

Arbitrabilidade das demandas coletivas

Grasiela Cerbino

I. Introdução; II. Contexto internacional; 2.1. A perspectiva italiana; 2.2. A perspectiva alemã; 2.3. As iniciativas em Portugal; 2.4. A inspiração trazida pelas experiências internacionais; III. Tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletiva; IV. Arbitrabilidade; 4.1. Arbitrabilidade objetiva; 4.2. Arbitrabilidade subjetiva; 4.3 Questões controversas; V. Conclusão.

I. Introdução

A Lei de Arbitragem brasileira instituída em 1996 foi importante passo no arcabouço legal brasileiro, dando ensejo a um método mais eficaz e, especialmente, célere na solução de litígios nas mais diversas áreas.

Embora recepcionada com alguma hesitação, após o julgamento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem em 2001¹, o instituto alcançou as mais diferentes atividades econômicas, tendo se desenvolvido em especial naqueles ramos em que a celeridade e a especialização do julgador fossem consideradas elementos particularmente importantes para o mercado em que atuavam. Dentre as atividades econômicas caracterizadas por alta especialização e que sofrem forte impacto em vista do tempo, temos o mercado de capitais como bom exemplo. E foi exatamente nesse mercado que a arbitragem foi recepcionada de forma especialmente inovadora.

A propósito, cumpre lembrar que a Bovespa criou, em 2000, os segmentos especiais de listagem de ações. O principal motivador da criação de tais segmentos foi o então diagnóstico de que as companhias brasileiras, para atrair maior capital em suas ofertas iniciais de ações, deveriam observar regras de governança adicionais àquelas estabelecidas na Lei no. 6.404/76.

¹ Em 12 de dezembro de 2001, foi julgado o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, de relatoria do então ministro Sepúlveda Pertence, em que o Tribunal Pleno do STF decidiu, por sete votos a quatro, pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Nessa mesma esteira e com o principal objetivo de viabilizar um foro célere e especializado para administração de litígios envolvendo as companhias listadas², em junho de 2001, foi fundada a então chamada Câmara de Arbitragem do Mercado, hoje Câmara do Mercado³.

Tal adoção não foi, no entanto, imune a alguns desafios. Com efeito, dado o caráter intrínseco da sociedade como feixe de interesses, têm-se que as decisões envolvendo sociedades ou matérias societárias podem afetar, em maior ou menor medida, diversos atores. Impactos de tais decisões podem ser sentidos naqueles que participam diretamente da vida societária, seja na qualidade de sócios, administradores, ou ainda daqueles que interagem com a sociedade como pessoa ficta e, portanto, sujeita de direitos e obrigações tais como os fornecedores e/ou clientes, isso sem desprezar importantes decorrências na relação da sociedade com órgãos reguladores e também com a comunidade em que a sociedade atua, que é hoje assunto tão em voga no mercado de capitais.

Tais impactos são especialmente relevantes nas recorrentemente nominadas como demandas coletivas, em que os efeitos da decisão arbitral têm por premissa a aplicação a um grupo mais ou menos amorfo a depender da caracterização da demanda.

O objetivo desse artigo é trazer algumas reflexões a respeito do tema e, especialmente, alguns pontos que nos parecem carecedores de atenção dentro do arcabouço jurídico brasileiro.

II. Contexto internacional

Antes de se passar especificamente às questões trazidas pelo direito nacional, nos parece conveniente trazer à baila como os sistemas jurídicos comparados tratam a arbitragem societária e de mercado de capitais.

De maneira bastante simplista, podemos verificar que na Europa, afora a Holanda que não admite a arbitralidade de demandas societárias, a maior parte dos sistemas jurídicos admite que conflitos societários sejam dirimidos por arbitragem, estabelecendo como condição a participação de todos os sócios/acionistas. Tal condição, por decorrência, quando não exclui, inviabiliza as arbitragens em matéria societária envolvendo companhias listadas⁴.

² SANTANA, Maria Helena. The Novo Mercado. In: SANTANA, Maria Helena. ARARAT, Melsa; ALEXANDRU, Petra; YURTOGLU, B. Burcin; CUNHA, Mauro Rodrigues. *Novo Mercado and Its Followers: Case Studies in Corporate Governance Reform*, focus 5. Global Corporate Governance Forum/International Finance Corporation, p. 11.

³ Acerca dos detalhes da criação da Câmara do Mercado, consultar: COSTA, Roberto Teixeira da. *Valeu a pena! Mercado de capitais: passado, presente e futuro*. Editora FGV, 2018, cap. 16.

⁴ CORAPI, Diego. *La “provincia” dell’arbitrato societario nel diritto comparato*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais, Ano 15, vol. 57, abr-jun/2018.

2.1 A perspectiva italiana

Dentro desse panorama é interessante destacar o modelo italiano, que adota um regime jurídico específico para o tratamento da matéria e que é positivado através do Decreto nº 5/2003.

