

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara – Direito Privado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



01209616

ACÓRDÃO

ARBITRAGEM – Ação de indenização – Compra e venda de ativos de instituição financeira não finalizada – Obrigação assumida em pré-contrato – Pretensão de reparação de danos pela não celebração do ajuste final – Sentença que julgou extinto o processo com base no artigo 267, VII, do CPC – Descabimento – Previsão de futura instituição de cláusula compromissória por ocasião da contratação final que não obriga a instituição do juízo alternativo para a solução de responsabilidade acerca do contrato preliminar – Ausência de previsão expressa quanto à imediata utilização do juízo arbitral – Inafastabilidade de apreciação da matéria pelo Poder Judiciário – Impossibilidade de conhecimento do mérito da lide sem a concessão de oportunidade aos demandantes para a produção de provas – Retorno dos autos ao juízo de origem para o regular prosseguimento da lide – Apelo dos autores provido, prejudicado o recurso adesivo dos réus, que visava à elevação da honorária e condenação dos autores por litigância de má-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes
autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 217.023-4/7, da Comarca de São Paulo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado



PAULO, sendo apelantes e reciprocamente apelados BANCO FONTECINDAM S/A e OUTROS e BNP PARIBAS e OUTROS.

ACORDAM, em Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso dos autores, prejudicado o apelo adesivo dos réus.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 1.229/1.233 que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, em virtude da existência de convenção de arbitragem entre as partes.

Em seu recurso (fls. 1.242/1.251), afirmam os autores que a decisão proferida não pode subsistir porquanto inaplicável a previsão de ajustamento arbitral referida ao pré-contrato celebrado entre as partes, já que não chegou a ser redigida a cláusula compromissória diante da ausência de contrato final. Dizem também que a estipulação prevista nesse memorando só abrangeria disputas entre acionistas da sociedade que não chegou a ser instituída, mas não trata de divergências entre vendedor e comprador, daí porque devida a intervenção do Poder Judiciário para solucionar divergências decorrentes das negociações entabuladas entre as partes.

Apelam adesivamente os réus (fls. 1.254/1.263 e 1.287/1.301), pleiteando a elevação da verba honorária fixada pela sentença, reiterando, ainda, a apelante BNP, o pedido de condenação dos autores por litigância de má-fé, pleito

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma grande 'X' formada pelo final da assinatura.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado



afastado pela decisão de primeiro grau.

Apelos bem processados, com apresentação de contra-razões às fls. 1.266/1.285, 1.304/1.317 e 1.319/1.328.

2. Cuidam os autos de pedido indenizatório formulado em razão de alegado descumprimento de negócio celebrado em 1.999 envolvendo a venda de ativos do Banco FONTECINDAM ao segundo réu, Banque Nationale de Paris – BNP, além da absorção de dois sócios controladores do primeiro na entidade que seria criada pelo BNP com os ativos adquiridos.

Para tanto, sustentam os autores que muito embora o contrato tenha sido intitulado como *Memorandum of Understanding* (Memorando de Entendimentos), na verdade nele já se consolidou uma efetiva aliança entre as partes, que chegou a ser anunciada à imprensa e aprovada pelo Banco Central, gerando a integração das atividades das duas empresas. Ocorre que, dias depois, anunciou o BNP francês o desfazimento do negócio, gerando enormes prejuízos aos autores, dos quais pretende-se haver indenização.

Os réus, por sua vez, argumentaram que as negociações não passaram de um pré-contrato, que não vinculava as partes diante da ausência de ratificação da intenção de contratar. Aduziram, ainda, que a desistência do negócio adveio de uma série de escândalos apurados na época do acordo, envolvendo os autores na compra de dólares do Banco Central *por*

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma grande letra 'A' inicial e uma assinatura fluida que se estende para a direita.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara – Direto Privado



ocasião de grande desvalorização do Real, fatos esses que fizeram com que a empresa estrangeira suspendesse as negociações.

Levantaram, ainda, como questão preliminar, a existência de convenção de arbitragem no referido Memorando de Intenções que impunha às partes a obrigatoriedade de submissão de eventuais litígios ao juízo arbitral, condição que, como consequência lógica, acarretava a necessidade de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do Código de Processo Civil.

Esse argumento acabou por seduzir a magistrada *a quo*, que o acolheu *in totum* para o fim anotado.

Nesse contexto, em face da solução contida na sentença recorrida, cinge-se a controvérsia passível de conhecimento neste reclamo apenas à incidência ou não da convenção de arbitragem prevista no *Memorandum of Understanding* ao impasse oriundo de seu aventado descumprimento por parte dos réus.

Segundo o documento de fls. 56/89, consistente na tradução para o português do contrato originalmente celebrado em língua inglesa, a cláusula em questão tem em vernáculo a seguinte redação.

“Liquidação de Divergências – O contrato de Compra e Venda definitivo irá conter uma cláusula geral especificando que as divergências entre os acionistas não resolvidas pela comissão executiva específica poderão

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma grande 'X' formada pelo final da assinatura.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara – Direito Privado



através de acordo mútuo das partes, serem submetidas para revisão por uma da 'Seis Grandes Empresas de Auditoria (Arthur Andersen como primeira opção) a fim de encontrar uma forma amigável de composição. Todas divergências não resolvidas serão finalmente liquidadas sob as Normas de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio por um ou mais árbitros indicados de acordo com as referidas Normas, esta arbitragem irá ocorrer na sede da ICC e conduzida no idioma inglês" (fls. 81/82).

Na parte da contestação ofertada pelos réus que destaca a existência de convenção arbitral e a necessidade de sua aplicação à hipótese de desacordo contratual (fls. 272/279), não se observa a presença de qualquer contrariedade ao texto em português dessa cláusula, tal como apontado pelos autores nos documentos que instruíram a peça inicial, daí porque se concluir não haver divergência a respeito.

Posto isto, respeitada a convicção da julgadora monocrática e em que pesem as bem elaboradas manifestações dos réus, o apelo manifestado pelos autores comporta acolhimento.

Como se sabe, o contrato preliminar, ou *pactum de contrahendo*, tem por objeto a celebração de um contrato definitivo, advindo da ausência injustificada da celebração deste último o direito a eventual reparação de danos, como se pretende nos autos.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma grande letra 'S' inicial e o nome 'Silvia' visível no meio da assinatura.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado



É certo, assim, que esse ato produz efeitos na esfera jurídica, mas não se tem como antecipar a aplicação de cláusula que sequer chegou a ser efetivamente instituída, já que o Memorando de Entendimentos previu apenas a instituição de uma cláusula arbitral quando da contratação definitiva, sem constituir ela mesmo uma cláusula compromissória.

A estipulação em questão foi expressa em prever que “*O contrato de Compra e Venda definitivo irá conter uma cláusula geral especificando que as divergências entre os acionistas (...)*” grifo nosso. Na interpretação de tal dispositivo, assim, mostra-se clara a ausência de intenção das partes de, desde logo, convencionar a arbitragem como forma de solução de conflitos surgidos antes mesmo da celebração do contrato final.

Note-se, ademais, que não há no instrumento qualquer ressalva a respeito da imediata aplicação do juízo arbitral aos litígios eventualmente surgidos ainda na fase pré-contratual, tanto assim, que, como bem ressaltado nas razões recursais, houve somente previsão de instituição de cláusula para solução de divergências “*entre os acionistas*”, sujeitos que também apenas surgiriam após a efetiva constituição da sociedade.

Ora, tratando-se de estipulação quanto a negócios envolvendo milhares de dólares, celebrada entre instituições de grande porte e experientes empresários engajados no mercado bancário, todos assessorados por renomados advogados, não se pode crer tenham eles deixado em entrelinhas a intenção de afastar a matéria da análise do Judiciário, tema que a

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa extensão para a direita.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado



Constituição Federal acolheu como garantia individual

É evidente que se a intenção dos contratantes fosse a de, de pronto, também submeter o contrato preliminar ao juízo arbitral não se restringiria expressamente sua aplicação a avença porvir, ou se utilizaria para tanto de verbo em tempo futuro – “*O contrato de Compra e Venda definitivo irá conter uma cláusula geral*”, ou mesmo a especificação de que essa forma de solução seria empregada para “*as divergências entre os acionistas*”, figuras ainda inexistentes ao tempo da celebração do pré-contrato.

Da mesma forma, fosse intenção das partes separar as chamadas “*todas divergências*” previstas na segunda parte da cláusula “*Liquidação de Divergências*”, daquelas “*entre os acionistas*” que foram referidas em sua parte inicial, certamente essas disposições não estariam enfeixadas em uma mesma cláusula, mas apostas no contrato de maneira autônoma e estanque.

Do jeito como redigida a cláusula em questão, mostra-se evidente que as divergências mencionadas na parte final do dispositivo referem-se às mesmas divergências entre acionistas que não foram solvidas primeiramente pela comissão executiva específica, nem por uma das seis grandes empresas de auditoria de conhecimento mútuo.

Segundo o método teleológico de interpretação, para se ter o real sentido de uma norma é indispensável procurar o seu objetivo; o que, em última análise,

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma forma fluida e estilizada, iniciando com uma letra 'S' ou 'B' grande e terminando com uma longa traçada para cima.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara – Direito Privado



corresponde à razão de ser daquele enunciado. Assim, é no fim jurídico da norma, que o intérprete encontra o rumo que lhe permite conservar as idéias que orientaram sua edição. Daí surge a grande utilidade deste método de hermenêutica, qual seja, clarear o alcance de um dispositivo através de seu objetivo final.

Quanto à interpretação teleológica, Carlos Maximiliano teceu as seguintes considerações: *"Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da norma, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais, será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida"*. (Carlos Maximiliano – Hermenêutica e Aplicação do Direito – Ed. Forense – 1995 – p. 22),

Assim, não tendo sido ajustada a aplicação imediata da arbitragem para a solução dos conflitos decorrentes do pré-contrato e ausente celebração ratificadora da intenção de contratar, outra não pode ser a conclusão senão a de inaplicabilidade da convenção de arbitragem prevista na avença reproduzida à fl. 82 para a solução da lide em exame.

A submissão à arbitragem é meio muitas vezes mais rápido e flexível, além de menos formal e custoso às partes e ao Estado, que, no entanto, depende de

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma grande 'X' formada pelo final da assinatura.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado



expressa previsão escrita para se tornar obrigatória, conforme se verifica do artigo 4º da Lei nº 9.307/96. Nesse passo, se desde logo reconhecida a inexistência de cláusula compromissória no contrato em questão, se mostra desarrazoada a insistência dos apelantes de aplicação à avença do disposto no parágrafo único do artigo 8º do citado diploma legal.

No caso vertente, repise-se, inexistente prescrição quanto a essa forma alternativa de justiça para solução das pendências anteriores à efetivação da compra e venda negociada, lembrando-se que para os próprios recorridos a negociação não passou de um *"protocolo de intenções"*.

Em suma, do que se vê nos autos, não pode prevalecer a interpretação aplicada pelo juízo de Primeiro Grau à cláusula "Liquidação de Divergências", constante da avença que deu origem ao feito, sendo por isso inafastável a análise da lide pelo Poder Judiciário.

De outra parte, diante da imprescindibilidade da abertura de dilação probatória para conhecimento dos demais temas em debate, de rigor o retorno dos autos à instância de origem para a averiguação das questões fáticas trazidas aos autos, não sendo possível a incidência da norma prevista no artigo 515, § 3º, da lei instrumental civil para o julgamento do mérito da causa.

Do acolhimento do apelo dos autores, resulta prejudicado o recurso adesivo dos réus que visava apenas a majoração da verba honorária que antes beneficiava seus patronos.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma grande letra 'S' inicial e uma assinatura fluida que se estende para a direita e para baixo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara – Direito Privado

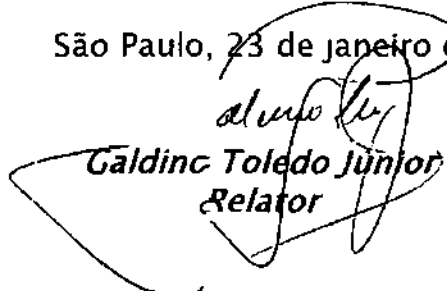


assim como a condenação daqueles por litigância de má-fé.

3. Pelo exposto, apenas para o fim acima, dá-se provimento ao recurso dos autores, prejudicado o apelo dos réus.

Presidiu o julgamento o Desembargador Octavio Helene e dele participaram os Desembargadores João Carlos Saletti (revisor) e Carvalho Viana

São Paulo, 23 de janeiro de 2.007.


Galdino Toledo Junior
Relator

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

APELAÇÃO CÍVEL nº 217.023.4/7-00

COMARCA - SÃO PAULO

40º Ofício, Processo nº 631007/2000

APELANTES e

**APELADOS - BANCO FONTECINDAM S A E BNP PARIBAS E
OUTROS**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR Nº 11.445

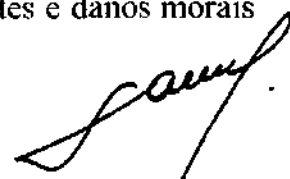
1. As partes firmaram “memorando de acordo” assentando princípios entre os acionistas do primeiro (Fontecindam) e suas empresas correlacionadas, e o BNP, com “a intenção dos Acionistas em vender e do BNP em comprar uma participação majoritária no Banco”, e assim também especificando “os termos principais que devem ser respondidos antes da conclusão de um Contrato Definitivo de Compra e Venda” (fls 56)

Esse pré-contrato, carta de intenções, ou protocolo de intenções (como o chamam os réus) recíprocas “sobre os principais termos comerciais da transação proposta” teve validade limitada a 31 de março de 1999, restrita a cláusula de exclusividade a 4 daquele mês (fls. 84)

Segundo a petição inicial, no dia 12 de março de 1999 o BNP Brasil e o Fontecindam anunciaram a “assinatura de um acordo de aquisição das operações do Banco de Investimentos do FONTECINDAM pelo grupo BNP”, estando assim consolidada a relação jurídica entre as partes, objeto das tratativas principiadas em 24.02.99 com o memorando de acordo mencionado. Ocorre que trinta e sete dias depois, para frustração geral, o BNP expediu comunicado de suspensão das negociações.

Insatisfeitos com a solução dada aos entendimentos, e assentando a premissa de que o negócio em verdade se completara com o anúncio referido, os autores promoveram esta ação buscando indenização pelas perdas e danos que alegam ter sofrido em consequência do rompimento do ajuste, como sendo a diminuição do valor do banco Fontecindam, lucros cessantes e danos morais (fls 24)

Apelação Cível nº 217.023.4/7-00



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A r sentença apelada extinguiu o processo ao argumento da existência de convenção de arbitragem entre as partes

Contrapõem os autores a afirmação de que em realidade a cláusula compromissória não chegou a ser escrita, porque não firmado o contrato definitivo, e que, ademais, dita cláusula somente atingiria disputas entre acionistas da sociedade que não chegou a ser constituída

2. Fiz esse relato para bem situar a cláusula em discussão no contexto do negocio celebrado entre as partes, cujo alegado descumprimento teria gerado os prejuizos de que se queixam os autores da ação.

Não se olvida a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que está inserta (artigo 8º, *caput*, da Lei 9 307, de 23 9 96).

O parágrafo único desse artigo, de seu turno, estatui que

“caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”

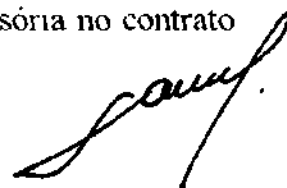
Também não se ignora que à parte que pretender arguir

“questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem” (art. 20 da mesma lei)

Essas normas, todavia, têm por premissa a existência de contrato com disposição tal cuja existência possa ser questionada, ou cuja nulidade, invalidade ou ineficácia igualmente sejam suscetíveis de questionamento.

Neste caso em particular, a insistência dos réus em que seja a demanda submetida à arbitragem parte da premissa de que a cláusula existe e, se lhe é negada a existência, somente o árbitro poderá dirimir a questão

O argumento é bem posto. Todavia, a cláusula em que assentada a premissa expressa obriga seja escrita a cláusula compromissória no contrato



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

futuro, que as partes não concretizaram conforme o protocolo de intenções e princípios

Diz a cláusula

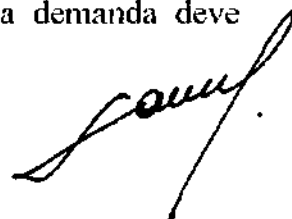
“Liquidação de Divergências – O contrato de Compra e Venda definitivo irá conter uma cláusula geral especificando que as divergências entre os acionistas não resolvidas pela comissão executiva específica poderão, através de acordo mútuo das partes, serem submetidas para revisão por uma das “Seis Grandes Empresas de Auditoria (Arthur Andersen como primeira opção) a fim de encontrar uma forma amigável de composição. Todas as divergências não resolvidas serão finalmente liquidadas sob as Normas de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio por um ou mais árbitros indicados de acordo com as referidas Normas. esta arbitragem irá ocorrer na sede da ICC e conduzida no idioma inglês” (fls 81/82)

A norma é expressa em que o contrato **definitivo irá conter** cláusula estabelecendo que as divergências **entre os acionistas**, não resolvidas pela comissão executiva específica, **poderão ser submetidas** pelas pessoas que mencionou, e que **todas as divergências não resolvidas serão finalmente liquidadas** sob as normas da Câmara Internacional de Comércio, na sede do ICC e no idioma inglês

Ora, a promessa ou o compromisso é de que o **contrato definitivo irá conter cláusula**. A regra somente obrigaria se o tal contrato definitivo tivesse sido concluído e firmado. Mas isso não aconteceu, e tanto que o reclamo inicial está fundado exatamente na falta de conclusão do negócio, na visão dos autores, por culpa dos réus, segundo os quais a negociação não passou de um “protocolo de intenções”

Assim, embora vista a disposição com autonomia e entendido que a existência da cláusula compromissória é matéria que deve ser dirimida pelo árbitro, ainda assim impossível deixar de reconhecer que o contrato (**o definitivo**) intencionado pelas partes não veio a existir em concreto, e porque não veio a se concretizar, nele não se fez **conter** cláusula compromissória

Essa a interpretação e a conclusão lógica que também me parece inafastável, em que pese o notável esforço realizado pelos Ilustres Advogados dos réus. de sorte que, afastada a extinção do processo, a demanda deve prosseguir sob o crivo do Poder Judiciário



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

3. Ante o exposto, e subscrevendo igualmente as razões do voto do Relator, também dou provimento ao recurso dos autores, dando por prejudicado o dos réus

E meu voto


JOÃO CARLOS SALETTI
Relator