto por número ímpar de integrantes, nos termos do art. 13, § 1º da Lei de Arbitragem.

<sup>591</sup> V. art. 4.12 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; art. 5.10 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); art. 30 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; arts. 2.4 e 2.5 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; art. 3.3 e 3.4 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; item C.2 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras; arts. 2.2, 2.4 e 2.5 do Regulamento da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS) e art. 4º.1 do Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná (Arbitac).

<sup>592</sup> Art. 13, § 2º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei”.

Na arbitragem coletiva, nada impede que seja adotado o mesmo procedimento, em linhas gerais. Entretanto, algumas adaptações devem ser observadas.

Em primeiro lugar, por se tratar de providência crucial para o bom andamento do procedimento arbitral de direitos coletivos e para afastar o risco de fraudes, deve ser garantida ampla publicidade ao processo de escolha antes de sua conclusão, para que os demais colegitimados e os integrantes do grupo possam fiscalizá-lo, verificando a lisura do árbitro a ser indicado, sua capacidade, a inexistência de qualquer circunstância capaz de ensejar seu impedimento ou suspeição<sup>593</sup> e sua especialização para apreciar o assunto controvertido. Mais uma vez, afasta-se a confidencialidade típica do procedimento arbitral individual, como já examinado no item 2.5 *supra*. Além disso, não figurando o Ministério Público no polo ativo da arbitragem coletiva a se instaurar, ele também deve ser ouvido como fiscal da lei no processo de escolha dos árbitros (item 2.4).

Em segundo lugar, é se de esperar que, não raramente, os legitimados coletivos diverjam acerca do árbitro mais adequado para apreciar o caso. Pode ser que, tratando-se de coletividade fragmentada em facções, seja conveniente ampliar o número de integrantes do tribunal arbitral, sempre em número ímpar, para que todas elas sejam contempladas na sua composição. Alternativamente, é possível separar o conflito em dois procedimentos coletivizados, cada um com seus árbitros. Evidentemente, esse não será o caso se não for possível estabelecer dois subgrupos com interesses próprios ou que, por qualquer outro motivo, não possam ser fracionados.

Havendo impasse insuperável entre os colegitimados (incluindo o Ministério Público), assim como ocorre nos procedimentos individuais com litisconsórcio, será o caso de a instituição de arbitragem resolvê-lo<sup>594</sup> ou, na sua ausência, de submeter a

---

<sup>593</sup> Art. 14 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “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”.

<sup>594</sup> V., exemplificativamente, para os casos de litisconsórcio no polo ativo ou passivo, em que as partes não chegam a um consenso na indicação de seu árbitro, fenômeno semelhante ao que ocorreria em caso de divergência de colegitimados coletivos: art. 4.16 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“No caso de arbitragem com múltiplas partes, como requerentes e/ou requeridas, não havendo consenso sobre a forma de indicação de árbitro pelas partes, o Presidente do CAM/CCBC deverá nomear todos os membros do Tribunal Arbitral, indicando um deles

questão ao Poder Judiciário, que dará a palavra final. Para que o procedimento não fique paralisado, aguardando a solução judicial e frustrando a desejável celeridade, por mais este motivo, é recomendável que a arbitragem seja institucional (item 3.2.2), o que criaria mais uma instância, ainda em sede arbitral, para que eventual divergência entre os colegitimados pudesse ser resolvida sem maiores transtornos.

Há, por fim, uma terceira circunstância peculiar a se considerar. Como já se referiu no item 3.2.3, o efeito negativo do princípio da competência-competência deve ser relativizado, permitindo o acesso imediato ao Poder Judiciário sempre que houver algum vício na convenção de arbitragem constatável *prima facie*, independentemente de dilação probatória. Dada a extraordinária importância do processo de escolha dos árbitros para o êxito da arbitragem coletiva, o mesmo deve ocorrer aqui.

Se for possível demonstrar em juízo, mediante prova pré-constituída, impedimento ou suspeição do árbitro, alguma circunstância que evidencie a sua falta de lisura ou capacidade ou, ainda, sua absoluta inadequação para apreciar o litígio, poderá qualquer legitimado – mesmo após eventual divergência ter sido sanada pela instituição de arbitragem – se dirigir ao Poder Judiciário, que exercerá tal controle e desde logo indicará outro árbitro em lugar do impugnado. Mais uma vez, no entanto, a dúvida se opera a favor da arbitragem. Assim, se houver necessidade de dilação probatória, não poderá o procedimento arbitral aguardar o deslinde da questão pela via judicial, sem prejuízo do controle exaustivo a ser deflagrado contra a sentença final.

Nada impede, como já mencionado, que os árbitros possuam formação em outra área, que não jurídica. Na arbitragem coletiva, porém, é extremamente recomendável que, devido à alta complexidade do procedimento, o árbitro único ou, pelo menos, o presidente de um tribunal arbitral colegiado tenha formação em Direito.

---

para atuar como presidente, observados os requisitos do artigo 4.12 deste Regulamento”) e art. 6.1 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) (“Sendo mais de uma parte Requerente ou Requerida e não sendo o conflito submetido a árbitro único, os Requerentes, conjuntamente, e as Requeridas, conjuntamente, designarão seus respectivos árbitros. Caso as Requerentes ou Requeridas não logrem êxito em agrupar-se ou caso as Partes não cheguem a um consenso com relação ao seu respectivo coárbitro, o Centro poderá, ouvidas as partes, nomear o respectivo coárbitro ou todos os membros do Tribunal Arbitral”). De forma análoga, v. art. 30, parágrafo 2º do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 3.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP e art. 2.8 do Regulamento da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS).

### 3.2.7 Aspectos procedimentais específicos

Como referido no item 3.1.3, a flexibilidade do procedimento arbitral poderá ser muito útil para assegurar a efetividade da tutela coletiva. Na arbitragem, a flexibilidade não se limita à adaptação, admitindo-se verdadeira criação do procedimento nos espaços deixados pela Lei de Arbitragem (art. 21),<sup>595</sup> de modo que ela poderá funcionar como importante fator de superação de algumas deficiências legislativas em termos de tutela coletiva, como é ilustrativo o exemplo da comunicação ao grupo por outros meios (pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em qualquer outro meio, como contracheque, conta, fatura ou extrato bancário), com vistas a superar a insuficiência da mera publicação de um edital no Diário Oficial prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>596</sup>

Poderá o árbitro, ainda, determinar a realização de audiência pública, autorizar o ingresso de *amicus curiae*, abrandar a rigidez do regime de estabilização da demanda ou prolatar sentença parcial em relação aos pedidos já maduros para julgamento, deixando o restante para ser apreciado após adequada dilação probatória. É possível, finalmente, que sejam dilatados os prazos e invertida a ordem de produção probatória ou mesmo sejam utilizadas técnicas probatórias desconhecidas no processo civil estatal brasileiro, como o depoimento das testemunhas técnicas (*expert witness*) e, em situações muito específicas, devido aos riscos envolvidos, a *discovery*.<sup>597</sup>

Note-se que, com relação ao ingresso do *amicus curiae*, será conveniente que conste, da convenção de arbitragem ou do regulamento da instituição de arbitragem que se adotar, a prévia concordância das partes do procedimento com a sua intervenção, desde que determinada pelos árbitros, de acordo com a representatividade do *amicus curiae* e a relevância de sua atuação. Isso porque é comum na arbitragem a assertiva de que, devido à base contratual que a fundamenta, somente se admite a intervenção de

---

<sup>595</sup> Art. 21, *caput* e § 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “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”.

<sup>596</sup> Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

<sup>597</sup> Sobre a controvérsia acerca da utilização da *discovery*, v. referências contidas na nota 531 *supra*.

terceiros voluntária e com o consentimento das partes.<sup>598</sup> Ainda que, muitas vezes, os árbitros tratem o *amicus curiae* como especialista técnico,<sup>599</sup> o que estaria inserido em seus poderes instrutórios, não se pode ignorar a tendência, no processo civil brasileiro, de considerá-lo mais uma modalidade de intervenção de terceiros.<sup>600</sup>

### 3.2.8 Sistemas de vinculação e coisa julgada

O tema da vinculação dos integrantes do grupo ao resultado que se alcançar na arbitragem de direitos coletivos e o regime jurídico da coisa julgada já foi abordado nos itens 2.3.3 e 2.3.4, retornando-se apenas para fins de sistematização da estruturação da arbitragem de direitos coletivos. Assim como ocorre nas ações coletivas judiciais, conforme explicado, o sistema de vinculação e de coisa julgada no plano coletivo será distinto, de acordo com a categoria do direito em discussão.

<sup>598</sup> Entre outros, v. THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros..., cit., p. 84. V. tb., referindo-se e criticando o entendimento tradicional de que seria necessária a concordância inclusive das partes originárias, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 353-354; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 173 e MAZZONETTO, Nathália. Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 14, abr./jun. 2007, p. 55-58. Na Itália, o assunto foi disciplinado no art. 816-quinquies do CPC: “L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri. Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario. Si applica l'articolo 111”. Para uma análise do dispositivo, v. SILVA, Paula Costa e; GRADI, Marco. A intervenção de terceiros no procedimento arbitral no direito português e no direito italiano. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 28, out./dez. 2010, p. 67-92.

<sup>599</sup> Nesse sentido, v. MENEZES, Caio Campello de. O papel do *amicus curiae* nas arbitragens. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, jan./mar. 2007, p. 96.

<sup>600</sup> Ilustrativo, a esse respeito, é o projeto do novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, que se refere ao *amicus curiae* em seu art. 138, compondo o Título III do Livro III da Parte Geral, que se denomina exatamente “Da intervenção de terceiros” e contempla outras modalidades, como a assistência, a denúncia da lide e o chamamento ao processo. V. tb., à luz do CPC vigente, corroborando que o *amicus curiae* consiste em modalidade atípica de intervenção de terceiro, CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, set./out. 2004, p. 15-17; PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – Intervenção de terceiros. *Revista de Processo*, n. 109, jan./mar. 2003, p. 39. Contra, MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun. 2002, p. 281; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 247-248 (indicando tratar-se de auxiliar eventual do juízo, uma vez que não atua para defender interesse próprio). Para ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem...*, cit., p. 257, ainda que “as partes tenham limitado, no contrato que ampara a jurisdição arbitral, a participação de terceiros, os árbitros terão discricionariedade nesse tocante”.

A essa altura, resta apenas abordar um aspecto específico, que seria investigar se, de fato, a sentença arbitral é capaz de formar coisa julgada material. Nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito e sua sentença não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.<sup>601</sup> Além disso, segundo o art. 475-N, IV do CPC, a sentença arbitral constitui título executivo *judicial*.<sup>602</sup> Finalmente, o art. 31, mais uma vez da Lei de Arbitragem, prevê que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial.<sup>603</sup> Assim, embora não haja dispositivo explícito acerca da formação da coisa julgada material no âmbito da arbitragem,<sup>604</sup> é evidente a sua ocorrência, pela equiparação que o ordenamento jurídico brasileiro promove, a todo momento, entre as sentenças judicial e arbitral.

Destaque-se, ainda, o caráter jurisdicional que se vem reconhecendo, de acordo com entendimento amplamente dominante, à arbitragem.<sup>605</sup> Uma das características que se reconhece à jurisdição é a suscetibilidade a formar pronunciamentos com força de coisa julgada material – embora nem sempre tal ocorra, como é exemplo eloquente a ação cautelar, pelo menos no que concerne à questão de fundo, ressalvadas as hipóteses de prescrição ou decadência<sup>606</sup> –, visto que um de seus escopos consiste precisamente em pacificar e eliminar o conflito.<sup>607</sup> Se fosse possível a rediscussão de seu conteúdo pelas partes, tal função restaria seriamente abalada.

A previsão da ação anulatória de sentença arbitral (art. 33, Lei nº 9.307/1996) por *error in procedendo*, a ser ajuizada no prazo de noventa dias e que poderá ensejar a total desconstituição do provimento emanado dos árbitros, não infirma tal assertiva, pois também a sentença judicial está sujeita a ser atacada pela via da ação rescisória, com fundamentos ainda mais amplos – que podem acarretar o rejuízo da causa – e com prazo mais dilatado, de dois anos do trânsito em julgado.

---

<sup>601</sup> Art. 18 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

<sup>602</sup> Art. 475-N, IV do CPC: “São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença arbitral”.

<sup>603</sup> Art. 31 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “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”.

<sup>604</sup> Afinal, os efeitos a que se refere o art. 31 da Lei de Arbitragem seriam, a rigor, os substanciais, não se confundindo com a autoridade da coisa julgada.

<sup>605</sup> Nesse sentido, confirmam-se amplas referências na nota 346 *supra*.

<sup>606</sup> Art. 810 do CPC: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

<sup>607</sup> V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 204.

A conclusão de que a sentença arbitral pode formar coisa julgada material,<sup>608</sup> além de corroborar a aplicabilidade do regime específico das ações coletivas, conduz a outras consequências importantes. Havendo sentença arbitral sobre a mesma demanda que em uma ação judicial coletiva ajuizada posteriormente, ainda que por outro Colegitimado,<sup>609</sup> deverá o juiz extinguir o processo de ofício, nos termos do art. 267, V e § 3º do Código de Processo Civil.<sup>610</sup> Não será necessário, portanto, que o réu tome a iniciativa de suscitar a existência de uma convenção de arbitragem, nem que alegue já ter sido prolatada sentença arbitral sobre a matéria.

Além disso, aplica-se, assim como ocorre no Judiciário, a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do Código de Processo Civil.<sup>611</sup> Tal significa que, havendo sentença arbitral sobre determinada matéria, nenhum órgão do Judiciário poderá decidir de forma conflitante com a conclusão dos árbitros, ressalvada, sempre, a possibilidade de controle de seu pronunciamento pelos meios próprios, como a ação anulatória e a impugnação ao cumprimento de sentença arbitral.

---

<sup>608</sup> Nesse sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 393; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem..., cit., p. 138; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução...*, cit., p. 259-262; GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem...*, cit., p. 129; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 304; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 15, out./dez. 2007, p. 69; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral...*, cit., p. 369 e ss. Contra, recusando a formação de coisa julgada material à sentença arbitral, embora reconheçam seu alto grau de estabilidade, FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 48 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem...*, cit., p. 127-129.

<sup>609</sup> Sobre o ponto, sustentando que a litispendência (e, por consequência, também a coisa julgada) nas ações coletivas deve ser avaliada à luz do bem jurídico tutelado coletivamente e do grupo beneficiado, sendo irrelevante a parte formal do processo, entre outros, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 526-527.