Importante dizer que, nas palavras de Diego Corapi, as questões relativas à arbitralidade objetiva e subjetiva dos conflitos societários parecem ter sido pacificadas na Itália, *in verbis*: “É possível afirmar que na lei italiana, todas as controvérsias societárias podem ser objeto de arbitragem, mesmo as controvérsias relativas a decisões que interessarem diretamente os terceiros”⁵. No entanto, da leitura do referido Decreto, podemos extrair importantes condições de contorno que acabam por excluir uma fatia importante das demandas arbitrais. Dentre tais condições vale citar especialmente duas.

A primeira delas é a proibição expressa de que uma cláusula compromissória seja incluída nos estatutos das sociedades abertas⁶. De acordo com a exposição de motivos do Decreto, a justificativa para a vedação a que litígios societários fossem submetidos à arbitragem teve como fundamento as possíveis dificuldades que esse tipo de demanda poderia ocasionar, tendo sido citado, em especial, o número potencialmente muito elevado das partes num procedimento, a eventual falta de conhecimento das cláusulas nos estatutos por parte dos investidores pequenos e os custos de uma arbitragem se comparados aos custos de um processo judicial ordinário.

Os fundamentos não são isentos de controvérsias, no entanto. Na visão de Diego Corapi, essas dificuldades não existem ou não são tão graves a ponto de impedirem um funcionamento eficiente da arbitragem. A esse respeito, defende Diego Corapi:

Nem todos os sócios das sociedades abertas são pequenos investidores. Os investidores institucionais têm um papel muito importante no mercado de capitais e especialmente os estrangeiros apreciariam as vantagens que uma cláusula compromissória estatutária pode oferecer. Por outro lado, a situação dos pequenos investidores não é diferente seja qual for o tipo de procedimento ao qual devam fazer recurso. O importante para eles é a possibilidade de pleitearem juntos e não terem o ônus da prova muito pesado” [...] “É paradoxal que esta regulamentação inderrogável, tão completa e respeitosa dos direitos dos sócios e dos terceiros não possa atualmente ser utilizada nas sociedades que mais precisariam dela.”⁷

⁵ CORAPI, Diego. *Arbitragem no direito societário italiano*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais, Ano 11, vol. 43, out-dez/2014, p. 285/296.

⁶ Decreto nº 5/2013, art. 34. *I. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.*

⁷CORAPI, Diego. *Arbitragem no direito societário italiano*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais, Ano 11, vol. 43, out-dez/2014, p. 285/296.

A segunda importante condição de contorno dada pelo Decreto italiano é a proibição de que sejam arbitráveis os litígios cuja intervenção do Ministério Público seja obrigatória⁸.

Além dessas duas que, como já ressaltado, impõem a exclusão dessas controvérsias ao crivo de um tribunal arbitral, vale destacar um aspecto bastante curioso da legislação italiana que diz respeito ao tratamento do sigilo.

No que toca às questões societárias, o Decreto italiano impõe a publicidade como regra e o instrumento para dar eficácia a esse princípio é a obrigatoriedade de arquivamento no registro de empresas de toda e qualquer arbitragem proposta pela empresa ou contra ela⁹. Embora o registro de comércio nos pareça vocacionado à publicidade das regras e deliberações corporativas, a lei italiana estende seu uso também aos eventuais litígios, parecendo apoiar-se na premissa de que todos os litígios societários interessam em última análise a todos os sócios cujo conhecimento não lhes pode ser privado.

Ainda que essa característica não represente, *per se*, um contorno de negação objetivo à arbitragem, também esse aspecto pode representar um importante desincentivo ao uso da arbitragem tendo em vista que existem controvérsias que podem envolver segredos de negócios ou outros temas cuja divulgação seja altamente desaconselhável ou inconveniente aos objetivos empresariais.

Outro aspecto digno de nota, e que não se pode acantonar nessa discussão, é o fato de que o sigilo é considerado uma das importantes vantagens da arbitragem¹⁰. Nesse sentido, a premissa adotada pelo Decreto italiano se dissocia, em certa medida, de um importante atributo dos procedimentos arbitrais.

De toda forma, fato é que, tendo o Decreto italiano excluído expressamente do foro arbitral as demandas que envolvem sociedades anônimas que recorrem ao mercado de capitais, inevitavelmente tais controvérsias seriam direcionadas ao poder judiciário italiano.

⁸ Decreto nº 5/2013, art. 34. 5. *Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.*

⁹ Decreto nº 5/2013, art. 35. 1. *La domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci.*

¹⁰ A respeito observo que a pesquisa *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* de 2018, promovida pela *Queen Mary University of London*, indica que 87% dos entrevistados acreditam que a confidencialidade na arbitragem comercial internacional é um atributo importante: *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* – Queen Mary University of London e White Case. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em 05.01.2020.

A esse respeito, vale ressaltar que em abril de 2020, teve início a vigência da Lei 31/2019 que introduziu, dentro do *Codice di Procedura Civile*, novo tratamento da demanda coletiva de direitos.

