

Ministra Eliana Calmon

RECURSO ESPECIAL N. 735.698 - RJ (2005/0032742-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras
Advogados: Anna Maria da Trindade dos Reis e outro
Sérgio Francisco de Aguiar Tostes
Sebastiao Alves dos Reis Junior e outro
Recorridos: Petrodrill Two Ltd e outros
Advogados: Sérgio Bermudes e outro(s)
Recorridos: Petrodrill Six Ltd e outro
Advogado: Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira
Recorrido: Etrodrill Five Ltda
Advogados: Nelson Nery Júnior e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processo Civil – Recurso especial: admissibilidade – contrato administrativo – Prazo contratual: prorrogação – Prazo com previsão editalícia e contratual.

1. Recurso especial não conhecido pela alínea c por falta de demonstração do dissídio jurisprudencial (art. 255 RI/STJ).

2. Falta de prequestionamento das teses amparadas nos arts. 131, 249, § 2º, 21 e 512 do CPC. - Súmula n. 7-STJ

3. Violação dos arts. 460 e 530 do CPC, devidamente prequestionados pela Petrobrás, diante do encaminhamento do julgamento, por ocasião da apreciação dos embargos infringentes.

3. Violação do art. 57 da Lei n. 8.666/1993, dispositivo invocado pela Petrobrás desde a primeira vez em que falou nos autos, por ocasião da contestação.

4. O contrato administrativo foi precedido de licitação, constando do edital e depois do instrumento da avença o prazo de entrega da obra, com possível prorrogação para um prazo até 180 (cento e oitenta dias).

5. Posterior prorrogação por prazo bem acima do previsto contratualmente, autorizada por carta assinada por um dos diretores da empresa, desatendendo a previsão legal do parágrafo 2º do art. 57 da Lei de Licitações, que exige seja a prorrogação proposta e deferida por escrito e previamente autorizada por autoridade competente.

6. Prorrogação ilegal geradora da rescisão pela Petrobrás em atenção às regras do contrato.

7. Declarando-se ilegal a prorrogação, fica prejudicado o exame da indenização imposta de ofício pelo Tribunal de Justiça.

8. Recurso especial conhecido em parte e nesta parte provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, para julgar improcedente a ação ordinária, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). Sérgio Francisco de Aguiar Tostes, pela parte recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Dr(a). Sérgio Bermudes, pela parte recorrida: Petrodrill Two Ltd.

Dr(a). Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, pela parte recorrida: Petrodrill Six Ltd.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2007. (Data do Julgamento)

Ministra Eliana Calmon, Relatora

Publicado no DJ de 13.02.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Neste recurso especial interposto pela *Petróleo Brasileira S/A - Petrobrás* temos, na base fática, ação ordinária movida pela empresa *Marítima - Petróleo e Engenharia Ltda.*, objetivando a declaração de invalidade da rescisão contratual pretendida pela ré, declarando-se impedida a *Petrobrás* de romper, em definitivo, o vínculo contratual por atraso no cumprimento do contrato, condenando a demandada a pagar as penas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em seu percentual máximo, aplicado sobre o valor da causa. À causa foi atribuído valor de R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais) em janeiro de 2000.

Para exata compreensão da controvérsia destaco os principais fatos

que apóiam a pretensão indenizatória contra a ora recorrente:

1) a empresa *Marítima - Petróleo e Engenharia Ltda.* após vencer cinco licitações, foi contratada para afretar seis plataformas petrolíferas de perfuração;

2) para obter financiamento com vista à construção das plataformas (Amethyst 2 a 7), criou a autora seis sociedades com propósitos específicos (SPE's), denominadas de *Petrodrill Two Ltd.*, *Petrodrill Three Ltd.*, *Petrodrill Four Ltd.*, *Petrodrill Five Ltd.*, *Petrodrill Six Ltd.* e *Petrodrill Seven Ltd.*, as quais, com a Marítima, compõem o litisconsórcio ativo na ação;

3) no curso das obras foram as contratadas surpreendidas com correspondência da *Petrobrás S/A*, rescindindo os contratos referente às plataformas Amethyst 2 e 3, em razão do descumprimento do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para entrega do objeto da licitação, notificando-as, ainda, da rescisão dos demais contratos, à medida em que, em cada caso, fosse sendo extrapolado o mesmo prazo máximo de prorrogação previsto no contrato;

4) entendem as autoras ser ilegítima a rescisão pretendida, pois a despeito do prazo contratual, fora ele prorrogado em 540 (quinhentos e quarenta) dias para a entrega das unidades, prazo este concedido pelo Superintendente Executivo de Exploração e Produção da *Petrobrás S/A*, em carta endereçada à empresa, datada de 28 de maio de 1998;

5) a *Petrobrás* contestou a ação (fls. 426/442), alegando estarem os prazos do contrato e de prorrogação em até 180 (cento e oitenta) dias previstos nos editais da licitação e no contrato firmado entre as partes, não tendo uma mera carta do Superintendente o condão de prorrogar um formal contrato. Para a ré a carta não firmou qualquer ajuste quanto à prorrogação do prazo de tolerância, tratando-se de mera opinião de seu subscritor, sendo documento sem validade para o fim a que se propôs, expedido sem a observância das formalidades legais, por agente incapaz, fora dos limites de sua competência e sem a ratificação da Diretoria Executiva da empresa, sendo inaplicável a Teoria da Aparência em se tratando de complexa sociedade de economia mista.

A ação foi julgada procedente por sentença de fls. 1.446/1.460, cujo dispositivo tem o seguinte teor:

“Diante do exposto, *julgo procedente* a ação, declarando a validade da carta de prorrogação (documento n. 13 constante do volume 08 dos apensos por linha) e, conseqüentemente, declaro não

válidas as rescisões perpetradas pela Ré, permanecendo íntegros os contratos firmados entre as partes.

(...)”

A *Petrobrás* interpôs apelação (fls. 1.469/1.507), sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa, defendendo a “ilegalidade da decisão que vedou a oitiva das testemunhas arroladas pela Apelante”. No mérito, repete os argumentos expendidos na contestação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, reformou a sentença para julgar improcedente o pedido inicial (fls. 1.629/1.642), destacando na extensa ementa do julgado as razões de reforma, das quais destaco as seguintes:

1) inaplicabilidade da teoria da aparência;
2) contratos envolvendo milhões de dólares americanos ou bilhões de reais em que os contratantes, com experiência internacional, acostumados a contratar, não poderiam guiar-se por simples aparência;

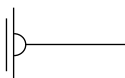
3) não se pode inferir da carta do Superintendente que tenha ocorrido prorrogação do contrato; e se assim fosse, haveria violação à Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitação), a qual impõe justificação escrita, com indicação dos motivos da prorrogação dos prazos contratuais, devidamente autuada em processo apuratório (art. 57, §§ 1º e 2º);

4) o Superintendente não tinha poderes para alterar cláusula substancial do contrato;

5) é inacreditável que os contratantes, sabedores das rígidas normas internas de procedimento da empresa ré, diante das contratações anteriores, aceitassem que uma simples carta do Superintendente fosse capaz de autorizar a prorrogação de um contrato, com violação da legislação pertinente.