<sup>610</sup> Art. 267, V do CPC: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada”. Art. 267, § 3º do CPC: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”. No mesmo sentido, embora se referindo à arbitragem individual, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 206. V. tb., extinguindo processo judicial subsequente por já existir coisa julgada decorrente de sentença arbitral válida, TJRJ, Ap. Cív. 0082986-91.2009.8.19.0001, 1ª CC., Rel. Des. Vera Maria Soares Van Hombeeck, julg. 14.7.2009.

<sup>611</sup> Art. 474 do CPC: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

### 3.2.9 Controle da sentença arbitral

Uma das principais preocupações ao estabelecer a estruturação fundamental para a arbitragem de direitos coletivos foi evitar que tal alternativa se desnaturasse em um instrumento para abusos, obstando o acesso ao Poder Judiciário e prejudicando a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, buscou-se construir um sistema de controle prévio do procedimento (item 3.2.3), o que não afasta, naturalmente, que haja um adequado controle de seu produto, a sentença arbitral, até porque, como já se viu, o efeito negativo da competência-competência deve ser relativizado apenas em caso de vícios constatáveis *prima facie*, independentemente de dilação probatória.

Na arbitragem de direitos coletivos, sem prejuízo das modalidades de controle próprias do procedimento arbitral individual e que aqui são igualmente aplicáveis, existem pelo menos três preocupações específicas concernentes à tutela coletiva e que podem se refletir, direta ou indiretamente, na sentença arbitral.

A primeira delas é terem sido apreciadas questões que não podiam ser subtraídas do Poder Judiciário porque eram inarbitráveis, sobretudo nos casos em que estiverem em jogo direitos indisponíveis. Nessa situação, estará autorizado o ajuizamento da ação anulatória, com fundamento no art. 32, I da Lei nº 9.307/1996,<sup>612</sup> que, embora se refira na literalidade apenas ao compromisso, aplica-se por identidade de razões também à cláusula compromissória.<sup>613</sup> Convenção de arbitragem que tenha versado sobre matéria inarbitrável é inválida, caindo por terra o fundamento que outorga parcela da jurisdição aos árbitros e autorizando a desconstituição de sua sentença.<sup>614</sup> Se, por outro lado, a

---

<sup>612</sup> Art. 32, I da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso”.

<sup>613</sup> Nesse sentido, explica CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 400, que o legislador brasileiro cometeu o mesmo equívoco que afetava o art. 829, 1 do *Codice di Procedura Civile* italiano, o que foi corrigido apenas pelo Decreto Legislativo nº 40/2006, de modo que hoje referido dispositivo alude à invalidade da convenção de arbitragem.

<sup>614</sup> Esse é ponto praticamente pacífico em doutrina, como se vê, entre outros, em CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 400; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem...*, cit., p. 207; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 336 (ressalvando que, em tais casos, pode-se cogitar até mesmo de inexistência da sentença arbitral, que pode ser declarada a qualquer tempo, independentemente de prazo); FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral...*, cit., p. 62; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 487-488; ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 220. V. tb., sustentando-se tratar de hipótese especialmente grave de vício na sentença arbitral, que pode ser reconhecida a qualquer

convenção de arbitragem se ateu aos limites legais, mas foram os árbitros que deles extrapolaram, será aplicável a hipótese do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.<sup>615</sup>

A segunda circunstância específica a se considerar está no receio de que, ao longo do procedimento arbitral coletivo, ocorra alguma violação a garantias processuais, especialmente sob a perspectiva dos membros ausentes do grupo envolvido. Nessa situação, também poderá ser ajuizada ação anulatória em proteção à coletividade, dessa vez com fundamento no art. 32, VIII da Lei nº 9.307/1996.<sup>616</sup> Ainda que o dispositivo se refira ao art. 21, § 2º da mesma lei, que não contempla explicitamente todas as garantias processuais com fundamento na Constituição, o procedimento arbitral delas não pode prescindir,<sup>617</sup> ao menos no que tange ao núcleo mínimo que compõe o devido processo legal coletivo<sup>618</sup> e que pressupõe, pelo menos, a adequada representação dos interesses do grupo mediante legitimados que não ostentem conflito de interesses.<sup>619</sup>

---

tempo, sem possibilidade de convalidação, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 241.

<sup>615</sup> Art. 32, IV da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “É nula a sentença arbitral se: (...) IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”. Em doutrina, como a convenção de arbitragem é o fundamento para a jurisdição do árbitro, há quem sustente tratar-se de hipótese de inexistência na parte da sentença arbitral que extrapolar seus limites, como se vê em VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. Tese (Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 175-176; FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral...*, cit., p. 67 e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Da sentença arbitral inexistente in VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco (Coord.). *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 192. A tese da inexistência, todavia, parece ignorar a previsão da sentença que extrapola os limites da convenção de arbitragem entre as hipóteses de ação anulatória, que se sujeita ao prazo decadencial de noventa dias (art. 33, § 1º). Além disso, a inércia dos legitimados a ingressarem com a ação anulatória da sentença arbitral – desde que arbitrável a matéria – poderia ser compreendida como consentimento tácito e *a posteriori* com a jurisdição do árbitro na parte em que excedeu a convenção de arbitragem. Rejeitando explicitamente a tese da inexistência, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 496.

<sup>616</sup> Art. 32, VIII da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “É nula a sentença arbitral se: (...) VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”. Art. 21, § 2º: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

<sup>617</sup> V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 243, em que afirma que o dispositivo não é exaustivo quanto às garantias constitucionais que devem permear o processo arbitral, impondo-se tal conclusão por interpretação sistemática do art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem. V. tb. LEMES, Selma Maria Ferreira. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem in MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 89, sustentando que grande parte dos princípios e garantias processuais ressoa na instância arbitral.

<sup>618</sup> Para CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 293, o legislador brasileiro, assim como em outros países, identificou nesse dispositivo uma redução mínima do devido processo legal, um núcleo duro que não poderia ser afastado no âmbito da arbitragem, nem mesmo mediante consentimento das partes. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema...*, cit., p. 103 e ss., refere-se a devido processo legal *arbitral*, sob o fundamento de que tal garantia é necessariamente construída pela lei, e não pela Constituição, invocando em seu favor o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, que rejeita alegações de violação ao devido processo legal em Recurso Extraordinário por se

Por fim, o último receio está no risco de que os árbitros simplesmente violem a lei em sua sentença. Não parece compatível com a arbitragem de direitos coletivos a autorização para o julgamento por equidade,<sup>620</sup> não podendo os representantes do grupo abrirem mão da proteção legal estabelecida para a coletividade.

Aqui, a questão é significativamente mais delicada, pois o art. 32 da Lei de Arbitragem não contempla a possibilidade de invalidação da sentença dos árbitros por *error in iudicando*, mas apenas por *error in procedendo*. Não há hipótese análoga à ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V do CPC).<sup>621</sup> Por mais que possa ser criticada a admissibilidade da ação rescisória no Brasil de forma tão ampla<sup>622</sup> – alargada ainda mais pelo entendimento de se autorizar seu manejo inclusive por violação a princípios jurídicos<sup>623</sup> –, é inegável que se trata de proteção contra erros de julgamento que não está disponível na arbitragem.<sup>624</sup>

tratar de transgressão indireta, reflexa. Não se poderia, de acordo com o raciocínio desses autores, sustentar a incidência automática de todas as garantias consagradas no processo judicial à arbitragem. A ideia sustentada por eles não é, ainda assim, incompatível com a proteção dos interesses da coletividade, devendo nesse caso, todavia, serem identificadas as garantias mínimas do devido processo legal coletivo (a ser observado também em sede arbitral), ao qual se aludiu na nota 124 *supra*.

<sup>619</sup> Sobre a relação entre devido processo legal, representatividade adequada e ausência de conflito de interesses, amplamente, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 131 e ss.

<sup>620</sup> Art. 2º, *caput* da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

<sup>621</sup> Art. 485, V do CPC: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei”.

<sup>622</sup> Nesse sentido, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, cit., v. II, p. 357, apontando a complacência da doutrina em geral com a questão.

<sup>623</sup> Exemplificativamente, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 267-268; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323-324; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 159; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 500-501; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178-179; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 3, p. 438; SACCO NETO, Fernando. Do cabimento de ação rescisória com fundamento em violação de princípio geral de direito in MEDINA, Jose Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1020-1027; CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 185-189. Na jurisprudência, entre outros, STJ, EREsp 935.874, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 17.6.2009; STJ, REsp 329.267, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, julg. 26.8.2002; STJ, AR 822, 1ª S., Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 26.4.2000.

<sup>624</sup> É praticamente pacífico o entendimento de que a sentença arbitral não se submete à ação rescisória, somente podendo ser atacada pela ação anulatória prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem. Confira-se: ARMELIN, Donald. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, jan./mar. 2004, p. 14; WALD, Arnoldo. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista Forense*, v. 379, mai./jun. 2005, p. 46; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, abr./jun. 2005, p. 96-97; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 546; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho.

Não parece, todavia, que essa proteção seja indispensável para a observância ao devido processo legal coletivo.<sup>625</sup> Na arbitragem, sequer há recurso contra a sentença arbitral e tal circunstância, longe de significar prejuízo aos interesses da coletividade, assegura a celeridade na entrega da prestação jurisdicional (item 3.1.2). Não é demais lembrar que a rescisória pode servir de proteção ao grupo, mas também poderia ser ajuizada pelo demandado na ação originária *contra* a coletividade. Além disso, permitir que o Poder Judiciário reveja o mérito da sentença dos árbitros poderia jogar por terra todas as vantagens dessa alternativa, como o julgamento por especialistas e a inibição à litigiosidade seriada. Incumbe aos interessados em levar a controvérsia à arbitragem, assim, sopesar as consequências de tal providência.

Destaque-se, ainda, que talvez seja possível, em situações excepcionais, romper o dogma da impossibilidade de revisão do mérito da sentença arbitral. Mesmo no campo da arbitragem individual, conquanto seja tradicional o entendimento de que o rol de hipóteses para a ação anulatória disposto no art. 32 da Lei de Arbitragem é taxativo,<sup>626</sup> não poucos autores relativizam tal assertiva, cogitando de ataque à sentença arbitral que

---

*Ordem pública e processo...*, cit., p. 47; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 297 (embora ressalvando seu aproveitamento para os casos de inexistência da sentença arbitral); FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral...*, cit., p. 72 (acrescentando, em argumento não acolhido pela doutrina dominante, que a sentença arbitral não faria coisa julgada, o que afastaria a possibilidade de ação rescisória); CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem...*, cit., p. 128-129 (idem). Em evento realizado em abril de 2014, na cidade do Rio de Janeiro, denominado III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), com o objetivo de examinar o projeto do novo CPC, na versão aprovada na Câmara dos Deputados, foi aprovado o Enunciado interpretativo nº 203: “Não se admite ação rescisória de sentença arbitral”. Em sentido isolado, porém, aparentemente aludindo ao cabimento de ação rescisória nas hipóteses de nulidade não contempladas pela ação anulatória, VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 147-148.

<sup>625</sup> Entretanto, para RICCI, Edoardo Flavio. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional *in Lei de arbitragem brasileira*. Oito anos de reflexão: Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70-71, a impugnação judicial da sentença consiste em uma garantia fundamental que decorre do direito constitucional à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da Carta Magna). Assim, os fundamentos para a impugnação judicial não podem ser muito limitados, sob pena de tornar-se insuficiente como garantia constitucional. Essa discussão, de todo modo, não diz respeito particularmente à arbitragem coletiva.

<sup>626</sup> V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 399 (ressalvando que haverá casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo, como no caso de inarbitrabilidade de um litígio apreciado pelos árbitros); FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral...*, cit., p. 55; ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral..., cit., p. 13; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória..., cit., p. 98; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral...*, cit., p. 403-404. Contra, porém, aludindo à posição de Edoardo Ricci (nota anterior), NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral...*, cit., p. 278-280. Aduzando tratar-se de rol exemplificativo, ainda, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun. 2002, p. 211 e CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009, p. 123.

virole a ordem pública,<sup>627</sup> ainda que o objetivo do legislador, à época da aprovação da Lei nº 9.307/1996, tenha sido exatamente afastar tal referência para coibir abusos na utilização da ação anulatória contra sentença arbitral.

Para tanto, sustenta-se que, se a mesma Lei nº 9.307/1996 não permite que sejam homologadas sentenças arbitrais estrangeiras que atentem contra a ordem pública (art. 39, II)<sup>628</sup> e se o critério para aferir sua estraneidade é unicamente o local em que proferidas (art. 34, parágrafo único)<sup>629</sup> – independentemente do país em que se localizam as partes ou em que foram praticados os atos processuais –, não faz sentido a disparidade de tratamento entre as sentenças nacional e estrangeira. Ademais, o respeito à ordem pública seria necessário para preservar as garantias fundamentais e, em última medida, a credibilidade da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

O assunto necessita de amadurecimento, a demandar estudo próprio. O conceito de ordem pública é bastante tormentoso, o que enseja larga indefinição das hipóteses excepcionais de controle judicial da sentença arbitral. Ainda que se trate de tutela coletiva, não parece que toda e qualquer violação à lei consistiria em matéria de ordem pública, sob pena de ensejar a mais absoluta insegurança jurídica pela indiscriminada possibilidade de revisão da sentença prolatada pelos árbitros. Avaliar a questão sob a

---

<sup>627</sup> Entre outros, v. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, abr./jun. 2006, p. 265 e ss.; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 411-418 (como hipótese de exceção ao rol de hipóteses, em regra taxativos, da ação anulatória); BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 514-516; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem...*, cit., p. 320 (ressalvando que apenas em situações aberrantes, de flagrante injustiça); VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral...*, cit., p. 163; FARIA, Marcela Kohlbach de. *Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 186-190. Para ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial...*, cit., p. 279-280, admitir “o controle judicial do acerto da decisão arbitral quanto ao mérito da decisão do árbitro sob o argumento de afronta à ordem pública configuraria tangenciar o limite imposto pelo legislador quanto à revisão do mérito do julgado, tornando letra morta o que estabelece o art. 18 da Lei de Arbitragem” Ainda assim, referido autor admite a invalidação da sentença arbitral que violar a ordem pública, “assim compreendida restritivamente como as regras imperativas do ordenamento jurídico a respeito da arbitrabilidade”. V. tb. WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 509-511 (admitindo o controle da sentença arbitral quando esta “se revelar, em seu conteúdo, desproporcional ante os valores fundamentais envolvidos na causa”, sem necessidade de observar o prazo do art. 33, § 1º da Lei de Arbitragem).