O primeiro ponto digno de nota é que o novo modelo italiano traz um arcabouço jurídico base para a tutela dos direitos coletivos e individuais não restringindo tal tutela aos direitos derivados de relações de consumo. Engloba, portanto, todos os *diritti individuali omogeni*, não tendo sido estabelecidos limites no que diz respeito às relações jurídicas ou fatos que se legitimam a tutela coletiva que podem ser contratuais ou extracontratuais e cujos legitimados podem ser consumidores, usuários, indivíduos, organizações ou associações. Nas palavras de Gianluca Scarchillo: “*Un progetto, quindi, volto alla tutela degli interessi superindividuali e omogenei, ma non più in prospettiva esclusivamente consumeristica.*”¹¹

Embora tal arcabouço legal não se refira à arbitragem, a abordagem generalista adotada pela lei italiana nos parece relevante e deve ser levada em consideração nas correntes discussões nacionais sobre a arbitragem coletiva societária¹², em especial no que diz respeito à necessidade ou não de um marco legal específico para o tratamento das demandas coletivas em mercado de capitais.

2.2. A perspectiva alemã

Na Alemanha, encontramos a mesma limitação do direito italiano. O tema na Alemanha, no entanto, foi objeto de longa discussão até que, em 2009, a mais alta corte alemã – Bundesgerichtshof (*BGH*) decidiu ser possível a arbitragem societária vedando, no entanto, as arbitragens societárias relativas a companhias listadas.¹³

¹¹ SCARCHILLO, Gianluca. Class Action. *Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*. Ed. G.Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 125.

¹² A respeito das discussões acerca de alterações do arcabouço legal que regula as arbitragens coletivas em matérias societária, vide relatório final elaborado pela OCDE: *OECD-Brazil Workshop on Strengthening the Private Enforcement of Shareholder Rights*, publicado pela OCDE em: <http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>. Acesso em 20.11.2020.

¹³ STRONG, S. I. Collective Arbitration under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes. A European Form of Class Arbitration? *ASA Bulletin*, 1/2011. No referido texto, a autora entende que as regras da DIS são aplicáveis a questões societárias nas sociedades limitadas (GmbH) e pessoais (Personengesellschaften). Nas arbitragens de companhias listadas em bolsa, as regras da DIS não se aplicam. Nas companhias fechadas, com número de reduzido de acionistas e não listadas em bolsa, as partes devem tomar cuidado no tocante a participação de todos os acionistas. O recomendado é que para essas companhias fechadas não usem a arbitragem, mas dependendo do número de acionista, a arbitragem pode ser viável.

Essa decisão fixou alguns requisitos para serem observados pelas cláusulas compromissórias presentes nos estatutos.

O primeiro deles é que a cláusula arbitral tem que ser incluída no contrato social (*Satzung*) com aprovação de todos os sócios ou, alternativamente, em acordo separado onde conste igual aprovação da totalidade dos sócios. Outro requisito importante é o de que todos os sócios, além dos órgãos sociais, devem ser informados sobre o início e desenvolvimento do procedimento arbitral e ter a possibilidade de participar do processo, pelo menos como intervenientes (*Nebenintervenient*). Além disso, o conjunto de sócios deve ter o poder de participar da escolha dos árbitros, salvo se a escolha for feita por um órgão independente e deve-se garantir que todos os procedimentos envolvendo um mesmo objeto (*Streitgegenstand*) sejam concentrados em um mesmo tribunal arbitral.

Considerando essa decisão do BGH, em 2009, o *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit – DIS*, centro arbitral com sede em Berlim, criou regras suplementares ao seu regulamento para regular as arbitragens societárias.

Tais regras suplementares trazem importantes reflexões a respeito da matéria societária.

A primeira delas é que nas disputas cuja sentença deva vincular todos os acionistas a parte que dá início à arbitragem deve assegurar a oportunidade de todos os interessados participarem do procedimento como parte ou interveniente. Tal efeito é igualmente garantido nos procedimentos em que a decisão, por sua natureza, deva ser igual para todos os acionistas¹⁴.

Igualmente interessante o modo como a regra em referência tratou do tema da publicidade. Diferente do modelo italiano, as regras emitidas pela DIS estabelecem que a parte que iniciou o procedimento é a parte responsável por identificar todos aqueles que possam vir a ser afetados pela decisão. A partir dessa identificação, serão notificados todos os interessados, sendo assegurado àqueles que tenham escolhido não participar do procedimento arbitral a ciência sobre o seu andamento o que será instrumentalizado através de notificação regular pelo Tribunal Arbitral, acompanhada de cópia das manifestações das partes, ordens processuais e decisões.

¹⁴ DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09 (SRCoLD) - Section 2 Inclusion of Concerned Others: “2.1 Disputes requiring a single decision binding all shareholders and the corporation and in which a party intends to extend the effects of an arbitral award to all shareholders and the corporation without having been introduced as a party to the arbitral proceeding (Concerned Others), the Concerned Others shall be granted the opportunity to join the arbitral proceeding pursuant to the DIS-SRCoLD as a party or compulsory intervenor in the sense of section 69 German Code of Civil Procedure (Intervenor). This applies mutatis mutandis to disputes that require a single decision binding specific shareholders or the corporation”.

Um outro importante aspecto tratado pela regra é aquele relativo à litispendência. À semelhança do tratamento jurisdicional brasileiro, quando mais de um procedimento com a mesma matéria for iniciado, o procedimento que foi instaurado primeiro prevalece sobre os outros, sendo os procedimentos subsequentes inadmitidos, facultando-se, porém, às partes dos procedimentos subsequentes ingressar no primeiro se concordarem com o estado que o procedimento se encontra e com os árbitros nomeados.