Ambas as partes embargaram de declaração, sendo rejeitados ambos os declaratórios (fls. 1.687/1.688), seguindo embargos infringentes, por força de um único voto vencido que sustentava a validade da prorrogação feita pelo Superintendente da *Petrobrás*, que detinha poderes e competência para tanto, aplicando-se a Teoria da Aparência. Avançando a Corte, nos termos do voto vencido, foi ordenado o pagamento de perdas e danos, caso se tornasse impossível a continuidade do contrato. Da extensa ementa destaco as premissas usadas para concluir o Colegiado pela validade da carta de prorrogação:

1) validade da carta, firmada por preposto autorizado e com ciência da administração, prorrogando o prazo para cumprimento da obrigação;



2) firmatário (*sic*) do documento de prorrogação devidamente credenciado como representante da empresa contratante, partícipe em todas as fases da negociação, tornando-se inaceitável a recusa por parte da empresa contratada;

3) prorrogação firmada de boa-fé por ambas as partes, na constituição e na execução do ato negocial;

4) inocorrência de desrespeito à Lei n. 8.666/1993, dando o art. 57 abrigo à solução, se nada de novo foi contratado;

5) prorrogação que afasta a mora por parte da contratada;

6) quebra do contrato pela *Petrobrás*, estipulante dos serviços, em clara tipologia de ato ilícito;

7) vinculação da empresa contratante ao dever de responder pelos efeitos negociais subsistentes;

8) na impossibilidade de dar-se continuidade ao contrato, impõe-se a necessidade de aplicar o disposto no artigo 461, § 1º do CPC, independentemente de pedido específico, convertendo-se a obrigação de fazer em perdas e danos, a serem apurados em liquidação;

9) honorários sucumbenciais a serem suportados pela litigante que perdeu em grande proporção a lide.

Os embargos de declaração opostos pela *Petrobrás S/A* foram rejeitados (fls. 1.911/1.915), sendo então interposto recurso especial, com base no permissivo constitucional das alíneas **a** e **c**. Alega a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos:

a) art. 249, § 2º, do CPC - cerceamento de defesa, em face da ausência da oitiva de testemunhas diversas vezes requerida pela recorrente;

b) art. 131 do CPC - dispensa de prova oral imprescindível, para fazer prevalecer na decisão depoimentos prestados fora do âmbito do Poder Judiciário, e desconsideração de provas que afastariam a aplicação da Teoria da Aparência;

c) art. 57 da Lei n. 8.666/1993 - inobservância das formalidades legais que dariam validade à prorrogação do prazo para cumprimento do contrato pelas autoras;

d) art. 530 do CPC - extrapolação dos limites dos embargos infringentes, uma vez que não se observou que “a divergência estava restrita ao pedido de declaração de validade da suposta carta de prorrogação”;

e) arts. 128 e 460 do CPC - ocorrência de julgamento *extra petita*, tendo em vista que as autoras nunca requereram perdas e danos;

f) art. 461 do CPC - impossibilidade da conversão da condenação

em perdas e danos, o que somente seria possível em caso de procedência de pedido condenatório de obrigação de fazer ou não fazer, que não era o caso dos autos;

g) arts. 463 e 535 do CPC - contradição havida na decisão dos embargos de declaração referente ao voto vencido no julgamento da apelação cível;

h) art. 21 do CPC - ocorrência de sucumbência recíproca, não reconhecida pela Corte *a quo*;

i) art. 512 do CPC - inobservância do princípio da *non reformatio in pejus*, em razão da majoração da verba honorária fixada na sentença.

Com as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora):

Juízo de Conhecimento

Preliminarmente, não conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, uma vez que o alegado dissídio jurisprudencial não foi demonstrado de forma analítica, restando desatendido o disposto no art. 255 do RISTJ.

Pela alínea a examinarei em tópicos distintos, diante da extensa lista de dispositivos indicados como violados:

a) não merece trânsito o especial, com relação à tese em torno dos arts. 131, 249, § 2º e 512 do CPC por falta de prequestionamento, incidindo, *in casu*, o óbice da Súmula n. 211-STJ. Ainda que assim não fosse, em relação à alegada violação dos artigos em destaque, observo que a apreciação da matéria, pelo STJ, implicaria reexame de provas, o que é vedado pela Súmula n. 7-STJ. Vejamos:

“Processual Civil – Agravo regimental em agravo de instrumento – Conselho Regional de Farmácia – Exercício profissional – Dispensário de medicamentos – Ausência de prequestionamento dos dispositivos indicados no Recurso Especial – Súmulas n. 211-STJ e 282-STF.

1. Aplicável a Súmula n. 282-STF quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre as teses apresentadas no recurso especial.

2. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha

sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto.

3. Cabível a Súmula n. 211-STJ, quando o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não emite juízo de valor sobre as teses do recurso especial.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no Ag n. 885.726-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.10.2007 p. 251)

Agravo regimental. Recurso especial. Irregularidade formal. Súmula n. 182-STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Dissídio jurisprudencial. Não configuração. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Súmula n. 7-STJ.

(...)

5 - Com relação à tese do cerceamento de defesa, a necessidade ou não de produzir provas no curso da instrução é da exclusiva e soberana discricionariedade das instâncias ordinárias, com apoio no acervo probatório, esbarrando, portanto, a questão federal (arts. 330, I, do CPC), neste particular, no óbice da Súmula n. 7-STJ.

6 - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 853.943-CE, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 03.12.2007 p. 320)

Processual Civil. Prova pericial. Art. 330, I, do CPC. Súmula n. 7-STJ.

1. A decisão pela necessidade, ou não, da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção.

2. É inviável a discussão sobre cerceamento de defesa e possibilidade de julgamento antecipado da lide quando o aresto recorrido fundamenta seu convencimento em elementos constantes nos autos do processo, conforme o enunciado da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 970.817-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04.10.2007, DJ 18.10.2007 p. 344)

Direito Civil Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Aferição. Impossibilidade. Exame de

matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Inépcia da inicial. Não-ocorrência. Agravo improvido.

1. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de questões que demandam o reexame de matéria fático-probatória, tais como a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude de julgamento antecipado da lide e a existência ou não de litigância de má-fé por parte de um dos sujeitos processuais. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Não é inepta a petição inicial cuja argumentação possibilita a compreensão plena do pedido e da causa de pedir e que, assim, viabiliza a defesa do réu. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

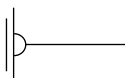
(AgRg no Ag n. 851.168-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 22.10.2007 p. 359)

b) o mesmo pode ser alegado em relação ao *artigo 21 do CPC*, em nenhum passo prequestionado. Aliás, em matéria de honorários de advogado esta Corte tem entendido não caber ao STJ quantificar a verba, por importar tal exame em revolvimento de matéria fática, com óbice na Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido colaciono os seguintes julgados:

“Administrativo. Recurso especial. Licitação. Fornecimento de equipamentos de informática. Atraso do estado no pagamento. Recomposição por prejuízos causados. Juros de mercado. Acórdão que dirimiu a questão lastreado no acervo probatório dos autos. Súmula n. 7-STJ. Termo *a quo* dos juros de mora e da correção monetária. Incidência a partir da exigência do pagamento, após a retificação das notas fiscais. Verba honorária advocatícia. Pretensão de majorar valor. Súmula n. 7-STJ.

(...)

5. Verba Honorária: os honorários foram arbitrados com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC considerados o trabalho desenvolvido, o tempo gasto e a média complexidade da matéria. Desse modo, esbarra na Súmula n. 7 deste STJ a pretensão de majorá-los, tendo em vista a necessidade de se analisar os requisitos previstos nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC, referenciada pelo § 4º, cujo exame não se compatibiliza com a via especial por ter que considerar



as circunstâncias fáticas do caso concreto.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para alterar o termo *a quo* da incidência dos juros de mora.