<sup>628</sup> Art. 39, II da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: (...) II - a decisão ofende a ordem pública nacional”. O dispositivo em destaque é anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou ao Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar a homologação de sentenças estrangeiras, sejam judiciais ou arbitrais. No projeto de reforma da Lei de Arbitragem (Projeto nº 7.108/2014), tal referência é atualizada.

<sup>629</sup> Art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

perspectiva da gravidade do vício, como sugerido por alguns autores, também não conduz a critérios suficientemente claros de impugnabilidade.

Para além das hipóteses de ataque à sentença que venha ser proferida em uma arbitragem coletiva, sob o ponto de vista processual, mais duas observações devem ser feitas. A primeira é que o prazo para a ação anulatória é significativamente inferior ao da ação rescisória, correspondendo a apenas noventa dias, iniciados do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.<sup>630</sup> Para que esse prazo tenha início, não basta que somente as partes formais do procedimento tomem conhecimento da sentença, nem que o Ministério Público seja dela intimado, na condição de *custos legis*. É necessário que se dê ampla publicidade à sentença arbitral, tanto para fins de controle de sua regularidade, como para conhecimento do grupo, que dela poderá se beneficiar, inclusive em subsequente liquidação e execução.

Com efeito, e aqui cabe a segunda observação, a Lei de Arbitragem previu que apenas a “parte interessada” poderia se valer da ação anulatória.<sup>631</sup> Em termos de tutela coletiva, no entanto, essa expressão deve se referir não somente às partes que figuraram no procedimento arbitral originário, mas também ao Ministério Público e a qualquer outro colegitimado coletivo para a defesa dos direitos e interesses que foram objeto de apreciação pelos árbitros. Ainda que seja questionável a tese sustentada em doutrina de que seriam aplicáveis à ação anulatória, por analogia, algumas regras específicas da ação rescisória<sup>632</sup> – como a que confere legitimidade a terceiros<sup>633</sup> – aqui se trata de caso peculiar, em que qualquer outro legitimado coletivo, sob a perspectiva processual, está exatamente na mesma situação jurídica que o legitimado que atuou na esfera arbitral, não se tratando de um simples terceiro prejudicado.

---

<sup>630</sup> Art. 33, § 1º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento”.

<sup>631</sup> Art. 33, *caput* da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

<sup>632</sup> Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória..., cit., p. 97: “Isso não significa dizer, contudo, que não possam ser aplicadas no processo instaurado para desconstituir a sentença arbitral, por analogia, regras do CPC válidas para a ação rescisória de sentença estatal. É pensar, por exemplo, na aplicação do disposto no art. 488, I; ou na regra de não suspensão dos efeitos da decisão por ‘nulificar’ (CPC, art. 489); ou mesmo na legitimação de que trata o art. 487, II, que, em princípio, parecem compatíveis com o sistema especial estabelecido pela lei de arbitragem” (grifou-se).

<sup>633</sup> Art. 487, II do CPC: “Tem legitimidade para propor a ação: II - o terceiro juridicamente interessado”.

Por isso mesmo, para que não se frustrasse o controle da regularidade da sentença arbitral pelos demais colegitimados coletivos, é indispensável que se dê publicidade à sentença arbitral, sob pena de, eventualmente, ser afastada a decadência do prazo de noventa dias, permitindo sua impugnação judicial em momento posterior.

Além da ação anulatória, naturalmente, outras vias processuais de controle da sentença final estão disponíveis, como a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 33, § 3º da Lei de Arbitragem, que ainda se refere aos embargos do devedor anteriores à reforma processual da Lei nº 11.232/2005), os embargos do executado, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC); a “exceção de pré-executividade” ou objeção de não executividade ou mesmo, como admitido por alguns autores, embora este seja um assunto ainda controvertido, o mandado de segurança contra ato do árbitro que viole direito líquido e certo.<sup>634</sup>

Em relação a esses outros meios processuais, no entanto, não se vislumbra maior peculiaridade em matéria de direitos coletivos, a não ser as mesmas questões abordadas anteriormente, no que concerne às hipóteses de cabimento da ação anulatória contra a sentença arbitral e à legitimidade para seu ajuizamento.

---

<sup>634</sup> Para uma visão geral do assunto, entre outros, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 233-235 (admitindo seu manejo contra decisões teratológicas); CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem...*, cit., p. 140-141 (idem); ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial...*, cit., p. 187 (admitindo a impetração em casos muito excepcionais, de teratologia, consistente na ilegalidade manifesta e absurda da decisão do árbitro, desde que não haja outra via processual idônea); WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, abr./jun. 2007, p. 14-15 (admitindo em situações extremas, quando não existir qualquer outra via processual idônea, como nos casos de terceiro prejudicado pela sentença arbitral ou de parte intimada pelo árbitro a apresentar documento confidencial, sem relação com a controvérsia); BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 648-652 (admitindo apenas em casos extremos, embora asseverando que os árbitros não se enquadrariam no conceito de autoridade coatora e alertando para o risco de vulneração aos princípios da competência-competência e da irrecorribilidade das decisões arbitrais) e WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral...*, cit., p. 504-505 (não admitindo a impetração, porque os árbitros, embora equiparados, não são efetivamente agentes do Estado e sua atividade não possui os escopos político e jurídico da jurisdição). Na jurisprudência, TJSP, Ap. Cív. 0120145-96.2011.8.26.0100, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julg. 13.9.2011 (asseverando que “a equiparação às autoridades, trazida pelo § 1º, do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009, ainda que interpretada de maneira extensiva, não tem o condão de alcançar árbitros, sobretudo tendo em vista que a Lei de Arbitragem prevê procedimento específico para eventuais casos de nulidade”).

### 3.2.10 Liquidação e execução da sentença arbitral

A legislação vigente sobre ações coletivas, no que diz respeito aos pedidos de natureza de condenação pecuniária, prevê a possibilidade de sentença genérica, ou seja, na qual não esteja determinado o *quantum debeat*, o que será apurado em subsequente fase de liquidação individual (art. 95, CDC).<sup>635</sup> Tal sistemática é totalmente compatível com o sistema arbitral, nada impedindo que os árbitros, ao final do procedimento, profiram sentença condenatória genérica.<sup>636</sup>

A partir daí, todavia, começam os problemas. Indaga-se, em primeiro lugar, quem deveria processar a fase de liquidação: o árbitro ou o juiz? Tratando-se de uma fase essencialmente cognitiva, na qual será delimitada a extensão da condenação, nada impediria que tal matéria pudesse ser, igualmente, submetida à arbitragem. E até seria possível contornar os problemas da vinculação dos membros do grupo à via arbitral (pois, em regra, esse será um procedimento individual, ao contrário da fase coletiva que lhe antecedeu) e do esgotamento da jurisdição dos árbitros pela prolação da sentença arbitral final (art. 29 da Lei nº 9.307/1996).<sup>637</sup> Bastaria, para tanto, que os interessados

<sup>635</sup> Art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

<sup>636</sup> Sobre a possibilidade de sentença arbitral ilíquida, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 394-395, que reviu seu entendimento anterior, por ter a Lei nº 11.232/2005 abandonado a concepção de uma sentença monolítica, final, alterando-se o padrão do devido processo legal em que se espelhava a Lei de Arbitragem. Antes, a liquidação era uma verdadeira ação, em que se declarava a extensão da condenação; agora, consiste em mero procedimento, que antecede as medidas necessárias para a fase de cumprimento da sentença. Também admitindo as sentenças arbitrais ilíquidas, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...*, cit., p. 184-185; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem...*, cit., p. 126. No mesmo sentido, embora observando ser incomum que tal ocorra na prática, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 450-451; TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Sentença arbitral e liquidez in PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público...*, cit., p. 163; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, n. 87, set. 2006, p. 41-45; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem...*, cit., p. 285 (embora se referindo a tal opção como “possibilidade teórica”) e FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei nº. 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, n. 87, set. 2006, p. 85. O entendimento se afigura correto, até porque se admite amplamente a prolação de sentenças parciais na arbitragem (nota 535), sendo que a sentença ilíquida, no fundo, não passa de uma modalidade específica de sentença parcial. Contra, porém, asseverando que a sentença arbitral deverá ser invariavelmente líquida, BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem...*, cit., p. 185-186.

<sup>637</sup> Art. 29 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo” (grifou-se).

firmassem compromisso arbitral específico para servir de amparo à fase de liquidação, que restabeleceria a jurisdição arbitral.

Do ponto de vista do demandado, o seu consentimento já poderia ser colhido antecipadamente, na forma de uma convenção de arbitragem para a futura liquidação que vinculasse apenas o réu – mas não os integrantes do grupo –, firmada no início ou durante o procedimento arbitral coletivo, em sistemática semelhante ao que hoje vigora para cláusula compromissória nas relações de consumo, à luz do art. 51, VII do CDC,<sup>638</sup> que produz efeitos vinculantes unicamente ao fornecedor (item 1.2.2).

Essa solução, porém, encontra um problema de ordem prática: é que, além de a instituição arbitral muitas vezes estar longe da base territorial em que se encontram os integrantes do grupo – o que, na liquidação judicial, é afastado pela possibilidade de que ela seja deflagrada no foro do domicílio do beneficiário<sup>639</sup> –, se existir um número muito elevado de liquidações, dificilmente a instituição de arbitragem estaria capacitada a processar adequadamente todos os procedimentos individuais. Se, eventualmente, fosse o caso de uma arbitragem *ad hoc* (item 3.2.2), a situação seria ainda pior, pela inexistência de uma estrutura especializada para tais procedimentos.

Na arbitragem de direitos coletivos, portanto, a conveniência parece se inverter em relação ao que ocorre nos procedimentos individuais. Nestes, costuma ser adequado que os árbitros apurem, desde logo, o *quantum debeatur*, com maior celeridade, no bojo da fase de conhecimento. Na arbitragem coletiva, entretanto, tratando-se de condenação genérica, haverá uma quebra no procedimento coletivo, para que este dê lugar à fase de liquidação individualizada, suscetível, possivelmente, de gerar litigiosidade seriada,

---

<sup>638</sup> Art. 51, VII do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

<sup>639</sup> Embora tenha sido vetado pelo Poder Executivo, na tramitação do Código de Defesa do Consumidor, o art. 97, parágrafo único, que permitia que as liquidações fossem propostas no foro do integrante do grupo beneficiado, tal veto foi inócuo. Em primeiro lugar, porque foi sancionado o art. 98, § 2º, I do CDC, que alude ao juízo da liquidação, como se fosse diferente do juízo em que tramitou a ação coletiva condenatória. A única forma de atribuir sentido a este dispositivo é interpretá-lo em conjunto com o art. 101, I do mesmo diploma legal, que permite que a ação de responsabilidade civil seja proposta no foro do domicílio do autor. A matéria já foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido, sob o regime dos recursos especiais repetitivos, como se vê em STJ, REsp 1.243.887, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 19.10.2011: “... levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual. Se o consumidor pretendesse ajuizar individualmente ação de conhecimento, poderia fazê-lo em seu próprio domicílio, cuja execução também poderia nesse foro tramitar (art. 10, inciso I, e art. 98, §2º, inciso I, do CDC)”.

para a qual a arbitragem não ostenta as ferramentas adequadas. É mais conveniente, assim, que já a fase de liquidação seja processada pelo Judiciário.

Para evitar discussões, optando-se pela liquidação judicial, é aconselhável que a convenção para a arbitragem de direitos coletivos exclua explicitamente da jurisdição dos árbitros a fase de liquidação individualizada, em caso de condenação genérica, uma vez que tal separação foge à regra geral da arbitragem individual.

Evidentemente, os árbitros não estão obrigados, mesmo nos casos de pedidos de condenação pecuniária, a seguir o tradicional regime da sentença genérica coletiva, sucedida pelas liquidações individualizadas. Mais uma vez, a flexibilidade inerente ao procedimento arbitral (item 3.1.3) exerce papel importante, dessa vez para superar as deficiências legislativas em tema de liquidação e execução nas ações coletivas. Como já examinado amplamente em estudo anterior,<sup>640</sup> ao confiar essencialmente na iniciativa das vítimas para deflagrarem os procedimentos de liquidação e execução individuais, o legislador frustrou a economia processual e a efetividade da tutela coletiva.

O resultado tem sido decepcionante para as ações coletivas judiciais. Mesmo nos casos em que o pedido for acolhido, poucas pessoas terão conhecimento do julgamento e menos integrantes ainda estarão dispostos a contratar um advogado para se habilitarem, liquidando seus danos pessoais.

Em muitos casos, porém, o procedimento previsto no Código de Defesa do Consumidor não será o mais eficiente. O réu pode, por exemplo, ter causado danos uniformes para todos os membros do grupo, como na hipótese de cobrança indevida de um valor fixo. Em outras situações, embora não sejam uniformes, os danos poderão ser calculados através de fórmulas matemáticas, previamente determináveis. Finalmente, haverá hipóteses em que bastará a apresentação da documentação pertinente (como uma nota fiscal, por exemplo) para determinar os danos. Esses e outros casos dispensam o procedimento tradicional de liquidação de sentença.

Para além das situações em que é possível desde logo fixar na sentença o valor dos danos, o que vem sendo aceito inclusive na esfera judicial,<sup>641</sup> os árbitros poderão se

---

<sup>640</sup> V., sobre o ponto, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...*, cit., p. 617-620.

<sup>641</sup> No campo das ações coletivas judiciais, a doutrina tem flexibilizado o procedimento previsto no CDC, asseverando que o juiz, quando possível, poderá desde logo proferir sentença condenatória líquida, como se verifica, exemplificativamente, em GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...*, v. II, p. 152; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para a tutela dos direitos individuais homogêneos in SANTOS, Ernane*

valer da flexibilidade do procedimento arbitral para, por exemplo, estabelecerem uma fórmula aritmética para a apuração dos danos, passíveis de imediata execução, ou um valor mínimo de indenização, permitindo que eventuais membros dissidentes do grupo lancem mão da liquidação tradicional para pleitear montante mais elevado.<sup>642</sup> Além disso, se já puderem ser determinados os membros do grupo envolvido, será possível determinar ao réu que, desde logo, efetue o pagamento das indenizações mediante depósito em instituição bancária, independentemente da burocrática instauração da fase de liquidação e de execução por iniciativa dos indivíduos beneficiados.<sup>643</sup>

Com relação à execução propriamente dita da sentença arbitral, seja porque ela já ostenta, desde o início, o atributo da liquidez, seja porque, eventualmente, se realizou a fase de liquidação no âmbito arbitral, como se sabe, os árbitros não possuem poder de coerção no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a execução apenas poderá ser

---

Fidélis dos *et al.* *Execução civil*: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 301 e GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual *in* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo...*, cit., p. 419-420. Contra, porém, revendo entendimento anterior, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 325, sob o fundamento de que, como os titulares dos direitos reconhecidos na sentença coletiva são desconhecidos nesse momento, a questão relativa à liquidez ultrapassa a barreira da quantificação da condenação, sendo necessário pelo menos verificar a legitimidade do credor individual antes de ter início qualquer atividade executiva.