Por fim, e não menos importante, interessante também o tratamento dado a um dos aspectos mais complexos das arbitragens com efeitos coletivos que é o tratamento dado à extensão da coisa julgada. Nesse aspecto, a opção da DIS foi pela extensão dos efeitos a todos os interessados, tenham ou não ingressado no procedimento como parte ou interveniente.

2.3. As iniciativas em Portugal

A arbitragem como meio de resolução de conflitos societários em Portugal ainda é bastante debatida. Há, atualmente, um projeto de lei, proposto pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), para regulamentar a matéria da arbitragem societária no país.

Dentre vários debates sobre o projeto de lei, destacam-se as questões relativas à conveniência ou não de se aplicar a lei de arbitragem societária aos litígios de companhias abertas, à publicidade dos procedimentos, à obrigatoriedade ou não de que a cláusula compromissória esteja presente nos estatutos sociais e, por fim, à necessidade de ter litígios societários dirimidos exclusivamente por arbitragens institucionalizadas.

No que diz respeito à adoção ou não de arbitragens para companhias abertas, defende a APA sua permissibilidade especialmente em vista do fato de que a solução dos litígios societários pela via arbitral seria facultativa.

No que tange à publicidade, a APA sugere, à semelhança do modelo italiano, que os procedimentos arbitrais societários estejam sujeitos ao registro comercial a fim de que todos os interessados possam dele ter ciência. Esclareça-se, a esse respeito, que os terceiros terão acesso apenas aos elementos essenciais do procedimento, tais como identificação dos requerentes e dos requeridos, objeto da arbitragem e pedido.

Em relação à cláusula compromissória nos estatutos sociais, estabelece o projeto que todas as partes do litígio societário, sejam sócios ou não, devem ter subscrito à cláusula arbitral, solução que nos parece especialmente desafiadora para os litígios envolvendo mercado de capitais.

Por fim, a APA sugere que todas as arbitragens societárias sejam institucionalizadas, pois, na sua visão, isso garantiria regras seguras e justas de seleção e designação de árbitros.

2.4. A inspiração trazida pelas iniciativas internacionais

Embora a análise dos sistemas jurídicos comparados traga importantes reflexões para a arbitragem societária de natureza coletiva no Brasil, fato é que da análise acima já se deduz que não há, entre os sistemas analisados, nenhum modelo predecessor ao brasileiro que nos possa servir de inspiração.

Embora a experiência alemã, em particular, traga importantes considerações sobre as arbitragens societárias que envolvam múltiplos acionistas, o modelo alemão exclui da esfera arbitral os litígios envolvendo companhias abertas já listadas, razão pela qual seu desenho se torna incompatível com as demandas coletivas admitidas no Brasil, essas invariavelmente envolvendo companhias abertas listadas em bolsa de valores.

Em especial, vale ressaltar que a premissa de que todos os acionistas possam participar do procedimento arbitral tornaria verdadeiramente inviável qualquer demanda coletiva, tendo em vista que acionistas de companhias abertas listadas são milhares quando não milhões¹⁵.

Ainda a esse respeito, ainda que por hipótese se pudesse pensar em possíveis soluções via alteração do regulamento de arbitragem, como foi a resposta da DIS, que criou um Regulamento específico para demandas coletivas, no caso da Câmara do Mercado essa via seria provavelmente infrutífera¹⁶.

Isso porque, o Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado da B3 está inserido no contexto dos segmentos diferenciados de governança corporativa e, portanto, é anexo ao Regulamento que criou os segmentos de listagens especiais.

¹⁵ Para exemplificar o quão pulverizado pode ser o capital social de uma companhia no Brasil, podemos citar a Petrobras, que tem mais de 5 milhões de ações emitidas que não são de propriedade do grupo de controle, e a Vale que tem 4.090.424.524 ações em circulação. Informações disponíveis em, respectivamente: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/5bd67cb5-3655-ae93-7655-6ceb916b522a?origin=2> e http://www.vale.com/PT/investors/company/shareholding-structure/Documents/composicao/Composicao_Acionista_Setembro_2020.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2020.

¹⁶ No entanto, há que ressaltar que apesar do Regulamento da Câmara do Mercado não conter previsões específicas para a arbitragem coletiva, as regras do Regulamento, quando reformulado em 2011, foram pensadas especialmente para arbitragens societárias e de mercado de capitais, com previsões inovadoras à época, que permitem a intervenção de terceiros e a conexão de procedimentos arbitrais.

Dessa forma, a alteração demandaria audiência restrita com não oposição superior a 1/3 das companhias aderentes aos segmentos especiais, além de aprovação do Conselho de Administração da B3¹⁷.

III. Tutela coletiva de direitos ou tutela de direitos coletiva

Embora haja frequente referência à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos como elementos intercambiáveis, é importante esclarecer que tal aparente similitude semântica abarca conceitos muito distintos.