(REsp n. 909.800-MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 517)

Processual Civil. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa. Valor não irrisório. Reapreciação equitativa que enseja a aplicação da Súmula n. 7-STJ.

I - Se o valor dado à causa não corresponde, efetivamente, ao seu valor real, deveria o recorrente tê-lo impugnado, no momento processual oportuno.

II - Não se pode concluir serem irrisórios honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, quando inexistente condenação.

III - Demais disso, presume-se que o Tribunal *a quo*, ao inverter os ônus sucumbenciais, sem majorar os honorários, procedeu à apreciação equitativa, não cabendo a esta colenda Corte reexaminar os motivos ensejadores de sua conclusão, no particular, ante o enunciado n. 7 de sua Súmula.

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 914.819-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 24.05.2007 p. 338)

“Recurso especial. Processual Civil. Tributário. Prestação jurisdicional devida. Contribuição ao Inca. Contribuições arrecadadas pelo INSS que se destinam ao custeio da seguridade social. Impossibilidade de compensação. Entendimento firmado pela Primeira Seção. EREsp n. 770.451-SC. Índices de correção monetária aplicáveis. Honorários advocatícios. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

(...)

5. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a revisão dos critérios e do percentual relativo à sucumbência resulta em reexame de matéria fático-probatória, sendo insuscetível de reapreciação em sede de recurso especial, conforme o enunciado da Súmula n. 7-STJ.

6. Recurso especial desprovido.”

(REsp n. 680.609-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira

Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 30.04.2007 p. 286)

Processo Civil – Agravo regimental – Revisão do *quantum* fixado a título de honorários advocatícios – Matéria de fato (Súmula n. 07-STJ) – Precedentes da Corte Especial.

1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, revisar o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios, por esbarrar no óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes da Corte Especial.

2. Excepcionalmente, quando o tema é discutido nas instâncias ordinárias, com abstração de tese, em torno da exorbitância ou irrisória fixação, é possível a discussão em sede de recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no Ag n. 775.087-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 05.02.2007 p. 204)

c) passo ao exame das demais alegações, iniciando pelos *arts. 128 e 460 do CPC*, diante da alegação da PETROBRÁS quanto à inovação do acórdão, ao estabelecer perdas e danos, quando do julgamento dos embargos infringentes, sem que tal pedido constasse da inicial, ou sequer tratado no voto vencido quando do julgamento da apelação, configurando-se na espécie em julgamento *extra petita*.

O entendimento da Corte *a quo* foi no sentido de estar a Petrobrás obrigada a receber a prestação da empresa contratada. Negando a impontualidade por ter reconhecido a legalidade da prorrogação, considerou o Tribunal a possibilidade de não mais interessar à empresa o cumprimento da obrigação. Partindo desse pressuposto, introduziu o Tribunal, de logo, com base no disposto no artigo 461, § 1º do CPC perdas e danos pela recusa injusta. Não se pode dizer que deixou de haver prequestionamento nesse ponto, porquanto só surgiu a inovação por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, tendo a Petrobrás oposto embargos de declaração, que restaram inadmitidos. Assim, merece conhecimento o especial, nessa parte.

d) sobre a violação do *art. 530 CPC*, verifico ter o Tribunal, de forma atécnica, sem que houvesse pedido expresso ou mesmo alegação de indenização por perdas e danos, avançado para: 1) considerar válida a prorrogação contratual; 2) impor a sua continuidade; 3) considerar, de logo, impossível o cumprimento da obrigação por culpa da empresa contratante, a *Petrobrás*; 4) condicionalmente, pela impossibilidade da prestação, impor

uma indenização.

Tudo isso foi feito quando do julgamento dos embargos infringentes, sendo silente o voto vencido sobre esses pontos, causador da infringência.

À evidência merece trânsito o especial, pela alegação de violação ao dispositivo apontado, cuja análise será feita adiante.

e) violação do *art. 461 do CPC*. O especial tem inteira pertinência, porque o nó górdio da questão, após o exame do preceito declaratório, está na exata interpretação a esse dispositivo.

f) ainda em relação ao preceito declaratório, para saber se houve ou não prorrogação do contrato, está prequestionado e com inteira pertinência o *art. 57 da Lei n. 8.666/1993 - Lei de Licitações*, sendo a interpretação desse dispositivo de fundamental importância para o deslinde da questão controvertida, de natureza meritória.

g) por último, resta examinar a questão do conhecimento sobre a alegada violação aos *arts. 463 e 535 CPC*, ao argumento de ter ocorrido contradição na decisão dos embargos de declaração referente ao voto vencido no julgamento da apelação cível, aspecto que deixou de ser enfrentado pelo Tribunal.

Não me parece ter ocorrido a contradição apontada, na medida em que o julgamento dos embargos infringentes rompeu com os limites do voto vencido para dizer que estava a aplicar a lei, ou seja, o *art. 460 do CPC*. A *Petrobrás* pode não concordar com o entendimento, mas em verdade contradição não houve e sim convencimento do Colegiado na apreciação dos embargos infringentes. Assim sendo, não conheço do recurso nesse item específico.

Em conclusão, da extensa lista dos dispositivos apontados como violados restaram para apreciação, agora colocados em ordem lógica para serem apreciados, os seguintes artigos:

a) *art. 57 da Lei n. 8.666/1993*, único dispositivo que trata do mérito propriamente dito;

b) *art. 128 e 460 do CPC*, dispositivos que tratam do julgamento *extra petita*, tendo em vista que as autoras nunca pediram indenização por perdas e dano;

c) *art. 461 do CPC*, dispositivo que trata de obrigação de fazer ou não fazer.

Juízo Meritório

Ao analisar o disposto no *art. 57 da Lei de Licitações*, verifico, a partir

da petição inicial, que as empresas contratadas pela *Petrobrás*, autoras da ação, pediram especificamente para ser declarada:

- a) a não-validade da rescisão almejada pela *Petrobrás*;
- b) a validade da carta de prorrogação dos prazos contratuais por mais 540 (quinhentos e quarenta) dias;
- c) condenação da *Petrobrás* a prosseguir com as obrigações ajustadas, ficando impedida de romper com o vínculo contratual;
- d) condenação em honorários no percentual máximo.

A sentença de fls. 1.446/1.460, ao julgar procedente a ação, embasou-se unicamente na prova documental, não aludindo, em nenhum passo, a qualquer dispositivo normativo, nem ao menos ao art. 57, § 2º da Lei n. 8.666/1993, invocado com destaque na contestação, como faz certo o relatório sentencial. Agasalhou a pretensão reconhecida na Teoria da Aparência.

O acórdão impugnado, em longo voto, analisa detidamente as provas documentais e arremata, após apreciações fáticas lógicas e pertinentes, com a análise da Lei de Licitações, não sendo demais aqui transcrever a seguinte passagem:

“Assim, como supor que uma mera carta era suficiente para alterar uma das principais cláusulas contratuais, se a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações) contém norma cogente, inserida no seu artigo 57, §§ 1º e 2º, impondo a justificação por escrito dos motivos da prorrogação dos prazos contratuais, devidamente autuada em processo (§ 1º) e devendo ser autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato?