<sup>642</sup> Essa é, inclusive, a proposta legislativa que se encontra no art. 27, §§ 3º a 5º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012: “§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. § 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo. § 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo”. No Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, tal proposta é também parcialmente acolhida, propondo-se o acréscimo de um art. 95-A, *caput* e § 1º ao Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos: “Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. § 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual”.

<sup>643</sup> Nesse sentido, art. 44 dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012: “Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários. Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido”.

deflagrada perante o Poder Judiciário, nos termos dos arts. 475-N, IV e parágrafo único e 475-J do Código de Processo Civil, não existindo qualquer peculiaridade.

## CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, sem a preocupação de repetir tudo o quanto ficou exposto nos capítulos anteriores, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1) O ordenamento jurídico brasileiro vivenciou importantes transformações na segunda metade do século XX, nelas se inserindo a consolidação da tutela coletiva e da arbitragem. Ambos os institutos – ações coletivas e arbitragem – estão hoje em fase de desenvolvimento semelhante: desenvolveram-se nas últimas décadas e vivenciam a perspectiva de reformas e aperfeiçoamentos. Destaque-se, porém, certa tendência (e reconhecida necessidade) de mudanças mais profundas no âmbito da tutela coletiva.

2) A existência da arbitragem coletiva já é incontestável em outros países, tendo sido abordada em diversos artigos doutrinários e até mesmo em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Canadá.

3) A arbitragem coletiva no direito estadunidense (*classwide arbitration*) surgiu na esfera cível como um indesejado efeito colateral de manobras de grandes empresas para fugir da propositura de ações coletivas (*class actions*) de larga escala. O assunto ganhou proeminência nacional em 2003, por ocasião do julgamento do caso *Bazzle* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual se entendeu que, existindo convenção de arbitragem, incumbe aos árbitros (não aos juízes) decidirem se a cláusula permite o processamento coletivo das pretensões.

4) Pouco após a decisão da Suprema Corte em *Bazzle*, que indiretamente abriu as portas para a arbitragem coletiva, importantes instituições de arbitragem nos Estados Unidos (AAA e JAMS) editaram regulamentos específicos para discipliná-la. Apesar disso, ainda não se tem definida a melhor divisão de trabalho entre árbitro e juiz nestes procedimentos, nem há qualquer precedente sobre questões importantes, tais como os requisitos fundamentais da notificação a ser enviada no curso do procedimento arbitral aos membros ausentes do grupo; quem deve arcar com os custos dessa notificação e os parâmetros para fixar os honorários dos advogados do grupo e dos árbitros.

5) Nos anos seguintes, a Suprema Corte dos Estados Unidos voltou a apreciar o tema das arbitragens coletivas nos casos *Stolt-Nielsen*, *Concepcion*, *Amex* e *Oxford*

*Health Plans*. Embora ainda seja cedo para definir as consequências dessas decisões, não parece que o futuro da arbitragem coletiva nos Estados Unidos seja dos mais auspiciosos. Ao que tudo indica, apenas nos casos em que a convenção permitir de forma expressa a arbitragem coletiva é que será, sem sombra de dúvidas, admitido seu processamento. Trata-se, porém, de hipótese raríssima, já que, em regra, as pretensões suscetíveis de coletivização nos Estados Unidos decorrerão de contrato de adesão cujas cláusulas terão sido redigidas pelo fornecedor de produtos ou prestador de serviços, que, na maioria dos casos, terá o interesse de impedir a certificação coletiva.

6) A influência norte-americana logo se fez sentir no Canadá, existindo alguns precedentes sobre a matéria. Ainda que não se tenha conhecimento de nenhum caso concreto em que tenha sido deflagrada uma arbitragem coletiva, até porque não existem instituições no Canadá que tenham editado regulamentos similares aos da AAA e da JAMS, também não se decidiu pela sua incompatibilidade com a legislação canadense, permanecendo a questão em aberto, de forma semelhante ao que ocorreu nos Estados Unidos após o julgamento do caso *Bazzle*.

7) Para além dos Estados Unidos, Canadá e, em certo sentido, da Espanha, a experiência com arbitragens coletivas em outros países tem sido ocasional, excepcional e casuística. Vale destacar, de todo modo, as experiências com arbitragens societárias na Alemanha; o precedente de arbitragem coletivizada em matéria societária que ocorreu na Colômbia (*Luis Alberto Durán Valencia v. Bancolombia*); a previsão de arbitragem ambiental no art. 152 da Lei Geral do Ambiente do Peru (Lei nº 28.611/2002) e, em âmbito transnacional, o caso *Abaclat v. Argentina*, administrado pelo Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos do Banco Mundial (ICSID – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*).

8) No Brasil, parece pouco provável que as arbitragens coletivas se tornem comuns nas mesmas circunstâncias observadas nos Estados Unidos e no Canadá, pois a legislação nacional proíbe que cláusulas compromissórias sejam impostas ao consumidor pelo fornecedor (art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor). Além disso, mesmo nos contratos de adesão que não se enquadrem como de consumo, o art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem dispõe que a cláusula compromissória somente terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar,

expressamente, com a sua instituição, mediante documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

9) Esse não é, todavia, o principal obstáculo para o surgimento de arbitragens de direitos coletivos no Brasil. A principal dificuldade diz respeito à arbitrabilidade dessa espécie de direitos e interesses, visto que se entende tradicionalmente que os direitos coletivos, de modo geral, seriam indisponíveis, ficando fora da esfera de arbitrabilidade objetiva estabelecida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/1996. Ademais, não se pode ignorar o problema da autonomia privada. Poderiam os representantes do grupo celebrar uma convenção arbitral sem a manifestação explícita de todos os membros da coletividade ou seria necessária a concordância individualizada de cada um deles?

10) Em doutrina, a arbitrabilidade das pretensões coletivas no Brasil constitui um tema longe de qualquer consenso. Alguns entendem inviável toda e qualquer arbitragem de direitos coletivos, independentemente da categoria em que se enquadrem, seja por estarem carregados com a marca da indisponibilidade ou porque não poderiam os representantes do grupo ajustar uma convenção de arbitragem vinculante a toda a coletividade. De outra parte, é possível encontrar quem defenda que apenas os direitos difusos e coletivos não podem ser submetidos à arbitragem, pois seriam indisponíveis em face da maneira pela qual as relações se apresentam no plano material. Há entendimento sustentando ainda maior restrição e admitindo unicamente a arbitragem de direitos individuais homogêneos nos casos em que não haja relevância social suficiente para tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, única situação em que se estaria diante de direitos disponíveis. Muitos sugerem, por outro lado, certo paralelismo com o instituto do compromisso de ajustamento de conduta, de maneira a definir a margem de transação – e, por consequência, de disponibilidade – dos direitos coletivos de forma muito restrita, apenas quanto ao modo e prazo de cumprimento das obrigações para com a coletividade.

11) Como se não bastasse toda a controvérsia doutrinária, há mais um dado relevante, que reforça a suspeita da admissibilidade da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. Tal circunstância está contemplada no art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição, que diz respeito aos conflitos coletivos do trabalho e dispõe que, uma vez frustrada a negociação, as partes poderão submeter a controvérsia à arbitragem. Parece estranho que o ordenamento permita expressamente a arbitragem coletiva em

matéria trabalhista e não admita de forma nenhuma, como sugere expressiva doutrina, que os demais conflitos coletivos sejam submetidos a árbitros.

12) Apesar da previsão constitucional, a arbitragem coletiva em matéria de direito do trabalho não se desenvolveu no Brasil, sendo apontados os seguintes motivos para o seu desuso: (i) manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, não possuindo as partes qualquer incentivo para procurarem a arbitragem; (ii) deficiências na disciplina da arbitragem no Brasil na época em que entrou em vigor a Constituição, em especial a falta de tutela específica para a cláusula compromissória e a exigência de homologação judicial do laudo arbitral; (iii) entendimento tradicional, ainda hoje dominante entre os juslaboralistas na esfera individual, de que os direitos trabalhistas em geral seriam indisponíveis; (iv) falta de representatividade da maioria das entidades sindicais do país; (v) elevado custo normalmente atribuído à solução pela via arbitral; e (vi) arraigada cultura judicialista dos profissionais do direito no Brasil, que preferem que a lide seja resolvida pelo Poder Judiciário.

13) Outro dado que sugere haver espaço para a arbitragem em matéria de tutela coletiva é que já foram apresentadas propostas legislativas que preveem expressamente tal possibilidade. Trata-se do art. 19, § 1º dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 4.484/2012 da Câmara dos Deputados, que contempla o encaminhamento do caso a outras formas adequadas de solução do conflito, incluindo a arbitragem, desde que observada a natureza disponível do direito em discussão. Essa é, todavia, a única referência dos dois projetos à arbitragem. Não se disciplinou o âmbito de cabimento, nem o procedimento a ser observado. O único critério delimitado pelo dispositivo em análise encontra-se ao final (“observada a natureza disponível do direito em discussão”) e, evidentemente, não responde a todas as indagações.

14) Uma revisão bibliográfica sobre o tema das arbitragens coletivas no Brasil aponta, além da suposta indisponibilidade dos direitos coletivos e da impossibilidade de o representante firmar convenção vinculante ao grupo, mais outros três obstáculos a serem enfrentados, quais sejam: (i) a questão das despesas com o procedimento arbitral, que devem ser arcadas por alguém, em contraposição à isenção prevista em favor do grupo nas ações judiciais coletivas; (ii) a contraposição entre a necessária publicidade das ações coletivas e o sigilo que costuma ser observado nos procedimentos arbitrais; e

(iii) a necessária intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nas ações coletivas que sejam deflagradas por outro colegitimado.

15) Desde as primeiras formulações doutrinárias dos interesses coletivos e difusos no Brasil, sob nítida influência italiana, estes foram concebidos como uma espécie intermediária entre os interesses público e privado. Conquanto hoje se admita, em alguma extensão, a submissão a árbitros de litígios com a Administração, sempre se atribuiu a marca da indisponibilidade ao interesse público, que acabou por contaminar os direitos coletivos *lato sensu*. Essa concepção passou, então, a guiar a interpretação da legislação sobre ações coletivas no Brasil, independentemente do direito material em discussão e mesmo sem nenhuma regra explícita nesse sentido.

16) A análise do tema da arbitrabilidade passa, ainda, por outra dificuldade de ordem terminológica. Ainda não se chegou, com efeito, a um consenso mínimo acerca do que se deve entender por um direito disponível. A disponibilidade por vezes é tratada como sinônimo para direito patrimonial, ou é considerada como atributo dos direitos que podem ser objeto de transação, ou é atribuída aos direitos suscetíveis de livre alienação ou negociação, ou é entendida como qualidade dos direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular ou, por fim, dos direitos em que não há proibição a que se espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso à jurisdição. Há, ainda, quem vislumbre até duas espécies de indisponibilidade, sendo uma material (de acordo com o bem jurídico tutelado) e outra normativa (atinentes à aplicação das normas jurídicas, conforme sejam dispositivas ou cogentes).

17) Para avançar na investigação da arbitrabilidade dos direitos coletivos, assim, tornou-se necessário delimitar minimamente o conceito de disponibilidade.

18) Atento aos interesses em discussão, não raras vezes o ordenamento jurídico inibe os efeitos da disposição, retirando total ou parcialmente do consentimento de seu titular as consequências que se dele poderia esperar e dando origem ao que se convencionou chamar de direitos indisponíveis. Os fundamentos que levam o ordenamento jurídico a inibir os efeitos do consentimento são variados, o que conduz a indisponibilidades em diferentes contextos e a diversas conceituações, que variam conforme cada caso e de acordo com o contexto social, político e cultural. A tarefa de delimitar os fundamentos por trás da indisponibilidade de alguns direitos, portanto, exigiria estudo próprio, muito além dos limites do Direito Processual, na medida em que

sua origem está no direito material, perpassando diferentes áreas do ordenamento jurídico, com colorações absolutamente heterogêneas.

19) Tal não impede, todavia, que se alcance um conceito mínimo do que consiste um direito disponível. Disposição de direito pressupõe, no mínimo, o consentimento válido (livre e informado) e dirigido ao enfraquecimento de determinada posição jurídica do titular.

20) Em decorrência disso, a compulsoriedade do exercício de um direito, embora seja indício de indisponibilidade, não pode ser considerada como seu sinônimo. Essa conclusão é especialmente importante, uma vez que a previsão de que o Ministério Público ou outro legitimado prossigam com a ação coletiva em caso de desistência ou abandono pelo autor foram consideradas pela doutrina evidências da indisponibilidade dos direitos coletivos, entendimento refutado pela conceituação a que se chegou.

21) A categoria dos direitos individuais homogêneos foi construída (“forjada”) pelo Código de Defesa do Consumidor com vistas a uma finalidade pragmática, qual seja, abrir as portas da tutela coletiva para direitos que, em sua essência, não eram coletivos, mas individuais, perfeitamente determinados ou determináveis. Não há uma categoria de direito material a que correspondam os individuais homogêneos que, no fundo, visam tão somente a permitir uma específica técnica de coletivização. Sob o ponto de vista material, os direitos em voga permanecem com a natureza individual que lhes originou. Homogeneidade é somente um atributo necessário para que, verificando-se a existência de questão comum de fato ou de direito, sem a qual sequer faria sentido a tutela coletiva, tais direitos possam ser processados conjuntamente.

22) Se os direitos individuais homogêneos não se justificam como categoria de direito material abstrata e se a reunião de direitos essencialmente individuais não altera a sua natureza, é lícito concluir que, ausente qualquer disposição legal em sentido contrário, sua simples reunião para processamento coletivo não seria capaz de tornar indisponíveis direitos que, em sua origem individual, são disponíveis. Não faz sentido, portanto, afirmar que todo direito individual homogêneo seja indisponível.

23) Direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, inversamente, não consistem em simples técnicas processuais de coletivização. No entanto, se os direitos difusos fossem individualmente titularizados pelos membros da comunidade afetada, haveria grande instabilidade das relações jurídicas em discussão, submetidas a alterações fáticas

contingenciais. Em que pese aos propósitos do Código de Defesa do Consumidor, sua conceituação abstrata, paradoxalmente, ficou apegada à figura do indivíduo.