O tema é positivado pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública do mercado de capitais¹⁸, tendo sido fruto de grande reflexão doutrinária à época e até hoje reputa-se como marco legal bastante estruturado. Nesse sentido, nas palavras de Gianluca Scarchillo:

*Ed è stata proprio la dottrina ad aver giocato un ruolo di prim'ordine nella produzione normativa sull'azione di classe brasiliana, essendosi arrogata il ruolo di vero e proprio formante del diritto mediante l'influenza del proprio prestigio, con la continua ricerca, e mediante pressioni esercitate sull'organo legislativo. Tanto è vero che, in un lasso di tempo relativamente breve – tre lustri circa – in Brasile poteva dirsi già formatasi una robusta disciplina in materia di tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei, coadiuvata da una vasta produzione dottrinale.*¹⁹

Esse novo marco regulatório é comumente referido como o microssistema de direitos coletivos no Brasil. E o microssistema de direitos coletivos abarca, por sua vez, além da tutela dos direitos difusos, a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e a tutela de direitos individuais homogêneos.

A propósito, vale lembrar que direitos coletivos *stricto sensu* são direitos indivisíveis gerados por uma relação jurídica base cujo tratamento deve ser de forma unitária: ou seja, é aplicável da mesma maneira a todos os integrantes daquela comunidade. Em matéria societária, nos parece que um bom exemplo é a anulação de assembleia da companhia que aprova contas do administrador. Uma vez anulada tal assembleia, as contas da sociedade apresentadas pelo

¹⁷ Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado, item 9.8, (i): “(...) qualquer modificação relevante a este Regulamento somente poderá ser levada a efeito após (a) a realização de Audiência Restrita entre as companhias que tenham aderido ao Bovespa Mais, ao Novo Mercado e ao Nível 2 de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa, em prazo fixado pelo Presidente da Câmara de Arbitragem, o qual não será inferior a 15 (quinze) dias, em que não tenha havido manifestação contrária, expressa, superior a 1/3 (um terço) dos participantes da referida Audiência Restrita e (b) a aprovação do Conselho de Administração da BM&FBOVESPA”.

¹⁸ Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 e Lei 7.913 de 7 de dezembro de 1989, respectivamente.

¹⁹ SCARCHILLO, Gianluca. *Class Action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*. Ed. G. Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 66.

administrador se consideram não aprovadas; e como se trata das contas da sociedade, por decorrência, essa decisão tem seus efeitos aplicados em relação a todos e quaisquer acionistas, já que inexistiria possibilidade fática de que a mesma companhia tenha suas contas aprovadas em face de alguns acionistas e de outros não.

A tutela de direitos individuais homogêneos, por sua vez, aplica-se a direitos ditos como acidentalmente coletivos porque, em essência, tais direitos são individuais, mas por serem igualmente transindividuais, aplicando-se, por consequência, a outros membros da mesma classe, é possível que sua tutela seja feita de forma coletiva.²⁰ Exemplo clássico é a demanda de danos decorrentes de falhas informacionais por parte de administradores.

Ainda a respeito dos direitos individuais, vale ter em mente que nada obsta a que o acionista exerça seu direito de forma individual, e esse exercício pode se materializar em uma ação de um acionista em particular ou em uma ação que congregue vários acionistas em litisconsórcio facultativo, o que na arbitragem denominamos procedimento arbitral multiparte.

Portanto, podemos dizer que os primeiros – direitos coletivos *stricto sensu* – são direitos de natureza intrinsecamente coletiva, enquanto os segundos – direitos individuais homogêneos – são essencialmente individuais, podendo ser demandados de forma coletiva.

Essa diferenciação é importante porque existem peculiaridades e, portanto, dificuldades distintas, conforme se tratar de arbitragens que tutelam direitos coletivos (*stricto sensu* e difusos), arbitragens que tutelam direitos individuais de forma coletiva; e arbitragens que tutelam direitos individuais homogêneos em litisconsórcio facultativo.

A principal diferenciação é sobre os efeitos da coisa julgada. De acordo com o regime estabelecido no microssistema de direitos coletivos brasileiro, os efeitos da coisa julgada se estendem àqueles que não fizeram parte do procedimento, sendo tal extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme se tratar de direitos difusos ou direitos coletivos *stricto sensu*, ou *secundum eventum litis*, no caso de demandas coletivas que tutelem direitos individuais homogêneos, hipótese em que se estenderá a todas as vítimas no caso de procedência do pedido.

Já nas arbitragens individuais ou multipartes, em que se tutelam direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada restringem-se apenas às partes do procedimento. As dificuldades são de outra ordem.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 55 e seguintes.

Note-se que esses institutos têm sido usados de maneira bem mais frequente nos últimos anos. Com efeito, em novembro de 2020, a Câmara do Mercado, sendo a câmara arbitral que concentra as arbitragens em matéria societária e de mercado de capitais, administra 3 (três) arbitragens coletivas propriamente ditas, nas quais uma determinada associação representa, por substituição processual, os acionistas de uma companhia e 22 arbitragens que discutem direito individual homogêneo dos investidores minoritários de maneira coletiva em litisconsórcio facultativo²¹.

