



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000081247

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 4001144-15.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS, BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, BANCO SANTANDER S/A, ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDENCIA S/A, ISBAN BRASIL S/A, SANTANDER BRASIL ASSET MANAGEMENT DTVM S/A, SANTANDER SEGUROS S/A e SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL, são apelados CAMARGO CORRÊA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA e CAMARGO CORRÊA S/A.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso dos autores e Negaram provimento ao recurso dos réus, por V.U. Sustentou oralmente o Dr. Marcelo Roberto Ferro e a Dra. Milena Donato Oliva", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017

HAMID BDINE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 15.409 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.
Ap. com revisão n. 4001144-15.2012.8.26.0100.
Comarca: São Paulo.
Apelantes/Apelados: SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS E OUTROS.
Apelados/Apelantes: CAMARGO CORRÊA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA E OUTRO.
Juíza: Denise Cavalcante Fortes Martins.

APELAÇÃO. Contrato de associação. Autores que adquiriram o Banco Geral de Comércio (BGC) dos réus e firmaram contrato de associação com a finalidade de regular a condução da instituição financeira para a implementação gradativa do controle pelos compradores.

Preliminar. Cerceamento de defesa não configurado. Prova pericial desnecessária. Questões técnicas elucidadas. Prova técnica que será pertinente em fase de cumprimento de sentença.

Mérito. Interpretação das cláusulas contratuais ajustadas entre as partes. Previsão contratual de que o comprador concordava com que, antes de requerer qualquer indenização em virtude das contingências, ele deveria primeiramente utilizar as provisões já existentes, que seriam corrigidas de acordo com o índice CDI. Contingências fiscais. Depósito judicial e antecipações fiscais que tornaram os valores indisponíveis aos autores. Provisões que não representam retenção do preço. Constituição de provisão que implica redução do lucro líquido, e consequentemente, do patrimônio líquido da empresa adquirida, sem representar retenção do preço. Impossibilidade de incidência do CDI sobre a provisão passiva consistente em aos depósitos judiciais realizados no processo PDD. Valores que já haviam saído do caixa do BGC e que não estavam à disposição dos autores ou do banco, mas somente do juízo em que foi efetuado o depósito e serão remunerados pelas taxas oficiais.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Conduta da Camargo Correa. Adesão à anistia fiscal. Condução ou acompanhamento do o processo pelos réus. Faculdade contratualmente prevista. Adesão à anistia fiscal que inviabilizou o retorno dos valores depositados judicialmente ao caixa do banco. Conduta do Santander. Interpretação equivocada de cláusula contratual pelos autores no início da relação contratual. Retificação comunicada doze anos antes da propositura da ação. *Venire contra factum proprium*. Ausência de confiança justificada pelo decurso do tempo. Equívoco de interpretação que não ensejou comportamento da ré. Comportamento contraditório dos autores não caracterizado.

Contrato de conta corrente que não se confunde com conta corrente contabilística. Aplicação analógica das regras do contrato de conta corrente mercantil. Impossibilidade. Ausência de elemento característico dessa modalidade contratual que é a remessa mútua de valores.

Decadência não configurada. Relatórios informativos de saldo. Ausência de manifestação de vontade ou intenção de aperfeiçoar negócio jurídico.

Prescrição da pretensão indenizatória não configurada. Inaplicabilidade do prazo trienal previsto no artigo 206, §3º, IV e V, do CC. Relação jurídica contratual. Inaplicabilidade do art. 206, §5º, I do CC. Ausência de dívida líquida. Aplicação do prazo decenal previsto no art. 205 do CC. Pretensão indenizatória dos autores que surge a partir do momento em que os valores das provisões se tornaram insuficientes para as contingências, em dezembro de 2009. Valores suportados pelo Santander após o esgotamento do saldo das provisões para cobrir despesas de responsabilidade dos réus que também devem ser atualizados pelo CDI, desde a data em que ocorreu o efetivo desembolso. Inversão do julgamento. Sucumbência integral dos réus.

Recurso dos autores provido. Recurso dos réus improvido.

A r. sentença de fs. 3.705/3.712, cujo relatório se adota, julgo parcialmente procedente o pedido da ação principal e parcialmente procedente a reconvenção para: i) declarar a incidência do CDI a partir de 31.07.1997 sobre todas as provisões para contingências listadas no Terceiro Aditivo contratual,

independentemente da existência de depósitos judiciais e depósito PDD; ii) declarar a não incidência do CDI sobre contingências abarcadas pelas provisões; iii) declarar a incidência do CDI para atualização das contingências apenas na hipótese de inexistência de provisão; iv) declarar a não incidência do CDI sobre depósitos judiciais e depósito PDD; v) condenar os réus no pagamento de eventuais contingências não abarcadas pela provisão e que excedam tais recursos deixado sem caixa pela Camargo Correa, desde que não atingidas pela prescrição; vi) determinar a apuração do saldo das provisões nos termos ajustados no contrato, e emissão de relatório de acerto de contas pelos autores; vii) condenar os autores reconvindos na restituição de eventuais saldo de provisões não utilizadas, corrigidas pelo CDI, e com juros de mora a contar da citação.

Inconformadas, as partes apelaram.