24) Direitos difusos e coletivos são melhor compreendidos quando se percebe que seu polo ativo não se compõe de pessoas determinadas ou indeterminadas, mas de um grupo. Esse polo ativo é, invariavelmente, muito bem determinado: a coletividade. Os elementos componentes – os membros do grupo – é que podem ser determináveis ou não. Tratando-se de polo ativo complexo, esses direitos não podem ser fracionados, porque não pertencem nem a uma, nem a várias pessoas, mas a todo o grupo.

25) Os direitos difusos e coletivos estruturam-se em dois polos subjetivos, um ativo e outro passivo. Nada impede, porém, que um dos polos (ou mesmo ambos) seja ocupado por um ente coletivo, cujas relações internas não dizem respeito diretamente ao direito em análise. A concepção dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* consiste, assim, em expediente técnico para possibilitar que sejam vinculados diretamente e de uma só vez todos os integrantes de uma coletividade, determinável ou não. Estabelecida tal premissa e dentro dessa lógica estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, é forçoso concluir que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* apenas podem ser exercidos tendo por referência uma coletividade.

26) A análise estrutural dos direitos difusos e coletivos evidencia, assim, que com exceção de seu referencial coletivo, do qual decorre o atributo de sua indivisibilidade, não há qualquer alteração significativa em seu conteúdo em relação a um direito subjetivo individual, de maneira que também a eles se aplicam todas as considerações apresentadas quanto à sua (in)disponibilidade. Como não há previsão, na legislação brasileira sobre ações coletivas, acerca da indisponibilidade de tais direitos, tal atributo somente pode resultar das determinações do direito material, que escapam ao escopo processual e aos limites do presente estudo.

27) Devido à concepção amplamente dominante de que os direitos coletivos, de forma geral, seriam indisponíveis, parcela expressiva da doutrina tem negado a natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta e mesmo os autores que a admitem tomam o cuidado de restringi-la a questões periféricas, notadamente o tempo e o modo de cumprimento das obrigações assumidas, ressaltando sempre não ser possível dispor do direito coletivo. A premissa, todavia, não se sustenta. Nem sempre tais

direitos serão indisponíveis, a depender da relevância jurídica do bem em discussão. Abre-se espaço, assim, para que seja conferida maior amplitude ao instituto.

28) O espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta pode ir além das questões atinentes à forma, ao modo e ao tempo de cumprimento das obrigações que vierem a ser assumidas pela parte contrária à coletividade. Há que se reservar alguma esfera para que sejam ajustadas concessões recíprocas, tudo a depender do grau de disponibilidade do direito coletivo em discussão. Por isso mesmo, em virtude da perspectiva casuística que essa análise pressupõe, é de todo recomendável que o compromisso de ajustamento seja submetido à homologação judicial. Ainda que o magistrado não possa se imiscuir no mérito da conveniência dos termos acordados, é inafastável o exame de legalidade das cláusulas e condições ajustadas, inclusive para verificar eventual indisponibilidade.

29) No caso de compromisso de ajustamento de conduta, qualquer indivíduo que se sinta prejudicado a ele não estará vinculado, podendo ajuizar ação própria em defesa de seu direito individual abrangido pela técnica de coletivização (no caso de direitos individuais homogêneos), com fundamento no art. 103, § 2º do CDC, ou mesmo de um direito individual reflexamente atingido pelo compromisso que versou sobre direito difuso ou coletivo, nos termos do art. 103, § 1º do CDC.

30) Firmado o compromisso, não poderão os demais legitimados rediscutir a matéria, ressalvada a possibilidade de invalidação por qualquer vício no acordo, inclusive por ter versado sobre matéria indisponível. Tal discussão seria possível tendo sido ou não homologado judicialmente o compromisso.

31) A possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes envolvidas pode conferir ainda maior legitimidade política a esses, quando comparada com a que ostenta o Poder Judiciário. Ainda que não seja possível ou sequer desejável a eleição direta dos integrantes do tribunal arbitral pelos próprios membros do grupo, a atuação de seu representante no processo de escolha dos árbitros, na condição de legitimado coletivo, e do Ministério Público – seja como parte formal ou *custos legis* –, pode conferir um grau qualificado de participação democrática na função jurisdicional.

32) Além da indisponibilidade *tout court* dos direitos coletivos, costuma-se objetar a ausência de legitimação do representante para celebrar uma convenção de arbitragem que pudesse vincular a todos os integrantes do grupo afetado, sendo a

autonomia privada um pressuposto essencial para a instauração de arbitragem. Parte-se da premissa de que o consentimento necessário para a arbitragem deve se manifestar de forma expressa e individualizada, extrapolando, em consequência, os poderes que o representante da coletividade poderia exercer no interesse do grupo.

33) Do exame dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ, infere-se não estar consolidada – com a exceção pontual do acórdão proferido pelo STJ na SEC nº 856 – a tese da cláusula compromissória tácita, o que se explica pela previsão explícita na legislação brasileira de que a convenção de arbitragem obedeça à forma escrita. Embora exista certa tendência, no direito comparado, de relativizar esse requisito, admitindo a manifestação verbal ou mesmo o abrandamento do rigor da forma escrita, com a utilização de outros meios para a verificação da convenção de arbitragem (e-mail, afirmações das partes, etc.), tal fenômeno ainda não repercutiu no Brasil.

34) A exigência da cláusula compromissória expressa, na forma escrita, não significa que a sua aceitação por alguma das partes não possa ser tácita. Aplica-se não apenas o art. 111 do Código Civil, como, ainda, o princípio da boa-fé objetiva referido no art. 422 do Código Civil. As circunstâncias em que o silêncio se reputa qualificado no âmbito da homologação de sentenças estrangeiras, como demonstram os precedentes analisados, sujeitam-se a múltiplas variações que, ainda que à primeira vista sem maior relevância, podem conduzir a resultados díspares.

35) O desenvolvimento da arbitragem ao longo do século XX, sobretudo no campo do Direito Societário, mostrou que, para além da possibilidade de aceitação tácita, que se infere das circunstâncias do negócio jurídico e da conduta das partes, nem sempre se impõe o consentimento individualizado.

36) O primeiro exemplo de inexigibilidade do consentimento individualizado diz respeito à extensão subjetiva da cláusula compromissória aos grupos de sociedades. Não há inobservância da forma escrita da convenção de arbitragem, mas apenas a dispensa do consentimento individualizado e explícito, uma vez que ele pode ser aferido pela existência de um grupo de sociedades, conjugado a outros elementos. O segundo conjunto de casos em que se dispensa o consentimento na forma individualizada é ainda mais próximo do objeto deste trabalho, qual seja, a arbitragem societária, especialmente nos casos de impugnação de deliberação assemblear.

37) O sistema de vinculação e coisa julgada previsto na legislação brasileira, abstraindo-se sua ineficiência para os direitos individuais homogêneos, longe de representar obstáculo à arbitragem de direitos coletivos, acaba por facilitá-la. Ao contrário do sistema norte-americano, que se foca sobre as ocorrências na própria ação coletiva, sendo necessário daí extrair um consentimento tácito, no ordenamento jurídico brasileiro o ponto de referência está na conduta do indivíduo.

38) No âmbito dos direitos individuais homogêneos, o membro do grupo necessitará deflagrar procedimento individual de liquidação da sentença coletiva condenatória (art. 97, CDC), em evidente manifestação de consentimento com a decisão dos árbitros que fundamentará o incidente. Ainda que a execução possa ser instaurada de forma coletiva, antes disso ela deverá passar pela fase de liquidação individual (art. 98, *caput* e § 1º, CDC). Da mesma forma, no que tange à ação individual reflexa à ação coletiva em defesa de direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, também será necessária a prévia liquidação individual (art. 103, § 3º, CDC). Por outro lado, no caso de decisão desfavorável na esfera coletiva, sendo judicial ou arbitral, não haveria prejuízo em relação aos interesses individuais, tanto no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos (art. 103, § 2º, CDC), como nos casos de direito individual reflexo a direito difuso ou coletivo *stricto sensu* (art. 103, § 1º, CDC).

39) Nenhuma dificuldade se vislumbra, tampouco, em relação às sentenças arbitrais que não ostentem natureza condenatória em pecúnia. Ainda que, para tal situação, não seja exigível o procedimento de liquidação individual a que se refere o art. 97 do CDC, a sentença arbitral somente poderá produzir efeitos para os membros ausentes do grupo em seu benefício e, a partir do momento em que usufruírem dessa vantagem sem oposição, estará igualmente configurada sua aceitação tácita.

40) Se atos visando à composição do mérito mediante compromisso de ajustamento de conduta vinculariam os demais colegitimados, ressalvada a ocorrência de algum vício, conclusão similar se opera em relação à convenção de arbitragem, na qual sequer há disposição quanto ao mérito da controvérsia. Note-se, porém, que o art. 5º, § 6º da Lei da Ação Pública limita a legitimidade para a celebração do compromisso aos órgãos públicos, o que exclui que sindicatos, associações ou fundações privadas tomem tal compromisso. Parece prudente que idêntica restrição se aplique à convenção de arbitragem sobre direitos coletivos, inclusive como cautela contra algumas práticas

reprováveis cometidas por associações – ressalvadas as situações excepcionais em que os próprios integrantes do grupo celebrem a cláusula compromissória.

41) O consentimento deve ser apurado não apenas do ponto de vista da coletividade, mas também da parte contrária ao grupo, que pode ter fundamentos legítimos – por exemplo, despesas processuais mais elevadas – para não querer se submeter à via arbitral em face de todos os membros ausentes.

42) É possível a celebração do compromisso a qualquer momento desde que, caso já ajuizada a ação coletiva judicial sobre a mesma matéria, seja exigida a homologação em juízo do compromisso, devendo o juiz avaliar, além da validade do compromisso, o estágio da ação coletiva, as vantagens decorrentes da submissão da controvérsia aos árbitros e os eventuais inconvenientes. Um compromisso firmado extrajudicialmente e não homologado, portanto, não extinguiria a ação coletiva judicial.

43) O argumento de que seriam inarbitráveis todas as controvérsias em que se exigisse a intervenção do Ministério Público encontra sua origem no direito italiano, no qual há disposição legislativa explícita afastando a arbitrabilidade de controvérsias no âmbito societário em que esteja prevista a intervenção do Ministério Público (art. 34, item 5 do Decreto Legislativo nº 5/2003). Referida norma se insere em tradição verdadeiramente secular naquele ordenamento jurídico, segundo a qual a intervenção do *Parquet* constituiria indício de indisponibilidade do direito em discussão. Nada obstante, o mito da indisponibilidade generalizada para todos os direitos coletivos não se sustenta no direito brasileiro.

44) Não se vislumbra dificuldade no que concerne à intervenção do Ministério Público. Se este deflagrar o procedimento arbitral, nele atuará como autor e não será exigida a sua participação como *custos legis*. Caso contrário, não existirá nenhum impedimento para que encaminhe o seu parecer ao tribunal arbitral, de forma idêntica ao que ocorre nas ações coletivas judiciais. Seria preciso, no máximo, regulamentar alguns aspectos procedimentais atinentes à comunicação entre o *Parquet* e os árbitros.

45) As ações coletivas pressupõem, para que possam atingir suas finalidades, a adequada divulgação de seu ajuizamento, dos principais atos processuais praticados e das decisões mais importantes proferidas. Os membros ausentes do grupo podem ter sua esfera de interesses afetada pela resolução da controvérsia na esfera coletiva e, por isso mesmo, devem ser informados para que: (i) decidam se vão aguardar a decisão da ação

coletiva ou ingressar com ação individual, quando o seu objeto for passível de fracionamento (direitos individuais homogêneos); (ii) possam controlar a atuação em juízo do representante coletivo; e (iii) tomem conhecimento de eventual decisão final favorável a seus interesses, que poderá inclusive ser aproveitada para fins de liquidação e execução individual, na forma do art. 97 do CDC. Do mesmo modo, os demais colegitimados também necessitam ser informados, para que (i) possam controlar a atuação do representante que se apresentou na ação; (ii) decidam se haverá a necessidade de formulação de novos pedidos na esfera coletiva que não tenham sido contemplados na petição inicial; e (iii) tomem conhecimento da decisão final, que poderá eventualmente formar coisa julgada material e impedir a propositura de novas ações coletivas sobre a mesma matéria.

46) Sem prejuízo da indispensável publicidade e ampla divulgação para as ações coletivas, não há que se cogitar de impedimento à via arbitral. Ao contrário do que se possa imaginar, a confidencialidade não integra a essência do procedimento arbitral, que pode ser facilmente adaptado para que tramite de forma pública. Não por acaso, não há na legislação brasileira nenhuma regra de que a arbitragem deva ser necessariamente processada de forma sigilosa.

47) A publicidade nas arbitragens coletivas seria especialmente importante, não apenas à luz das finalidades anteriormente indicadas para o direito de informação nas ações coletivas, mas também para que se exerça o controle especial sobre mais um aspecto de suma relevância, que inexiste nos processos instaurados perante o Poder Judiciário: a adequação e correção dos processos de escolha dos árbitros. Intensifica-se, assim, a importância da publicidade em seu aspecto externo, no sentido de proporcionar o controle social do exercício da jurisdição. Além disso, para o Ministério Público, seja como parte ou *custos legis*, o acesso ao procedimento arbitral deverá ser sempre amplo e irrestrito. Da mesma forma, devem ser disponibilizadas as informações necessárias para que os integrantes da coletividade envolvida, especialmente em matéria de direitos individuais homogêneos, passíveis de fracionamento, possam decidir se aguardarão a definição da controvérsia na esfera coletiva ou deflagrarão suas ações individuais.

48) Para que qualquer representante se disponha a considerar a via arbitral, há que se estabelecer uma premissa: o regime de isenção previsto na legislação para as ações coletivas judiciais deve ser ampliado para a arbitragem em tema de direitos

coletivos ou o instituto ficará irremediavelmente fadado ao desuso. Não pode o representante do grupo ser instado a pagar essas despesas, salvo, evidentemente, comprovada má-fé, como já se admite no âmbito do Poder Judiciário.

49) Parece injusto obrigar a parte contrária ao grupo a arcar com a integralidade das despesas decorrentes da instauração de arbitragem, antes de se verificar a procedência dos pleitos veiculados. Mesmo que se determinasse o pagamento de apenas metade dessas despesas pelo réu – como é bastante frequente em diversos regulamentos de instituições de arbitragem –, haveria grande desestímulo para que os potenciais demandados se submetessem à arbitragem coletiva. Além disso, restaria indefinido quem arcaria com a outra metade das despesas.