IV. Arbitrabilidade

O fenômeno de demandas coletivas no Brasil é razoavelmente recente e, portanto, reflexões acerca da recepção desse fenômeno para o direito pátrio são, portanto, igualmente novas.

Diante dessa nova realidade, faz-se mister questionar se o direito pátrio admite a tutela de direitos coletivos e/ou a tutela coletiva de direitos em sede arbitral.

A resposta a essa pergunta depende substancialmente da análise da Lei de Arbitragem brasileira, especialmente em dois aspectos: em relação ao objeto do litígio arbitragem – arbitrabilidade objetiva – e em relação aos sujeitos que podem participar da arbitragem – arbitrabilidade subjetiva.

4.1. Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva, essencialmente, diz respeito à matéria que será submetida à arbitragem²², ou seja, visa “(...) *responder à pergunta sobre ‘o que’ pode ser submetido ao processo arbitral*”²³.

Tal conceito está posto no art. 1º da Lei de Arbitragem, que preceitua que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**” (grifos nossos).

²¹ Um procedimento específico conta com mais de 1.400 investidores no polo ativo do procedimento arbitral.

²² Veja-se a posição da doutrina especializada ao explicar o conceito de arbitrabilidade: “(...) *this means, first, that the agreement must relate to subject-matter which is capable of being resolved by arbitration and, secondly, that the agreement must have been entered into by parties entitled to submit their disputes to arbitration*” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer, 1999, p. 311).

²³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 229.

Em uma análise apressada, poder-se-ia dizer que direitos coletivos, por não serem disponíveis, não seriam passíveis de arbitragem. Essa não parece ser a visão da doutrina especializada no tema que sustenta a possibilidade da arbitralidade das demandas coletivas, posicionando-se nesse sentido Viviane Muller Prado, Antonio Deccache²⁴, André Roque²⁵ e Ana Nery²⁶.

A respeito do tema vale destacar a opinião em especial de Ana Nery que sustenta inclusive a arbitralidade direitos difusos e coletivos, *in verbis*:

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 da complexa titularidade desses direitos não podem ser fracionados, porque não pertencem nem a uma, nem a várias pessoas, mas a todo o grupo. 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).

Nossa conclusão se dirige à possibilidade de que direitos difusos e coletivos, no que pertine a seus aspectos patrimoniais, sejam sujeitos a decisão pela via da arbitragem.²⁷

O tema não carece de controvérsias²⁸, mas a propósito da questão cumpre lembrar que dentre dentro do microssistema de direitos coletivos se enquadram, além dos direitos difusos e dos direitos coletivos *stricto sensu*, também os direitos individuais homogêneos.

Nesse contexto, é necessário analisar preliminarmente o caráter patrimonial de tais direitos e nos parece que em se confirmando tal natureza e, por consequência, o fato de serem tais disponíveis, óbice não haveria a sua submissão ao juízo arbitral.

Nos casos das arbitragens coletivas no mercado de capitais que se consubstanciem em pretensões indenizatórias, ainda quando requeridas por associações em nome de seus associados, o caráter patrimonial de tal direito está claramente definido e, como tal, também sua disponibilidade. Sendo assim, nos parece claro que tais demandas se enquadrariam dentro do conceito de “direito patrimonial disponível” previsto no art. 1º da Lei de Arbitragem.

²⁴ PRADO, Viviane; DECCACHE, Antonio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, vol. 52, p. 99-122, jan-mar, 2017.

²⁵ ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014

²⁶ NERY, Ana Luiza. Notas sobre Arbitragem Coletiva no Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, vol. 53, p. 244103-127, abr-jun, 2017.

²⁷ NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

²⁸ Aqui há que se mencionar que a maioria dos autores que defendem a possibilidade de arbitragem coletiva, excluem a possibilidade de arbitragem para tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, restando apenas a possibilidade de arbitragem coletiva de direitos individuais homogêneos.

Vale também acrescentar que a arbitrabilidade objetiva das demandas coletivas também foi escopo de uma recente decisão judicial no Tribunal de Justiça de São Paulo. O Desembargador Cesar Campolini, quando se manifestou sobre o tema, defendeu a sua possibilidade, ainda que sem previsão expressa sobre o tema, especialmente no mercado de capitais²⁹.

4.2. *Arbitrabilidade subjetiva*

No que toca à arbitrabilidade subjetiva, preceitua a Lei de Arbitragem que todas as pessoas capazes de contratar poderão se valer da arbitragem para dirimir questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis³⁰.

Ou seja, sendo as partes capazes de contrair direitos e obrigações e, portanto, de firmar a cláusula compromissória, poderão tais partes exercer a faculdade atribuída pela lei de que os eventuais litígios de que são ou forem partes serão excluídos da jurisdição estatal e submetidos à arbitragem.

No que diz respeito à arbitrabilidade das demandas societárias, é importante lembrar que tal compromisso vem incluído nos estatutos da companhia por deliberação de seus sócios segundo o princípio majoritário. A esse respeito um importante passo foi a reforma da Lei das Sociedades por Ações, através da lei nº 10.303/2001 que, introduziu o §3º ao art. 109, prevendo, de forma expressa e explícita, a possibilidade de escolha da arbitragem para a resolução de litígios societários mediante a inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias³¹.