Em preliminar, os autores suscitaram o cerceamento de defesa, uma vez que era necessária a produção de prova pericial nos autos, para garantir a correta e adequada interpretação do contrato e seus aditivos sob perspectiva técnica.

No mérito, os autores alegam que pagaram 100% do patrimônio líquido do BGC e que a ré deixou montante no BGC para fazer frente às contingências, sem que isso representasse abatimento ou retenção de parcela do preço. Impugnam a incidência do CDI sobre todas as provisões, indistintamente, inclusive sobre aquelas para as quais haviam sido feitos depósitos judiciais e recolhimento antecipado de tributos, que não estavam à sua disposição. Afirmam que a Cláusula 5.1 do Terceiro Aditivo

deve ser interpretada em conjunto com as cláusulas 7.5, 7.6 e 7.9.

Sustentam que não deve haver atualização pelo CDI do valor da provisão correspondente aos depósitos-PDD e as Antecipações-PDD, uma vez que a ré aderiu à anistia fiscal. Alegam que a provisão constituída no montante de R\$ 44.848.173,57 representa quantia inteiramente afetada à contingência específica, qual seja, ao Processo PDD. Aduzem que não pretendem que os depósitos judiciais sejam corrigidos pelo CDI, índice que deve incidir no âmbito do acerto de contas estabelecido entre as partes. Acrescentam que não assumiram todos os riscos do negócio e que não respondem pela adesão à anistia fiscal e que a adesão à anistia fiscal esgotou a provisão relacionada ao Processo PDD.

Argumentam que, se não há mais saldo nas provisões, as contingências pagas após seu esgotamento deverão ser corrigidas pelo CDI. Afirmam que não negam a incidência do CDI sobre o valor das provisões para contingências que foram deixadas pela ré na sua disponibilidade e que a aplicação do CDI nos relatórios mensais não tem o condão de atestar qualquer crédito a favor da ré. Alegam que se a provisão passiva é corrigida pelo CDI, o valor da contingência que lhe corresponde também deve ser. Acrescentam que, com a baixa do Depósito e Antecipações PDD, haverá crédito em seu favor e que se aplica o prazo prescricional decenal na espécie. Requereram, subsidiariamente, a redução dos honorários sucumbenciais fixados.

Em recurso adesivo, os réus afirmam que o CDI

não deve incidir sobre as despesas efetuadas pelos autores para fazer frente a quaisquer contingências do BGC, mesmo após o eventual exaurimento das provisões. Alegam que deve ser afastada a sucumbência recíproca, considerando sua sucumbência mínima.

Recurso regularmente processado, com preparo (fs. 3.798/3.799) e contraminuta (fs. 3.802/3.846).

É o relatório.

A preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelos autores não prospera.

O controle da produção da prova é pautado pelos critérios de admissibilidade, pertinência e relevância. No caso, a prova pericial contábil é desnecessária no presente momento.

Não se ignora que o contrato objeto da lide envolve questões técnicas complexas, do ponto de vista econômico-contábil. Ocorre que a controvérsia entre as partes decorre, em sua essência, da interpretação que é dada às cláusulas de contrato de associação. Assim, como se verá, a matéria, por ora, é exclusivamente de direito.

Como anotado na r. sentença, a prova pericial se justificará em fase de cumprimento de sentença com a liquidação do acerto de contas entre as partes, não havendo necessidade de se antecipar a sua produção em fase de conhecimento.

Ademais, não se deve perder de vista que tanto os

autores, quanto os réus, instruíram o presente feito com pareceres de renomados juristas e contabilistas, que versam com precisão técnica sobre as questões que extrapolam o conhecimento exclusivamente jurídico¹.

Assim sendo, na hipótese, não se vislumbra mesmo a utilidade da produção da prova pericial contábil, pois o conjunto probatório dos autos é suficiente e autoriza o julgamento antecipado da lide.

Superada a preliminar, passa-se ao exame do mérito.

É incontroverso que os autores adquiriram o Banco Geral de Comércio (BGC) dos réus e que as partes firmaram contrato de associação com a finalidade de regular a condução da instituição financeira para a implementação gradativa do controle pelos autores (fs. 181/216). O contrato foi firmado em 3 de março de 1997.

Ficou ajustado que os réus se responsabilizariam pelas contingências que decorressem de obrigação com causa anterior ao início da gestão do banco pelos autores, indenizando-os e mantendo-os isentos de toda e qualquer responsabilidade sobre esses custos (cláusula 13.1 e 13.2 – fs. 204/205). Por sua vez, o Santander se responsabilizaria pelo controle do BGC e por suas operações a partir da data de início da gestão (cláusula 14.1 – fs. 207).

¹ Nelson Carvalho e Tânia R. S. Relvas (fs. 3.559/3.591), Luiz Edson Fachin (fs. 3.448/3.508), Eliseu Martins (fs. 3.678/3.693), Fabio Ulhoa Coelho (fs. 1.472/1.514), Paula Forgioni (fs. 3.509/3.558), Cristiano Zanetti (fs. 2489/2513).

Da cláusula 7.6 constou que “todos os valores referidos naquele contrato seriam calculados levando-se em consideração o valor temporal do dinheiro, usando-se taxas apropriadas (moeda-Real, taxa de juros CDI)” (fs. 196).