50) No campo específico das ações coletivas, o financiamento do litígio por escritórios de advocacia já tem sido observado há algumas décadas nos Estados Unidos. A adoção desse modelo para resolver a questão das despesas das arbitragens de direito coletivo no Brasil, todavia, parece problemática. Em primeiro lugar, porque a atuação de grande parte dos colegitimados coletivos – Ministério Público, Defensoria Pública, entes públicos em geral – se opera independentemente de qualquer advogado. Além disso, a possibilidade de que parte expressiva do benefício econômico que deveria ser revertida aos integrantes do grupo seja entregue a um financiador representaria caridade com o chapéu alheio por parte do representante da coletividade. Isso sem falar que se abriria espaço para um perigoso conflito de interesses entre a coletividade e o financiador, que poderia influenciar a atuação na ação coletiva de maneira a maximizar o seu retorno financeiro, ainda que em prejuízo aos interesses do grupo. De mais a mais, a alternativa do financiamento privado deixaria de lado diversos casos em que, por não se vislumbrar benefício econômico imediato, provavelmente não haveria ninguém interessado em adiantar as despesas do procedimento.

51) A única solução parece estar no financiamento público da arbitragem coletiva, em especial através do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Uma grande dificuldade em se contemplar tal solução, no entanto, está no fato de que de 70% a 90% dos recursos aportados para o fundo não são provenientes de condenação em ações coletivas, mas de penalidades aplicadas por infração à ordem econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

52) A arbitragem, em seu escopo individual, apresenta algumas vantagens em relação ao processo judicial: celeridade, especialização dos árbitros, confidencialidade, flexibilidade, irrecurribilidade, neutralidade e consensualidade. A confidencialidade absoluta, no entanto, não é compatível com a arbitragem coletiva. Os benefícios decorrentes da irrecurribilidade confundem-se com os da celeridade. A neutralidade manifesta sua importância nos casos de arbitragem internacional, fora dos limites do presente estudo. Por fim, a consensualidade, que fomenta a manutenção dos vínculos entre as partes, conquanto seja uma consequência desejável, não guarda interesse especial para a tutela coletiva. A utilidade da arbitragem coletiva, portanto, reside essencialmente na celeridade, especialidade e flexibilidade.

53) A arbitragem poderia trazer inegável avanço contra a morosidade processual no âmbito da tutela coletiva. Nesse sentido, os relatórios mais recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam taxas de congestionamento elevadas no Poder Judiciário, que assim persistem há vários anos, como resultado do expressivo número de processos instaurados ano após ano. Dadas as multiplicidades de causas (estruturais, técnicas, sócio-políticas) para a morosidade do Poder Judiciário no Brasil, a única solução parece ser retirar esses processos coletivos, nos casos em que isso for possível e adequado, da pesada máquina do Poder Judiciário.

54) As preocupações de ordem econômica ultrapassam a esfera individual das partes formais do processo. Os integrantes da coletividade têm todo o interesse de que seus direitos sejam tutelados de forma célere e eficiente, sob pena de incorrerem em custos de transação e oportunidade mais elevados. Além disso, manter a máquina judiciária operando tantos processos custa caro. Parte significativa dessas despesas pode ser imputada às causas repetitivas, que se acumulam devido à insuficiência da disciplina legislativa em matéria de direitos individuais homogêneos e à morosidade na resolução de muitas ações coletivas. Adequadamente construída, a arbitragem coletiva poderia retirar da máquina judiciária dois pesados encargos: (i) processar e julgar a própria ação coletiva, que por sua intrínseca complexidade demandaria muitos recursos humanos e estruturais do Poder Judiciário; e (ii) sobretudo em matéria de direitos individuais homogêneos, evitar que inúmeras causas repetitivas chegassem a ser ajuizadas, simplesmente porque haveria uma previsão para a definição do caso pelos árbitros, em contraste com a sua resolução pelo Judiciário.

55) A tutela de direitos coletivos envolve, muitas vezes, matérias complexas, com intrincados conhecimentos técnicos. Um julgamento tecnicamente equivocado se mostra, por si só, uma circunstância indesejável para fins de prestação jurisdicional. Quando isso ocorre no âmbito da tutela coletiva, as consequências são ainda mais graves, uma vez que atingem potencialmente todo um grupo e seus julgamentos frequentemente apresentam caráter paradigmático. Mesmo que nada garanta que os árbitros julguem melhor que os juízes em um caso concreto, o fato de serem especialistas no assunto reduz o risco de erros, devendo o sistema jurisdicional – incluindo aí os meios alternativos – trabalhar com tais possibilidades.

56) A arbitragem também estimula, ainda no que concerne à especialização, que o caso seja examinado sob diferentes pontos de vista, muitas vezes conflitantes. Nessa situação, a definição da controvérsia não deve depender de fatores aleatórios, como a composição do tribunal com julgadores mais afeitos a uma ou outra disciplina. O caso exige uma avaliação interdisciplinar para que todos os argumentos relevantes sejam considerados e sopesados. A formação de um tribunal arbitral colegiado, com integrantes que possuam diferentes formações profissionais, pode ser uma vantagem importante, possibilitando não apenas que o caso seja examinado por especialistas, mas que a questão seja apreciada sob diferentes perspectivas.

57) A flexibilidade inerente ao procedimento arbitral é outra vantagem importante. Nessa direção, poderá o árbitro, mesmo sem previsão legal explícita e sem prejuízo da publicação do edital prevista no art. 94 do CDC, determinar que, em matéria de defesa de direitos individuais homogêneos sejam adotadas outras formas mais eficientes de comunicação do grupo. Poderá, também, determinar a realização de audiência pública, dilatar os prazos originalmente estabelecidos para a manifestação das partes e inverter a ordem de produção dos meios de prova. É possível, igualmente, que sejam utilizadas técnicas probatórias desconhecidas no processo civil estatal brasileiro, como o depoimento das testemunhas técnicas (*expert witness*), ou até mesmo, em casos excepcionais, a *discovery*. Nada impede, ainda, que seja abrandada a rigidez do regime de estabilização da demanda. Mais uma alternativa, ainda em termos de flexibilidade procedimental e para promover maior celeridade e efetividade, consiste na autorização para a prolação de sentença parcial.

58) Há limites para tal flexibilidade. Não pode o árbitro dela lançar mão para alterar o sistema de vinculação dos integrantes do grupo à decisão que vier a ser proferida na ação coletiva ou mesmo o regime da coisa julgada. Tais questões consistem em matéria de ordem pública. Outra exigência fundamental é que quaisquer alterações de rota no procedimento arbitral devem ser comunicadas com antecedência às partes, a fim de que não sejam surpreendidas.

59) Apesar de ser um fator importante, não parece que a flexibilidade, por si só, seja fundamento suficiente para autorizar a arbitragem de direitos coletivos. Isso porque, muito embora a flexibilidade do procedimento arbitral seja inegavelmente mais ampla, se todos os demais fatores estiverem ausentes e apenas existir a exigência de adaptação do procedimento judicial, parece mais adequado e mais simples ajustá-lo dentro dos limites do Judiciário.

60) Os fatores de vantagem apurados conduzem a um conjunto muito específico de casos para a tutela arbitral de direitos coletivos. Em primeiro lugar, aparecem as controvérsias que, tratando de direitos individuais homogêneos (suscetíveis de litigiosidade em série), envolvem matérias técnicas, com elevado grau de complexidade, como são os casos que dizem respeito à atuação das agências reguladoras. Outro conjunto de matérias em que parece promissora a arbitragem de direitos coletivos diz respeito a questões que exigem elevada especialização dos árbitros, mesmo que não se trate de controvérsias suscetíveis de litigiosidade seriada. No Direito Ambiental, por exemplo, não raramente se exige prova técnica para avaliar a ocorrência de impacto ambiental ou apurar o meio mais recomendável para minimizar a lesão ou reparar o dano ambiental. Nesse caso, porém, é preciso ter cuidado. Nem todas as demandas referentes ao Direito Ambiental veiculam matéria disponível e patrimonial. Outro exemplo relevante – e que, mais uma vez, frequentemente exige elevado grau de especialização dos julgadores – refere-se aos casos de controvérsias societárias de empresas no mercado aberto.

61) O que importa, para a definição da esfera de abrangência da arbitragem coletiva, é que se trate de matéria (i) atinente a direitos patrimoniais e disponíveis; (ii) na qual esteja presente, ao menos, um dos seguintes fatores: (a) possibilidade de se proporcionar maior celeridade pela via arbitral, especialmente nos casos em que exista perspectiva de litigiosidade repetitiva; (b) exigência de alto grau de especialização dos

juízes. A exigência de flexibilidade do procedimento, embora não justifique por si só uma arbitragem coletiva, pode ser importante nos casos duvidosos.

62) Em regra, a arbitragem coletiva será deflagrada por compromisso. Isso porque a utilização do procedimento arbitral coletivo apenas se justifica em casos específicos, que versem sobre direitos patrimoniais e disponíveis, nos quais haja a perspectiva de evitar a litigiosidade seriada ou se exija alto grau de especialização dos juízes. Como a cláusula compromissória é firmada antes de ser deflagrada qualquer controvérsia, não se poderia fazer essa avaliação antecipadamente.

63) Apesar de a arbitragem *ad hoc* permitir a minimização dos custos, uma vez que as tarefas cartorárias ficariam sob a responsabilidade direta dos árbitros, incluindo-se tais despesas em sua remuneração, não se pode ignorar a advertência de que a adoção da arbitragem avulsa exige muito mais dos árbitros – que nem sempre terão a estrutura adequada ou a experiência necessária para gerenciar a arbitragem. Além disso, a arbitragem institucional, por frequentemente centralizar em uma base física conhecida os principais dados do procedimento arbitral, permitiria que, com maior facilidade, se exercesse o controle sobre a atuação dos árbitros. Isso sem falar que as instituições de arbitragem costumam adotar parâmetros mínimo e máximo para a remuneração dos árbitros em seus procedimentos, conferindo maior objetividade à sua aferição e evitando possíveis abusos, com eventual repercussão ao erário. Conveniente, assim, a opção pela arbitragem institucional, que deverá, pelo menos em regra, ser brasileira.

64) Na arbitragem coletiva, há três peculiaridades, a relativizar o efeito negativo do princípio da competência-competência. A primeira delas está na necessidade de homologação judicial do compromisso arbitral, caso esse venha a ser firmado após o ajuizamento de ação coletiva judicial sobre a mesma matéria, para que não se manipule indevidamente o juiz natural, nem se prejudique a economia processual e a efetividade da tutela coletiva. A segunda se refere ao financiamento público do procedimento arbitral, que dependerá do controle de uma instância independente, que não esteja sujeita a pressões para indeferi-lo e, por via transversa, prejudicar arbitragens coletivas viáveis. No Brasil, a instituição que, por excelência, é contemplada com as garantias necessárias para atuar de forma independente e imparcial é o Poder Judiciário. Por fim, há uma terceira circunstância específica a se considerar, segundo a qual se deve viabilizar que, desde o início do procedimento ou mesmo por ocasião da celebração do

compromisso, qualquer outro legitimado coletivo possa suscitar sua inexistência, invalidade ou ineficácia, sobretudo nos casos de inarbitrabilidade ou de evidente prejuízo aos integrantes do grupo. Tal como na arbitragem individual, o benefício da dúvida será dos árbitros, de sorte que apenas nos casos de vício constatável *prima facie*, sem necessidade de dilação probatória, poderá tal medida judicial ser acolhida.

65) Embora o compromisso arbitral coletivo deva ser limitado apenas aos entes públicos, uma vez firmado, desaparece a limitação e o procedimento coletivo poderá ser deflagrado por qualquer outro legitimado coletivo, nos termos da legislação pertinente, inclusive associações, sindicatos, fundações privadas e até mesmo o cidadão.

66) Para que seja obtido o consentimento do réu, seria possível cogitar de iniciativa inspirada no Sistema Arbitral de Consumo na Espanha. Os potenciais demandados aceitariam participar da arbitragem coletiva e, em troca, poderiam utilizar um distintivo ou fazer jus a algum registro importante para a sua imagem no mercado. Aliás, independentemente da utilização da arbitragem de direitos coletivos, seria mesmo interessante estudar a viabilidade de tal proposta para estimular a celebração de acordos em âmbito extrajudicial – como nos PROCONs – evitando que um número expressivo de ações judiciais repetitivas batesse às portas do Poder Judiciário.

67) Para que o procedimento arbitral coletivo alcance os fins a que se propõe e não coloque em risco a efetividade da tutela coletiva, torna-se crucial a tarefa de escolher quem serão os árbitros que administrarão o caso e apreciarão a controvérsia. Na arbitragem coletiva, nada impede que sejam adotados procedimentos de escolha semelhantes à arbitragem individual, com algumas adaptações. É preciso, em primeiro lugar, dar ampla publicidade ao processo de escolha antes de sua conclusão, para que os demais colegitimados e os integrantes do grupo possam fiscalizá-lo. Além disso, caso os legitimados coletivos diverjam e havendo impasse insuperável, deverá a instituição de arbitragem resolvê-lo ou, na sua ausência, a questão terá que ser submetida ao Poder Judiciário, que dará a palavra final. Por fim, aqui também deve ser relativizado o efeito negativo do princípio da competência-competência, de maneira a viabilizar o acesso ao Judiciário por qualquer dos legitimados coletivos, caso seja possível demonstrar em juízo, mediante prova pré-constituída, impedimento ou suspeição do árbitro, alguma circunstância que evidencie a sua falta de lisura ou capacidade ou, ainda, sua absoluta inadequação para apreciar o litígio.

68) A sentença arbitral é capaz de formar coisa julgada material. Embora não haja dispositivo explícito acerca da formação da coisa julgada material no âmbito da arbitragem, pode-se afirmar isto pela equiparação que o ordenamento jurídico brasileiro promove, a todo momento, entre as sentenças judicial e arbitral. A conclusão de que a sentença arbitral pode formar coisa julgada material, além de corroborar a aplicabilidade do regime específico da coisa julgada nas ações coletivas, conduz a outras consequências importantes. Havendo sentença arbitral sobre a mesma demanda que em uma ação judicial coletiva ajuizada posteriormente, ainda que por outro colegitimado, deverá o juiz extinguir o processo de ofício, nos termos do art. 267, V e § 3º do Código de Processo Civil. Além disso, aplica-se à sentença arbitral a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do Código de Processo Civil. Tal significa que, havendo sentença arbitral sobre determinada matéria, nenhum órgão do Judiciário poderá decidir de forma conflitante com a conclusão dos árbitros.