Por outro lado, a tão decantada carta do superintendente da ré-apelante, que teria autorizado a prorrogação dos prazos contratuais, não autoriza tal ilação, pois expressamente refere “... que devido a razões jurídicas, nenhuma prorrogação de tal período será aceitável”, acenando, adiante, com possível negociação da forma de negociação das multas contratuais.

O parágrafo seguinte da referida carta, transcrito pelas apeladas nas suas contra-razões (fls. 1.517), lido fora do contexto, quando muito poderia permitir a conclusão de que ali se aventava a possibilidade de uma concordância de ré, se ocorressem as circunstâncias nele narradas.

Ainda assim, não poderiam as autoras-apelantes interpretar

o que se contém no referido parágrafo como uma prorrogação dos prazos contratuais, pelo simples fato de que o signatário da carta não tinha poderes para alterar os contratos.

(fl. 1.634)”

Registrou-se no julgamento a existência do voto vencido do Desembargador Rudi Loewenkron, conforme consta da certidão de fl. 1.630:

“(...) que dava provimento parcial ao recurso, para o fim de, acolhendo parcialmente a pretensão autoral, condenar a ré em perdas e danos, em dar provimento à presente apelação, para julgar totalmente improcedente o pedido inicial, nos termos do voto do relator”.

O voto vencido (fls. 1.639/1.642) não se reportou aos dispositivos legais que regem o contrato, estendeu-se em considerações processuais, adjetivou de injusto o rompimento unilateral dos contratos, depois que uma autorizada autoridade da empresa o prorrogara e então aplicou o disposto no artigo 461, § 1º, do CPC, afirmando:

“O art. 461 com o seu parágrafo 1º do CPC alterou a filosofia do passado. O credor tem acima de tudo o direito de exigir o cumprimento da obrigação de fazer e ante a recusa do devedor a lei prevê a concessão da tutela específica, que só não prevalecerá quando já impossibilitada a prestação ou quando a indenização for a preferência do requerente.”

(fl. 1.640)

Verifica-se, portanto, que o voto vencido é inteiramente divergente dos demais. Em relação ao preceito declaratório, negou o Desembargador Rudi Loewenkron o direito de rescisão à *Petrobrás*, considerando ter havido legalidade na prorrogação do contrato, ao tempo em que avançou para presumir que não mais seria possível cumprirem as empresas a sua obrigação por culpa da *Petrobrás* e, ao final, impôs, de ofício, perdas e danos, cujo montante seria apurado em liquidação por artigos, utilizando-se, para tanto do preceito constante do artigo 461, § 1º do CPC.

Vieram então os embargos infringentes, nos quais foi proclamada a coroação do voto divergente: primeiro, em relação à existência da prorrogação, seja pelo princípio da boa-fé objetiva, seja se examinadas as provas dos autos, consubstanciadas nas fitas anexadas ao processo; segundo, porque seguidas as determinações constantes do artigo 57 da Lei de Licitações. Destaco do voto condutor do julgamento dos embargos infringentes:

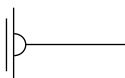
“Quanto à forma prescrita em lei impende considerar que foram seguidas suficientemente as determinações constantes do art. 57 da Lei n. 8.666/1993. O agente era competente para a realização do ato (os depoimentos das fitas de vídeo anexas e as suas anteriores intervenções não deixam dúvida a respeito desse aspecto), exatamente nos termos do § 2º da citada norma, bem como houve, efetivamente, fato superveniente, alheio à vontade das partes, que impossibilitou a execução do contrato nos termos originais, tornando-se plenamente justificável a sua prorrogação (cf. doc. fl. 1.236/1.241), na exata previsão do § 1º, II, do Art. 57, o que inclusive, deu reforço à finalidade do ato administrativo perpetrado, tanto que preservava o interesse de ambas as partes, conforme destacado na sentença.” (fl. 1.875)

Para o relator, a carta apresentada pelo Superintendente é de absoluta normalidade, tratando-se de ato regular praticado por preposto da empresa, respondendo ele pelos efeitos do ato praticado, devendo-se aplicar, a partir daí, o princípio da boa-fé e a Teoria da Aparência como consectário.

Tenho entendimento inteiramente diverso. O contrato aqui examinado é contrato administrativo. E tanto é verdadeira a afirmação que o recurso especial ora em julgamento foi distribuído à Terceira Turma que, em apreciação coletiva, remeteu o feito à Primeira Seção, cabendo-me por redistribuição.

O contrato obedeceu às formalidades exigidas em lei, formalidades que têm início a partir do processo licitatório para escolha da empresa contratada. Assinado formalmente o contrato, estabelecida ficou a possibilidade de prorrogação por 180 (cento e oitenta dias), sob pena de rescisão, cláusula que constou inclusive do edital de licitação.

Segundo consta da inicial, o atraso na execução do contrato deu-se em razão de dificuldades internacionais, como também por empecilhos da própria *Petrobrás*, embora não seja mencionada nenhuma delas. Diante dos fatos assim alinhados, a pergunta que se faz é a seguinte: caberia, dentro do



rigor formal de um contrato administrativo, a alteração de uma das cláusulas da avença (inclusive uma das cláusulas principais) por iniciativa e risco de um preposto da empresa, mediante simples carta? E o que dizer do disposto no art. 57 da Lei de Licitações?

Ao admitir a prorrogação, estabelecendo o legislador, adredemente, nos diversos incisos do § 1º do art. 57, as causas possíveis, sem abandono do rigor formal do prazo contratual previsto, os quais devem ser fielmente cumpridos, inclusive no tocante à prorrogação. Esta, nas hipóteses permitidas, exige formalidade, assim como o contrato, o que se faz por termo aditivo, compatibilizando-se a excepcionalidade com o estabelecido na lei, § 2º do art. 57 do mesmo diploma legal:

“Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.”

Em verdade, a prorrogação dos prazos contratuais ofende os princípios fundamentais que norteiam as licitações e os contratos administrativos, só sendo admitida excepcionalmente. O rigor no tratamento da questão é a tônica, como leciona Marçal Justen Filho, *in* Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed, p. 509:

“Não se remete à liberdade de a Administração escolher entre conceder ou não a prorrogação. A lei exige, isto sim, a rigorosa comprovação da presença dos requisitos legais. Uma vez presentes, surge o direito do particular a obter a prorrogação. (...) Cabe à Administração promover a documentação das ocorrências, efetivando os levantamentos e produzindo as provas necessárias. Nesse procedimento, deverá observar-se o princípio do contraditório. O particular deverá ser ouvido e poderá indicar as provas necessárias à demonstração de seu direito. Uma vez documentados os fatos, ouvir-se-á a autoridade competente, à qual caberá “autorizar” previamente a prorrogação.”

Ora, uma carta do preposto da *Petrobrás*, por mais competência e autonomia que tenha, não é suficiente para funcionar como *termo aditivo* de um *contrato administrativo* do porte da avença questionada nestes autos, funcionando como sendo o consentimento do representante da contratante

à proposta de prorrogação, proposta esta que rompeu o edital e o contrato.

Dentro dos critérios de formalidade que regem os contratos administrativos, não há espaço para aplicar-se a Teoria da Aparência, como pugnado pela parte autora. A Teoria da Aparência é o reconhecimento de que os fatos são capazes de romper com a forma e esta, quando prevista em lei como indispensável, pode levar à quebra do princípio da impessoalidade da contratação. Afinal, ao acorrerem as empresas, com suas propostas, ao edital de licitação, estimaram o preço e as suas forças para execução no prazo X; a mutação do prazo desorganiza a previsão em relação às demais concorrentes.