Após sete meses da celebração do contrato de associação, em 9 de outubro de 1997, as partes aditaram o referido contrato para trazer nova disposição acerca da indenização das contingências. Ficou previsto que o Santander concordava em que, antes de requerer qualquer indenização em virtude das contingências, ele deveria primeiramente utilizar as provisões já existentes nos demonstrativos contábeis do BGC em 31 de janeiro de 1997. Constou também que as provisões seriam corrigidas de acordo com o índice CDI, o que é o cerne da controvérsia entre as partes (cláusula 5.1 – fs. 1.416).

Ademais, ficou previsto que os autores deveriam informar os réus por meio de relatório escrito, sempre que houvesse utilização parcial ou total de qualquer provisão para as contingências (cláusula 5.2 – fs. 1.416).

Por último, consignou-se que, após o decurso do prazo de prescrição e decadência de todas as contingências, sem que as provisões tenham sido utilizadas, o saldo remanescente deveria ser creditado aos réus, acrescido de juros à taxa CDI de 31 de julho de 1997 até a data do efetivo pagamento (cláusula 5.3 – fs. 1.416).

Em anexo ao aditamento, foram elencadas todas

as provisões constantes nos demonstrativos contábeis do BGC em 31 de janeiro de 1997, somando o montante de R\$ 53.950.551,85 (fs. 1.424/1.443).

Da soma das provisões, verifica-se que a maior quantia se refere à “provisão para riscos fiscais”, que correspondia a R\$ 44.848.173,57 (fs. 1.428).

A principal controvérsia envolvendo as partes se refere aos parâmetros utilizados para incidência do CDI sobre os valores das provisões. Enquanto os autores entendem que o CDI somente deve incidir sobre os valores das provisões que foram deixados na disponibilidade do Santander (fs. 3.731 e 3.750), os réus sustentam que o CDI deve incidir sobre todas as provisões para contingências, independentemente de estarem ou não disponíveis no caixa do BGC (fs. 3.804).

A controvérsia se estabeleceu porque, como se viu anteriormente, a maior provisão foi aquela alocada para contingências fiscais que estavam relacionadas ao denominado Processo PDD (provisão para devedores duvidosos), que engloba a medida cautelar e a ação ordinária ajuizadas pelo BGC em 1996 para se questionar determinado débito fiscal (fs. 3.731).

De acordo com os autores, durante o período em que a instituição financeira era gerida pelos réus, o BGC efetuou depósito judicial do valor residual em discussão naqueles autos, equivalente a R\$ 34.847.685,35, sendo que já havia realizado antecipações de recolhimento daquele tributo no importe de R\$ 10.000.488,22, totalizando R\$ 44.848.173,57 (fs. 3.731/3.732).

Os autores alegam que tais quantias estavam indisponíveis ao Santander desde 1996, portanto, antes da celebração do contrato, de modo que o elevado montante depositado judicialmente não poderia ser destinado a qualquer outra contingência ou atividade desempenhada pelo BGC (fs. 3.734).

Acrescentam que, em fevereiro de 1999, a Camargo Correa optou por aderir à anistia fiscal concedida pela Lei n. 9.779/1999 e, por consequência, inviabilizou de maneira definitiva que os valores depositados judicialmente tornassem aos cofres do BCG, uma vez que houve confissão irretratável da dívida (fs. 3.736/3.737).

Os réus, por outro lado, argumentam que a cláusula 5.1 do terceiro aditivo é expressa ao indicar que as provisões serão corrigidas pelo CDI, sem exceção (fs. 3.815).

Acrescentam que os valores provisionados possuem natureza de parcela retida do preço e geraram uma diminuição no preço pago pelas autoras na aquisição do BGC, de modo que teria sido ela que ficou privada do recebimento de uma parcela do preço.

Respeitada a convicção da i. sentenciante, não é concluir que as provisões representam retenção do preço pago pelas autoras para a aquisição do BGC.

É evidente que a existência de provisões passivas

impactou na apuração do valor do negócio para aquisição do BGC, uma vez que representam despesas previstas ou previsíveis que implicam em redução do ativo da empresa a ser adquirida.

Note-se que o parecer do professor Eliseu Martins, juntado pelos réus, está em consonância com o parecer dos professores Nelson Carvalho e Tânia Relvas, juntado pelas autoras, no sentido de que a constituição da provisão implica em redução do lucro líquido, e consequentemente, na redução do patrimônio líquido da empresa adquirida (fs. 3.688 e 3.563).

Assim sendo, considerando a prévia constituição das provisões para cumprimento das obrigações fiscais, é certo que houve redução do patrimônio líquido do Banco adquirido pelos autores, o que não implica retenção de preço. Os autores pagaram o preço correspondente ao valor do BGC à época, tendo em vista o patrimônio líquido apurado.

Não convence a afirmação de que houve retenção do preço, porque tal fato somente ocorreria se os autores deixassem de desembolsar certa quantia para aquisição do Banco e se esta quantia continuasse à disposição dos adquirentes.

Não se trata da hipótese dos autos, pois os valores relativos aos depósitos realizados no processo PDD deixaram o caixa do BGC, e não o dos adquirentes, que também não tiveram esses valores à disposição deles.

Significa dizer que apurado um patrimônio líquido, ajustou-se o preço (que foi pago).