69) Quanto ao controle da sentença arbitral, sem prejuízo das modalidades próprias do procedimento arbitral individual e que também aqui são aplicáveis, existem pelo menos três preocupações específicas concernentes à tutela coletiva e que podem se refletir, direta ou indiretamente, na sentença arbitral. A primeira delas é terem sido apreciadas questões que não podiam ser subtraídas do Poder Judiciário porque eram inarbitráveis, sobretudo nos casos em que estiverem em jogo direitos indisponíveis. Nessa situação, estará autorizado o ajuizamento da ação anulatória, com fundamento no art. 32, I da Lei nº 9.307/1996. A segunda circunstância específica a se considerar está no receio de que, ao longo do procedimento arbitral coletivo, ocorra alguma violação a garantias processuais, especialmente sob a perspectiva dos membros ausentes do grupo envolvido. Nessa situação, também poderá ser ajuizada ação anulatória em proteção à coletividade, dessa vez com fundamento no art. 32, VIII da Lei nº 9.307/1996. Por fim, o último receio está no risco de que os árbitros simplesmente violem a lei em sua sentença. Aqui, a questão é significativamente mais delicada, pois o art. 32 da Lei de Arbitragem não contempla a possibilidade de invalidação da sentença dos árbitros por *error in iudicando*, mas apenas por *error in procedendo*.

70) Não parece, todavia, que a proteção contra o *error in iudicando* componha a essência do devido processo legal coletivo. Na arbitragem, sequer há recurso contra a sentença arbitral e tal circunstância, longe de significar prejuízo aos interesses da

coletividade, assegura a celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Não é demais lembrar que a rescisória pode servir de proteção ao grupo, mas também poderia ser ajuizada pelo demandado na ação originária *contra* a coletividade. Além disso, permitir que o Poder Judiciário reveja o mérito da sentença dos árbitros poderia jogar por terra todas as vantagens dessa alternativa. Incumbe aos interessados em levar a controvérsia à arbitragem, assim, sopesarem as consequências de tal providência.

71) A Lei de Arbitragem previu que apenas a “parte interessada” poderia se valer da ação anulatória. Em termos de tutela coletiva, no entanto, essa expressão deve se referir não apenas às partes que figuraram no procedimento arbitral originário, mas também ao Ministério Público e a qualquer outro colegitimado coletivo. Por isso mesmo, para que não se frustre o controle da regularidade da sentença arbitral pelos demais colegitimados coletivos, é indispensável que se dê publicidade à sentença arbitral, sob pena de, eventualmente, ser afastada a decadência do prazo de noventa dias, permitindo sua impugnação judicial em momento posterior.

72) A prolação de sentença ilíquida é totalmente compatível com o sistema arbitral, nada impedindo que os árbitros, ao final do procedimento, profiram sentença condenatória genérica. Tratando-se de uma fase essencialmente cognitiva, na qual será delimitada a extensão da condenação, tal matéria poderia ser, igualmente, submetida à arbitragem. Essa solução, porém, encontra um problema de ordem prática: é que, além de a instituição arbitral muitas vezes estar longe da base territorial em que se encontram os integrantes do grupo, se existir um número muito elevado de liquidações, dificilmente a instituição de arbitragem estaria capacitada a processar adequadamente todos os procedimentos individuais. Se, eventualmente, fosse o caso de uma arbitragem *ad hoc*, a situação seria ainda pior.

73) Na arbitragem de direitos coletivos, a conveniência parece se inverter em relação ao que ocorre nos procedimentos individuais. Nestes, costuma ser adequado que os árbitros apurem, desde logo, o *quantum debeatur*, com maior celeridade, no bojo da fase de conhecimento. Na arbitragem coletiva, entretanto, tratando-se de condenação genérica, haverá uma quebra no procedimento coletivo, para que este dê lugar à fase de liquidação individualizada, suscetível, possivelmente, de gerar litigiosidade seriada, para a qual a arbitragem não ostenta as ferramentas adequadas. É mais conveniente, assim, que já a fase de liquidação seja processada pelo Judiciário.

74) Os árbitros não estão obrigados, mesmo nos casos de pedidos de condenação pecuniária, a seguir o tradicional regime da sentença genérica coletiva, sucedida pelas liquidações individualizadas. Para além das situações em que é possível desde logo fixar o valor dos danos, os árbitros poderão se valer da flexibilidade do procedimento arbitral para, por exemplo, estabelecerem uma fórmula aritmética para a apuração dos danos, passíveis de imediata execução, ou um valor mínimo de indenização, permitindo que eventuais membros dissidentes lancem mão da liquidação tradicional para pleitear montante ainda maior. Além disso, se já puderem ser determinados os membros do grupo beneficiado, será possível determinar ao réu que, desde logo, efetue o pagamento das indenizações mediante depósito em instituição bancária, independentemente da burocrática instauração da fase de liquidação.

75) Quanto à execução propriamente dita da sentença arbitral, os árbitros não possuem poder de coerção no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a execução deverá necessariamente ser instaurada perante o Poder Judiciário (arts. 475-N, IV e parágrafo único e 475-J, CPC), sem maiores peculiaridades.

## REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ADAMOVICH, Eduardo. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AHRENS, Maria Cecília Weigert Lomelino de Freitas. A arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos coletivos trabalhistas no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 36, n. 67, p. 439-458, jul./dez. 2011.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. Cidade do México: UNAM, 1992. Tomo I.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 262-276, abr./jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.
- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, out. 2013. Disponível em: <<http://www.iappr.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

ANDRADE, Bianca Mostacatto Sampaio de. *Arbitragem e grupos de sociedades: a extensão dos efeitos da cláusula arbitral a sociedades não signatárias integrantes do grupo*. 2006. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 13-21, abr./jun. 2006.

ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1964.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAUJO, Rodrigo Mendes. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 11-20, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 5, n. 18, p. 274-300, jun./set. 2008.

\_\_\_\_\_. Prescrição e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 65-79, out./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

AROUCA, José Carlos. *Repensando o sindicato*. São Paulo: LTr, 1998.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Araken de *et al.* (Org.). *Processo coletivo e outros temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto *Arbitragem: O acesso à justiça e a efetividade do processo: uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Inconstitucionalidade do requisito da repercussão geral do recurso extraordinário e da técnica do julgamento por pinçamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 911, p. 243-258, set. 2011.

BALEOTII, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 213, p. 389-408, nov. 2012.

BANKLEY, Kristen M. Class actions behind closed doors? How consumer claims can (and should) be resolved by class action arbitration. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 20, p. 451-486, 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem: aspectos práticos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 0, p. 215-220, jul./out. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (primeira série). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123.

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 404, p. 9-18, jun. 1969.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de nulidade de patente. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-224.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Jurisprudência comentada. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 272-278, mai./ago. 2004.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 4 abr. 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. Mútuo consentimento como condição da ação no dissídio coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 6, p. 681-684, jun. 2007.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, p. 115-158, 1992.

BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSORD, Roger. *Consent in the law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

BILLIET, Philippe (Ed.). *Class arbitration in the European Union*. Antwerpen: Maklu, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1.

BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: Aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Coord.). *MESCs: Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos*. São Paulo: LTr, 2013.

BORN, Gary; SALAS, Claudio. United States Supreme Court and class arbitration: a tragedy of errors. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, v. 2012, p. 21-48, 2012.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória. Contrato não assinado. Participação no procedimento arbitral. SEC 856 – STJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 7, p. 103-122, jul./set. 2005.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Mediação e arbitragem como meios de solução de conflitos coletivos de trabalho: atuação do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 345-351, mar. 1998.
- BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010.
- BUCKNER, Carole J. Toward a pure arbitral paradigm of classwide arbitration: arbitral power and federal preemption. *Denver University Law Review*, Denver, v. 82, p. 301-358, 2004.
- BUGALHO, Néelson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta, e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 96-112, jan./mar. 2005.
- BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 42, p. 165-202, 1990.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 99-124.
- \_\_\_\_\_. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. VI, p. 135-164, jul./dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil*. 2014. 480 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPANER, Ozório César. *Conflitos coletivos de trabalho e formas de solução*. São Paulo: LTr, 2011.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAPPALLI, Richard; CONSOLO, Claudio. Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry. *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, v. 6, p. 217-292, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Italian legal system: an introduction*. Stanford: Stanford University Press, 1967.

\_\_\_\_\_. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 30, p. 361-402, 1975.

\_\_\_\_\_. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

\_\_\_\_\_. Tutela dos interesses difusos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XII, n. 33, p. 169-182, mar. 1985.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 339-386, jul./set. 2003.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 97-106, jul./set. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a Ação Civil Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 263-272, 1993.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 127-141, ago./set. 1997.

- CARPI, Federico. Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 28, n. 3, p. 957-961, giugno 1974.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO NETO, Inacio. *Manual de processo coletivo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Eduardo Santos de. Compromisso de ajustamento de conduta: a autocomposição da lide na tutela de interesses transindividuais. 2005. 284 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- CASAGRANDE, Cássio. Arbitragem e mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano II, n. 8, p. 15-25, jul./set. 2003.
- CASEY, J. Brian, Commentary: class action arbitration should be available. *The Lawyers Weekly*, Markham, n. 25, p. 9, Mar. 31, 2006.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: Exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CBAR-IPSOS. *Arbitragem no Brasil*, São Paulo, 2013. Disponível em <[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAR-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAR-Ipsos-final.pdf)>. Acesso em 14 ago. 2014.
- CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais: Ações coletivas*. Brasília: Ideal, 2007.
- CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Compromisso de ajustamento de conduta. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 781, p. 733-740, nov. 2000.
- CHERNICK, Richard. Class-wide arbitration in California in *Multiple party actions in international arbitration*. New York: Oxford University, 2009.
- CHIARLONI, Sergio. Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 2004, p. 123-135, 2004.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, Oxford, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

COFFEE JR., John C. Understanding the plaintiff's attorney: the implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions. *Columbia Law Review*, New York, v. 86, p. 669-727, 1986.

COLE, Sarah Rudolph. On babies and bathwater: the Arbitration Fairness Act and the Supreme Court's recent arbitration jurisprudence. *Houston Law Review*, Houston, v. 48, p. 457-506, Fall 2011.

\_\_\_\_\_. Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds – Major victory for business. *ADR Prof Blog* (Apr. 27, 2010) Disponível em <[www.indisputably.org/?p=1268](http://www.indisputably.org/?p=1268)>. Acesso em: 6 jan. 2014.

COMMENT. The importance of being adequate: due process requirements under Rule 23. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 123, p. 1217-1262, 1975.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números* – 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/images/variados/Capitulo9.zip>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

CORREIA, André de Luizi. Contrato de suprimento de gás canalizado entre a Petrobras e a CEG. Recusa da Petrobras em manter o suprimento de volumes não previstos em contrato. Arbitragem instaurada pela concessionária e ação judicial movida pelo Estado do Rio de Janeiro, ambas visando a manutenção do suprimento. Pedido de suspensão da ação, até a solução da questão pelo Tribunal Arbitral. Acórdão do TJRJ que indeferiu o pedido, sem, no entanto, negar a arbitralidade dos conflitos oriundos dos contratos de suprimento de gás. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 200-210, out./dez. 2008.

CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009.

CROSS, Karen Halverson. Investment Arbitration panel upholds jurisdiction to hear mass bondholder claims against Argentina. *Asil Insights*, Washington, v. 15, n. 30, Nov. 21, 2011. Disponível em <<http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/30/investment-arbitration-panel-upholds-jurisdiction-hear-mass-bondholder>>. Acesso em 16 ago. 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Alcides A. Munhoz. A evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, ano 20, v. 77, p. 224-235, jan. 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, p. 235-268, jul./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 139-174, jan. 2010.

DE LA ROSA, Fernando Esteban; PARDO, Guillermo Orozco. *Mediación y arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELLORE, Luiz. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v.1.

\_\_\_\_\_; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coord.). *O projeto do novo Código de Processo Civil – 2ª Série*. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. II.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 3.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 273-280, mar. 2014.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 4.

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

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro*. São Paulo: LTr, 2004.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DRAHOZAL, Christopher R.; RUTLEDGE, Peter B. Contract and procedure. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 94, p. 1103-1172, 2011.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Princípios do processo civil: noções fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DUNHAM, Edward Wood. The arbitration clause as a class action shield. *The Franchise Law Journal*, Chicago, v. 16, Spring 1997.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas – PL 5.139/2009. Análise da experiência norte-americana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 233-251, jul./set. 2012.

\_\_\_\_\_. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, n. 32, p. 207-226, jan./mar. 2012.

\_\_\_\_\_. *Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zoner *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de Arbitragem – Primeira Série*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 37, p. 92-120, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. In: FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 1-33.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FONSECA, Elena Zucconi Galli, La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 2003, p. 929-972, 2003.

FONSECA, José Geraldo da. Representação do condomínio na Justiça do Trabalho. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 149-156, 2001.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem – Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 277-303, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 165-180, abr./jun. 2011.

FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRANCISCO, Diana Marcos. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei nº. 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 76-86, set. 2006.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lâmmego. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.

\_\_\_\_\_; NERY JR., Néilson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência: estudos em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 95-135, jan./mar. 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 12, p. 337-356, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45/04. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 64-74, jan. 2005.

GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GENRO, Tarso Fernando. Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.1, p. 95-98, 1992.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Tradução de Lucio Cabrera Acevedo. México: UNAM, 2004.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. 230 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Universidade de São Paulo, São Paulo.

GONZÁLEZ, Manuel Richard *et al.* (Coord.). *Estudios sobre arbitraje de consumo*. Navarra: Aranzadi, 2011.

GOODRICH, Nicolas. Dispensing injustice: Stolt-Nielsen and its implications. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, v. 2011, p. 197-208, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. I.

GRIMM, Dieter. Was the German Empire a sovereign state? In: TORP, Cornelius; MÜLLER, Sven Oliver (Eds.). *Imperial Germany revisited*. New York, Oxford: Berghahn Books, 2013, p. 51-65.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Processo coletivo: Do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

\_\_\_\_\_. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14, p. 25-44, abr. 1979.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e terceiros. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: v. 2, n. 12, p. 5-13, mai./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 380, p. 3-19, jul./ago. 2005.

\_\_\_\_\_; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 249-267, jun. 2006.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 102-116, out./dez. 2007.

GUINCHARD, Serge *et al. Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. Paris: Dalloz, 2011.

HANDLER, Milton. The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits, *Columbia Law Review*, New York, v. 71, p. 1-36, 1971.

HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law, 2005.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. 2011. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993.

HIDALGO, Pablo Gutiérrez de Cabiedes. The Globalization of Class Actions: Group litigation in Spain, 2007. Disponível em <<http://globalclassactions.stanford.edu>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 26, p. 710-770, 1917.

