

## UNA INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE COLECTIVO EN BRASIL

An introduction to Class arbitration in Brazil

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 65/2020 | p. 179 - 185 | Abr - Jun / 2020

DTR\2020\7576

Marcela Melichar Suassuna

LLM em International Business Regulation, Litigation and Arbitration pela New York University. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.  
marcelams@wald.com.br

Área do Direito: Arbitragem

Resumen: En este artículo, la autora comenta la posibilidad y adecuación del instituto del arbitraje colectivo en el ordenamiento jurídico brasileño. Aunque no haya normas específicas sobre el arbitraje colectivo en Brasil, hay reglas presentes en la actual legislación brasileña que demuestran el cabimiento del instituto. En adición, se pretende mostrar que el desenvolvimiento del arbitraje colectivo es esencial, sea por garantizar más derechos en el prisma arbitral, sea por representar una cuestión de competitividad con otros países y mercados, como manera de conferir más seguridad jurídica y protección a los litigantes. Se concluye que el arbitraje colectivo está maduro para desenvolverse en Brasil y, además, es una solución eficiente y adecuada para conflictos colectivos.

Abstract: In this article, the author comments the possibility and adequacy of class arbitration in the Brazilian legal system. Despite the absence of specific norms to regulate class arbitration in Brazil, there are rules provided in current legislation in Brazil which demonstrate the suitability of the legal institute. In addition, it is intended to determine that the development of class arbitration is essential, since it guarantees more rights to parties in the arbitration sphere, and it is also a competitive matter in relation to other countries and trade markets, as a means to grant more legal certainty and protection to litigants. The conclusion is that class arbitration is prepared to be developed in Brazil and also an efficient and adequate solution for collective conflicts.

Palabras claves: Arbitraje – Arbitraje Colectivo – Arbitraje de Clase – Proceso Colectivo

Keywords: Arbitration – Class Arbitration – Collective Arbitration – Class Action – Collective Proceedings

Sumário:

1 Introdução do tópico - 2 El arbitraje en Brasil: Breve histórico - 3 El arbitraje colectivo en Brasil: ¿Es posible? - 4 La experiencia extranjera y el desarrollo del arbitraje colectivo EN BRASIL: una cuestión competitiva - 5 Los arbitrajes colectivos en curso en Brasil - 6 En conclusión

### 1 Introdução do tópico

El instituto del class arbitration, o arbitraje colectivo o de clase, nació em los años 80 em los Estados Unidos, inspirado en el proceso de class action norteamericano. En el pasar de los años, el class arbitration sufrió muchos cambios en la jurisprudencia hasta encontrar su espacio en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.

Como cualquier instituto jurídico, el arbitraje colectivo está sujeto a desarrollos y adecuaciones para acompañar el crecente proceso de globalización, el estrechamiento de las relaciones comerciales y el crecimiento de operaciones y relaciones jurídicas más complejas.

En este artículo, se pretende analizar brevemente la adecuación del arbitraje colectivo al ordenamiento jurídico brasileño, teniendo en vista que hay fundamentos legales suficientes a permitir la introducción y desarrollo del instituto, así como hay una necesidad de ampliar el acceso a procedimientos colectivos, incluso en el ámbito del

arbitraje, por una cuestión de competitividad en el mercado internacional.

## 2 El arbitraje en Brasil: Breve histórico

El arbitraje consiste en una técnica para solución de conflictos, con la intervención de una o más personas (los árbitros) que reciben sus poderes y autoridad por un pacto privado que retira la jurisdicción del Estado para decidir esos conflictos<sup>1</sup>. Actualmente, es un método de solución de disputas ampliamente difundido en Brasil, en especial, en disputas de construcción, de energía, empresariales, entre otras.

Pero hasta llegar a ese punto, el arbitraje sufrió algunos obstáculos para tornarse difundido en Brasil. Hubo diversos intentos para introducir una *lex arbitri* en Brasil en los años 80, pero también hubo obstáculos existentes en el propio ordenamiento jurídico corriente y en el propio interés del país en la introducción de tal ley.

Como la ausencia de regulación sobre el arbitraje ponía el Brasil en atraso comparado a otras jurisdicciones, en los años 90 se empezarán los debates para la incorporación de una ley arbitral, que fue ampliamente discutida por diversos sectores académicos, profesionales y políticos. Al final, fue aprobado un Anteproyecto para conversión en ley y, en 1996, a Ley de Arbitraje brasileña (Ley 9.307/96) pasó a vigorar.

Pero la efectiva aplicación de la Ley de Arbitraje tubo obstáculos dentro del ordenamiento jurídico brasileiro, porque su constitucionalidad cuestionada en el Supremo Tribunal Federal ("STF") del Brasil en un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral extranjero<sup>2</sup>.

En 2001, la constitucionalidad de la Ley 9.307/96 fue reconocida por el STF y, posteriormente, fue promulgado en Brasil el Decreto 4.311/2002 (LGL\2002\234), por el cual el Estado brasileño ratificó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York").

Así, fue creado un marco jurídico apropiado para el arbitraje en Brasil y reconocida expresamente la constitucionalidad de la *lex arbitri*. El arbitraje pasó a ser largamente utilizado en Brasil y hoy el país puede ser considerado una nación pro-arbitraje, ya que las cortes estatales, en regla, respetan las decisiones emanadas de tribunales arbitrales y la justicia brasileña, por lo general, reconoce y posibilita la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

## 3 El arbitraje colectivo en Brasil: ¿Es posible?

No hay, en Brasil, una regulación específica en materia de *class arbitration* e y su procedimiento. Sin embargo, no parece que hay impedimentos para el instituto nel ordenamiento jurídico brasileiro. El arbitraje colectivo es una alternativa posible y adecuada para solucionar litigios que traten de numerosos individuos y discutan derechos patrimoniales difusos, colectivos o individuales homogéneos; y hay reglamentos legales para lo tanto.

El instituto puede encontrar algunas similitudes en las *ações civis públicas*, o demandas civiles públicas - que san demandas colectivas -, previstas en la ley brasileña, pero adaptadas al campo de arbitraje.

En el mercado de capitales, es posible aplicar la Ley 7.913/89, que reglamenta las demandas civiles públicas específicas del mercado de acciones, pero con una interpretación constructiva para abarcar también la vía arbitral en la solución de controversias de inversionistas y accionistas.

Una particularidad del mercado de capitales es la posibilidad que las empresas - sobretudo aquellas vinculadas al Novo Mercado de Brasil - pongan una cláusula con previsión de arbitraje colectivo en sus respectivos estatutos sociales, de manera a vincular, indistintamente, todos sus accionistas.

Cuanto las relaciones de consumo, la Ley 9.008/95 (el Código de Defensa del Consumidor de Brasil), prevé, en su artículo 82, que las asociaciones de defensa de los consumidores tienen legitimidad para proponer demandas civiles públicas representando los consumidores. No hay nada que impida que una solución similar sea aplicable al campo de arbitraje, posibilitando el arbitraje colectivo, mientras el consentimiento de los consumidores para arbitraje sea expreso y sea protegido el derecho de consumidores disidentes a buscar su tutela en el Judiciario si así los deseen.

De manera similar, el arbitraje colectivo puede ser aplicado a las relaciones de trabajo si hubiera una cláusula que permita la adherencia de los interesados a una demanda arbitral propuesta por un grupo cuyos empleados en una situación análoga entre ellos (llamada de cláusula de opt-in). Por obvio, tal como en relaciones de consumo, en arbitraje colectivo en materia de trabajo se sujeta a las respectivas restricciones legales aplicables.

Aunque el arbitraje colectivo pueda encontrar algunas restricciones de orden público en conflictos de trabajo y de consumo, hay algunos mecanismos y procedimientos capaces de superar eventuales obstáculos jurídicos que vengan a ser levantados.

En este punto, sería interesante que las instituciones arbitrales en Brasil creen reglas de procedimiento aplicables a la class arbitration, con inspiración, tal vez en las regulaciones específicas de otros centros de arbitraje en el mundo, como las Supplementary Rules for Class Arbitrations<sup>3</sup> de la American Arbitration Association ("AAA"), y las Class Action Procedures<sup>4</sup> del JAMS en los Estados Unidos.

De esta manera, si las partes decidan se sujetar al reglamento de determinada institución arbitral, hay como deducir que ellas se sujetan también al reglamento específico de class arbitration de estos centros.

Además, las instituciones arbitrales pueden crear modelos de cláusulas arbitrales incorporando la autorización al class arbitration o bajar reglamentos específicos para arbitraje colectivo, tal como o adoptado por la AAA y el JAMS.

Como se ve, es posible afirmar que el tema de class arbitration ya está suficientemente maduro para implementación en Brasil. Permanece, todavía, la necesidad de desarrollar métodos para mejor instrumentalizar la aplicación del instituto a la práctica arbitral brasileña, de manera a ampliar el acceso al arbitraje a un mayor número de partes y interesados.

4 La experiencia extranjera y el desarrollo del arbitraje colectivo EN BRASIL: una cuestión competitiva

Es provechoso analizar la experiencia y las tendencias de otras jurisdicciones sobre el tema con el fin de amoldar el instituto del class arbitration al ordenamiento jurídico brasileño, evitando eventuales restricciones y cuestionamientos inaplicables.

En los Estados Unidos, hay importantes decisiones de sus tribunales en materia de arbitraje colectivo. En el caso *Green Tree v. Bazzle*, se confirmó la compatibilidad entre el arbitraje colectivo y el Federal Arbitral Act - FAA, ley arbitral federal de los Estados Unidos, que guía el instituto de arbitraje en general.

Exactamente por eso, las instituciones de arbitraje, como el JAMS e la AAA, crearan reglas específicas para el procedimiento arbitral colectivo, para facilitar la conducción de tales procedimientos.

Otras decisiones proferidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en específico, en materia de consentimiento para el arbitraje, pueden ser citadas. En *Stolt-Nielsen*, fue entendido que el consentimiento para arbitraje colectivo debe ser expreso, y que una convención de arbitraje silente sobre la posibilidad de arbitraje colectivo no podría ser presumida como un permisivo para esa modalidad de arbitraje.

En *Oxford v. Sutter*, fue decidido que los tribunales judiciales no tienen autoridad para revisar el mérito de decisión o laudo arbitral que autorice o rechace el trámite del procedimiento como arbitraje colectivo. En *American Express v. Italian Colors*, se confirmó que a intención de las partes debe prevalecer en el análisis de la convención de arbitraje en materia de consentimiento para el arbitraje colectivo.

Todavía, en el año pasado, en el caso *Lamps Plus v. Varela*, la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió que, por ser el arbitraje una "cuestión de consentimiento", el consentimiento no puede ser presumido a partir de una convención arbitral que sea silente o ambigua. La decisión es polémica y generó fuertes discusiones de parte de los arbitralistas, sobretodo porque indica una falta de compatibilidad entre el FAA e el instituto del arbitraje colectivo, lo que contraría la jurisprudencia anterior.

Así, aunque en los Estados Unidos se acepta el arbitraje colectivo como modalidad de arbitraje, el consentimiento para arbitrar debe ser expreso entre las partes, sobre riesgo de una decisión o laudo arbitral oriundo de arbitraje colectivo no ser reconocido judicialmente y potencialmente invalidando todo un procedimiento arbitral.

Todavía, es muy complicado que se comprenda que el consentimiento para arbitraje colectivo deba ser siempre hecho de manera expresa, porque tal requisito puede ser difícil de ser obtenido en la práctica. Hay registro, por ejemplo, de proceso arbitral multiparte en la ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes con más de 170,000 partes requerentes, tornando el arbitraje colectivo un método más adecuado para la solución de ese tipo de disputa<sup>5</sup>.

En conclusión, aunque surjan algunas dudas relacionadas a la conciliación entre los principios del arbitraje y las características de las demandas colectivas, es necesario que el Brasil encuentre soluciones para compatibilizar los dos institutos, con las alteraciones necesarias para adaptar el arbitraje al ambiente colectivo.

## 5 Los arbitrajes colectivos en curso en Brasil

Aunque ampliamente utilizado hasta algunas décadas en los Estados Unidos, el fenómeno del *class arbitration* pasó a ganar más espacio en Brasil recientemente, por el surgimiento de demandas de accionistas de grandes empresas de capital abierto, como la Petrobras - Petróleo Brasileiro S.A., estatal de la industria petrolífera, e la Vale S.A., empresa del sector de minería en Brasil.

En estas demandas, se discute la responsabilidad civil de las empresas por la desinformación causada a sus accionistas minoritarios y otros inversionistas dentro del mercado de capitales.

En este sentido, el año pasado fue noticiado el establecimiento del primero procedimiento de *class arbitration* en Brasil. La Associação dos Investidores Minoritários - AIDM ingresó con un pedido de arbitraje contra la Petrobras en la Câmara de Arbitragem do Mercado ("CAM"), vinculada a la B3 - Bolsa, Brasil, Balcão, por la cual objetivan el resarcimiento a los inversionistas brasileños de la empresa por las pérdidas decurrentes de la desinformación de la Petrobras en el contexto de los actos de corrupción que culminaron en la Operación Auto lavado (Operação Lava-Jato).

En 05 de julio de 2019, un grupo de inversionistas de la Vale ingresó con un arbitraje colectivo contra la empresa también en la CAM, buscando la compensación por la desinformación de la Vale sobre el verdadero riesgo de rompimiento de la presa del Feijão, en Brumadinho/MG, que causó una gran catástrofe con pérdida de vidas. Los inversionistas alegaron que no pudieron analizar adecuadamente las aplicaciones en recursos de la empresa y, con la queda de las acciones causada por el desastre, tuvieron enormes prejuicios.

Al menos ahora, no hubo ninguna decisión arbitral o judicial a prohibir el arbitraje colectivo en Brasil. Es seguro decir que, hasta el presente, hubo una permisividad a la

continuidad de los procedimientos arbitrales colectivos, que puede ser comprendida como una señal para la consolidación del instituto en Brasil.

## 6 En conclusión

El class arbitration tubo, en general, mucho suceso en algunos países, sobretodo en los Estados Unidos. El class arbitration, específicamente, fue concebido como una alternativa más rápida y especializada para la resolución diversos tipos de litigio colectivos, con grande aplicación en las áreas de derecho del consumidor, de trabajo, societaria y de mercado de capitales.

En la perspectiva brasileña, es plenamente posible conciliar los principios del arbitraje con los de demandas colectivas. Por ejemplo, la demanda civil pública podría, con las respectivas alteraciones necesarias, ser adaptada al arbitraje, en especial, se hubiera el consenso de las partes y un controle de la representatividad de los demandantes en la clase representada.

Es necesario, por lo tanto, que los centros de arbitraje desarrollen reglamentos propios para arbitraje colectivo. Igualmente, se sugiere que las partes, durante la elaboración de contratos, registren su autorización al arbitraje en la modalidad colectiva, para alejarse cualquieras dudas sobre su aplicación.

Al final, no hay dudas que el desarrollo del arbitraje colectivo tiene perfecta adecuación al ordenamiento jurídico brasileño. Sin embargo, para contribuir con la ampliación de su uso, es oportuno inspirar-se en el derecho comparado, para mejor adaptar el instituto a la realidad brasileña y su orden jurídica, para ser una eficiente solución para los conflictos colectivos.

---

1 Concepto presentado por Carlos Alberto Carmona en su obra, em portugués, Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 (LGL\1996\72) (3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15).

2 STF, SE 5.206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 30.04.2004.

3 Disponible en: [https://www.adr.org/sites/default/files/Supplementary\\_Rules\\_for\\_Class\\_Arbitrations.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/Supplementary_Rules_for_Class_Arbitrations.pdf)

4 Disponible en: <https://www.jamsadr.com/rules-class-action-procedures/>.

5 Disponible: [https://www.iisd.org/pdf/2007/itn\\_april27\\_2007.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2007/itn_april27_2007.pdf)