Ultrapassado o teste da arbitrabilidade subjetiva das demandas societárias e de mercado de capitais, cumpre, no entanto, examinar outras questões próprias da legitimidade das partes dentro do microssistema de direitos coletivos.

A primeira questão, que já foi objeto de longo debate, é a possibilidade de uma associação atuar na defesa de direitos individuais homogêneos de terceiros, atuando como substituta processual dos terceiros, em clássica hipótese de legitimação extraordinária.

²⁹ TJSP. Processo nº 2090011-46.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Cesar Ciampolini.

³⁰ Art. 1º. **As pessoas capazes de contratar** poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (grifos nossos).

³¹ § 3º. 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.

A primeira controvérsia surge a partir da adequada interpretação do microsistema de direito coletivo. Isso porque embora a Lei de Ação Civil Pública tenha se referido expressamente à aplicação subsidiária da Lei de Ação Civil Pública³², fato é que houve uma opção legislativa na Lei nº 7.913/89, que é lei específica para o tratamento das demandas coletivas no mercado de capitais, em atribuir legitimidade apenas ao Ministério Público.

Não obstante tal controvérsia, parte da doutrina defende que uma Associação que cumpre os requisitos da lei de ação civil pública, ou seja, que é constituída há mais de um ano e que tem no seu objeto social a defesa dos direitos discutidos, pode pleitear os danos sofridos pelos investidores no mercado de valores mobiliários em razão da combinação das leis 7.913/89, 7.347/85 e 8.078/90.

A esse respeito, Hugo Mazzilli entende que “[n]egar a iniciativa dos colegitimados para a ação civil pública ou coletiva em defesa de investidores lesados seria o mesmo que olvidar os pressupostos e objetivos da legitimação extraordinária em defesa de interesses transindividuais”³³.

No mesmo sentido entende Guilherme Setoguti que:

A lei 7.913/89 alude expressamente apenas à legitimidade ativa do Ministério Público. Mas, por conta do art. 3º da mesma lei – que estabelece que a LACP aplica-se, no que couber, à ação coletiva nela prevista –, as pessoas legitimadas pelo art. 5º da LACP – e para alguns autores, também as arroladas no art. 82 do CDC – são igualmente autorizadas ao ajuizamento da ação coletiva para defesa de investidores do mercado de capitais. É reconhecida, assim, a legitimidade das associações que tenham entre seus fins institucionais a proteção aos titulares de valores mobiliários (pertinência temática) e que estejam constituídas há pelo menos um ano”³⁴.

Diferente não é a opinião de Viviane Muller que entende que “[h]á também a possibilidade de os investidores buscarem a tutela judicial coletivamente com o ajuizamento de ações coletivas por associação de investidores”³⁵.

A propósito, cumpre observar que o tema foi submetido à análise do poder judiciário em duas ações civis públicas que confirmou a legitimidade das associações.

³² Art. 3º. À ação de que trata esta Lei aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 795 e 796.

³⁴ PEREIRA, Guilherme Setoguti. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. P. 94.

³⁵ PRADO, Vivianne Muller. DECCACHE, Antonio. *Arbitragem Coletiva e Companhias Abertas*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, RT, vol. 52, jan-mar 2017, pp. 99-122, p. 6.

O primeiro caso foi ajuizado pela AIDMIN perante o controlador da OGX, o Sr. Eike Batista. Embora tenha a ação sido extinta sem resolução do mérito por entender inicialmente não se tratar de direito individual homogêneo, a legitimidade da associação foi confirmada³⁶.

Igual entendimento houve em ação civil pública proposta pela AIDMIN contra a Petrobrás cujo término também seu deu sem resolução do mérito em razão de a Petrobras ter ajuizado uma ação declaratória para reconhecer a existência de convenção de arbitragem que vincula os acionistas e a companhia³⁷.

Ainda sobre a questão legitimidade ativa vale mencionar também a participação do Ministério Público. A propósito ressalte-se que o artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública do Mercado de Capitais estabelece como legitimado ativo o Ministério Público.

Esta questão representa um desafio inicial porquanto as funções institucionais do Ministério Público, disciplinadas pelo art. 127 da Constituição Federal³⁸ e do art. 5º da LC 75/1993³⁹, pressupõem um interesse público que, em princípio, seria incompatível com a disponibilidade do direito tutelado em arbitragem, tendo em vista em especial que pela redação

³⁶ Essa sentença foi recentemente anulada pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu que se trata sim de direito individual homogêneo e determinou o prosseguimento do feito.

³⁷ Proc. nº 1106499-89.2017.8.26.0100. TJSP.

³⁸ Art. 127. 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** (grifos nossos).

³⁹ Art. 2º. Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: a) a soberania e a representatividade popular; b) os direitos políticos; c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; d) a indissolubilidade da União; e) a independência e a harmonia dos Poderes da União; f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; b) às finanças públicas; c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; e) à segurança pública; III - a defesa dos seguintes bens e interesses: a) o patrimônio nacional; b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação; b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade; VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.

do referido artigo 127 da Constituição Federal ao Ministério Público incumbiria a defesa dos interesses individuais quando fossem esses indisponíveis.