Entendo que foi, efetivamente, violado o disposto no art. 57 da Lei n. 8.666/1993, devendo ser provido o especial para considerar rescindido o contrato, por descumprimento por parte das autoras, em razão da não-entrega da encomenda no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após vencimento do prazo estipulado, como constou do edital e do contrato.

Tal reconhecimento impede o exame das demais questões processuais por ser de caráter prejudicial.

Em conclusão, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação ordinária, invertendo a sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 987.943 - SC (2007/0217670-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Indústrias Tupi Ltda

Advogados: Silvio Luiz de Costa e outro(s)

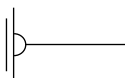
Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outro(s)

Recorridos: Os Mesmos

EMENTA

Tributário – Cofins – Lei n. 9.718/1998 – Prescrição – Tese dos “cinco mais cinco” – Pacificação de entendimento – EREsp n. 435.835-SC – Art. 4º da Lei Complementar n. 118/2005 – Arguição de inconstitucionalidade no EREsp n. 644.736-PE – Compensação



– Lei n. 10.637/2002 – DCOMP – Imputação do pagamento: amortização dos juros e da correção monetária antes do principal – Art. 354 do CC/2002: inaplicabilidade – Ofensa aos arts. 108 e 110 do CTN: Inocorrência.

1. Nos tributos lançados por homologação, a prescrição do direito de pleitear sua restituição ou compensação só ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. Este o entendimento consagrado nas duas Turmas da Primeira Seção do STJ.

2. A Corte Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp n. 644.736-PE, acolheu o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.107, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da LC n. 118/2005, dispensando-se novo pronunciamento daquela Corte sobre a matéria.

3. O regime de compensação instituído pela Lei n. 8.383/1991 foi revogado com o advento da Lei n. 9.430/1996, posteriormente alterada pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2002, de modo que o contribuinte, na vigência das leis novas, não pode mais optar por qualquer dos regimes, devendo submeter-se às regras vigentes quando formulado o pedido de compensação.

4. O art. 170 do CTN dispõe que somente a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários, nas condições e sob as garantias que estipular.

5. A compensação tributária depende de regras próprias e específicas, não sendo possível aplicar subsidiariamente as regras gerais do Código Civil.

6. Se as normas que regulam a compensação tributária não prevêem a forma de imputação do pagamento, não se pode aplicar por analogia o art. 354 do CC/2002 (art. 993 do CC/1916) e não se pode concluir que houve lacuna legislativa, mas silêncio eloqüente do legislador que não quis aplicar à compensação de tributos indevidamente pagos as regras do Direito Privado. E a prova da assertiva é que o art. 374 do CC/2002, que determinava que a compensação das dívidas fiscais e parafiscais seria regida pelo disposto no Capítulo VII daquele diploma legal foi revogado pela Lei n. 10.677/2003, logo após a entrada em vigor do CC/2002.

7. Admitir que, na compensação mês a mês, se amortize primeiro os juros e a correção monetária para, somente após, deduzir-se o principal, importa tornar mais rentável o crédito do contribuinte e eternizar a dívida do Fisco, em evidente afronta às normas que regem a espécie.

8. Inexistência de ofensa aos arts. 354 do CC/2002, 108 e 110 do CTN.

9. Recurso especial da empresa provido em parte e provido o recurso especial da Fazenda Nacional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da empresa e deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). Silvio Luiz de Costa, pela parte Recorrente: Indústrias Tupi Ltda

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2008 (Data do Julgamento)
Ministra Eliana Calmon, Relatora

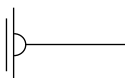
Publicado no DJ de 28.02.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Trata-se de recursos especiais interpostos por ambas as partes, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região assim ementado (fls. 233/234):

“Tributário. Cofins. Lei n. 9.718/1998. Alargamento da base de cálculo. Inconstitucionalidade. Majoração da alíquota. Possibilidade de compensação. Prescrição. LC n. 118/2005. Correção Monetária.

1. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão prolatada no julgamento dos Rext n. 357.950-RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio,



e REExt n. 346.084-PR, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, em sessão realizada no dia 09.11.2005, rematou a controvérsia declarando a inconstitucionalidade do alargamento da definição de faturamento como base de cálculo do PIS e da Cofins promovida pelo § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/1998.

2. Esta Colenda Turma, em reiteradas decisões, vem decidindo pela constitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins promovida pelo art. 8º da Lei n. 9.718/1998, por estar na conformidade do art. 195, da Constituição Federal de 1988, devendo, apenas, na cobrança da referida contribuição, ser observado prazo nonagesimal, contado a partir da MP n. 1.724/1998, convertida na Lei n. 9.718/1998. Nesse sentido foi a posição do STF, em julgamento dos REExt n. 357.950 e 346.084, em 09.11.2005.

3. O e. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 327.043, decidiu, por unanimidade, que se aplica o prazo prescricional do referido art. 3º da LC n. 118/2005 às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, pelo que encontram-se prescritas as parcelas anteriores aos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação.

4. Na forma da Lei n. 8.383/1991, é possível a compensação dos valores pagos indevidamente com prestações vincendas das próprias contribuições, extinguindo-se o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação (art. 150, § 1º, do CTN). Saliento, entretanto, que relativamente aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, admite-se a compensação com débitos oriundos de quaisquer tributos e contribuições administrados por este órgão, de acordo com a nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dada pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002.

5. Cuidando-se de tributo objeto de contestação judicial, para que a compensação tenha o condão de operar a extinção do crédito tributário, deve ser efetivada depois do trânsito em julgado da decisão.

6. A Lei n. 9.430/1996 não derogou o art. 66 da Lei n. 8.383/1991, no que se refere aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, podendo o contribuinte escolher o regime de compensação que lhe convier.

7. Optando o contribuinte pelo regime da Lei n. 8.383/1991, deve compensar o crédito com prestações vincendas de tributo da

mesma espécie e destinação constitucional, a partir do trânsito em julgado, extinguindo-se o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação.

8. Se o contribuinte escolher pelo sistema da Lei n. 9.430/1996, pode compensar com qualquer tributo ou contribuição arrecadado pela Receita Federal, porém deve apresentar declaração na via administrativa e submeter-se às regras postas na Lei, inclusive a que proíbe a utilização do crédito antes do trânsito em julgado da sentença.

9. O provimento judicial limita-se a declarar o direito do contribuinte a realizar a compensação, seja nos moldes da Lei n. 8.383/1991, seja de acordo com a Lei n. 9.430/1996, sem que isso implique antecipação ou substituição do juízo administrativo.

10. A correção monetária deve incidir sobre os valores desde a data do pagamento indevido - por aplicação do entendimento assentado pela Súmula n. 162 do STJ - com incidência da taxa Selic, aplicável a partir de 1º.01.1996, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995).

11. Apelações desprovidas e remessa oficial provida em parte.”

Sustenta a autora que o acórdão, além de divergir de julgados de outros Tribunais, contrariou os seguintes dispositivos de lei federal:

a) arts. 6º da LICC e 168, I da LC n. 118/2005 - no que diz respeito à prescrição, houve ofensa aos princípios da irretroatividade e do direito adquirido.

Explica a recorrente que o TRF da 4ª Região, aplicando o art. 3º da LC n. 118/2005, considerou prescritas as parcelas anteriores a 10.08.2005, já que o STJ teria considerado aplicável a referida lei complementar para as ações ajuizadas a partir de 09.06.2005.