Assim, se todo o valor da provisão fosse destinado ao pagamento de dívidas de responsabilidade dos réus, referido patrimônio se manteria inalterado, tal qual o preço.

Ao contrário, se nada fosse pago com as provisões, o patrimônio líquido também não se alteraria e o preço continuaria preservado, ainda que o excesso fosse ao caixa dos réus.

De preço, pois, efetivamente não se cuida.

De todo modo, ainda que, por hipótese, a provisão fosse parte do preço, a conclusão não se modificaria, pois seu destino era quitar dívidas de responsabilidade dos réus.

Ora, efetuado o pagamento, ele seria deduzido do preço e seria irrelevante determinar a correção pela CDI do valor exaurido para quitação de dívida dos alienantes.

Superada essa questão, cumpre examinar se o CDI deve incidir sobre a provisão passiva relativa aos depósitos judiciais realizados no processo PDD.

As partes elegeram o CDI como índice para correção do dinheiro (cláusula 7.6 – fs. 196).

Como esclarecido pelo Professor Fabio Ulhoa Coelho, em parecer oferecido pelos réus, “o Certificado de depósito interbancário (CDI) é modalidade do Certificado de Depósito Bancário, com a característica de instrumentalizar a captação de

recursos por instituição financeira junto a instituição financeira. A variação das taxas dos CDIs tem sido vista, no mercado, como medida de remuneração pelo custo de oportunidade” (nota de rodapé de fs. 1.487).

Em consequência, a incidência do CDI se justifica, pois o valor em poder do autor poderia ser utilizado em outras operações que lhe fossem mais vantajosas (identificadas como um custo de oportunidade, de acordo com as condições do mercado (fs. 1.487)).

Contudo, a provisão relativa aos depósitos judiciais realizados em processo PDD não estava disponível para que o autor pudesse utilizar esses valores em busca de alternativas mais vantajosas - o que, como se viu, lhe conferiria um custo de oportunidade apto a justificar o CDI.

Como fica demonstrado de forma inequívoca no anexo cinco do terceiro aditivo contratual, o valor referente àquela provisão já havia saído do caixa do BGC (fs. 1.449). Ou seja, não estava à disposição dos autores ou do Banco BGC, mas somente do juízo em que foi efetuado o depósito. Assim, a remuneração dos valores que não estavam à disposição dos autores não se justifica, porque não podiam ser livremente destinados por eles a qualquer investimento:

“O contrato não é apenas a letra fria do instrumento. É o negócio embebido na realidade que o circunda, concebido e conduzido por seres humanos que, durante a vida do negócio, nele refletem suas tendências. A compreensão de seu

entorno impõe-se para a disciplina das demandas e conflitos que surgem ao longo da sua vida. Esse tipo de estudo explica e sistematiza, a partir da observação da realidade, a tomada de decisões econômicas dos agentes [empresas, consumidores, investidores etc.]. De certa forma, estamos diante da retomada do caráter interdisciplinar que foi afastado do direito” (Paula A. Forgioni, Contratos Empresariais: Teoria geral e aplicação, Revista dos Tribunais, 2015, p. 101).

A interpretação do contrato não deve ser feita sem que se leve em conta o art. 112 do CC. A intenção nele consubstanciada deve prevalecer sobre o sentido literal da linguagem.

É crível que o item 5.1 do mencionado Terceiro Aditivo, de modo literal, indique que os valores depositados judicialmente estejam sujeitos ao CDI. Mas a verificação da natureza dessa remuneração revela que o desejo das partes era que os valores disponíveis para os autores não sofressem redução, pois ele poderia utilizá-los livremente em condições mais favoráveis do que as dos depósitos judiciais - para não prejudicar o dono do dinheiro, isso é, os réus.

A busca da intenção comum das partes, na visão de Francesco Messineo, deve levar em conta o contrato como um todo, e não apenas a cláusula em exame (Doctrina General Del Contrato, Ara Editores, 2007, p. 540).

No caso, a visão integral do ajuste leva a crer que os valores contingenciados só se sujeitam ao CDI se disponíveis ao

autor, porque nessas condições é que seriam entregues aos réus.

Os valores depositados em juízo já serão remunerados pelas taxas oficiais, como, por exemplo, com incidência de juros da caderneta de poupança acrescidos da taxa referencial (TR) do período. Com efeito, o custo de oportunidade que recai sobre os réus será compensado pela remuneração oficial.

Assim sendo, caso a decisão envolvendo os débitos tributários fosse favorável ao BCG, os valores depositados judicialmente seriam restituídos integralmente aos réus, devidamente corrigidos. Contudo, a hipótese de restituição da referida quantia foi completamente descartada a partir do momento em que houve adesão à anistia fiscal concedida pela Lei n. 9.779/1999, em fevereiro de 1999.

Desse modo, com a adesão à anistia, o pagamento considera-se efetuado desde o depósito e poupa o banco devedor dos eventuais acréscimos moratórios.

Como ensina Antonio Carlos Marcato, em comentário ao instituto da consignação em pagamento, assim que efetivado, o depósito judicial produz os seguintes efeitos materiais: a liberação do devedor do vínculo obrigacional, a cessação dos juros e a transferência dos riscos da dívida para o credor (Procedimentos Especiais, 16ª edição, Atlas, p. 94).