A discussão é importante e a solução não é trivial.

4.3. *Questões controversas*

Embora nos pareça que de acordo com o teste da arbitrabilidade objetiva e subjetiva acima descrito inexistam razões para defender que as demandas coletivas de natureza societária (especialmente naquelas propostas por associações visando o ressarcimento de prejuízos) não são arbitráveis, existem ainda algumas outras importantes questões que merecem ser analisadas.

A primeira delas é ainda relativa à participação do MP, não como parte autora, conforme já ressaltado acima, mas como *custos legis*, cuja intimação para intervir no processo é determinada pela Lei de Ação Civil Pública⁴⁰.

Essa parece ser questão procedimental que não é prevista hoje nos regulamentos das Câmaras de Arbitragem, de modo que me parece que a admissão ou não do Ministério Público deveria ser decidida pelos árbitros investidos da jurisdição para a causa.

Após intimado, se o Ministério Público intervir na arbitragem coletiva, participará no procedimento arbitral como em uma ação judicial, dirigindo-se diretamente ao Tribunal Arbitral, sendo notificados de todos os atos processuais e cientificado para que possa comparecer em audiências⁴¹.

Uma segunda implicação de ordem prática é a questão do sigilo.

A propósito, cumpre esclarecer que o Regulamento da Câmara do Mercado, criado em princípio para a tutela de direitos individuais, prevê o sigilo como regra, de modo que, sem a autorização das partes, não é possível mitigá-lo.

O microssistema legal que regula ações coletivas, contudo, tem como premissa a regra da publicidade dos processos judiciais.

E aqui nos parece que estamos diante de premissas e propósitos diametralmente opostos e, embora essa não seja a única questão a ser tratada, ela me parece a primeira questão a ser enfrentada. E não é questão fácil.

⁴⁰ §1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

⁴¹ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo, Atlas, 2015, p. 180 e seguintes. Do mesmo modo: NERY, Ana Luíza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 255.

Conforme já esclarecido anteriormente, tantos nas arbitragens em que se discute direito coletivo quanto naquelas em que se discute direito individual homogêneo com tutela coletiva, o que se pretende, em última instância, é possibilitar a extensão dos efeitos da coisa julgada.

Para isso, é importante que partes do procedimento arbitral saibam de sua existência a fim de que possam, por exemplo, optar por participar ou não do procedimento arbitral, considerar ou não a suspensão de ações individuais por eles movida a fim de que possam se aproveitar de uma decisão favorável em uma ação coletiva. E para o exercício de tais direitos não há dúvida que o pressuposto é o de que têm conhecimento de tais demandas ou ao menos da existência delas. O pressuposto do sigilo dos procedimentos arbitrais inviabiliza o exercício de tais direitos.

A questão assume contexto ainda mais relevante na medida em que, diante de tal cenário, a câmara não tem legitimidade ou competência para afastar o sigilo de determinado procedimento, em obediência ao princípio de autonomia das partes na condução do procedimento, conforme fixado no termo de arbitragem e no regulamento.

Note-se a respeito que, embora o sigilo venha como regra previsto nos regulamentos das câmaras arbitrais, é sempre facultado às partes renunciar a tal previsão por ocasião da celebração do termo de arbitragem.

A respeito do assunto, é também importante observar as companhias abertas listadas devem, por força a Instrução CVM no. 358/02⁴², divulgar toda e qualquer informação que se qualifique como informação material e relevante capaz de influenciar a tomada de decisão dos investidores.

Sendo assim, por força desse arcabouço regulatório, a companhia sempre que se encontrar em arbitragem coletiva que atenda aos comandos de tais dispositivos não pode se furtar à divulgação de tais informações às escusas de que o sigilo é determinado no regulamento da câmara arbitral. Isso porque, conforme já relatado acima, os regulamentos das câmaras têm natureza privada e contratual, na medida em que são regras cuja observância a companhia adere

⁴² Art. 3º. Cumpre ao Diretor de Relações com Investidores enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, e, se for o caso, à bolsa de valores e entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação, qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado aos seus negócios, bem como zelar por sua ampla e imediata disseminação, simultaneamente em todos os mercados em que tais valores mobiliários sejam admitidos à negociação.

de forma discricionária ao decidir por sua listagem nos segmentos especiais ou ao decidir em submeter seus litígios à Câmara do Mercado. Já as regras determinadas pela regulação do mercado de capitais têm em sua essência um atendimento a um interesse público - adequada informação a toda a base de acionistas daquela companhia e também a todos os atores que participam do mercado de capitais. Por consequência, nosso entendimento é o de que sendo tais regras de ordem pública sua observância é mandatória independentemente de acordo escrito e firmado voluntariamente pelas partes na formalização de sua aderência ao regulamento da câmara.

V. Conclusão

Diante de todo exposto, entendemos que as demandas societárias de natureza coletiva *stricto sensu* e as demandas individuais, ainda que exercidas de forma coletiva, são arbitráveis.

Os desafios existem. E são alguns. E de diversas ordens. O tempo nos dirá.
