

Retenção ilícita de recebíveis dos seus contratados pela Petrobras:
Equívoco conceitual do decreto nº 2.745/98 e suas repercussões práticas

João Felipe Martins de Almeida

Introdução

O julgamento do Recurso Extraordinário 441.280, realizado em março de 2021, pôs fim ao antigo debate sobre a submissão da Petrobras ao regime de licitações regulado pela lei 8.666/93 (atente-se que as licitações realizadas a partir de 01.04.21 são reguladas pela lei 14.133/21). O acórdão destacou que, à época dos fatos discutidos na demanda, os certames organizados pela Petrobras se submetiam ao Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado definido no Decreto nº 2.745, de 24 de Agosto de 1998.

Sendo a Petrobras uma sociedade de economia mista, nos parece correto o entendimento do STF, uma vez que a submissão da Petrobras ao burocrático regime geral da Lei de Licitações *“inviabilizaria sua ativa participação no competitivo segmento de mercado em que atuava, inclusive em âmbito internacional”*, conforme destacado no mencionado acórdão¹. Registre-se que os fatos discutidos no julgamento em questão ocorreram nos anos 90 do século passado, tendo havido relevante evolução legislativa sobre o tema desde então.

Após o fim do monopólio para exploração de petróleo determinado pela Emenda Constitucional nº 9/95², a lei nº 9.478/97 regulou as atividades da Petrobras, na condição de partícipe desse novo mercado, por meio dos seus

¹ RE 441280, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2021.

² “Art. 177. Constituem monopólio da União: § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995); § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995) I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

artigos 61 a 67. O artigo 67 determinou que os contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços seriam regulados por meio de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República³. Desde então, instaurou-se intenso debate a respeito da legitimidade do Chefe do Executivo para editar tal Decreto, uma vez que ter-se-ia criado uma “delegação legislativa imprópria” ao atribuir ao Presidente da República a criação de normas a respeito de licitações.

Apesar de nos filiar-mos a corrente que defende o vício de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, por ausência de legitimidade do Chefe do Executivo para editá-lo, entendemos que tal questão foi superada a partir da edição da Lei 13.303/16, conhecida como a “Lei das Estatais”.

Esse foi o posicionamento do STF ao julgar o Ag. Reg. em Mandado de Segurança nº 27.796 do Distrito Federal no dia 29.03.19⁴. O acórdão, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, destacou que a Lei das Estatais revogou o art. 67 da Lei nº 9.478/97, que servia como fundamento de validade para o Decreto nº 2.745/98. Por consequência lógica, o referido Decreto também não pode ser utilizado em novas licitações promovidas pela Petrobras desde julho de 2018,

³ Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República

⁴ “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. PETROBRAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. NÃO APLICAÇÃO. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EDIÇÃO DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS). REVOGAÇÃO DO ART. 67 DA LEI 9.478/1997. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DECRETO 2.745/1998, QUE APROVOU O REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRAS. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) revogou o art. 67 da Lei 9.478/1997, fundamento de validade do Decreto 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. 2. Como no presente mandado de segurança o que, ao final, pretende a impetrante é a cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União, no ponto em que vedou a utilização do aludido Procedimento Licitatório Simplificado, evidencia-se, portanto, a superveniente perda do objeto desta impetração. 3. Recurso de agravo a que se nega provimento. (MS 27796 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019).

uma vez que a Lei das Estatais previu o prazo de dois anos para as empresas se adequarem aos seus ditames (art. 91⁵).

O procedimento previsto no Decreto nº 2.745/98, portanto, deixou de ser aplicado pela Petrobras, sendo substituído pelo Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras (RLCP) desde 2018⁶. Com algum atraso, a Transpetro também lançou o seu Regulamento de Licitações e Contratos no dia 29 de Julho de 2021⁷. O novo regulamento deverá pôr fim a uma discussão jurídica relevante nos Tribunais relativa à forma de cobrança de multas aplicadas pela Petrobras nos contratos celebrados na vigência do Decreto nº 2.745/98.

Isso porque a Petrobras amparava-se no item 7.1.3, `n` do Anexo 1 do Decreto nº 2.745/98 para incluir em seus contratos cláusulas padrão, com a seguinte redação ou similar: “*Fica assegurado à Petrobras **o direito de deduzir do pagamento devido à Contratada, por força deste contrato ou em outro contrato mantido com a Petrobras**, comunicando-lhe, em qualquer hipótese, a decisão com antecedência de cinco dias úteis, por escrito, importâncias correspondentes a: **Todos os débitos a que tiver dado causa, notadamente multas de qualquer espécie** e os decorrentes de obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, acrescidos de consectários.”*

Por sua vez, o item 7.1.3, `n`, possui a seguinte redação: 7.1.3 - Os contratos deverão estabelecer, com clareza e precisão, os direitos, obrigações e responsabilidades das partes e conterão cláusulas específicas sobre: (...) n) **estipulação assegurando à PETROBRÁS o direito de, mediante retenção de**

⁵ Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

⁶ Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/licitacoes-contratos/licitacoes> - consultado em 16.08.21

⁷ Disponível em: <http://transpetro.com.br/transpetro-institucional/noticias/lancamos-o-regulamento-de-licitacoes-e-contratos-da-transpetro.htm> - consultado em 16.08.21

pagamentos, ressarcir-se de quantias que lhes sejam devidas pela firma contratada, quaisquer que sejam a natureza e origem desses débitos.

A aplicação prática dessas cláusulas, amparadas no referido item do Decreto nº 2.745/98, é bastante problemática. Isso porque a Petrobras, sobretudo após os escândalos descobertos pela Operação Lava-Jato, passou a aplicar, com extrema severidade, multas milionárias a seus fornecedores e prestadores de serviço, havendo pouco espaço para razoabilidade e negociação.

Diante disso, o Judiciário passou a ter que decidir, muitas vezes em caráter de urgência, a respeito da legalidade da retenção de recebíveis das empresas contratadas pela Petrobras, a fim de fazer jus às severas multas aplicadas pela estatal. A controvérsia instaurada diz respeito à legalidade da aplicação desse mecanismo contratual de compensação automática de débitos e créditos da Petrobras nas ocasiões em que a contratada divergia da aplicação da multa.

A Petrobras e as suas contratadas possuem interpretações diversas a respeito da aplicação dessa forma de pagamento das multas por meio de retenção de recebíveis. Por um lado, a Petrobras entende que o mecanismo estipulado é válido mesmo que a contratada diverja da aplicação da multa, ao passo que as contratadas defendem que as penalidades por elas contestadas retirariam o requisito da certeza do crédito que a estatal pretende compensar ao reter seus recebíveis. Na prática, a dúvida que se instaura é se cabe à Petrobras recorrer ao Judiciário para a cobrança de multas cuja aplicação é questionada pelas suas contratadas ou se a regulação contratual impõe que seja feito o inverso. Ou seja, segundo a interpretação da estatal, as contratadas da Petrobras devem se socorrer do Judiciário para que seus recebíveis não sejam retidos ao discordarem da aplicação de multas.

Entendemos que as contratadas da Petrobras estão com razão nessa querela, ainda controvertida nos Tribunais, sobretudo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, costumeiramente demandado por ser a cláusula de eleição de foro da maioria dos contratos celebrados pela estatal petrolífera. A questão ainda não foi debatida no Superior Tribunal de Justiça, que acaba rechaçando a

análise dos recursos especiais com base no Enunciado da Súmula nº 5 daquele tribunal⁸.

Diante do debate em voga, passa-se a analisar os argumentos de ambas as partes e o controvertido posicionamento do Judiciário a respeito do tema.

Argumentos Pró e Contra a Legalidade do Mecanismo de Retenção de Recebíveis previsto no Decreto nº 2.745/98

Como dito, o cerne do debate é a interpretação dada pela Petrobras e pelos seus contratados a respeito das cláusulas padrão inseridas nos contratos celebrados entre as partes que dão à estatal a prerrogativa de reter recebíveis para compensar o valor multas por ela aplicadas. A Petrobras entende que a mera aplicação administrativa da multa lhe confere essa prerrogativa, ao passo que seus contratados entendem que a sua oposição à aplicação da penalidade retira essa faculdade da estatal. Subsidiariamente, as contratadas entendem que a cláusula seria ilícita, uma vez que confere à Petrobras autoexecutoriedade na aplicação das suas multas, o que é vedado, em regra, inclusive, à administração pública direta.

A principal base legal da referida cláusula padrão é o item 7.1.3, `n` do Decreto nº 2.745/98, cujo conteúdo é muito similar àquele reproduzido nos contratos. A Petrobras costuma fazer referência, também, ao mecanismo de retenção de créditos decorrentes de contratos administrativos no caso da sua extinção, conforme previsão do art. 139, IV da Lei 14.133/21, a fim de argumentar que a autoexecutoriedade de multas estaria autorizada em quaisquer contratos administrativos, não podendo ser diferente em relação aos seus contratos.

⁸ “Não é admissível o recurso especial quando a matéria questionada diz respeito à interpretação de cláusula contratual, ainda que se cuide de acordo submetido à homologação judicial. Recurso não conhecido”.

O posicionamento da Petrobras foi endossado por parte da jurisprudência.
Confira-se as seguintes ementas⁹:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONTRATO DE AFRETAMENTO MARÍTIMO. **CLÁUSULA CONTRATUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE COMPENSAÇÃO/REDUÇÃO DE RECEITAS DERIVADAS DE OUTROS CONTRATOS DE AFRETAMENTO EM VIGOR.** MATÉRIA INSERIDA NA COMPETÊNCIA FUNCIONAL RATIONE MATERIAE DO JUÍZO DAS VARAS EMPRESARIAIS (ART. 50, I, H, Nº 5 DA LODJ). TUTELA INIBITÓRIA PARA IMPEDIR A REDUÇÃO DOS CRÉDITOS DA EMPRESA AUTORA. CORREÇÃO DO DECISUM. NECESSIDADE DE APURAÇÃO MAIS APROFUNDADA A RESPEITO DO CRÉDITO RESIDUAL AFIRMADO PELA EMPRESA PETROLÍFERA, EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE AFRETAMENTO FINDO EM 2010. LEVANTAMENTO A SER FEITO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES DO TJRJ. JUÍZO POSITIVO DE VEROSSIMILHANÇA QUE EMBASA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.” (TJRJ. AI 0018545-60.2016.8.19.0000, Rel. Des. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES, 1ª Câmara Cível, julgado em 31.05.2016 - grifou-se).

* * *

“1- PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM XEQUE RECOMENDA PRUDÊNCIA, EM ESPECIAL DIANTE DO QUE DISPÕEM OS ARTS. 80, IV DA LEI Nº 8.666/93, O DECRETO Nº 2.745/98, E A CLÁUSULA 6.2 DO CONTRATO FIRMADO ENTRE OS LITIGANTES, DISPOSITIVOS QUE AUTORIZAM A RETENÇÃO DE CRÉDITOS, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM MERA

⁹ No mesmo sentido: TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0025574-93.2018.8.19.0000, Des. Rel. Marco Antonio Ibrahim, 4ª Câmara Cível, j. 05.12.18; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0047056-68.2016.8.19.0000, Rel. Des. Rel. Mônica Sardas, 20ª Câmara Cível, j. 27.09.17; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0031640-86.2018.8.19.0001, Des. Rel. Patricia Ribeiro Serra Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 24.01.19; TJRJ, Apelação Cível nº 28060-90.2014.8.19.0000, Des. Rel. Eduardo Gusmão Alves de Brito, 16ª Câmara Cível, j. 05.08.14; TJRJ, Apelação Cível nº 0429508-93.2015.8.19.0001, Des. Rel. Margaret de Oliveira Valle dos Santos, 18ª Câmara Cível, j. 23.05.18.

COMPENSAÇÃO, NOS MOLDES DELINEADOS NO ART. 369 DO CC.

2- CONSOANTE A DOCTRINA ESPECIALIZADA SOBRE O TEMA, HÁ AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA A RETENÇÃO DOS CRÉDITOS DO PARTICULAR, A QUAL OPERA EFEITOS ATÉ MESMO NA PENDÊNCIA DE APURAÇÃO DO INADIMPLEMENTO.

3- POR CONSEQUENTE, COM A DEVIDA VÊNIA, **EM EXAME SUMÁRIO DA CONTROVÉRSIA, ASSISTE RAZÃO À PETROBRÁS, HAJA VISTA A PRERROGATIVA ACAUTELATÓRIA DE RESSARCIMENTO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS, DOS QUAIS AS MULTAS DEBATIDAS EM JUÍZO SÃO INDICIÁRIAS.**

PROVIMENTO DO AGRAVO INTERPOSTO PELA PETROBRAS S.A.; RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DE SUA EX ADVERSA.” (TJRJ. AI 0010832-97.2017.8.19.0000. Rel. Des. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA, 4ª Câmara Cível, julgado em 26.04.2017 – grifou-se).

O segundo julgado cuja ementa foi transcrita acima possui uma particularidade importante. Sem analisar os fatos concretos, o acórdão afirma que a mera aplicação das multas em questão pela Petrobras serve de indício do prejuízo que a estatal teria sofrido. Como consequência, até que o Judiciário avalie a existência de inadimplemento por parte da contratada, seria lícita a retenção dos seus recebíveis, como medida acautelatória para o ressarcimento dos danos que a Petrobras aparenta ter sofrido.

O ponto que mais chama atenção é o parágrafo no qual o acórdão afirma que “[s]equer sob a perspectiva da vedação à **compensação** de créditos, nos moldes do art. 369 do CC, o decisum merece confirmação. Isso porque, conforme assinalado pela doutrina especializada, a lei autoriza a **retenção** dos créditos do particular **na pendência de apuração do inadimplemento**” (grifos nossos).

Nesse ponto nos parece haver equívoco conceitual relevante. Isso porque a lei não menciona o caráter transitório da retenção de recebíveis perpetrada pela Petrobras. Na realidade, o Decreto nº 2.745/98 permite à Petrobras, “mediante a retenção de pagamentos, ressarcir-se (ou seja, extinguir a

obrigação, mediante apropriação de recebíveis) *de quantias que lhes sejam devidas pela firma contratada, quaisquer que sejam a natureza e origem desses débitos*".

O termo "retenção" parece ter sido utilizado de forma equivocada no decreto. O equívoco possivelmente decorre da reprodução do art. 80, IV da Lei 8.666/93¹⁰ (hoje o art. 139, IV da Lei 14.133/21). O referido dispositivo permite a retenção de créditos decorrentes de contratos administrativos em caso de sua extinção a fim de garantir o ressarcimento dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

No caso da Lei de Licitações, o direito de exigir os créditos do contratado em caso de extinção dos contratos fica *suspense* enquanto é apurado o valor devido à Administração Pública¹¹. O dispositivo em questão não permite à Administração Pública *ressarcir-se* mediante retenção de recebíveis em caso de controvérsia relacionada aos valores que lhe são devidos. A retenção dos recebíveis serve, como deve ser, como medida acautelatória, até que os danos sejam liquidados. Posteriormente, os créditos dos contratados voltam a ser exigíveis, na medida em que superarem os prejuízos da Administração Pública a eles imputáveis.

Há, portanto, suspensão de exigibilidade dos créditos, pois a lei autoriza a sua suspensão temporária. Por outro lado, o Decreto nº 2.745/98, autorizou método de pagamento que configura verdadeira apropriação de recebíveis dos contratados para ressarcir as Petrobras pelos prejuízos que ela alega ter sofrido, mesmo durante a vigência do contrato.

¹⁰ "Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...) IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração".

¹¹ É o que leciona MARÇAL JUSTEN FILHO: "Por isso, a rescisão do contrato por ato imputável ao particular acarreta a suspensão de sua faculdade de exigir o pagamento por créditos pendentes. Somente se tornará exigível o pagamento após liquidadas as perdas e danos e na medida em que os créditos do particular ultrapassem seus débitos." (Curso de Direito Administrativo, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 1130).

Diante disso, constata-se que a Petrobras não retém recebíveis ao aplicar multas aos seus contratados. Na realidade, ela compensa os créditos detidos pelos seus contratados com os créditos que ela alega ter contra eles, em virtude da aplicação de penalidades. Esse mecanismo de pagamento é legítimo, desde que consentido pelos seus contratados. O problema ocorre nos casos em que o contratado não concorda com o valor da multa imposta pela estatal.

Nesses casos, os contratados alegam que a compensação operada pela Petrobras é ilícita, na medida em que não existiria certeza do crédito que a estatal alega ter em seu favor. Parte da jurisprudência concorda com esse posicionamento. Confira-se trechos de acórdãos¹² envolvendo a Petrobras e seus contratados nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PETROBRÁS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESCUMPRIMENTO DE PRAZOS. APLICAÇÃO DE MULTA E COMPENSAÇÃO COM OS PAGAMENTOS DEVIDOS À CONTRATADA. VEDAÇÃO À AUTOTUTELA. CONTROVÉRSIA ACERCA DO CABIMENTO DA MULTA. DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA. MANUTENÇÃO, POR MAIORIA.

1. Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão que concedeu tutela de urgência para determinar que a ré se abstenha de cobrar multas relativas aos fatos narrados na inicial, bem como de descontar tais valores dos créditos devidos à autora.

2. Aduz a ré/agravante que os atrasos nas obras têm origem unicamente em fatos carreáveis à própria autora/agravada, e que o direito de retenção de parte dos pagamentos, a título

¹² Cite-se, também, os seguintes acórdãos: TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0007450-67.2015.8.19.0000, Des. Rel. Rogerio de Oliveira Souza, 22ª Câmara Cível, j. 14.04.15; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0021228-36.2017.8.19.0000, Des. Rel. Denise Levy Tredler, 21ª CC, j. 19.06.18; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0046381-13.2013.8.19.0000, Des. Rel. Denise Levy Tredler, 21ª Câmara Cível, j. 13.05.14; TJSP, Apelação Cível nº 0066246-21.2008.8.26.0576, Des. Rel. Correia Lima, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 26.05.14; TJSP, Apelação Cível nº 0013497-98.2010.8.26.0077, Des. Rel. Dimas Carneiro, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 05.02.13; TJSP, Apelação Cível nº 0023245-74.2009.8.26.0309, Des. Rel. Edgard Rosa, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 27.03.13; TJSP, Apelação Cível nº 9155248-06.2000.8.26.0000, Des. Rel. Elói Estevão Troly, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 26.10.05.

de compensação das respectivas multas aplicadas, tem previsão no contrato e no Decreto nº 2.745/98.

3. Estatal que não goza de autotutela e de autoexecutoriedade, não podendo, manu militari, operar a compensação da multa quando ainda há controvérsia sobre a responsabilidade pelos atrasos. Compensação que exige certeza quanto à existência da dívida e seu montante. Possibilidade de retenção que fica condicionada ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

4. Manutenção da decisão agravada. DESPROVIMENTO DO RECURSO, POR MAIORIA.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0023297-75.2016.8.19.0000 Des. Rel. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, 22ª Câmara Cível, julgado em 01/11/2016 - - grifou-se)

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: “**A possibilidade de que a Petrobrás opere descontos unilateralmente sobre os pagamentos devidos à contratada é matéria controversa e, respeitados entendimentos em contrário, entendemos que referida permissão configuraria conceder ao particular poder de autotutela, o que não merece respaldo.**

Ora, não se está afastando aqui o direito de a contratante aplicar as multas contratuais pelo eventual atraso nas obras. E não se está, por óbvio, impedindo-a de efetuar a cobrança dos respectivos valores.

O que se veda é que a estatal, manu militari, opere a compensação quando ainda há controvérsia sobre a responsabilidade pelos atrasos, como consta dos autos. Com efeito, apenas mediante o crivo do contraditório e da ampla defesa é que se poderá concluir se houve o descumprimento pela UTC das avenças pactuadas, a autorizar a aplicação das multas.

Neste sentido, prematuro analisar nesta seara se a crise do setor petrolífero, as paralisações de funcionários ou as intercorrências do solo configuram justa causa para o atraso nas obras. Impende apenas analisar se estão presentes os requisitos para a compensação. E, sendo a multa ainda controversa, não pode ser objeto de autoexecutoriedade pela Petrobrás.

Lembre-se que o art. 369 do Código Civil prevê que a compensação se efetua entre dívidas líquidas, vencidas e fungíveis. E por líquida se entende a dívida certa

quanto a sua existência e seu montante. Não é este o caso dos autos.

* * *

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COBRANÇA DE MULTA POR SUPOSTA INFRAÇÃO PRATICADA PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS - MULTA ESTIPULADA EM CLÁUSULA CONTRATUAL - INVIABILIDADE DE COBRANÇA PELA VIA EXECUTIVA - AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS - EXECUÇÃO EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - SENTENÇA CONFIRMADA. - Recurso desprovido.”

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: “Sem embargos da validade ou não da referida estipulação, o certo é que carece de liquidez e certeza o título apresentado, porque a exigibilidade da multa depende da apuração de fatos controversos, devendo a apelante percorrer o processo de conhecimento para obter título judicial”. (TJSP, Apelação nº 0023245-74.2009.8.26.0309. Des. Rel. Edgard Rosa. 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/03/2013).

O posicionamento diametralmente oposto ora exposto demonstra que a jurisprudência ainda não se consolidou em favor de uma das teses. Diante disso, passa-se a expor os motivos pelos quais entende-se que a autorização de retenção de recebíveis conferida pelo item 7.1.3, `n` do Decreto nº 2.745/98 deve ser interpretada de forma restritiva.

Conclusão: Compensação Ilícita

O motivo principal que impossibilita à Petrobras de ser ressarcida por meio da retenção (*rectius*: apropriação) dos recebíveis de seus contratados é a vedação legal à autoexecutoriedade de atos administrativos que impõem obrigações pecuniárias derivada da Lei nº 6.830/80, que instituiu o sistema do processo judicial das execuções fiscais. Como afirma Alexandre Aragão, esse

sistema impôs a vedação implícita à autoexecutoriedade do ato administrativo constitutivo do patrimônio do devedor¹³.

Se nem mesmo a Administração Pública direta pode se apropriar de créditos dos seus contratados para ressarcir-se de eventuais prejuízos, menos ainda se vislumbra a possibilidade que a Petrobras o faça, sobretudo em contratos em curso. Como se não bastasse, a Petrobras inclui nos seus contratos cláusula que lhe confere a possibilidade de ressarcir-se mediante a retenção de recebíveis, inclusive, de outros contratos celebrados com seus contratados¹⁴, o que retira o liame objetivo entre a penalidade aplicada e o crédito devido pela sua fornecedora ou prestadora de serviço. Ou seja, sequer pode a Petrobras invocar o instituto da exceção de contrato (art. 476 do Código Civil) não cumprido para reter os recebíveis dos seus contratos

Esclareça-se o equívoco com o emprego do vocábulo “retenção” no Decreto nº 2.745/98 e nos contratos celebrados pela Petrobras. Nas palavras de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, “[a] retenção é um meio de garantia do credor; não extingue, mas apenas suspende a obrigação do retentor, assegurando-lhe a faculdade de recusar a entrega da coisa retida, até a satisfação do crédito correlativo, do que ele é titular. Não é liberatória, nem permite que o mesmo fique definitivamente com o objeto sobre que recai. Diversamente, a compensação é um meio de extinguir obrigações; é peremptória. As dívidas recíprocas extinguem-se até o valor da menor. Equivale, assim, a um duplo pagamento”.¹⁵

A retenção tem, portanto, função assecuratória de um direito. Define-se como “a faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a

¹³ ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 91/92.

¹⁴ Há diversos acórdãos a favor da legalidade da retenção de recebíveis no mesmo contrato, mas contra a retenção em outros contratos. Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº 0018545-60.2016.8.19.0000, Des. Rel. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES, 1ª Câmara Cível, Data de julgamento: 31/05/2016; e Agravo de Instrumento nº 0035083-53.2015.8.19.0000, Des. Rel. MARCELO LIMA BUHATEM, 20ª Câmara Cível, Data de julgamento: 17/05/2016.

¹⁵ Direito de Retenção, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, p. 124.

coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria resistir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extensão deste.”¹⁶.

Como se vê, o que a Petrobras faz ao se apropriar dos recebíveis de suas contratadas não é garantir um crédito que lhe é devido mediante a conservação em seu poder de coisa alheia com o objetivo de restituí-la tão logo seu crédito seja satisfeito. Este é o caso, por exemplo, do depositário que retém o depósito “até que se lhe pague a retribuição devida” (art. 644 do Código Civil), ou do locatário, que goza do direito de retenção “enquanto não for ressarcido” (art. 571, parágrafo único do Código Civil) das benfeitorias necessárias e eventuais outros valores devidos no caso em concreto.

Ao contrário dessas situações, a Petrobras numa só penada, e sem autorização para tanto, retém e ressarce-se, ou seja, autoexecuta penalidades por ela mesma impostas aos seus contratados, o que é vedado inclusive constitucionalmente, por violar o devido processo legal.

A compensação por ela promovida é, portanto, ilícita em todas as ocasiões nas quais os contratados discordam do valor da penalidade aplicada, pois falta-lhe o requisito da liquidez (art. 369 do Código Civil), consubstanciada pela ausência de certeza do crédito. A jurisprudência¹⁷ e a doutrina¹⁸ afirmam que a mera discordância de uma das partes a respeito do valor controvertido retira o caráter incontroverso do valor cobrado pelo credor.

O credor possui, nesse caso, mera pretensão resistida. Instaurada a lide, cabe ao credor, como em qualquer relação jurídica, socorrer-se do Judiciário para cobrar o que ele entende lhe ser devido. Não pode ser esperado que o

¹⁶ Op. Cit. p. 116.

¹⁷ TJSP, Apelação Cível nº 0013497-98.2010.8.26.0077, Des. Rel. Dimas Carneiro, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 05.02.13; TJSP, Apelação Cível nº 0023245-74.2009.8.26.0309, Des. Rel. Edgard Rosa, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 27.03.13; TJSP, Apelação Cível nº 9155248-06.2000.8.26.0000, Des. Rel. Elói Estevão Trolly, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 26.10.05.

¹⁸ ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, Direito de Retenção, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, p. 210.

devedor dependa do Judiciário para que seus recebíveis sejam apropriados por terceiros. A Petrobras, lembre-se, é uma entidade privada, que exerce atividade concorrencial, não se submetendo ao regime da Lei de Licitações. Não pode ela, portanto, socorrer-se de mecanismo que consagre a sua supremacia sobre os demais particulares do qual nem mesmo a Administração Pública direta goza.

Nesse sentido, entende-se que assiste razão à parcela da jurisprudência que defende a vedação à autoexecutoriedade das multas aplicadas pela Petrobras aos seus contratados, pelos motivos acima expostos. A ausência de um conceito legal genérico do de direito de retenção na legislação brasileira, ao contrário do que ocorre em outros países¹⁹, levou a doutrina a estabelecer o conceito acima exposto, extraído das menções ao instituto esparsas na legislação.

Conforme estudado neste breve artigo, o conceito de retenção foi muito mal empregado no Decreto nº 2.745/98 e vem sendo replicado de forma errônea nos contratos celebrados pela Petrobras, além de ser endossado por parte da jurisprudência. Na realidade, trata-se de uma compensação, ilícita nas ocasiões em que os contratados discordam da aplicação da penalidade, devendo tal conduta ser vedada pelo Judiciário.

Na vigência do novo Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras (RLCP) acredita-se que tal problema será, a longo prazo, solucionado. Contudo, diversos contratos celebrados antes de 2018 entre a Petrobras e os seus contratados seguem em execução, alguns com demandas já judicializadas. Espera-se que esse breve artigo contribua com o debate, direcionando à melhor interpretação a respeito do tema.

¹⁹ A Argentina, por exemplo, possui uma definição genérica de direito retenção do seu Código Civil. Confira-se: “Art. 3.940: El derecho de retencion es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.”