Tal entendimento está em consonância com o disposto no art. 337 do Código Civil, que consagra o momento do depósito como aquele em que se considera efetuada a quitação.

Nesse mesmo sentido, Orosimbo Nonato já lecionava em comentário ao antigo Código Civil: “Por força do art. 976 do Código Civil (de 1916), efetuado o depósito, cessam para o depositante os juros da dívida e o risco, salvo se fôr julgado improcedente. Sem êle, escreve TITO FULGÊNCIO (Programas, pag. 38), que a tanto vale a improcedência, pagamento não há, capaz de efeitos” (Curso de Obrigações, Editora Jurídica e Universitária, 1971, p. 53).

Os réus jamais questionaram o fato de que, quitado qualquer outro débito, a contar do efetivo pagamento, deixaria de incidir a CDI. Do mesmo modo, não há razão para, diferentemente, manter a CDI após o pagamento do débito tributário pelo depósito judicial - que se deu, insista-se, na data do depósito, e não da anistia.

De acordo com as cláusulas 13.6 e 13.7 do contrato de associação, os réus têm “direito de, a qualquer tempo e às suas expensas, assumir a responsabilidade dos casos judiciais e administrativas que estão presentemente aos cuidados do Departamento Jurídico do BGC” e, ainda, poderão “livremente fazer acordos, transigir e por fim a qualquer disputa sobre qualquer contingência sob sua responsabilidade” (fs. 206/207).

Convence, pois, a alegação dos autores de que teriam sido os réus que conduziram o processo que culminou com a adesão à anistia fiscal. Em sua defesa, os réus alegam que as correspondências eletrônicas trocadas com o escritório de advocacia que conduzia o processo PDD demonstrariam que não

foram eles que autorizaram a adesão à anistia.

Contudo, ao se examinar as correspondências de fs. 577/583, uma em que o escritório de advocacia se compromete a comunicar as partes sobre as providências adotadas e outra, em que os réus aduzem que não participaram de algumas decisões, verifica-se que as mensagens não demonstram, de modo algum, que não foram os réus que decidiram pela adesão à anistia fiscal.

As correspondências foram trocadas entre os réus e o escritório de advocacia em dezembro de 2005, isto é, após quase sete anos da adesão à anistia fiscal. Eventuais divergências entre os réus e o escritório após a adesão à anistia fiscal não são suficientes para demonstrar que a adesão não foi autorizada por eles ou que eles tinham motivo para dela discordar.

Não se deve perder de vista que é de se concluir que os réus tenham se responsabilizado pelo acompanhamento e condução do Processo PDD, uma vez que envolve contingências que são anteriores ao início da gestão dos autores e, portanto, de responsabilidade deles.

Com a adesão à anistia fiscal, os valores, que antes eram supostamente devidos, passam a ter sua exigibilidade certa. Por essa razão, o Professor Eliseu Martins, em parecer juntado pelos próprios réus, afirma que após a adesão, “as provisões para contingências deixam de existir e no seu lugar passam a ser registrados os passivos sem característica de incerteza. Passam a ser passivos que os contadores costumamos simplificarmente denominar de 'valores a pagar', e não de valores provisionados” (fs.

3.692/3.693).

Após a adesão à anistia fiscal, tornou-se certo o fato de que os valores depositados judicialmente não retornariam ao caixa do Banco BGC e, portanto, nunca ficariam à disposição dos autores. De acordo com o §3º da Lei n. 9.779/1999, diploma que autorizou a anistia fiscal, o pagamento importa em confissão irretratável da dívida.

Não é por outro motivo que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região consignou em v. acórdão, que tratou dos depósitos judiciais realizados pelo BGC, que “a opção pelas benesses da referida Lei implicou em aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas para o seu interesse e permanência no Programa” (fs. 632). Assim, foi determinado que os depósitos judiciais deveriam ser integralmente convertidos em renda da União Federal (fs. 633).

Nem se vê nos autos afirmação de qualquer razão para que a anistia não fosse feita, ou que tenha havido alguma espécie de irresignação.

Como se sabe, o art. 306 do Código Civil dispõe que o pagamento feito por terceiro, com oposição ou desconhecimento do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação de cobrança.

Contudo, importa que o devedor apresente argumentos convincentes sobre a possibilidade de ele se eximir da obrigação, o que não ocorre nos autos, uma vez que os réus não se

insurgiram contra a adesão à anistia.

Nessas condições, por mais essa razão, não há fundamento contratual ou negocial para justificar a incidência do CDI sobre os valores que não reverterão em favor do Banco BGC ou dos réus.

Por outro lado, não é possível entender que a remessa de relatórios pelos autores seja suficiente para vinculá-los à interpretação equivocada da cláusula contratual. Isso porque a percepção e a comunicação do equívoco na aplicação do CDI às provisões ocorreram no ano de 2000, ou seja, doze anos antes da propositura da ação (fs. 2.139/2.142). Ao contrário, a comunicação equivocada se manteve por cerca de 3 anos.

Conforme se extrai da leitura da correspondência de fs. 2.467/2.470, encaminhada em novembro de 2000, as partes fizeram reuniões e discutiram exaustivamente sobre a correta interpretação acerca da incidência do CDI sobre as provisões.

