



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000398384

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0002163-90.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PARANAPANEMA S/A, são apelados/apelantes BANCO SANTANDER S/A e BANCO BTG PACTUAL S/A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U. Declara voto vencedor o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA E GIL COELHO.

São Paulo, 3 de julho de 2014.

GILBERTO DOS SANTOS

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 26.806

Apelação n.º 0002163-90.2013.8.26.0100

Comarca: São Paulo - 18ª Vara Cível

Apelante/Apelado: Paranapanema S/A

Apdos/Aptes: Banco Santander S/A e Banco BTG Pactual S/A

Juiz(a) de 1ª Inst.: Sidney da Silva Braga

ARBITRAGEM. Conflito decorrente de contratos de “Swap” coligados a Contrato de Abertura de Crédito com cláusula compromissória. Negócios jurídicos acessórios que tiveram sua causa eficiente bem sedimentada no Contrato de Abertura de Crédito que lhes traçou as cláusulas nucleares. Inocorrência da alegada autonomia e independência dos ditos contratos derivativos utilizados para proteção ou possível alavancagem dos ativos da empresa devedora. Submissão da matéria ao tribunal arbitral. Cabimento. Recurso da autora não provido nessa parte.

Se o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição sine qua non da existência daqueles de “swap”, que lhe são meros anexos ou acessórios, a cláusula compromissória do contrato principal se estende ao acessório coligado. Assim, se o que se discute é o dever, ou não, de honrar esses instrumentos de pagamento do contrato principal, não se verifica conflito nenhum da arbitragem com a autonomia de vontade das partes expressada na cláusula de eleição de foro judicial pertencente aos Contratos de “Swap”, permanecendo esta preservada e em estado latente, no aguardo de situações específicas que lhe permitam invocação.

ARBITRAGEM. Caso envolvendo litisconsórcio de partes com interesses distintos no mesmo polo. Omissão do Regulamento da Câmara de Arbitragem quanto à indicação de árbitros em casos de multipartes com interesses distintos no mesmo polo. Integração do regulamento pelo Presidente daquele órgão que não se deu com melhor técnica jurídica por fazer prevalecer a indicação de árbitro de apenas uma das partes, suprimindo o direito de indicação das outras. Inobservância de princípios basilares da isonomia e imparcialidade que viciaram a formação do painel arbitral. Parte prejudicada que invoca a reserva legal de apreciação de tal questão pelo judiciário. Inocorrência de preclusão nos termos do art. 19, § 2º, da Lei nº 9307/96. Sentença arbitral anulada. Recursos dos réus não providos.

No juízo comum (estatal), o julgador é investido diretamente pelo próprio Estado; no juízo arbitral, diferentemente, o julgador é investido diretamente pelas próprias partes. Portanto, se há algum momento em que não pode haver qualquer espécie de dúvida, incerteza ou mácula este reside no ato dessa verdadeira “investidura” manifestada pelas partes. Afinal, o poder de dizer o direito sobre um caso concreto outorgado ao juiz arbitral só goza de tal predicado de impor decisão com eficácia vinculante para as partes porque estas assim o quiseram.

ARBITRAGEM. Ação anulatória de sentença arbitral. Honorários de advogado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sucumbência recíproca. Autora que deduz dois pedidos declaratórios, restando acolhido apenas um deles. Aplicação da regra do art. 21 do CPC. Divisão que não precisa se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte, mormente quando a lide não envolve, imediatamente, discussão de valores, mas apenas declaração de direitos. Recurso da autora não provido nessa parte.

“A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão dos ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte.”

A r. sentença de fls. 1617/1624, cujo relatório fica adotado, julgou parcialmente procedente a ação para o fim de confirmar a tutela antecipada e declarar nula a sentença arbitral, nos termos do artigo 32, VIII, da Lei nº 9.307/96, repartindo as custas, despesas processuais e honorários de advogado, sem a recíproca e proporcional compensação entre as partes

Apelaram as partes.

A autora Paranapanema S/A (fls. 1.625/1.650) com pedido de reforma do julgado alegando: no caso não havia existência de jurisdição do tribunal arbitral, porque no contrato de “swap” não existe a cláusula compromissória, mas cláusula de eleição do foro, deixando claro que as partes optaram por submeter eventuais questões à jurisdição estatal; o desrespeito à convenção das partes implica violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, do art. 3º da Lei de Arbitragem, do art. 114 do Código Civil e do art. 111 do Código de Processo Civil; os contratos de “swap” constituem valores mobiliários, equiparados a títulos de crédito, razão pela qual a aplicação por analogia ou por extensão de convenção de arbitragem prevista em outro instrumento transgride o princípio da cartularidade; não houve sucumbência recíproca, porque a autora não perdeu nada de substancial relativamente ao valor em disputa, donde, na pior das hipóteses, ficou vencida apenas em parte mínima, daí devendo ser os ônus processuais por inteiro carreados à parte contrária ou, em última hipótese, serem proporcionalmente distribuídos e compensados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Banco BTG Pactual (fls. 1.653/1.665) também pedindo a reforma da sentença porque, a seu ver, o Juízo teria aplicado de forma equivocada o princípio da isonomia previsto no art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96, bem como o art. 32, VIII, da mesma Lei, visto não ser possível cogitar de nulidade da sentença arbitral sem prova de prejuízo. Argumentou que o pagamento dos mútuos poderia ser feito de dois modos pela Paranapanema: ou pelo simples pagamento em dinheiro das cédulas de crédito bancário, ou, à sua escolha, pela dação em pagamento de suas próprias ações em concomitância com a celebração de contratos de swap pelos quais a devedora “garantiria um preço mínimo das ações concedidas como pagamento da dívida”. Todavia, eleita pela Paranapanema a forma de pagamento com a dação das ações subsidiadas pelos contratos de “swap” e posteriormente não cumpridas suas obrigações, a controvérsia fora submetida ao tribunal arbitral, tendo sido abalizadamente decidida por corpo de árbitros idôneos moral e tecnicamente, sem qualquer insurgimento, no tempo oportuno, pela devedora (fls. 1.178/1.181). Por isso, defende a apelante que, como não houve prejuízo efetivo ao trâmite do julgamento arbitral, não há razões suficientes para anular aquela sentença. Assinala que “cabia a Paranapanema provar seu prejuízo na condução do processo arbitral, o que nunca aconteceu”, donde operou-se a preclusão nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem. Demais disso, a Paranapanema demonstrou aceitação dos árbitros durante a produção de provas, já que seu comportamento foi de satisfação por ter a chance de influenciar o entendimento dos árbitros. Assim, pediu o provimento do apelo para julgar a ação totalmente improcedente, prevalecendo a sentença arbitral tal como lançada.