\_\_\_\_\_. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Haven: Yale University Press, 1964.

\_\_\_\_\_. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, p. 16-59, 1913.

HUTSON, James H. The emergence of the modern concept of a right in America: the contribution of Michel Villey. *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, n. 39, p. 185-255, 1994.

INVESTMENT TREATY NEWS. German law firm eyes case over sovereign debt restructuring. *ITN Quarterly*, p. 19, Apr. 2012. Disponível em <[http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_april\\_2012\\_en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_en.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

IUDICA, Giovanni (Org.). *Appunti di diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli, 2000.

JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 0, p. 173-180, 2003.

JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1990-1997, v. 1, 2 e 3.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JÚDICE, José-Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes, deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 119-146, jul./set. 2009.

KILBY, Greg. Leaving a stone unturned – The unanswered question from Green Tree Financial Corp. v. Bazzle: does the Federal Arbitration Act permit class wide arbitration? *University of Miami Law Review*, Miami, v. 59, p. 413-434, Apr. 2005.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Comemorativa do cinquentenário. Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

LAMANERES, Patrícia Paoliello. Arbitragem no Direito Societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 38, p. 46-64, abr./jun. 2013.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 3, n. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem e Direito do Consumo*. Disponível em <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri19.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri19.pdf)>. Acesso em 8 jan. 2014.

\_\_\_\_\_.; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Arbitragem em propriedade intelectual, Disponível em <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri34.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri34.pdf)>. Acesso em 13 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? Disponível em <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf)>. Acesso em 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14940,51045-Arbitragem+visao+pragmatica+do+presente+e+futuro>>. Acesso em 17 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

LENNARZ, Thomas. Germany: GmbH shareholders disputes now arbitrable. *Arbitration*, London, v. 76, p. 305-308, 2010.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

LINDBLOM, Per Henrik. Individual litigation and mass justice: a Swedish perspective and proposal on group actions in civil procedure. *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 45, p. 805-832, 1997.

\_\_\_\_\_. The Globalization of Class Actions: Sweden, 2007. Disponível em <<http://globalclassactions.stanford.edu>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

LINS, Ana Cristina Bandeira. Ações coletivas: análise crítica. Disponível em <[www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes\\_coletivas.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes_coletivas.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem coletiva anulatória de deliberação de assembleia geral de companhia. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 25-34, jul./set. 2013.

LOPES, Mônica Sette. Grupo econômico e sinais de sua existência: viagem ao reino dos fatos. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 40, v. 157, p. 139-152, mai. 2014.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La nueva regulación del arbitraje de consumo*. San Sebastián, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 39-51, out./dez. 2013.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffré, 1997, v. 4.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 24-41, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 61-66, set. 2006.

MAGANO, Octavio Bueno. O direito do trabalho e a reforma do Judiciário. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 3, p. 289-290, mar. 2005.

MAGEN, Amichai; SEGAL, Peretz. The Globalization of Class Actions: Israel, 2008. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu>. Acesso em: 9 jul. 2014.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAKANT, Barbara; QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 293-309, set./dez. 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a fundação judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública: Em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MANIRUZZAMAN, Munir. Third-party funding in international arbitration – a menace or panacea? *Kluwer Arbitration Blog*, 29 Dec. 2012. Disponível em <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Mandatory arbitration clauses and consumer class proceedings*, Winnipeg: 2008. Disponível em <[http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/115-full\\_report.pdf](http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/115-full_report.pdf)>. Acesso em 6 jan. 2014.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F., *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2004.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). 2013. 197 f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: Os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese (Doutorado em Direito Público). 2010. 461 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 18 mar. 2010.

MARTINELLI, Dariane Marques. Arbitragem no direito coletivo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, ano 32, n. 59, p. 499-510, jul./dez. 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, v. 69, n. 1, p. 30-39, jan. 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Arbitragem no direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 55-65, out./dez. 2013.

\_\_\_\_\_; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 122, p. 151-166, abr. 2005.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZONETTO, Nathália. Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 14, p. 44-59, abr./jun. 2007.

McCONNEL, Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in Medicine and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

McGILL, Shelley. Consumer Arbitration and Class Actions: The Impact of *Dell Computer Corp. v Union des Consommateurs*. *Canadian Business Law Journal*, Toronto, v. 45, p. 334-355, Dec. 2007.

MEDINA, Jose Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, v. II.

\_\_\_\_\_; OSNA, Gustavo. A lei das ações de classe em Israel. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 214, p. 175-195, dez. 2012.

MENEZES, Caio Campello de. O papel do *amicus curiae* nas arbitragens. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 94-102, jan./mar. 2007.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Ação civil pública: 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_.; SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 9-22, abr./jun. 2005.

MILLER, Arthur R. *An overview of federal class actions: past, present and future*. Washington: Federal Judicial Center, 1977.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. Brasília: Ideal, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no Direito Processual Civil – a legitimação ordinária do autor popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34-47, abr. 1987.

MISTELIS, Loukas A.; BREKOULASKIS, Stavros L. (Ed.). *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 60-88, out./dez. 2009.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo.

MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O compromisso de ajustamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXVII, n. 83, tomo I, p. 285-310, set. 2001.

- MULHERON, Rachel. *The class actions in common legal systems*. Portland: Hart Publishing, 2004.
- NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- NATER-BASS, Gabrielle. Class action arbitration: a new challenge? *ASA Bulletin*, The Hague, v. 27, p. 671-690, Dec. 2009.
- NEGRÃO, Theotonio *et al.* *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NICITA, Francesco Paolo; SASSANI, Bruno (Coord.). *Codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2010, tomo I.
- NIEUWVELD, Lisa Bench; SHANNON, Victoria. *Third-party funding in international arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer, 2012.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no Direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- NOLAN, Dennis R.; ABRAMS, Roger I. American labor arbitration: the early years. *University of Florida Law Review*, Gainesville, v. XXXV, n. 3, p. 373-421, Summer 1983.

NOTE. Class arbitration: efficient adjudication or procedural quagmire? *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 67, p. 787-814, May 1981.

NOTE. Classwide arbitration and 10B-5 claims in the wake of *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 74, p. 380-406, 1989.

NOTE. Developments in the law: Class actions. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1318-1644, 1976.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 7-25, jan./mar. 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, v. 24, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Concurso de demandas. *Revista de Processo*, v. 39, n. 232, p. 77-98, jun. 2014.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A “interlocutória faz de conta” e o “recurso ornitorrinco” (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*, v. 37, n. 203, p. 73-96, jan. 2012.

ORFIELD, Lester B. *The amending of the Federal Constitution*. Chicago: Callaghan & Co., 1942.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo: estudio comparativo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

OSNA, Gustavo. “Direitos individuais homogêneos”? Relendo a coletivização instrumentalmente. 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 8 fev. 2013.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARKER, Douglas L. Standing to litigate abstract social interests in the United States and Italy: reexamining injury in fact. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, n. 33, p. 259-318, 1995.

PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 55-73, out./dez. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. I.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 16, p. 116-127, out./dez. 1995.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – Intervenção de terceiros. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple party actions in international arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 79-100, out./dez. 2005

\_\_\_\_\_. A arbitralização da arbitragem, 2003. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29780-29796-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 4, p. 34-47, jan./mar. 2005.

\_\_\_\_\_. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 25-36, jul./set. 2005.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

POLLOCK, Earl. Class actions reconsidered: theory and practice under amended Rule 23, *The Business Lawyer (ABA)*, Chicago, v. 28, p. 741-752, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo XV.

\_\_\_\_\_. *Tratado da ação rescisória*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

PUNZI, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. Padova: CEDAM, 2011, v. I.

QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON. Corporate choices in International Arbitration – Industry perspectives, 2013, Disponível em <<http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

QUINTANA, Ana Maria Simões Lopes. Da ação anulatória (Comentários ao artigo 486) in TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela (Eds.). *Páginas de Direito*, nov. 2007. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6103-da-acao-anulatoria-comentarios-ao-artigo-486>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Direito coletivo do trabalho depois da EC n. 45/04*. Curitiba: Gênese, 2005.

\_\_\_\_\_. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr: 1999.

- RAMOS, Roger Vidal. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014.
- RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- REDENTI, Enrico. Compromesso (Diritto Processuale Civile) *in Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957.
- REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 142-156, jun. 2008.
- REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, v. 39, n. 227, p. 105-122, jan. 2014.
- RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- RICCI, Edoardo Flavio. Il nuovo arbitrato societário. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 2003, p. 517-539, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Lei de arbitragem brasileira*. Oito anos de reflexão: Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 269-309, out./dez. 2006.
- ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. 2012. 317 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense: 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático: estudos*. São Paulo: LTr, 1993.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 13-33, set./out. 2012.

\_\_\_\_\_. A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: CONPEDI (Org.). *Direito e administração pública I*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 394-417. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=193>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 301-337, abr./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VII, p. 237-263, jan./jun. 2011. Disponível em <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* romana às *class actions* norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 188, p. 101-146, out. 2010.

ROSA, Pécio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem: tentativa de sistematização à luz do direito privado brasileiro*. 2010. 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ROSENBERG, Mark F., Chronicles of the Bulbank Case – The Rest of the Story. *Journal of International Arbitration*, The Hague, v. 19, p. 1-31, 2002.

ROSS, Alf. Tû-tû. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 70, p. 812-825, 1957.

RUFFINI, Giuseppe. Il nuovo arbitrato per le controversie societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 2004, p. 495-531, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos *et al.* *Execução civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SATTA, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*. Milano: Francesco Vallardi, 1959, v. 1.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHANER, Lawrence S.; APPLEMAN, Thomas G. Third-party litigation funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, n. 32, p. 175-187, jan./mar. 2012.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 94-118, jul./set. 2009

SENADO FEDERAL, *Parecer nº 1.624/2010*, rel. Sen. Valter Pereira. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em: 27 set. 2011.

SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent. Confidencialidade de arbitragem é relativizada. *Consultor Jurídico*, 13 set. 2010. Disponível em

<<http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

SHAVELL, Steven. Alternative dispute resolution: an economic analysis. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 24, p. 1-28, 1995.

SHELTON, Dinah. Reconcilable differences? The interpretation of multilingual treaties. *Hastings International & Comparative Law Review*, San Francisco, n. 20, p. 611-638, 1997.

SHIEBER, Benjamin M. *Iniciação ao direito trabalhista norte-americano*. São Paulo: LTr, 1988.

SILVA, Edson Braz. Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 9, p. 1038-1047, set. 2005.

SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 52-74, abr./jun. 2005.

SILVA, Paula Costa e; GRADI, Marco. A intervenção de terceiros no procedimento arbitral no direito português e no direito italiano. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 28, p. 41-92, out./dez. 2010.

SILVA, Walküre, Lopes Ribeiro da. Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 101, p. 151-168, jan./mar. 2001.

SILVA-ROMERO, Eduardo. America Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 88-100, jan./abr. 2004.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Aplicabilidade da arbitragem nas relações trabalhistas. *Revista do CEPEJ da Faculdade de Direito da UFBA*, v. 11, p. 317-333, jul./dez. 2009.

SMITH, James F. Confronting differences in the United States and Mexican legal systems in the era of NAFTA. *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, v. 1, p. 85-108, 1993.

SMITH, Steven *et al.* International commercial dispute resolution. *International Lawyer*, Chicago, v. 44, p. 113-128, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira. *Sentenças parciais no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

STANZANI, Davide; FIORE, Adriano (Org.). *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*. Rimini: Maggioli, 1981.

STERNLIGHT, Jean R. As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive? *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 42, p. 1-126, Oct. 2000.

\_\_\_\_\_. Sternlight on Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds. *ADR Prof Blog*, Apr. 29, 2010. Disponível em <[www.indisputably.org/?p=1287](http://www.indisputably.org/?p=1287)>. Acesso em: 6 jan. 2014.

\_\_\_\_\_; JENSEN, Elizabeth J. Using arbitration to eliminate consumer class actions: efficient business practice or unconscionable abuse? *Law & Contemporary Problems*, Durham, v. 67, p. 75-104, Winter/Spring 2004.

STRONG, Stacie I. *Class, mass and collective arbitration in national and international law*. New York: Oxford, 2013.

\_\_\_\_\_. Collective arbitration under the DIS Supplementary Rules for corporate law disputes: a European form of class arbitration? *ASA Bulletin*, The Hague, v. 29, p. 145-165, 2011.

\_\_\_\_\_. From class to collective: the de-americanization of class arbitration. *Arbitration International*, London, v. 26, p. 493-548, 2010.

\_\_\_\_\_. Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada compared. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Chapel Hill, v. 37, p. 921-980, 2012.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem na área tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 14, n. 67, p. 40-49, mar./abr. 2006.

TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 135-154, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TELES, Miguel Galvão. Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 7, n. 24, p. 127-134, jan./mar. 2010.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

\_\_\_\_\_. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 903, p. 9-25, jan. 2011.

\_\_\_\_\_; BARBOZA, Heloísa H.; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II.

\_\_\_\_\_; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II.

THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 53-87, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*. Insuficiência da reforma das leis processuais, 2004. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. III.

THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 36-45, set. 2006.

\_\_\_\_\_; LEE, João Bosco (Coord.). *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 332-350, jan./abr. 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERDE, Giovanni (Org.). *Diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. 2010. 244 f. Tese (Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2013.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: La legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland. (Coord.). *Direito constitucional do trabalho: Vinte anos depois*. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Arbitragem na solução de conflitos no Direito Comparado. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 91, p. 20-36, jul. 2000.

VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. In: GAMBARO, Antonio (Ed.). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73-93.

VILNER, Yuriy. Realities and priorities of Portugal's debt management, Pt. IV. *Jurist – Dateline*, Pittsburgh, Apr. 12 2012. Disponível em <<http://jurist.org/dateline/2012/04/yuriy-vilner-portugal-debt.php>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Juspodivm, 2008.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 11-20, out./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contrato conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 31-59, mai./ago. 2004.

\_\_\_\_\_. Caracterização do grupo econômico de fato e suas consequências quanto à remuneração dos dirigentes de suas diversas sociedades componentes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 25, p. 145-161, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 189-224, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Oito anos de jurisprudência sobre arbitragem, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 111-127, set./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 379, p. 35-53, mai./jun. 2005.

\_\_\_\_\_; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 11-15, abr./jun. 2007.

\_\_\_\_\_; GALÍNDEZ, Valeria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 228-245, jul./set. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

WESTON, Maureen A.. Universes Colliding: the constitutional implications of Arbitral Class Actions. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 47, p. 1711-1780, 2006.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: Juspodivm, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 95-99, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.