Assim, não é possível afirmar que os réus nutriram ao longo dos 12 anos que antecederam o ajuizamento da ação a confiança de que os autores remunerariam as provisões da forma que consideram correta, sobretudo se, como no caso, há rompimento do equilíbrio contratual:

“O decurso do tempo, aliado à situação de confiança de que a conduta primitiva seria mantida, é requisito indispensável para que o comportamento reiterado das partes (comissivo ou omissivo) produza efeitos relevantes, a ponto de modificar a relação jurídica, adaptando-se à real

situação comportamental em razão da tutela de confiança. O lapso temporal apresenta-se, portanto, como condição necessária para gerar a legítima confiança e vedar o comportamento contraditório. Mas não é só isso. É necessário, como ensina Canaris, 'a presença de uma previsão de confiança', no sentido de o beneficiário ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação. Contudo, esse lapso temporal não é predeterminado, necessitando concretizar-se à luz das circunstâncias do caso concreto" (Marcelo Diclstein, A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio, Lumen Juris, 2010, p. 135/136).

A previsão de confiança dos réus foi rompida há 16 anos, de modo que não se revela razoável impedir que os autores corrijam a interpretação do contrato por um equívoco cometido no início da relação jurídica estabelecida entre as partes.

E mais.

Não há como reconhecer a aplicação da teoria dos atos próprios ou do *venire contra factum proprium* se, como no caso, não há razão para considerar que os réus podiam confiar em relação contábil em que o tema das CDI não estava despertado e debatido.

O princípio só tem razão de ser se o comportamento contraditório despertar na outra parte determinada ação fundada nesse comportamento gerador de confiança.

Aqui, mesmo que a confiança tivesse sido despertada (o que não se reconhece), os relatórios não geraram

qualquer reação ou conduta dos réus. Significa que se confiaram em que as CDIs incidiriam sobre os depósitos não se fundaram nisso para qualquer conduta, de modo que o fato não lhe causou qualquer prejuízo - e note-se que o adequado cumprimento do contrato não é o tipo de prejuízo de que se está tratando, porque a não incidência é o que foi pactuado.

Menezes Cordeiro, em sua clássica obra, pondera que o *venire contra factum proprium* visa a proteger a confiança daqueles que aderem a uma situação exteriorizada por outra pessoa. Desse modo, essa pessoa pratica atos fundamentalmente assentados na conduta alheia em que confiou:

“a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse facto; o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua actividade posterior sobre a confiança gerada - um determinado investimento de confiança - de tal forma que a supressão do fato provoque iniquidade sem remédio” (Da Boa fé no Direito Civil, Almedina, 2001, p. 758, grifei).

Neste caso, porém, não há notícia de qualquer atividade posterior dos réus fundada nos relatórios. E sem essa atividade posterior, o princípio não tem incidência ao caso.

O *venire contra factum proprium* é destinado a proteger aquele que confia e por isso age. Não há razão para que ele socorra situação de interpretação contratual se dela não resultam condutas daquele que confia.

Contudo, “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos”. Do contrário, sem que tenham sido violadas tais expectativas, “não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior” (Anderson Schreiber, A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da confiança e venire contra factum proprium, Renovar, 2005, p. 90).

Teresa Negreiros adverte que não são todas as expectativas que justificam a incidência do princípio que veda o comportamento contraditório. É necessário que “à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída”(Teoria do Contrato – Novos Paradigmas, Renovar, 2002, pp. 147/148).

Para identificação dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório, não se deve perder de vista que sua função é proteger a confiança. A luz desse objetivo, os pressupostos desse princípio, segundo

Anderson Scheiber são: a) o fato próprio, ou a conduta inicial; b) a legítima confiança em determinado sentido de comportamento; c) o comportamento contraditório objetivamente considerado; e d) um dano ou potencial de dano(obra citada, p. 124)

Dessa maneira, seja por ausência de exteriorização de posição sobre o tema nos relatórios, seja por ausência de ação posterior nela fundada por parte dos réus, inaplicável ao caso a vedação do comportamento contraditório.

Nem de renúncia ao direito de não atualizar os depósitos judiciais pela CDI se poderia falar, pois como é certo, a renúncia sempre deve ser expressa.

O exame dos relatórios, contudo, não indica qualquer consciência da declaração, externando apenas um equívoco contábil ou mesmo interpretativo.

No tocante aos relatórios encaminhados pelos autores, é certo que eles não devem ser tomados como consolidação de saldo em decorrência de contrato de conta corrente, como pretendido pelos réus.

Não há confusão entre contrato de conta corrente e a simples conta corrente contabilística, em que há expressão gráfica de operações aritméticas de créditos e débitos envolvendo as partes.

Não é possível considerar que há conta corrente mercantil se há somente conta aritmética para ver se há saldo em

favor das partes por meio de relatório que deveria ser encaminhado pelos autores sempre houvesse a utilização parcial ou total de qualquer provisão para contingências, nos termos da cláusula 5.2 do terceiro aditivo (fs. 1.416).

Da leitura das cláusulas referentes às contingências no terceiro aditivo, verifica-se que as partes se preocuparam em estabelecer de que forma seriam utilizadas as provisões para o acerto das contingências de responsabilidade dos réus com a finalidade de manter o equilíbrio contratual. O que não deve ser confundido com contrato autônomo de conta corrente mercantil.