Defende a tese de que o dispositivo aplicado pelo Tribunal de origem é norma de direito material (e não processual), tendo sido aplicada retroativamente a LC n. 118/2005, uma vez que atingiu fatos geradores ocorridos antes da sua entrada em vigor.

Argumenta que, considerando que o art. 3º da LC n. 118/2005 tivesse validade, sua vigência não afetaria as ações ajuizadas a partir de 09.06.2005, mas tão-somente os fatos geradores e pagamentos antecipados

ocorridos a partir dessa data.

Para configurar o dissídio, colaciona julgado desta Corte no EREsp n. 591.604-DF.

b) art. 354 do CC c.c. arts. 108 e 110 do CTN e art. 39, § 4º da Lei 9.250/1995, no que diz respeito ao ressarcimento do indébito - pagamento por compensações parciais - critério de imputação dos pagamentos nos montantes na dívida da União.

Afirma a recorrente que, condenada a União a restituir o indébito, pretende receber o que tem direito mensalmente, em parcelas, mediante compensação, que se amortizem primeiro os juros da taxa Selic (gerados pelo principal da dívida) e somente após, esgotados tais juros, que se amortize o valor do principal, aplicando-se o art. 354 do CC, por força dos arts. 108 e 110 do CTN.

Alega que o nó górdio refere-se à imputação dos pagamentos parciais no montante da dívida da Fazenda; o que está em jogo é o controle do *estoque* da dívida da União, ou seja, o montante de uma dívida, composta de principal e juros que a Fazenda terá com a empresa e que será paga em parcelas, mensalmente amortizada, mediante a compensação com tributos devidos por ela.

Entende que a decisão relativa a que parcelas amortizar (principal e/ou juros) é que deve ser resolvida, o que não se confunde com a compensação.

Aduz que a relação jurídica obrigacional controvertida é aquela que tem a recorrente como credora e a Fazenda como devedora e por isso, o Tribunal, ao afastar a aplicação do art. 354 do CC, negou-lhe vigência.

Afirma inexistir na lei tributária, ordinária ou complementar, disciplina quanto ao critério de imputação do pagamento parcial da dívida do sujeito ativo, quando a amortização do indébito é parcial (compensações ou pagamentos parcelados), havendo previsão apenas no art. 163 do CTN quanto à imputação do pagamento de débitos do sujeito passivo.

Sustenta que a lacuna existente apenas na legislação tributária não pode ser suprida por instrumentos administrativos por ferir o princípio da legalidade.

Após discorrer longamente sobre o tema, traz à colação julgado desta Corte no REsp n. 665.871-SC.

A Fazenda Nacional, por sua vez, aponta ofensa ao art. 74 da

Lei n. 9.430/1996 (com a redação dada pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003), sustentando que houve substancial alteração na sistemática de compensação de tributos com as leis novas, ficando superada a possibilidade de autolancamento (autocompensação), sem a devida informação à Receita. E isto porque a compensação deve se realizar mediante entrega de declaração informando os créditos utilizados e os débitos compensados.

Conclui não ser mais possível, após a Lei n. 10.637/2002, a autocompensação na própria escrita fiscal.

Para configurar o dissídio, colaciona julgados desta Corte, em especial o EREsp n. 488.992-MG.

Com contra-razões, subiram os autos, admitidos os especiais na origem.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): -

Da prescrição

A jurisprudência do STJ, em relação à prescrição dos tributos lançados por homologação, oscilou durante algum tempo, assumindo as seguintes posições:

1ª etapa - o Fisco tem até cinco anos para homologar o seu crédito e mais cinco para exigí-lo, na ausência de homologação. Por um raciocínio simplista, inaugurou-se a tese dos *cinco mais cinco*, contando-se dez anos a partir do fato gerador (os cinco primeiros anos, prazo decadencial, e os cinco restantes, prazo prescricional). Nesse sentido, dentre outros precedentes, citam-se os seguintes julgados: REsp n. 75.006-PR, REsp n. 69.233-RN, EREsp n. 43.502-RS, REsp n. 266.889-SP, AgRg/AG n. 317.687-SP, AgRg/REsp n. 256.344-DF e REsp n. 250.753-PE;

2ª etapa - inicia-se o prazo prescricional a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Esta posição abrigava variantes, no que se refere ao termo *a quo*: data do julgamento, do trânsito em julgado ou do ajuizamento da ação. Advirta-se que não importa, para os adeptos desta tese, se a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em

controle difuso ou concentrado. Daí os precedentes, dentre outros, o REsp n. 220.469-AL, REsp n. 209.903-AL, EREsp n. 43.205-RS e AgRg-REsp n. 252.846-DF;

3ª etapa - no REsp n. 329.444-DF, a Primeira Seção deliberou que o termo *a quo* em comento inicia-se da data do trânsito em julgado no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei pela primeira vez;

4ª etapa - Primeira Seção, no EREsp n. 423.994-MG, realinhou o entendimento para concluir que, quando se tratar de controle difuso, inicia-se a contagem da data da Resolução do Senado e, quando se tratar de controle concentrado, a partir do trânsito em julgado da ADIn.

Finalmente, no julgamento do EREsp n. 435.835-SC, consagrou-se definitivamente a tese dos *cinco mais cinco*, diante das perplexidades causadas pela adoção de outras teses. Portanto, considerando-se que o tributo em tela está sujeito ao chamado *autolanzamento*, o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não havendo prazo fixado em lei para a homologação, ela será de até 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). A extinção do crédito tributário ocorrerá com a homologação e não com o pagamento antecipado, quando então deverá fluir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, inciso I, do CTN. Nesse sentido:

Tributário e Processual. Contribuição previdenciária. Administradores e Autônomos. Prescrição das parcelas. Inocorrência. Precedentes.

Nos tributos lançados por homologação, a prescrição do direito de pleitear sua restituição ou compensação só ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. Este o entendimento consagrado nas duas Turmas da Primeira Seção do STJ.

Declarada a inconstitucionalidade da exação, sua exclusão do ordenamento jurídico ocorreu desde quando instituída. Assim, não há falar em prescrição das parcelas recolhidas mas, sim, da própria ação que, na hipótese, não ocorreu devido à data do seu ajuizamento.

Recurso especial conhecido, porém, improvido.

(REsp n. 199.703-CE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ 18.10.1999, pág. 224)

Tributário. Compensação. Correção monetária. Prescrição.

Temas pacificados no STJ.

- Em tema de compensação, a correção monetária, segundo reiterado entendimento do STJ, deve ser calculada tendo como indexador o IPC, para o período de março/1990 a janeiro/1991; o INPC, relativamente ao de fevereiro/1991 a dezembro/1991; e, com base na UFIR, a partir de janeiro de 1992.

- O índice de janeiro de 1989 é de 42,72% (REsp. n. 43.055-0-SP).

- “No lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear sua restituição se dá após o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita” (grifo nosso)

(REsp. n. 206.503-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ 02.08.1999, pág. 159).

Tributário - Repetição de indébito - Adicional do Imposto de Renda - Decadência - Termo inicial - Juros moratórios - Percentual e termo *a quo* - CTN, arts. 161 e 167 - Súmula n. 188-STJ - Precedentes.

- Sendo o Adicional do Imposto de Renda espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, a decadência do direito de pleitear a restituição só ocorrerá após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais 5 anos, contados da homologação tácita, já que não houve homologação expressa.