E o Banco Santander, adesivamente (fls. 1730/1738), com pedido de reforma parcial do julgado, para afastamento da anulação da sentença arbitral. Sustentou que a escolha do painel de árbitros se deu na forma previamente definida na cláusula 21.2 do Contrato de Abertura de Crédito. Como os litisconsortes Paranapanema e BTG não escolheram um árbitro de comum acordo, o Presidente da CCBC, com fundamento no art. 5.5 do respectivo Regulamento, nomeou um árbitro em substituição. E mesmo a omissão do citado art. 5.5, ao não mencionar expressamente arbitragens “multipartes”, foi sanada pelo Presidente que invocou o poder regulamentar-integrativo previsto no art.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.6 'd' do Regulamento. Assim, o Regulamento foi efetivamente seguido “à risca” e proporcionou a solução técnica que o caso reclamava. Afirma não haver razões para anular o procedimento arbitral que levou 3 anos, pondo a perder todo o trabalho envidado, ainda mais porque julgado por ilustres árbitros de reconhecida idoneidade técnica e moral até pela própria autora Paranapanema. Afirma não ter havido violação do princípio da isonomia, pois todas as partes tiveram idêntica oportunidade para indicar árbitro, tendo a Paranapanema e o BTG se recusado a isso apenas para plantar suposta nulidade que permitisse a abertura futura da via anulatória judicial. E de resto aludiu à injustiça da perpetuação da dívida em aberto, a qual por já ser praticamente impagável, poderá redundar em maiores prejuízos à instituição credora.

Recursos preparados (fls. 1.651/1.652; fls. 1.666/1.667 e fls. 1.739/1.740).

A Paranapanema opôs embargos de declaração contra a decisão de fls. 1670 que genericamente recebeu em ambos os efeitos os recursos (fls. 1672), os quais foram acolhidos para declarar o recebimento do recurso em ambos os efeitos, exceto no que se refere ao capítulo da sentença que confirmou a tutela antecipada (fls. 1673).

Processados os recursos, vieram contrarrazões.

A Paranapanema (fls. 1.675/1.693) apontou contradição do comportamento do BTG Pactual que, enquanto no polo passivo da demanda arbitral, alegou nulidades e afronta ao princípio da isonomia ao não poder eleger o árbitro de sua preferência, e, agora, aduzindo tese totalmente oposta, dando pela validade do julgamento. Teceu histórico de uma série de irregularidades na eleição do painel de árbitros. E afirmou que o prejuízo pela falta de oportunidade de uma das partes nomear árbitro é tão grave quanto ferir o princípio do juízo natural, por isso, é presumido mesmo em se tratando de juízo arbitral. Em relação a si, sustentou que o prejuízo foi por ter sido escolhida a professora Selma Lemes, em vez do indicado ministro Ruy Rosado,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sem contar que o Tribunal Arbitral acabou composto por outros dois árbitros (Drs. Pedro Batista Martins e Hermes Marcelo Huck) que “havia atuado em anterior arbitragem entre Santander e BTG”, envolvendo contratos de swap e formando suas convicções sem a oitiva da Paranapanema. Sustentou mais que a prova da extrema e grave falibilidade da garantia do princípio da isonomia na eleição do painel de árbitros foi a posterior alteração do regulamento da CAM/CCBC no que se refere à constituição do tribunal em “arbitragens multipartes”. Ressaltou que, ao contrário do alegado, a Paranapanema se insurgiu no tempo oportuno contra a instauração do corpo de árbitros que não contemplou qualquer escolha sua (item 5 – fls. 79; item 10 – fls. 89/90; item 16 – fls. 103). Daí, não sendo acatado seu insurgimento, só restou abertura da via judicial, nos termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 9307/96. Por fim, apenas para efeito retórico, fez menção à economia do contrato que, no seu entender, já está muito bem pago, já que tomou emprestados 200 milhões de reais e devolveu depois de 30 meses 292 milhões de reais, portanto um lucro de CDI + 3,95% ao ano, ao passo que os réus pretendem quase 500 milhões de reais (CDI + 13,46% ao ano).

O BTG Pactual (fls. 1.694/1.729) preliminarmente arguindo deserção, porquanto não atentado pela recorrente Paranapanema na guia de arrecadação estadual o “correto preenchimento das informações necessárias para identificação dos autos do processo de origem”. No mérito, insistiu na validade da obrigação contida na cláusula 9ª do Contrato de Abertura de Crédito, declarada válida, e na qual a Paranapanema, dentre duas formas distintas de pagamento, escolheu a da celebração de Contratos de Swap. Asseverou que, ao contrário do sustentado pela autora, “a demanda arbitral não versou sobre questões atinentes aos Contratos de Swap que foram celebrados para dar executividade à avença” e, a par disso, a sentença arbitral não estipulou condenação com base nos Contratos de Swap, mas com base no Contrato de Abertura de Crédito, razão pela qual não pode aquela decisão ser anulada nos termos do art. 32, IV, da LA. Esclareceu que as minutas dos contratos de swap foram colocadas como anexos do contrato de abertura de crédito, donde não se presumir que as partes tivessem a intenção de promover a revogação da cláusula compromissória. Aduziu que a obrigação do Contrato de Abertura de Crédito não fora cumprida integralmente, pois esse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adimplemento estava atrelado à liquidação das “opções” (aqui denominadas Contratos de Swap) que, como é cediço, não foram honradas. Pontuou que a quitação não foi outorgada pelo BTG, mas só pelo Santander e, mesmo assim, no contexto, o ato teve abrangência apenas quanto à declaração de recebimento das ações de emissão da Paranapanema e a simultânea outorga das Opções (Contratos de Swap), e, como estas últimas não foram liquidadas, não há se falar em quitação. Noutra vertente, defende que os Contratos de Swap não são valores mobiliários típicos (posto que são derivativos, desprovidos da abstração e independência), nem podem ser considerados títulos de crédito circuláveis, já que não emitidos pelas partes com a finalidade de circulação. Enfim, quanto à sucumbência, entende corretamente distribuído os encargos entre as partes.

O Banco Santander (fls. 1.725/1.729) aduziu que o modo de pagamento eleito pela Paranapanema na forma de dação de ações é operação expressamente prevista no art. 171, § 2º, da Lei nº 6.404/76 e extremamente benéfica às companhias, na medida em que reduz seu endividamento, convertendo dívidas em capital com a emissão de ações. Já os contratos de “swap” devem ser respeitados por serem válidos e coligados à avença principal, tendo sido celebrados para o pagamento dos valores resultantes da diferença entre a cotação média das ações recebidas em determinado período e o crédito como contratado.

A Paranapanema também respondeu o recurso adesivo (fls. 1.745/1.769) rebatendo as razões do apelo do Santander ao argumento de que a decisão do Presidente da CAM/CCBC violou o princípio da igualdade das partes, bem como os princípios da boa-fé e autonomia da vontade, mesmo a pretexto de ter utilizado do “Regulamento” para integrar a omissão nos casos de arbitragem multipartes. Afinal, o art. 2.6, 'd', do Regulamento não tinha esse alcance decisório e de cada parte com “interesse distinto” não poderia ser subtraída a chance de eleger seu árbitro, cláusula essa especialíssima no caso e indeclinável, sob pena malferir a vontade contratual. Aludiu a soluções previstas na própria Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), como possíveis para a hipótese, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exemplo do art. 13, § 4º ou art. 7º, § 4º). Maior evidência de que o Regulamento era omissivo e falho em cláusula fundamental reside na alteração da própria disposição de eleição de árbitro em caso de arbitragens multipartes pela CAM / CCBC. Não há necessidade de provar que a falta de oportunidade para eleição de árbitro causa prejuízo à parte preterida. Mesmo assim, evidente que a nomeação de dois árbitros que já atuaram em causas entre Santander e BTG envolvendo os contratos de swap causa desvantagem manifesta, estando aqueles indicados afetos à ideia de validade dos tais negócios jurídicos. Postula o não provimento do recurso.

A Paranapanema também se manifestou (fls. 1.774/1.782) pela rejeição da preliminar de deserção levantada pelo Banco BTG Pactual, afirmando indicados na guia de recolhimento elementos suficientes para identificação nos autos.

O Banco BTG Pactual deixou de apresentar contrarrazões ao apelo adesivo do Banco Santander (fls. 1.785).

É o relatório.

A preliminar de deserção da autora Paranapanema, por suposta omissão no preenchimento da guia de recolhimento do preparo recursal, fica rejeitada.

A guia de arrecadação estadual do respectivo preparo da Paranapanema S/A (fls. 1.651) foi devidamente preenchida com: a) código de receita 230-6; b) CNPJ do depositante: 60398369-0001/26; c) valor da receita: R\$ 58.110,00; d) nome da autora: Paranapanema S/A; e) nome dos réus: Banco Santander e Banco BTG Pactual S/A; f) número do processo a que se refere em primeira instância: 0002163.90.2013.8.26.0100. Tais elementos foram mais do que suficientes para identificar e vincular o recolhimento.

No mérito, a r. sentença guerreada, lavrada pelo ilustre Juiz SIDNEY DA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SILVA BRAGA, bem aplicou o direito e merece prevalecer.

Em apertada síntese, a leitura dos autos informa que a autora Paranapanema S/A, com a finalidade de reestruturação de suas finanças (pagamento de credores existentes), emprestou dos Bancos BTG Pactual e Santander S/A a importância de 200 milhões de reais. As partes firmaram em 06 de junho de 2007 *contrato de abertura de crédito e outras avenças* (fls. 241/278), pelo qual a autora se obrigou a pagar aos Bancos réus o valor do empréstimo mais a Taxa DI acrescida de um spread de 1,5% ao ano (fls. 248).

E como bem resume a Autora (fls. 6): “Tal contrato previa, em sua Cláusula 9ª, que o empréstimo poderia ser quitado de duas formas: (i) mediante o pagamento em dinheiro; ou (ii) mediante a integralização de novas ações da companhia com o crédito devido pelos bancos contra a Paranapanema”

A segunda alternativa foi a escolhida, tendo o capital da Autora sido aumentado, com subscrição e integralização de ações em favor dos Bancos, dando-se por quitado o empréstimo.

Porém, concomitantemente à subscrição das ações, foram celebradas outras avenças (Contratos de “Swap” – fls. 289/341) estabelecendo um pagamento complementar em favor dos bancos na hipótese de o valor das ações por eles subscritas vir a atingir, até uma determinada data, patamar inferior àquele estipulado nos Contratos de “Swap”.

No contrato principal, as partes deixaram acertado o seguinte (fls. 272/273):

“21. Lei aplicável e Solução de Controvérsias

21. Quaisquer disputas, conflitos, assuntos, discrepâncias ou controvérsia de qualquer natureza, relacionadas a (i) a existência e/ou o exercício de qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito originado deste contrato e/ou (ii) a existência e/ou ocorrência de qualquer dano; e/ou (iii) a interpretação dos termos e condições deste Contrato (qualquer disputa, conflito, assunto, discrepâncias ou controvérsia aqui referida como "Conflito") deverão ser dirimidos por arbitragem, regida pela lei brasileira, conduzida na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, perante a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CCBC"), de acordo com as regras e regulamentos da CCBC em vigor à época da Arbitragem ("Regras CCBC"), levando em consideração qualquer alteração a ais regras feitas por mútuo entendimento entre os Credores, a Paranapanema e as Garantidoras. A arbitragem será conduzida em língua Portuguesa.

21.2. O tribunal arbitral deverá ser composto por três árbitros. Cada Parte com interesse distinto terá direito de eleger um (1) árbitro. Os árbitros deverão, conjuntamente, designar um terceiro árbitro para presidir a arbitragem, no prazo de 15 (quinze) a partir da indicação do segundo árbitro. Se qualquer Parte deixar de eleger um árbitro ou se os árbitros deixarem de eleger o árbitro Presidente, a sua indicação deverá ser feita pelo CCBC, segundo suas regras.

21.3. A submissão da Paranapanema, das Garantidoras e dos Credores à arbitragem não impedirá de invocar o Poder Judiciário para a propositura de medida cautelar ou provisória de qualquer natureza, sempre que houver fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, que dependam, para sua eficácia e efetividade, de ato coercitivo da autoridade judiciária. Portanto, o pedido de uma medida liminar ou cautelar, seja antes ou depois do início do processo de arbitragem, conforme as Regras CCBC, não deverá ser considerado inconsistente com ou como renúncia a qualquer uma das disposições contidas nesta Seção. Para tal finalidade, fica nomeado o Foro da Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, com a exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

21.4. A decisão arbitral será proferida por escrito, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da instituição da arbitragem, prorrogáveis pela entidade arbitral, devendo especificar os honorários do advogado da parte vencedora, quando cabível. Tal decisão será final e vinculante para a Paranapanema, as Garantidoras e os credores, e será exequível nos termo da lei.

21. Este Contrato será regido e interpretado de acordo com as Leis do Brasil."

Após o exercício da liquidação antecipada, a Paranapanema notificou os credores de que não cumpria as obrigações assumidas nos Contratos de "Swap" por entender eivados de nulidade ao obrigar devolução de valores recebidos a título da integralização das ações subscritas no aumento de capital, manobra não permitida em decorrência do princípio da intangibilidade do capital social (fls. 1.168).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, vencidos os contratos de Swap, em 20 de abril de 2009, os credores notificaram a Paranapanema para pagar a cada um a importância de R\$ 104.251.930,26, correspondente à Opção de Liquidação Antecipada mais o remanescente do Valor Base Montante do Contrato.

Entretanto, em 25 de agosto de 2010, foi proferida sentença arbitral paralela (sentença CCBC 09/2009) condenando o Santander a pagar ao BTG R\$ 113.229.767,42, correspondente a 85% do valor garantido relativo ao Contrato de Swap nº SW 1560/08, e autorizando o BTG a levantar os outros 15% (Opção de Liquidação Antecipada) valor de R\$ 17.112.185,16 que o Santander depositara em juízo na ação cautelar que moveu contra o mesmo banco atacadista.

E o Santander notificou em 13.04.2010 o BTG para que instaurasse consigo uma nova arbitragem para submeter a Paranapanema, mas, com a recusa deste, instaurou sozinho o juízo arbitral envolvendo, agora, não só a Paranapanema, mas também o BTG no polo passivo.

A Sentença Arbitral de fls. 525/563, além de declarar a validade da obrigação assumida por Paranapanema na Cláusula 9ª do Contrato de Abertura de Crédito, condenou a referida empresa a pagar ao Santander R\$ 157.198.295,76, bem como a reembolsar ao citado banco R\$ 116.026.521,41, sem prejuízo das cominações sucumbenciais.

E diante disso tudo, agora procura a Paranapanema anulação dessa Sentença Arbitral, sustentando que não havia a cláusula compromissória nos contratos de “swap” e, mesmo houvesse, ocorreu deficiência de técnica jurídica na formação do painel de árbitros.

O juízo sentenciante acolheu em parte o pleito, declarando a nulidade da sentença arbitral, por vício na formação do corpo de árbitros, mas rejeitou o pedido de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

declaração de ausência do compromisso arbitral.

E não há como alterar o entendimento esposado monocraticamente.

Conquanto sedutora, a tese de que os Contratos de “Swap” tinham autonomia e vida própria para se desvincularem do Contrato de Abertura de Crédito, subsistindo por si no mundo jurídico, o contexto negocial em que inseridos não recomendava tal conclusão.

Nesse ponto, o MM. Juiz foi preciso quando afirmou (fls. 1.620):

“(...) ao mesmo tempo em que, no contrato de crédito, as partes pactuaram a possibilidade de a autora quitar o empréstimo por meio de dação em pagamento de ações da própria Paranapanema, subscritas pelos credores com seus créditos, a autora e os bancos firmaram pactos acessórios, denominados contratos de “swap”, estabelecendo, em resumo, que as ações dadas em pagamento deveriam atingir determinado valor até determinada data e que, se isso não ocorresse, caberia à autora Paranapanema efetuar o pagamento de um valor complementar.

Na prática, as partes criaram um mecanismo que impedisse que o valor de mercado das ações da autora em determinada data permitisse que o empréstimo fosse quitado a um valor inferior ao retorno projetado e aceito pela devedora.

Desse modo, dúvida não há de que o contrato de crédito e os contratos “swap” são interligados e interdependentes, sendo o primeiro o pacto principal e os demais seus acessórios, sendo que o valor cobrado pelos réus com base nos contratos de “swap” tem origem no contrato de abertura de crédito.

O contrato de empréstimo, portanto, não pode ser considerado quitado e extinto até que se decida a legalidade ou não da cobrança da diferença fundada nos pactos de “swap”.

Nesse contexto, apesar de os contratos de “swap” não possuírem cláusulas compromissórias, mas justamente porque as obrigações neles estabelecidas decorrem diretamente do contrato principal, de abertura de crédito (que prevê a arbitragem em sua cláusula 21, fls. 272/273), o procedimento de arbitragem foi validamente instaurado a partir da existência de prévia cláusula compromissória mais abrangente, inexistindo o vício apontado pela autora.”

Portanto, em tal conjuntura, resulta certo que o documento enviado pela Paranapanema (copiado a fls. 1192/1194 e também alhures nos autos) infelizmente não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pode significar mais do que realmente poderia. Por meio dele a empresa informa ter cumprido sua obrigação de operacionalizar o processo de capitalização para pagamento dos credores “através da Dação em Pagamento” das 22.234.942 ações ordinárias (PMAM3) de emissão da Companhia subscritas por cada um dos Bancos credores pelo valor de R\$ 101.168.986,10. E pede o “de acordo” dos credores para outorga de quitação do contrato.

Mas é certo que o pagamento por meio de “dação” de ações, como ajustado no Contrato de Abertura de Crédito, gerava desdobramentos aos quais a Paranapanema teria de se submeter, valendo a suposta “quitação” acima mencionada apenas quanto à parte da obrigação atinente à oferta das ações prometidas.

A propósito, não custa lembrar o disposto na cláusula 9ª (fls. 257), do Contrato. Lá consta expressamente que:

“9.1 Em qualquer hipótese de dação em pagamento de ações da Paranapanema para liquidação do Empréstimo, e como condição de sua eficácia, deverão ser lançadas, simultaneamente, opções (“Opções”) nos termos e condições descritos nesta Cláusula 9.

9.1.1 Para cada ação dada em pagamento para liquidação do Empréstimo será lançada uma Opção correspondente, a qual compreenderá uma opção de compra e uma opção de venda.

9.1.2 As Opções e os Contratos de Opções serão emitidas ao amparo deste Contrato, e todas as disposições deste Contrato, incluindo, sem limitação as condições precedentes, encargos moratórios, eventos de vencimento antecipado e obrigações de fazer descritos nas Cláusulas 5.1. (...) deste Contrato deverão ser aplicados, *mutatis mutandis*, às Opções e aos Contratos de Opções, respectivamente, até sua irrevogável e irretroatável quitação” (grifei - fls. 257).

Demais disso, fora a obrigação do lançamento de Opções dessas ações dadas em pagamento, havia no Contrato de Abertura de Crédito a possibilidade de a Paranapanema, a seu critério, celebrar operações de “Swap” para gerenciamento de risco dos padrões de indexação dos recursos tomados, o que acabou ocorrendo. Foi o exercício do chamado “Swap de Duplo Indexador”, constante da cláusula 14ª (fls. 267).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nessas condições, não há como afirmar que as ofertas das “Opções” atreladas ao lançamento de ações (para pagamento), bem como que as Operações de “Swap” (para proteção ou alavancagem financeira), seriam autônomas e independentes do Contrato de Abertura de Crédito.

A cláusula 9ª (fls. 257/262) do aludido contrato principal já previa os aspectos nucleares das Opções a serem outorgadas com a oferta das ações em pagamento. Delinearam-se opções de venda (*Put*) e compra (*Call*); modalidade Europeia (condicionante do exercício da opção à data da liquidação); Lançadores e Compradores; Prêmio (zero); vencimento; preço de exercício (equivalente ao preço de emissão das ações na oferta); liquidação (somente financeira em reais).

Na mesma linha, os Contratos de “Swap” também eram umbilicalmente ligados ao Contrato de Abertura de Crédito.

Conforme se vê na cláusula 14ª acima mencionada, tais contratos acabaram por ser realizados “a critério da Paranapanema”. Aliás, a própria ocorrência dos sucessivos aditamentos era evidência incondicional de seu atrelamento àquele contrato principal, pois ali é que se prefixara a validade de 30 dias para cada um deles, bem como a necessidade de tais aditamentos. Como constou na cláusula 14.4: “Até a liquidação integral do Empréstimo-Ponte nos termos descritos neste Contrato e por opção dos Credores, a Operação de *Swap* deverá ser renovada a cada 30 dias por outra Operação de *Swap* nos termos descritos no sub-item anterior, operando-se a liquidação da diferença na respectiva Data de Vencimento do *Swap*” (fls. 268). Até a forma de pagamento dos *Swaps* foi definida, ficando acertado que a Paranapanema pagaria aos Credores sobre o valor do principal do Empréstimo, o maior dentre os seguintes valores “(i) 100% da variação acumulada do PTAX800 – Venda Opção 6, Código 220, acrescido da taxa de 5% a.a. calculada da forma dias corridos/360 Linear; e (ii) 40% da Taxa DI, base 252 dias úteis exponencial, calculada e divulgada diariamente pela CETIP; e” (fls. 267).

Finalmente, não é demais dizer que, em nenhum momento, se cogita da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

interpretação de quaisquer disposições intrínsecas dos ditos Contratos de “Swap”, mas sim sobre o dever ou não de pagá-los por serem o veículo de adimplemento do contrato principal.

Mas com o devido respeito esse dever ou não de honrá-los é, sim, subsumido à cláusula de compromisso arbitral contida no contrato de empréstimo. Em última análise, este contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição *sine qua non* de existência daqueles de *swap* que lhe são meros anexos.

Portanto, resulta perfeita a análise feita pelo Prof. Dr. NELSON NERY JÚNIOR no r. parecer juntado aos autos (fls. 821/822):

“(...) A cláusula 21.1 do Contrato de Abertura de Crédito celebrado entre as partes se consubstancia, indubitavelmente, em *pactum de compromittendo*, caracterizado como negócio jurídico de direito privado celebrado como pacto adjeto dentro de outro contrato, entre pessoas capazes, tendo por objeto direito disponível, por intermédio do qual as partes se comprometem a, no futuro, instituir arbitragem para dirimir conflitos decorrentes do contrato.

No que diz respeito ao Contrato de Swap, este tem natureza jurídica de contrato acessório ao contrato principal, qual seja, o Contrato de Abertura de Crédito, não tendo aquele, sem esse último, qualquer razão de ser.

Com efeito, o Contrato de Abertura de Crédito dispõe sobre todo o conteúdo da operação financeira a ser realizada entre as partes, contendo a obrigação chave de todo o relacionamento comercial entre as partes, qual seja, a efetuação do pagamento da dívida pela PMAM mediante a entrega das ações em aumento de capital.

O Contrato de Swap, por sua vez, apenas e tão somente reproduziu as estipulações da Cláusula 9.1.2 do Contrato de Abertura de Crédito no que tange a apuração do valor devido, instrumentalizando o registro do crédito em mercado de balcão organizado e o posterior recebimento, pelos Bancos, de eventual diferença entre o valor de mercado das ações em determinado período e o valor do crédito.

Cristalino, portanto, que o Contrato de Swap constitui contrato coligado ao contrato principal (Contrato de Abertura de Crédito), e a existência, validade e eficácia deste último depende, por estar essencialmente a ele conexo. Não por outra razão é que o Contrato de Swap se materializou como o Anexo IV do Contrato de Abertura de Crédito.”

Impossível, assim, a desvinculação completa dos contratos, conforme se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretende, porque é nítido que um repercute e afeta o outro, consequentemente obrigando a um tratamento integrado de ambos.

Conforme lição de ORLANDO GOMES: “Os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante”. Por isso, como arremata o eminente jurista, aos contratos coligados deve ser aplicado “o conjunto de regras próprias do tipo a que se ajustam” (*Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121-122).

Nesse sentido, aliás, leciona PAULO LÔBO: “Ainda que não se fundam em um único tipo, os contratos coligados têm entre si relação de contato estreito e finalidades comuns, havendo necessidade de regime jurídico próprio, que identifique o que é do domínio de cada contrato e o que é do domínio comum do conjunto dos contratos” (*Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110).

Portanto, na coligação a atribuição dos efeitos jurídicos: “(...) passa a depender da compreensão de sua inserção na realidade concreta, como regulamento de interesses contextualizado, em vista das características das partes, da natureza e importância do seu objeto e de todas as demais circunstâncias que o cercam e que possam ter relevância jurídica” (CARLOS NELSON KONDER. “A Coligação Contratual na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. In *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. Ana Frazão e Gustavo Tepedino (Coords.). São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2011, p. 318).

Por isso o Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que, em operações tais, o que sobleva é a “unidade de interesses, principalmente econômicos” (STJ – Resp 985.531-SP, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, J. 01.09.2009, DJe 28.10.2009), porque em face do nexu econômico funcional “as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos” (STJ – Resp 1.141.985-PR, Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, J. 11.02.2104, DJe 07.04.2014).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Enfim, para alcance desse *domínio comum do conjunto dos contratos*, tem de prevalecer a vontade das partes no sentido de que os conflitos emergentes do contrato (de todos os contratos conexos) sejam submetidos à arbitragem.

Submeter as questões emergentes do Contrato de “Swap” à jurisdição estatal, conforme defende a Autora, consistiria visível afronta aquela vontade cristalina das partes de arbitralizar os conflitos emergentes do negócio jurídico realizado.

Nessa esteira, portanto, impõe-se entender a cláusula de eleição de foro nos Contratos de “Swap” como simples caminho subsidiário e não principal, pouco importando que ditos contratos envolvam valores mobiliários, porque não é só isso o que está em jogo, mas sim o tratamento do negócio como um todo.

A propósito, a doutrina bem esclarece que, mesmo nos casos em que as partes estabelecem a cláusula compromissória, é possível que também conste cláusula de eleição de foro.

É o que diz, por exemplo, CARLOS ALBERTO CARMONA ao comentar a Lei nº 9.307/96:

“(...) A questão gira em torno do foro de eleição, ou foro contratual, onde as partes – no que se refere ao território – determinam o local de sua conveniência para solucionar litígios (se o Poder Judiciário vier a ser chamado a atuar). Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro do contrato (...), estarão apenas determinando que o eventual concurso do juiz togado para realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência (atos que impliquem a utilização de coerção, execução da sentença arbitral, execução de medidas cautelares) sejam realizados, em princípio, na comarca escolhida”

(*Arbitragem e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48).

No mesmo sentido leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

(...) A cláusula de eleição poderá constar do contrato celebrado entre as partes ou do próprio compromisso, sendo também admissível que em outra oportunidade ou outra sede as partes a convencionem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corretamente, o Superior Tribunal de Justiça afirma a *compatibilidade entre a cláusula de eleição de foro e a arbitragem*, sendo válida e eficaz a eleição pactuada em um contrato com cláusula arbitral. 'A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência, execução da sentença arbitral, instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável' (Min. Nancy Andrighi) – e também, como é natural, para a *ação anulatória* eventualmente promovida por uma das partes do processo arbitral”

(*A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 255-256).

De tal sorte, ao contrário do que afirma a Autora, nenhuma violação se verifica em relação aos dispositivos legais por ela indicados. Nada está sendo subtraído à apreciação do Judiciário, tanto que a parte está a demandar a proteção dos direitos que entende ter. Havia por extensão, conforme já se demonstrou, a convenção de arbitragem. E por fim é sabido que nas declarações de vontade se deve atender mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, ou seja, precisa o intérprete fugir das interpretações literais e capciosas, para buscar na declaração negocial a real intenção dos agentes.

No caso, essa real intenção leva à arbitragem, concebida como forma de resolver todos os conflitos emergentes do negócio e não só de parte dele (ou cf. o texto da cláusula 21 do Contrato principal: “*Quaisquer disputas, conflitos, assuntos, discrepâncias ou controvérsia de qualquer natureza, relacionadas a (i) a existência e/ou o exercício de qualquer direito originado deste contrato e/ou (ii) a existência e/ou ocorrência de qualquer dano; e/ou (iii) a interpretação dos termos e condições deste Contrato (qualquer disputa, conflito, assunto, discrepâncias ou controvérsia aqui referida como “Conflito”) deverão ser dirimidos por arbitragem, regida pela lei brasileira...*”).

No entanto, embora certa a possibilidade de sua realização, infelizmente houve falha na forma de escolha dos árbitros, portanto restando maculada a arbitragem de forma irremediável.

De fato, a Cláusula 21.2 do Contrato (fls. 272) previa assim a composição



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do painel de árbitros:

“O tribunal arbitral deverá ser composto por três árbitros. Cada Parte com interesse distinto terá direito de eleger um (1) árbitro. Os árbitros deverão, conjuntamente, designar um terceiro árbitro para presidir a arbitragem, no prazo de 15 (quinze) dias a partir da indicação do segundo árbitro. Se qualquer Parte deixar de eleger um árbitro ou se os árbitros deixarem de eleger o árbitro Presidente, a sua indicação deverá ser feita pelo CCBC, segundo suas regras.”

Em linha de saída, é possível observar que o regulamento acima foi falho pela total ausência de previsão de escolha de árbitros para casos com múltiplas partes com *interesses distintos* num ou noutro polo da contenda.

Se a cláusula garantiu o direito de “cada parte com interesse distinto” eleger um árbitro, como resolver o impasse de *modo isonômico* com duas partes de interesses antagônicos (BTG e Paranapanema) no mesmo polo passivo?

E com toda certeza a resposta dada pela Câmara de Arbitragem não se mostrou a mais acertada, *data venia*.

Na verdade, a escolha do árbitro da Paranapanema e do BTG pelo Presidente da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a pretexto de se utilizar do poder “regulamentar-integrativo” previsto no art. 2.6., 'd', do Regulamento, pecou pela omissão na manipulação de outros instrumentos não menos importantes que residem não só na ciência jurídica como também na própria “lei brasileira”, cuja utilização fora igualmente prevista no Contrato (Cláusula 21.1 – fls. 272).

Se no procedimento arbitral é possível a ocorrência de litisconsórcio, também tem de ser possível que cada litisconsorte indique árbitro de sua confiança.

Inaceitável a tese do Banco de que cada polo engloba todas as partes nele inseridas, portanto devendo todas elas indicar um único árbitro, porque isso ofende o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito básico da indicação individual. Nem sempre os litisconsortes poderão ter os mesmos interesses. Logo, sujeitá-los a um único árbitro, parece ofender o direito de “participar” no procedimento. Como estaria o litisconsorte “participando”, se nem pode indicar árbitro de sua confiança?

Havendo litisconsórcio e havendo escolha de árbitros diversos, parece que a situação equivaleria à do § 2º do art. 13 da Lei de Arbitragem, donde o afastamento puro e simples dos árbitros indicados, com escolha de outro, ao exclusivo talante do presidente da Câmara Arbitral, ofende direito das partes.

Se a Lei assegura às partes autonomia para a composição do órgão julgador, em ocorrendo impasse, deve intervir o juiz togado, na forma do que dispõe o art. 7º da Lei de Arbitragem, notadamente o § 4º, ou então a regra clara e precisa do § 2º do art. 13 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/96), que diz: “*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*”.

Enfim, passando ao arrepio de todos os aconselhamentos legais e científicos, a formação do painel arbitral, do modo como se deu (permitindo a escolha por uma das partes e negando às outras), não logrou melhor técnica jurídica, donde ser inevitável seu perecimento agora na via judicial.

Em que pese a excelência do r. parecer de fls. 775/800, da lavra do eminente jurista NELSON NERY JÚNIOR, a própria invocação do princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), tão-somente corrobora a tese de que por detrás de tudo, alguma dissonância se podia ouvir.

Na hipótese, entretanto, tal dissonância restou alcunhada de *irregularidade*. Contudo, por ter resvalado em pilares essenciais do próprio instituto do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo arbitral, mormente daqueles descritos no § 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), transmudou sua natureza para vício verdadeiramente insanável.

Daí, por ter comprometido tais postulados, especialmente o direito de nomeação e participação, era até mesmo desnecessária a comprovação de quaisquer prejuízos no julgamento arbitral.

No caso vertente, a parte que se disse prejudicada (Paranapanema) **indicou um árbitro**. O Regulamento, a que tanto se apegam os réus, de sua vez, sancionava com a perda da oportunidade de eleger seu árbitro tão-somente a parte *omissa*, ou seja, a parte renitente e desidiosa, características essas inimputáveis à autora que foi solícita quando instada. Como havia outra parte no polo passivo daquela instância arbitral e que também escolhera seu próprio árbitro, a alternativa encontrada pelo Presidente da CCBC de suprir a falta de previsão do Regulamento para situações multipartes, com indicação própria de árbitro substituto, redundou em solução não condizente com o direito de indicação, pois privilegiou a parte instauradora do juízo arbitral em detrimento dos então réus.

Perfeita assim a r. sentença quando destacou (fls. 1.623):

“A questão fulcral está no direito que a autora tinha de ter indicado um árbitro por ela escolhido e que não foi respeitado.

O prejuízo é insito e não necessita ser demonstrado objetivamente.

A cláusula compromissória específica deixa claro que todas as partes com interesses distintos devem ter a mesma e igual oportunidade de indicar árbitros de sua escolha.

E tal tem fundamento no princípio da igualdade.

Embora se deva esperar que o árbitro indicado pela parte seja técnico em imparcial, há vários outros aspectos envolvendo sua nomeação que são relevantes e que, sem afetar sua imparcialidade ou sua capacidade técnica, podem influir decisivamente no resultado da arbitragem, tais como, em tese, a necessidade de estar familiarizado com determinado detalhe muito específico e raramente encontrado em casos semelhantes, tempo disponível para dedicação integral ao caso e até afinidade de pensamento acadêmico e eventual adesão a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

determinada corrente doutrinária.

Enfim, o prejuízo é ínsito.

Se não era possível superar o impasse resultante do dissenso entre Parapanema e BTG, poderia ter sido adotada solução outra, que não mantivesse apenas o árbitro indicado pelo Banco Santander, tal como a indicação de dois árbitros pelo Presidente da Câmara de Arbitragem eleita na cláusula compromissória, a quem caberia indicar um árbitro para presidir a arbitragem.

Se a cláusula compromissória não podia ser seguida à risca, a intervenção do Presidente da Câmara de Arbitragem deveria ter sido feita de modo a preservar o compromisso sem distinguir entre as partes.

Patente, pois, a violação do princípio da isonomia previsto no artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96, o que acarreta a nulidade da sentença arbitral, nos termos do artigo 32, VIII do mesmo diploma legal.”

São da natureza do processo de arbitragem a flexibilidade e a simplicidade, as quais, porém, devem ser exercidas sempre com atenção à garantia constitucional do contraditório. E como adverte CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Sabido que essa garantia se resolve na oferta de oportunidades para *participar*, tudo quanto for feito com vista a flexibilizar o procedimento arbitral, tornando-o aderente às peculiaridades do caso e promovendo a celeridade, deve ser feito de modo a não tolher às partes a efetiva oportunidade para participar do processo – *participar pedindo, participar provando, participar alegando*” (*A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 26).

Depois, ao contrário do que se imagina: “Não basta que o árbitro tenha capacidade jurídica para o exercício das funções de julgador. Há de ter confiança das partes. Algo subjetivo mas que diz respeito às partes que conformam a relação processual. Digo com isso que a confiança não se resume ao conforto natural a ambas as partes, demandante e demandada. Se tal não ocorre restará incumprida uma das condições de validade da nomeação. A capacidade e a confiança são elementos essenciais de validade do ato de nomeação” (PEDRO A. BATISTA MARTINS. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 186).

A qualidade “confiança” exigida para o árbitro é expressamente prevista



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no art. 13 da Lei de Arbitragem. Constitui regra adotada mundialmente, alinhada com o pilar da autonomia da vontade, sustentáculo intrínseco do direito arbitral.

Destarte, não é por apego a estéril preciosismo processualístico que se reconhece essa mácula que inquinou todo o processo arbitral, mas sim porque este processo acabou abalado em sua essência.

Em verdade, o *árbitro*, cuja escolha foi negada no procedimento arbitral ora impugnado, “representa o patrimônio intelectual da arbitragem, e assim lhe empresta o maior valor agregado. Já se disse, e é significativa a afirmação: ‘tanto vale o árbitro, tanto vale a arbitragem’” (FRANCISCO J. CAHALI. *Curso de Arbitragem*. 3ª ed. rev, atual. e ampl., Revista dos Tribunais, 2013, p. 161). E arremata o mesmo Jurista: “A confiança no talento, atributos pessoais e intelectuais, dedicação, e conhecimento específico do árbitro sobre o objeto do conflito, têm impacto direto na segurança do sistema, lembrando ser única (por um árbitro ou colegiado arbitral), em regra, a instância de julgamento arbitral” (*Ob. cit.*).

Ainda, outros desdobramentos técnico-jurídicos levam à perfeita compreensão da dimensão e importância do direito de escolha dos árbitros pelas partes no juízo arbitral.

No juízo comum (estatal), o julgador é investido diretamente pelo próprio Estado; no juízo arbitral, diferentemente, o julgador é investido diretamente pelas próprias partes. Portanto, se há algum momento em que não pode haver qualquer espécie de dúvida, incerteza ou mácula este reside no ato dessa verdadeira “investidura” manifestada pelas partes. Afinal, o *poder* de dizer o direito sobre um caso concreto outorgado ao juiz arbitral só goza de tal predicado de impor decisão com eficácia vinculante para as partes porque estas assim o quiseram.

De resto, forçoso reconhecer ainda que a violação do direito de nomeação do árbitro foi alegada no tempo oportuno pela Paranapanema perante o próprio juízo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

arbitral (fls. 79, 89/90 e 103).

E maior evidência de que assim ocorreu consiste na existência de “decisão incidental” de 28 de fevereiro de 2011 daquele Tribunal Arbitral, a qual indeferiu não só as alegações pertinentes ao vício de formação do painel arbitral, como também as de inarbitrabilidade dos pedidos deduzidos pelo Santander (fls. 109/125).

Em assim sendo, não há que se falar em preclusão nenhuma do direito de invocar o vício procedimental. A própria Lei de Arbitragem traz a lume a reserva de apreciação pelo judiciário de tal questão ao determinar que: *“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”* (Lei nº 9307/96, art. 19, §2º).

Finalmente, a solução adotada pela r. sentença de repartição dos encargos do processo foi razoável e deve prevalecer.

Pelo que se vê dos autos, o pedido inicial basicamente se bifurcou no de declaração de nulidade da sentença arbitral e no de declaração de inarbitrabilidade das questões atinentes ao adimplemento dos Contratos de “Swap”.

Foi acolhido apenas o pedido de nulidade da sentença arbitral, pelo reconhecido vício na formação do painel arbitral, restando a autora vencida no outro pedido.

Logo, se decaiu a autora de um dos pedidos, a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC era mesmo a consequência natural do resultado, porque inegavelmente ficou configurada a mútua sucumbência.

Por outro lado, segundo lição de YUSSEF SAID CAHALI em termos de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sucumbência parcial e recíproca “a proporção não há de ser colocada em termos estritamente aritméticos ou matemáticos”, porque “o ter direito tutelável é que se põe como questão substantiva” (*Honorários Advocatícios*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, p. 516 e 517).

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão dos ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte.”

(STJ - AgRg no REsp 747.729/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, J. 19/10/2010, DJe 03/11/2010)

“A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão dos ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte, mormente quando a lide não envolve, imediatamente, discussão de valores, mas apenas declaração de direitos.”

(STJ - REsp 205.723/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, J. 05/05/2005, DJ 01/07/2005 p. 457)

Portanto, tendo sido equitativa a divisão feita na r. sentença, nada autoriza sua modificação.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta nego provimento aos recursos.

GILBERTO DOS SANTOS
Desembargador Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 14.848

APELAÇÃO Nº: 0002163-90.2013

COMARCA: SÃO PAULO - 18ª V.C.

APTES E APDOS: PARANAPANEMA S.A., BANCO SANTANDER S.A. e
BANCO BTG PACTUAL S.A.

Declaração de Voto Vencedor

Adotado o completo relatório elaborado pelo eminente Relator, como Revisor deste processo, que envolve discussão de exacerbada complexidade acerca de uma ação anulatória de sentença arbitral, julgada parcialmente procedente em primeiro grau de jurisdição, destaco duas questões: (I) o princípio da igualdade das partes e (II) cláusula de eleição de foro existente nos contratos de "Swap".

(I) O princípio da igualdade das partes é de ordem pública e está positivado no § 2º, do art. 21 da lei 9.307/96, que determina que *"serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento"* (grifei).

Por isso, não se perquire de prejuízo quando há a violação desse princípio, que tampouco pode ser derogado pela vontade das partes. Trata-se, como dito, de princípio de ordem pública.

No caso presente, ficou demonstrada essa violação, com a não indicação pela aqui autora de um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

árbitro da sua confiança. Tinha ela esse direito, que não foi respeitado.

Nos termos do artigo 13 da lei nº 9.307/96, "*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança da parte*". E essa "*confiança da parte depositada na pessoa do árbitro representa a certeza que este terá independência para julgar com imparcialidade (...)*" (Selma Ferreira Lemes, "*O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação da sentença arbitral*", ARBITRAGEM – Temas Contemporâneos, Quartier Latin, p. 453).

Nesse diapasão, a violação do princípio da igualdade das partes ocasiona nulidade da sentença arbitral (art. 32, VIII), que aqui ocorreu de forma irremediável.

Aliás, pertinente conferir artigo de José Carlos de Magalhães, pessoa de reconhecida autoridade no meio arbitral e Debora Visconte, intitulado "A Nomeação de Árbitros em Arbitragens com mais de uma Parte no mesmo Polo Processual", onde afirmam que: "Em processo conduzido pelo Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá, duas partes no pólo passivo insistiram em nomear árbitro próprio, o que resultaria na constituição do tribunal arbitral por três árbitros, como previsto na cláusula arbitral. Competiria a estes nomear, dentre eles, o presidente, como previsto na lei da arbitragem. Esse procedimento, contudo, não foi observado, gerando dúvida quanto ao que foi adotado pelo presidente da entidade, que decidiu nomear ele próprio o árbitro para os requeridos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao firmarem o termo de arbitragem, os requeridos objetaram contra a nomeação do árbitro comum pelo presidente, insistindo no direito de fazê-lo, deixando ressalvado, portanto, sua contrariedade com a constituição do tribunal arbitral daquela forma".

Após tecerem inúmeras apreciações das normas aplicáveis, concluem que ao "considerar que deveriam os requeridos, obrigatoriamente, selecionar árbitro comum, para que este, em conjunto com o nomeado pelo requerente, escolhesse o terceiro, o presidente do Centro e, depois dele, o Tribunal Arbitral que lhe corroborou a decisão, violaram a autonomia da vontade das partes, o princípio da igualdade das partes e o art. 13, § 3º, da Lei 9.307/96, viciando a formação do Tribunal". (ARBITRAGEM - Temas Contemporâneos, Quartier Latin, p. 293/296).

Quanto à (II) cláusula de eleição de foro que consta dos Contratos de "Swap", irresponsável a solução adotada pelo eminente Relator de não ser possível uma desvinculação completa dos contratos, como pretendido, porque, o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição *sine qua non* de existência dos contratos de *swap*, "que *lhes* são meros anexos" (fls. 15), de modo que se buscando a real intenção das partes, fica evidente que essa intenção seria de submeter todos os conflitos derivados do negócio à arbitragem e não apenas uma parte dele. E a escolha pelo juízo arbitral deve ser respeitada.

Essas eram as considerações que reputei pertinentes para acompanhar integralmente a proposição do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

eminente Relator.

WALTER FONSECA
REVISOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	25	Acórdãos Eletrônicos	GILBERTO PINTO DOS SANTOS	9E666A
26	29	Declarações de Votos	WALTER PINTO DA FONSECA FILHO	A1981F

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0002163-90.2013.8.26.0100 e o código de confirmação da tabela acima.