Segundo os réus e o parecer do Professor Cristiano Zanetti, juntado pelos réus, “ao disciplinarem a responsabilidade pelas contingências do BGC, as partes celebraram negócio semelhante ao contrato de conta corrente mercantil” (fs. 2.501). Contudo, o próprio parecerista reconhece que as estipulações do contrato não prevêem operações sucessivas e recíprocas entre os contratantes, como se dá no contrato de conta corrente mercantil (fs. 2.502).

Assim, inaplicável a analogia pretendida pelos réus com o contrato de conta corrente mercantil, pois ausente elemento característico dessa modalidade contratual que é a remessa mútua de valores. Pertinente a lição de Fran Martins para definição de tal instituto:

“Na conta-corrente contratual, as remessas de valores são mútuas, figurando os remetentes como

credores ou devedores, na escrituração, mas só no encerramento se apurando quem afinal, é o credor e quem é o devedor. Ao passo que na conta-corrente contábil há um só devedor, que é o cliente em nome de quem a conta foi aberta; esporádica e teoricamente esse devedor poderia, ao encerrar conta, figurar como credor, se houvesse remetido mais dinheiro ao seu crédito do que o montante das dívidas feitas” (Contratos e Obrigações Comerciais, 17^aed., 2016, p. 324).

Importante destacar que, nesta mesma obra, o eminente professor esclarece que a incidência de juros no contrato de conta corrente mercantil se justifica “pelo fato de passarem à disposição de recipiente os valores que lhe são enviados pelo remetente. Tendo a livre disposição desses valores, cujos créditos estão anotados na conta a favor do remetente, é justo que os juros corram, pois os recipientes podem utilizar tais somas como lhes aprouver” (obra citada, p. 329). Assim, mesmo que se tratasse de contrato de conta corrente mercantil, não se justificaria a incidência do CDI sobre os valores provisionados e indisponíveis, como já fundamentado.

Nessas condições, tendo em vista que os relatórios enviados pelos autores não constituem negócio jurídico autônomo entre as partes, dada a natureza informativa deles, fica afastada a alegação de decadência do direito dos autores de reclamar a anulação da declaração negocial, com base no art. 178 do CC.

Diferentemente do alegado pelos réus, os autores não pretendem anular os relatórios contábilísticos encaminhados, pois tais documentos não criam vínculo obrigacional entre as partes, de modo que fica afastada a tese de decadência.

Também não há que se falar em prescrição da pretensão dos autores.

No caso, ao contrário do alegado pelos réus, não se aplica o prazo trienal previsto no art. 206, §3º, V, do CC, uma vez que este é destinado exclusivamente para a reparação civil extracontratual, o que não é o caso dos autos:

“Quando a norma do art. 206, §3º, inciso V, fala em prescrição da 'pretensão de reparação civil', está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual), não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que, enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais)” (Humberto Theodoro Júnior, Comentários ao Novo Código Civil, Vol. III, Tomo II, 4ª ed., Forense, 2003, p. 389).

E, no caso, não se cuida de ilícito, mas da própria exigência do adimplemento do contrato.

Também não há que se falar na aplicação do prazo previsto no art. 206, §3º, IV, do CC, uma vez que a hipótese

também não se enquadra como enriquecimento sem causa.

Examinando o capítulo próprio dedicado ao enriquecimento sem causa (art. 884 e seguintes do Código Civil), nota-se que a caracterização dessa modalidade de ação depende da presença de requisitos específicos, entre os quais, a causa jurídica.

Conforme lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a caracterização do enriquecimento sem causa exige falta de contrato ou previsão legal:

“A ausência de causa jurídica é o requisito mais importante para o reconhecimento do enriquecimento sem causa. Não haverá enriquecimento sem causa quando o fato estiver legitimado por um contrato ou outro motivo previsto em lei. Somente quando não houver nenhum destes dois fundamentos é que haverá ilicitude no locupletamento.” (Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência. Min. Cezar Peluso (Coord.), 8ª ed., Manole, 2014, p. 848).

Não se aplica também ao caso o prazo quinquenal do art. 206, §5º, I, do CC, porque a dívida não é líquida, tanto que se requer a produção de prova pericial para se apurar o saldo favorável a uma das partes, o que exclui a incidência do dispositivo.

Não se cuida de simples cálculo aritmético, mas de ajuste de valores sujeito a apuração contábil de relativa complexidade.

Demais disso, o caso é, de fato, de inadimplemento contratual: o autor quer receber os valores que os réus lhe devem por força de um contrato e não pagaram.

Por isso, havendo causa jurídica determinante para a cobrança do crédito, não há incidência do prazo trienal relativo ao enriquecimento sem causa.

Em se tratando de ação de cobrança fundada em adimplemento de contrato de associação firmado entre as partes, o prazo aplicável é o decenal, previsto no art. 205 do Código Civil.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil, sem que houvesse decorrido ao menos metade do prazo prescricional de 20 anos do Código Civil de 1916, de acordo com o disposto no artigo 2.028 do novo diploma legal, a prescrição passou a ser de dez anos, a contar de 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código.