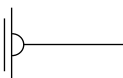
- Tratando-se de repetição do indébito tributário, os juros moratórios são devidos no percentual de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença.

- Recurso provido parcialmente.

(REsp n. 153.513-RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ 22.05.2000, pág. 94).

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de Renda. Férias, Licenças-Prêmio e Abonos-Assiduidade. Verbas indenizatórias. Não incidência. Prescrição. Acórdão recorrido em dissonância com a orientação desta Turma. Honorários. Fixação aquém do mínimo legal. Possibilidade. Precedentes.

- Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito desta Primeira Turma, o prazo para que seja pleiteada a restituição do imposto de renda incidente sobre valores referentes a verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos,



contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo.

- A fixação dos honorários advocatícios em percentual inferior ao mínimo estabelecido pelo § 3º, art. 20, do CPC, quando sucumbente é a Fazenda Pública, porquanto não se trata de um ente concreto, mas sim da própria comunidade, representada pelo governante, merecendo, portanto, tratamento especial.

- Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 329.833-DF, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime, DJ 22.04.2002, pág. 164).

Observo, por fim, que a Corte Especial do STJ, em 06.06.2007, na Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp n. 644.736-PE, acolheu o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.107, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005.

Da Compensação

O Tribunal de origem, após distinguir a sistemática de compensação na forma das Leis n. 8.383/1991, 9.430/1996 e 10.637/2002, assim se posicionou (fl. 230):

“A Lei n. 9.430/1996 não derogou o art. 66 da Lei n. 8.383/1991, no que se refere aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal. O contribuinte pode escolher o regime que lhe convier, pois, inexistindo antagonismo entre ambos, sua coexistência é admissível. O que é absolutamente vedado é mesclar elementos dos dois. O provimento judicial, portanto, limita-se a declarar o direito do contribuinte a realizar a compensação, seja nos moldes da Lei n. 8.383/1991, seja de acordo com a Lei n. 9.430/1996, sem que isso implique antecipação ou substituição do juízo administrativo. Obviamente que, optando o contribuinte pelo regime da Lei n. 8.383/1991, deve compensar o crédito com prestações vincendas de tributo da mesma espécie e destinação constitucional, a partir do

trânsito em julgado. Se escolher pelo sistema da Lei n. 9.430/1996, pode compensar com qualquer tributo ou contribuição arrecadado pela Receita Federal, porém deve apresentar declaração na via administrativa e submeter-se às regras postas na Lei, inclusive a que proíbe a utilização do crédito antes do trânsito em julgado da sentença.”

Embora reconheça o TRF da 4ª Região que, na vigência da Lei n. 10.637/2002, imprescindível a declaração de compensação por meio de procedimento administrativo adequado (DCOMP), não sendo suficiente a mera informação na DCTF, concluiu que o contribuinte poderia escolher o regime que lhe conviesse, sendo vedado mesclar elementos dos dois regimes.

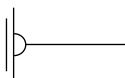
Data venia, discordo da conclusão adotada pelo Tribunal de origem, por entender, na mesma linha de argumentação da Fazenda Nacional, que o regime da Lei n. 8.383/1991 foi revogado pela Lei n. 9.430/1996, alterada pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2002. Pela legislação pertinente o contribuinte não pode optar por qualquer um dos regimes de compensação, por incidir na espécie a lei vigente ao seu tempo.

Na hipótese dos autos tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado em agosto/2005 (objetivando o reconhecimento do pagamento indevido a título de Cofins, na forma da Lei n. 9.718/1998 e, conseqüentemente, a compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal), quando já em vigor a legislação que alterou substancialmente a sistemática da compensação, abolindo a autocompensação e determinando que ela se processasse através de DCOMP.

A jurisprudência desta Corte tem encaminhado a questão da forma retratada nos arestos seguintes:

“Tributário. Compensação. Pis e Tributos de diferente espécie. Sucessivos regimes de compensação. Aplicação do direito superveniente. Inviabilidade em razão da incompatibilidade com a causa de pedir.

1. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei n. 8.383/1991, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie.



2. A Lei n. 9.430/1996 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, após a análise de cada caso, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto n. 2.138/1997), com relação aos tributos sob administração daquele órgão.

3. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei n. 10.637/2002, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

4. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar n. 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

5. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei n. 10.637/2002, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (ressalva dos grifos)

6. É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.

7. Assim, tendo em vista a causa de pedir posta na inicial e o regime normativo vigente à época da postulação (1995), é de se julgar improcedente o pedido, o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os

requisitos próprios.

8. Embargos de divergência rejeitados.

(EREsp n. 488.992-MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 07.06.2004 p. 156)

Compensação. Tributos de diferentes espécies. Sucessivos regimes de compensação. Aplicação retroativa ou exame da causa à luz do direito superveniente. Inviabilidade. Juros de Mora.

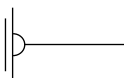
1. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei n. 8.383/1991, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie.

2. A Lei n. 9.430/1996 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, após a análise de cada caso, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto n. 2.138/1997), com relação aos tributos sob administração daquele órgão.

3. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei n. 10.637/2002, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

4. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar n. 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

5. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei n. 10.637/2002, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (ressalva



dos grifos).

6. É inviável, no âmbito do recurso especial, não apenas a aplicação retroativa do direito superveniente, mas também a apreciação da causa à luz de seus preceitos, os quais, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.

7. No caso concreto, tendo em vista o regime normativo vigente à época da postulação (2001), não pode ser deferido o pedido de compensação.

8. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

9. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp n. 968.717-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 09.10.2007, DJ 22.10.2007 p. 226)”

Veja-se, no mesmo sentido, o REsp n. 905.337-SP, igualmente da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki.

Da Imputação de Pagamento

No que diz respeito à imputação dos pagamentos nos montantes na dívida da União, para melhor situar a controvérsia e possibilitar a distinção entre a tese advogada pela recorrente e o procedimento adotado pelo Fisco, solicitei à Coordenadoria de Execução Judicial do STJ que, a partir de um exemplo hipotético, elaborasse duas planilhas comparativas, que estão em anexo e ficam fazendo parte integrante do presente voto.

Após analisar ambas as planilhas, verifiquei que, de fato, a tese

posta para apreciação, se adotada, beneficiará o contribuinte, pois a forma de amortização que aqui se propõe lhe é mais favorável, importando na devolução de um valor maior do que, efetivamente, devolvido pelo Fisco pela sistemática usualmente adotada.

Partindo dessa premissa fática, passo a analisar a questão sob o enfoque jurídico, destacando, em primeiro lugar, os argumentos constantes do voto condutor do acórdão *sub examem*:

1) a compensação de indébitos tributários possui procedimento próprio, regido por leis específicas, atualmente pelas Leis n. 10.637/2000 e 10.833/2003, procedimento delegado à autoridade administrativa a quem cabe fiscalizar o encontro de contas efetuado pelo contribuinte;

2) não há na legislação referente à compensação, ou na tributária norma disciplinadora de imputação de pagamento, como há no Código Civil, artigos 354 e 379;

3) o art. 374 do Código Civil estabelecia regras para a compensação de tributos, mas tal artigo veio a ser revogado pela Lei n. 10.677/2003;

4) o art. 1º da Lei n. 4.414/1964 disciplina o pagamento de juros de mora devidos pela administração, o que não se aplica à espécie, porque os juros da taxa Selic são mera atualização monetária dos créditos a compensar;

5) à mingua de legislação específica, descabe imputação de pagamento de créditos e débitos tributários, aplicando-se as regras de direito civil por analogia;

6) a imputação pugnada pelo contribuinte para, primeiro atribuir o pagamento aos juros e à correção monetária, embutidos na taxa Selic para, só depois imputar o pagamento ao principal, não encontra respaldo na lei tributária;

7) ademais, a imputação prevista na lei civil é forma de quitação de dívida, o que não se confunde com a compensação tributária, rigorosamente submetida aos critérios da legislação específica.

A tese da imputação de pagamento em matéria de compensação nunca foi enfrentada nesta Corte. Dois julgados falam de imputação de pagamento, mas ambos são imprestáveis para funcionar como paradigma. É isto porque no Resp n. 951.608-SC, Relator, Ministro Castro Meira, não se conheceu do recurso especial e no REsp n. 665.871-SC, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha tratou-se de imputação de pagamento para efeito de precatório, oportunidade em que ficou assentado:

“Não havendo nenhuma estipulação acerca da destinação do pagamento efetuado por meio do precatório, deve-se, a teor do disposto do art. 993 do CC de 1916, imputar o pagamento primeiramente nos juros e, depois, no capital.”

O precedente, como visto, fala de precatório de pagamento e não do instituto tipicamente tributário - compensação em repetição de indébito.

Vistos os argumentos constantes do acórdão recorrido, vejamos os argumentos do recorrente, destacados em tópicos para melhor elucidação:

1) quando reconhecida a existência de pagamentos indevidos, a União é condenada a restituir os valores recebidos com juros da taxa Selic;

2) se é longa a tramitação da ação de indébito, se o pagamento é parcelado ou se faz por compensação, os juros, frutos do principal, vão se acumulando;

3) o pagamento do indébito é feito de duas formas: ou por pagamento direto, via precatório, ou de forma indireta, via compensação;

4) existindo para compensar débito principal e juros, deve-se aplicar as regras da imputação de pagamento, como estabelecido está no Código Civil, diante da omissão da legislação tributária;

5) imputação não é forma de quitação, é forma de destino do pagamento;

6) se a compensação é forma de pagamento, aplicam-se todas as demais regras pertinentes do instituto à compensação;

7) no especial são invocados, precedentes do TRF 4ª Região e de julgado da 2ª Turma relativos a pagamentos por precatório, nos quais consagrou-se o entendimento da imputação de pagamento. Nos memoriais ofertados pelo contribuinte recorrente há referência a decisão do Terceiro Conselho de Contribuintes, que decidiu da forma seguinte:

“Finsocial. Restituição. Compensação. Forma de cálculo. Imputação do pagamento. Primeiro os juros depois o capital.

Na imputação de dívida do ente político perante o contribuinte por ocasião da compensação realizada por este aplica-se a regra do artigo 354 do Código Civil que diz: havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.”

(Recurso Voluntário n. 136.125, Relator Cons. Marcial Eder

Costa, sessão de 23.05.2007, acórdão n. 303-34.344).

Refletindo sobre o tema faço os seguintes destaques, respaldada na lei e na doutrina:

a) o art. 170 do CTN dispõe que *a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública;*

b) a compensação tributária depende de regras próprias e específicas, não se aplicando as regras genéricas do Código Civil que, prioritariamente, destinam-se a regular as relações de Direito Privado; tanto é verdade que, anteriormente à Lei n. 8.383/1991, o Código Civil já regulava o instituto da compensação (art. 1.009 e seguintes do CC/1916) e, no entanto, não era possível, com base na lei geral, pretender a compensação tributária;

c) se as leis tributárias não prevêm a forma de imputação do pagamento, não se pode aplicar analogicamente o art. 354 do CC/2002;

d) inexistente dispositivo no Código Tributário Nacional que determine a aplicação subsidiária do Código Civil;

e) o legislador ordinário, inicialmente, ao instituir o novo Código Civil, fez inserir naquele diploma dispositivo específico determinando que a compensação das dívidas fiscais e parafiscais seria regida pelo disposto no Capítulo VII. Entretanto, tal norma foi revogada pela Lei n. 10.677, de 22.05.2003, logo após a entrada em vigor do CC/2002; e

f) inexistente lacuna legislativa *in casu*, mas silêncio eloquente do legislador que não quis aplicar à compensação de tributos indevidamente pagos as regras do Direito Privado.

Não há, portanto, qualquer ofensa ao art. 354 do CC/2002 ou aos arts. 108 e 110 do CTN.

g) na discussão sobre a natureza jurídica da compensação, tida para alguns como de fundamento constitucional, acabou por prevalecer o entendimento de que inexistente direito constitucional à compensação, tratando-se de simples forma de operar-se a devolução, a qual só ocorre se houver lei autorizadora e dentro dos limites e condições legalmente estipulados;

h) há nos autos grande equívoco por parte do recorrente, quando afirma tratar-se de cômputo de juros como acessório do principal, os frutos civis. Em verdade, no indébito não há juros frutos e sim juros de mora,

pelo atraso, os quais estão embutidos na taxa de atualização monetária, de tal forma que, aplicando-se a taxa Selic, não mais se fala em juros. Tal sistemática praticamente inviabiliza a imputação de pagamento, porquanto haver-se-ia de apontar como pagamento em primeiro lugar os juros e a correção monetária que estão acopladas.

A tese, na primeira instância, tem sido rechaçada com plausíveis argumentos, como por exemplo o expresso na sentença proferida pelo Federal Adriano Copetti, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 2005.72.03.000671-9, impetrado por empresa representada pelo mesmo advogado que subscreve o presente recurso especial:

“Aliás, cabe observar que, em face da natureza híbrida da taxa Selic (juros e correção monetária), o procedimento do Erário afigura-se mais consentâneo ao Direito, na medida em que a citada taxa também exprime valores atinentes ao montante principal, mercê de sua feição indexadora. Por isso, nada mais justo que valores recompostos pela Selic sejam confrontados com aqueles relativos ao principal.

Deveras, a essência e o emprego da taxa Selic implicam considerar o montante tributário como uno e juridicamente indivisível, para efeito de imputação em seu pagamento. Essa visualização do fenômeno em debate tende a ficar esmaecida quando se está diante de uma série de créditos e débitos, concernentes a épocas diversas, como no caso dos autos. Inobstante, a assincronia entre as contas não infirma o apanágio de unicidade do montante tributário. Daí estar correto o Fisco quando, para preservar a indivisibilidade do crédito tributário, elabora sistemática fulcrada na matemática financeira que possibilite a compensação e, ao mesmo tempo, obedeça à imputação proporcional.”

Diante das premissas, entendo que não há espaço para aplicar-se a imputação de pagamento, figura própria do Direito Civil e só aplicável em matéria tributária quando expresso em lei especial.

A propósito, os precedentes da Corte que afirmam ser pertinente imputar-se o pagamento pelas regras da lei civil aos precatórios não são aplicáveis, porque não se confunde precatório - requisição de pagamento -, com compensação.

O precedente do Terceiro Conselho de Contribuintes, ao adotar

como regra, em aplicação analógica, o art. 354 do Código Civil utilizou-se dos mesmos precedentes do STJ, que estou a considerar inservíveis, por reportarem-se a precatório e não a compensação.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial da empresa, para reformar o acórdão apenas no que diz respeito à prescrição, e provejo o recurso da Fazenda Nacional, para determinar que a compensação se proceda na forma do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, com a redação dada pelas leis posteriores.

É voto.