

Reunião de processos de arbitragem com partes diferentes

Recente e importante julgamento da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Conflito de Competência nº 185.702-DF, enfrentou inúmeras questões de direito processual, ao reconhecer a prevalência da atuação da companhia, titular do direito material, sobre a dos acionistas minoritários, que se precipitaram ao ajuizarem na condição de substitutos processuais, ação de reparação de danos



José Rogério Tucci

advogado e professor da USP

Estes, na verdade, ostentam legitimidade ativa extraordinária apenas na

hipótese de inércia da companhia. Como bem pontuou o ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do caso, *"a ação social de responsabilidade de administrador e/ou de controlador promovida por acionista minoritário (ut singili), por ser subsidiária, depende, necessariamente, da inércia da companhia, titular do direito lesado, que possui legitimidade ordinária e prioritária para o ajuizamento de ação social (artigo 159 da Lei n. 6.404/76)"*.

Com esse entendimento, restou reconhecida a incompetência de tribunal arbitral, formado no âmbito de uma arbitragem que tramitava na Câmara de Arbitragem do Mercado, instaurada a pedido de acionistas minoritários da JBS, visando a responsabilizar os controladores da empresa pelos danos causados por ilícitos narrados em acordos celebrados com o Ministério Público Federal, em 2017.

Dentre os vários aspectos processuais que emergem desse julgado, deveras interessante e muito bem fundamentado, irei me ater, nesse artigo, apenas à questão, também examinada, atinente à inviabilidade da reunião de processos arbitrais quando as partes são diferentes.

Pois bem, como esclarece, em pioneira monografia, o saudoso professor Tomás Pará Filho, a reunião de ações por força de conexão delinea-se imperiosa: *"tanto em virtude do interesse público, como em razão do das partes. O primeiro porque, se cindirmos o julgamento de causas conexas, pode ocorrer que a sua decisão venha a ser contraditória, com o que se afetariam os fins visados pelo Poder Judiciário. O segundo, porque as partes têm interesse na celeridade e na economia das demandas, o que se pode obter pela reunião de causas análogas, no mesmo processo"* (Estudo sobre a conexão de causas no processo civil, São Paulo, tese, 1964, pág. 24 — destaque meu).

Dentre os inúmeros mecanismos que o sistema predispõe em prol da aceleração da marcha do processo, inclusive, por certo, do processo arbitral, vem contemplada a reunião de ações por força de conexão.

Assim dispõe o regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, a respeito da conexão de procedimentos arbitrais: *"6.2 – Conexão. Quando for apresentado um Requerimento de Arbitragem que tenha objeto ou causa de pedir comum a um outro procedimento arbitral já em curso e regido por este Regulamento, o Presidente da Câmara de Arbitragem, após ouvir as partes, levando em conta as circunstâncias e o progresso já alcançado no procedimento em curso, poderá determinar a reunião dos procedimentos para julgamento conjunto"*.

Não obstante, na situação concreta enfrentada no aludido conflito de competência, apesar da similitude entre os elementos subjetivo e objetivos de três processos arbitrais, a rigor, somente havia entre eles identidade de pedidos.

Importa considerar que uma das características essenciais do processo arbitral é a liberdade que as partes têm para eleger os seus respectivos árbitros.

Com efeito, enfrentando esta importante questão, Nuno Ferreira Lousa, em artigo com título deveras sugestivo: *A escolha de árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?* (V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — Intervenções, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 16-17), não tem qualquer dúvida em asseverar que: *"a decisão quanto à escolha de árbitro é potencialmente a decisão mais importante que uma parte poderá tomar ao longo de uma arbitragem... Um dos traços distintivos da arbitragem como forma de resolução de litígios reside na possibilidade de as partes poderem participar na seleção das pessoas que decidirão qual a solução a dar a uma disputa existente entre elas"*.

Este pormenor que conota a arbitragem — a escolha pelas partes do "melhor árbitro possível" — propicia aos litigantes uma confiança a mais quanto ao modo pelo qual será tratado o seu problema. E, assim, é sabido que a arbitragem emerge, em seus principais quadrantes, da vontade exclusiva das partes que se dispõem a aceitar uma decisão proferida por um tribunal arbitral, participando, na escolha dos membros do painel, *"sendo certo que não há parte que selecione um árbitro para que ele decida de maneira oposta à salvaguarda do seu interesse"* (cf. Frederico Gonçalves Pereira, *O Estatuto do árbitro: algumas notas*, V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — Intervenções, cit., página 165).

Nesse mesmo sentido é a lição de Redfern e Hunter, ao afirmarem que a maior atração da arbitragem para as partes é a que permite submeter o litígio a julgadores de sua própria escolha, visto ser usual cada uma delas indicar um árbitro (Nigel Blackaby *et alii*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford, University Press, 2009, itens 4.30 e 4.31).

Na dicção do artigo 13 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), árbitro é a pessoa física indicada pelas partes para conhecer e julgar um litígio que tenha por objeto direito disponível.

A prerrogativa de indicar árbitro único ou, no painel colegiado, cada qual o seu árbitro, deve ser preservada a ambas as partes. Não obstante, havendo pluralidade de partes no polo ativo e/ou no polo passivo do processo arbitral — denominada *multiparty arbitration* — pode ocorrer que os respectivos litisconsortes não cheguem a um acordo quanto à seleção do árbitro comum.

A constituição do tribunal arbitral, neste caso, é um dos pontos nevrálgicos para uma arbitragem bem-sucedida. Por inúmeras razões, seria de todo desaconselhável a arbitragem se iniciar com um painel composto, de um lado, pelo árbitro indicado por uma das partes, e, de outro, por um árbitro apontado pela câmara de arbitragem na qual tramita o processo. Na verdade, verificando-se essa hipótese, estaria vulnerada a isonomia a ser necessariamente assegurada a todos os litigantes.

Recordo, a propósito, os termos do artigo 18, sob a rubrica *Equal treatment of parties*, da Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional: "*As partes devem ser tratadas com igualdade e a cada parte deve ser concedida integral oportunidade para ser ouvida*".

Examinando este tormentoso problema, Starvos Brekoulakis (*Multiparty and Multicontract Arbitration*, QFinance, www.qfinance.com/operators) escreve que nas arbitragens com múltiplos protagonistas, a cada litigante deve ser garantido o direito de influir na constituição do tribunal; caso contrário, a sentença estará exposta ao risco de anulação ("*open to annulment*").

A secundar tal doutrina, a Corte de Apelação de Paris, em janeiro de 1992, teve oportunidade de enfrentar situação concreta consubstanciada no famoso precedente *Dutco Construction Co. v. Siemens AG-BKMI*, no qual a empresa demandante Dutco procedeu, normalmente, à indicação de seu árbitro, enquanto os litisconsortes passivos Siemens AG e BKMI, diante de interesses colidentes, não chegaram a um consenso na escolha do respectivo árbitro. Instados pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) a efetivar a indicação, consignaram expresso protesto e, afinal, acabaram elegendo um árbitro comum. Posteriormente, submetida a questão ao controle do Poder Judiciário francês, foi declarada a nulidade da sentença arbitral, com fundamento na premissa de que, havendo litisconsortes, cada co-litigante tem o direito de apontar o seu árbitro, sob pena de violação do princípio da igualdade processual.

Como consequência dessas vicissitudes que se transformaram em verdadeiro *leading case*, a Corte Internacional de Arbitragem (CCI), em 1998, alterou o seu Regulamento de Arbitragem, ao dispor, no artigo 12.8, que os diversos requerentes ou requeridos deverão designar conjuntamente um árbitro; se não lograrem êxito em tal indicação conjunta, todos os membros do tribunal serão nomeados pela corte, podendo esta escolher qualquer pessoa que repute competente para atuar como árbitro. Tal disposição veio parcialmente reproduzida no artigo 12.2 da reforma introduzida em 2012.

Atento a esse problema, Daniel Proença de Carvalho e Antônio Abreu Gonçalves, apontam como um dos principais obstáculos à reunião de processos arbitrais exatamente a imposição de árbitro não escolhido pelo menos por uma das partes. Apenas quando todos os atores dos processos arbitrais expressarem seu consentimento quanto aos integrantes do tribunal arbitral, é que será possível admitir a conexão dos respectivos procedimentos (A apensação de processos arbitrais, V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — Intervenções, cit., págs. 184/185).

Ora, isso significa que, na hipótese submetida ao Superior Tribunal de Justiça, caso fosse reunida aos processos arbitrais, já pendentes, a arbitragem instaurada, posteriormente, a requerimento da companhia, estar-se-ia tolhendo dela o direito de participar da composição do tribunal arbitral, indicando árbitro de sua confiança. Impossível, portanto, defender esta solução!

Diante desse cenário, ficou então assentado no acórdão que:

"No caso dos autos, a Assembleia Geral Extraordinária deliberou expressamente não ser o caso de ingressar nas arbitragens anteriormente instauradas a requerimento de acionistas minoritários, ora interessados.

Conforme demonstrado, a companhia foi inicialmente indicada como ré em tais procedimentos, o que se mostrou manifestamente inadequado, já que é a titular do direito lesado ali em discussão. A companhia foi integrada na aludida arbitragem na *sui generis* condição de interveniente. Ainda que tenha obtido conhecimento dos atos até então praticados, a companhia não exerceria os direitos próprios de parte, no que se insere, principalmente, a possibilidade de participar da escolha dos árbitros.

Tampouco a condição de assistente litisconsorcial, nos procedimentos arbitrais intentados pelos acionistas minoritários, ora interessados, rejeitada pela companhia (de acordo com a deliberação assemblear, ressalta-se), daria-lhe a possibilidade de participar da escolha da arbitragem, o que se mostra, como assentado, basilar e inerente a toda e qualquer arbitragem.

Por tudo que se expôs, tem-se que o Procedimento Arbitral CAM 186/21, além de atender a preceito basilar da arbitragem (autonomia da vontade e da confiança, em toda a sua extensão), foi manejado, tempestivamente e de acordo com a autorização assemblear, pela companhia titular do direito lesado em discussão, em legitimidade ordinária, devendo, pois, prevalecer sobre os Procedimentos Arbitrais CAM 93-110, intentados por parte ilegítima, nos termos da presente fundamentação, os quais deverão ser extintos".

Infere-se, em resumo, dessa passagem do julgado, que se descortina absolutamente inaceitável que se imponha à parte ou ao interveniente forçado um tribunal arbitral pré-constituído, sem que tenha ele participado de sua respectiva formação.

Decorre da corretíssima conclusão a que chegou a turma julgadora a patente inviabilidade de reunião de processos arbitrais quando diferentes forem as partes litigantes.

Date Created

05/07/2022