Assim sendo, o prazo prescricional para pleitear a cobrança fundada em contrato deve ser contado a partir de 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Por consequência, não se configurou a prescrição da pretensão dos autores, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 2012.

Como destacado pelos próprios réus em contestação (fs. 1.292), a pretensão dos autores teria nascido a partir do momento em que os valores das provisões se tornaram insuficientes para as contingências, o que teria ocorrido em

dezembro de 2009, se corretamente considerado que não devem ser contabilizados os depósitos judiciais e as antecipações tributárias (Processo PDD) dentre os recursos disponíveis aos autores.

Não caracterizada a prescrição, admite-se o exercício da pretensão dos autores de cobrar eventual saldo existente em seu favor, o que deverá ser apurado em fase de liquidação em cumprimento de sentença.

Como concluiu a i. sentenciante (fs. 3.710/3.711), não havendo provisão para cobrir contingências referentes a fatos anteriores a 31 de julho de 1997, as partes ajustaram que seria devida a indenização ou reembolso pelos réus em dinheiro, diretamente aos autores, nos termos da cláusula 7.5 do contrato de associação e da cláusula 5.1 do terceiro aditivo (fs. 195 e 1.416).

Não se deve ignorar ainda que a cláusula 7.6 do contrato de associação prevê expressamente que todos os valores do contrato devem ser calculados “levando-se em consideração o valor temporal do dinheiro, usando-se taxas apropriadas (moeda-Real, taxa de juros CDI)” (fs. 196).

Assim, correta a interpretação de que os valores suportados pelo Santander após o esgotamento do saldo das provisões para cobrir despesas decorrentes de fatos anteriores a 31 de julho de 1997, também devem ser atualizados pelo CDI, desde a data em que ocorreu o efetivo desembolso.

Ao contrário do exposto pelos réus em recurso adesivo, não é possível entender que a previsão da cláusula 7.6 se aplica apenas “àqueles valores expressamente indicados no contrato, como as parcelas do preço, cujo valor estava estampado no contrato”, afastando-se indenizações futuras.

A justificativa dos réus para tal interpretação não convence.

Eles afirmam que não seria razoável a atualização das contingências pelo CDI porque não estavam na gestão do banco e que, portanto, não teriam controle sobre o surgimento de eventuais contingências após o exaurimento das provisões. Assim, segundo os réus, poderia ocorrer de os autores ficarem inertes durante longo período, esquecendo-se de cobrar a indenização da contingência, aplicando o CDI por longo período (fs. 3.854/3.855).

Entretanto, se tal comportamento fosse adotado pelos autores, tratar-se-ia de abuso de direito, que não pode servir de parâmetro para interpretação da cláusula contratual. Ademais, não houve a demonstração de que os autores demoraram a desembolsar os valores para cobrir despesas decorrentes de fatos anteriores a 31 de julho de 1997 com a finalidade de se beneficiar com a incidência do CDI.

Caso os valores estivessem em poder do autor, assim como aqueles contingenciados, poderia ser aplicados para captar oportunidades (CDI, portanto), o que só reforça o entendimento de que esse índice só valia para quantias à disposição dele.

Acrescente-se também que é descabida a interpretação de que a baixa da provisão se dá com o pagamento e levantamento do valor pelo credor, e não com o depósito judicial em garantia. Ora, se tal ocorreu o autor ficou privado da utilização daquela quantia em benefício dos réus.

Caso a decisão que gerou a contingência seja revertida, como ponderado pelos réus (fs. 3.830), é certo que incidência do CDI deverá ocorrer somente entre o período do desembolso pelos autores e da restituição da quantia depositada.

Nessas condições, dá-se provimento ao recurso dos autores para declarar a não incidência do CDI sobre as provisões indisponíveis vinculadas a contingências referentes a fatos anteriores a 31 de julho de 1997, tais como os depósitos judiciais e antecipações tributárias (Processo PDD).

O recurso também será provido para reconhecer a incidência do CDI sobre os valores arcados pelos autores, se ficar demonstrado, em liquidação de sentença, que houve esgotamento do saldo das provisões para cobrir as despesas de responsabilidade dos réus. A incidência do CDI deve se dar desde o efetivo desembolso pelos autores até o reembolso pelos réus.

Por consequência, ficando demonstrado o esaurimento das provisões deixadas em caixa pelos réus, estes deverão indenizar os autores pelos valores desembolsados para a cobertura das contingências referentes a fatos anteriores ao início da gestão do Banco Geral do Comércio pelo Santander.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Considerando o provimento integral do recurso dos autores e a improcedência dos pedidos deduzidos em reconvenção, fica reconhecida a sucumbência integral dos réus.

Não se deve ignorar que embora sejam ações autônomas (principal e reconvenção), deve-se considerar a decisão em seu todo (José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, 11^a ed., vol. V, Forense, 2003, p. 317).

Assim, tendo em vista a inversão do julgamento, os réus deverão arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 85 §2º do CPC/15, o que se justifica pela complexidade da causa, pelo trabalho realizado pelo patrono e pelo tempo exigido para o seu serviço, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

O quantum fixado valora a dignidade do trabalho dos patronos dos autores, sem configurar locupletamento ilícito.

Diante do exposto, DÁ-SE provimento ao recurso dos autores e NEGA-SE provimento ao recurso dos réus.

Hamid Bdine

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo