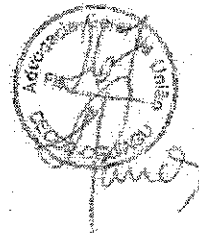




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER Nº 166 /2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO: 00002.003361/95-22

INTERESSADO: Val Service Comércio, Transporte e Prestação de Serviços LTDA

ASSUNTO: Encaminha aviso 313, de 19.08.03, do MF, sobre créditos da massa falida de Val Service Comércio, Transporte e Prestação de Serviços LTDA

CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE VALORES ATRASADOS. NECESSIDADE DE SE PROCEDER À CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. SITUAÇÃO QUE NÃO AFASTA O DEVER DE CORRIGIR OS VALORES A SEREM PAGOS. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO. PRECEDENTES DO STJ E TCU. LEI 10192/01 E DECRETO 1110/94. VEDAÇÃO LEGAL À INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO. POSSÍVEL ILEGALIDADE DO DECRETO, MAS NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA HIERAQUIA QUE INFORMA A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS.

I- A correção monetária destina-se apenas a promover a recomposição do valor da moeda. Não representa um *plus*.
II- O pagamento de valores atrasados sem a referida correção geraria o enriquecimento sem causa do ente público.

III- Existência do dever de se proceder à correção dos atrasados, ainda que não haja previsão contratual.

IV- Entendimento que é esposado por relevante segmento doutrinário, pelo Tribunal de Contas da União, e pela jurisprudência sedimentada do STJ.

V- Vedação legal à incidência de correção monetária em período inferior a um ano. Lei 10192/01 e Decreto 1110/94.

VI- Aparente ilegalidade do Decreto, que estende a vedação da Lei às hipóteses de atraso no pagamento pela Administração Pública.

VII- O Decreto consubstancia manifestação do Presidente da República, no desempenho de sua função de orientar e dirigir a Administração Federal.

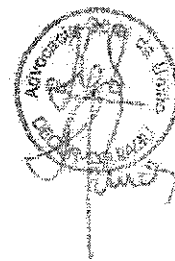
VIII- Impossibilidade de o Advogado Público, sob a alegação de ilegalidade, afastar comando exarado em Decreto. Princípio da hierarquia.

IX- Impossibilidade do pagamento de correção monetária na quitação com atraso de débitos referentes a contratos administrativos, em período inferior a um ano.

X- Entendimento que se coaduna com o encampado pelo TCU e se afasta do defendido pelo STJ.

XI- Incompatibilidade entre a Lei 10192/01 e o Decreto 1110/94, que justificaria a alteração pontual do mesmo.

Senhor Coordenador-Geral de Orientação Substituto,



1. O presente processo administrativo tem por objeto o pedido de elaboração de Parecer a respeito da existência ou não do dever de se proceder à correção monetária de valores pagos pela União com atraso, nos casos em que o contrato administrativo respectivo não contenha cláusula que preveja a referida correção.

2. Na COTA de fls. 263/265, o Departamento de Assuntos Extrajudiciais, órgão ao qual foi inicialmente distribuído o presente processo, determinou o encaminhamento dos autos a este DECOR, com fulcro no art. 9º, I, *a* e *b*, do Ato Regimental nº 5/2007, afirmando tratar-se de situação em que existe divergência de posicionamentos entre os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

3. O tema já foi analisado pelo DEAEEX, cujo entendimento fora exarado na NOTA nº 52/2009/DEAEEX/CGU/AGU-MGQ (fls. 230-232), aprovada pelo Consultor-Geral da União (fl. 234). Nesta ocasião, considerou-se que a correção monetária dos valores pagos com atraso não deveria ocorrer nos casos em que não existe previsão contratual nesse sentido, tendo em vista a ausência de legislação impondo/autorizando seu cumprimento. Entendeu-se, portanto, que atuar de forma diversa representaria violação ao princípio da legalidade. Ademais, no caso submetido à análise, ressaltou-se a ausência da previsão dos referidos gastos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

4. No mesmo sentido manifestou-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no PARECER PGFN/CJU/Nº 674/2007, de fls. 179/192.

5. Por sua vez, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, instada a analisar a matéria, considerou, no âmbito da NOTA/MP/CONJUR/AVS/Nº 8-4.3.17/2010 (fls. 237/238), que, mesmo na omissão do termo de convocação ou contrato administrativo, é devida correção monetária quanto à parcela paga em atraso nos contratos com duração superior a um ano, em função do princípio geral que veda o enriquecimento sem causa. Ademais, ressaltou-se que o índice de correção a ser eleito deveria corresponder àquele que melhor reflita a realidade do período e as peculiaridades da avença. Saliou-se, ainda, a impossibilidade do estabelecimento da Taxa Referencial - TR como parâmetro, eis que não refletiria a compensação pela mora. Por fim, reportou-se às orientações exaradas no PARECER/MP/CONJUR/JAR/Nº 265-4.3.14/2007 (fls. 240/259).

6. É o relatório. Passa-se a opinar.



7. Inicialmente, cumpre destacar que, como ressaltado pelo Departamento de Assuntos Extrajudiciais, a competência deste DECOR para dirimir a controvérsia encontra previsão legal nos artigos 9º, I, a e b; 10, I; e 22 do Ato Regimental 5/2007. *In verbis*:

Art. 9º Compete ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à:

- a) uniformização da jurisprudência administrativa;
- b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e

Art. 10. Integram o DECOR:

I - a Coordenação-Geral de Orientação, à qual incumbe:

- a) atuar na orientação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico para a correta aplicação da Constituição, das leis e demais atos normativos; e
- b) atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas;

Art. 22. As controvérsias de interpretação entre os Núcleos de Assessoramento Jurídico, entre eles e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes, ou entre eles e as demais unidades da Advocacia-Geral da União, deverão ser encaminhadas ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR.

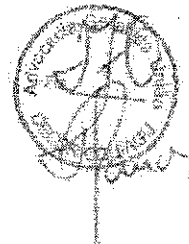
Parágrafo único. Outras questões jurídicas controvertidas e relevantes, ainda que circunscritas a um único Núcleo, deverão ser encaminhadas ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR.

8. Passa-se, então, à análise do mérito da consulta efetuada.

9. Faz-se necessário salientar, primeiramente, que a correção monetária, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹, corresponderia à simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão somente passa a ser expresso por números diferentes.

10. Em outras palavras, a correção monetária destinar-se-ia apenas a promover a recomposição da moeda, cujo valor pode estar desfalcado em razão do atraso do pagamento.

¹ Curso de Direito Administrativo, 22ª Ed, p. 612.



11. Sobre a função da correção monetária, assim manifestou-se o E. STJ:

"(...)

II - Consoante reiteradamente afirmado por esta Corte, a correção monetária não constitui acréscimo, mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, impondo-se como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento se causa. Agravo a que se nega provimento." (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 556257 Processo: 200301839673 UF: RS Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 16/11/2004 Documento: STJ000582752 Fonte DJ DATA:06/12/2004 PÁGINA:289 REPDJ DATA:21/02/2005 PÁGINA:171 Relator(a) CASTRO FILHO)

"(...) A CORREÇÃO MONETARIA NÃO TRADUZ ACRESCIMO, MAS MERA ATUALIZAÇÃO DO VALOR DA MOEDA CORROIDA PELA VIOLENTA INFLAÇÃO QUE ASSOLA NOSSA ECONOMIA. (...)" (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 50663 Processo: 199400197284 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 14/12/1994 Documento: STJ000080763 Fonte DJ DATA:20/02/1995 PÁGINA:3156 Relator(a) CESAR ASFOR ROCHA)

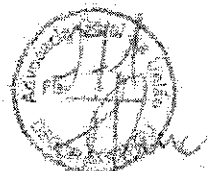
12. Da leitura dos julgados supratranscritos, percebe-se que a aplicação da correção monetária impediria que o credor recebesse menos do que o devido, em virtude da erosão da moeda, e que o credor se enriquecesse indevidamente, beneficiando-se da própria mora.

13. Ademais, Bandeira de Mello ressalta que o pagamento de valores atrasados sem que se procedesse à sua correção representaria violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

14. Dessa forma, por entender que a correção monetária não consubstancia um *plus*, mas diz respeito à mera recomposição do poder aquisitivo da moeda, mantendo as condições do valor devido ao longo do contrato, o i. administrativista considera que ela deve incidir sobre os valores pagos em atraso pelo Poder Público, referentes inclusive a contratos administrativos que não contenham cláusula expressa prevendo sua aplicação.

15. No mesmo sentido, posiciona-se Marçal Justen Filho².

² Licitações e Contratos Administrativos, 10ª Ed., p. 391/392



16. Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em determinar a correção monetária das verbas a serem pagas pela União com atraso, mesmo nos casos em que o contrato administrativo do qual deriva o dever de pagar não preveja expressamente tal situação. Atente-se, exemplificativamente, aos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA.

1. "A submissão dos contratos administrativos às cláusulas nele estabelecidas, como prevê o art. 44 do Decreto-Lei 2.300/86, não exime a Administração de pagar com correção monetária as parcelas em atraso, ainda que omissas a respeito do contrato. O descumprimento da avença, no caso, se deu pelo atraso do pagamento, e não pela incidência da correção monetária, que nada mais é do que a recomposição do valor real da moeda" (REsp 599.851/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 09.05.05).
2. "Pagamento em atraso, feito pelo Poder Público, só o libera quando integralmente pago, incluindo-se na integralidade os consectários legais e a correção monetária" (REsp 202.912/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Eliana Calmon, DJU de 12.06.00).
3. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (REsp 917309/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 02/08/2007)

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - CONTRATO ADMINISTRATIVO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - PAGAMENTOS EFETUADOS COM ATRASO - DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA - EXCEÇÃO A DETERMINADO PERÍODO, POR FORÇA DE PREVISÃO CONTRATUAL - INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - SÚMULA 5/STJ - OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA - JUROS MORATÓRIOS DEVIDOS A PARTIR DA CITAÇÃO.

1. Não se admite recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. Súmula 211/STJ.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. Esta Corte tem pacífico entendimento no sentido de ser devida a correção monetária em razão do pagamento de parcelas em atraso pela Administração, independente de expressa previsão contratual nesse sentido.
4. Havendo expressa previsão contratual afastando a correção monetária decorrente de atraso no pagamento para determinado período, por livre acerto entre as partes, torna-se impositiva a aplicação do princípio pacta sunt servanda.
5. É inviável o conhecimento do recurso especial quando o acolhimento da pretensão depender da interpretação de cláusulas contratuais. Incidência da Súmula 5/STJ.
6. Os juros moratórios, em se tratando de obrigação ilíquida, devem incidir a partir da citação.
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1178903 / DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 20/04/2010)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 884 E 886 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E

356 DO STF. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO.

DA OBRIGAÇÃO. TERMO INICIAL - ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993.

1. Não ocorre a violação do disposto nos artigos 884 e 886 do Código Civil



de 2002, visto que os dispositivos legais invocados não foram objeto de manifestação do acórdão combatido, restando ausente o requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso especial. Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Todavia, o recurso quanto ao dissídio jurisprudencial (alínea "c") tem melhor sorte, pois o termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve dar-se nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) – e a data do efetivo pagamento.

3. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária A PARTIR DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito. Precedente.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.
(REsp 1148397/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 24/11/2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. RESSARCIMENTO. MESMO NÃO ESTANDO PREVISTO NO CONTRATO. INDEPENDENTEMENTE DE QUITAÇÃO. É DEVIDA A CORREÇÃO MONETÁRIA DAS QUANTIAS PAGAS EM ATRASO. PRECEDENTES. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Esta Corte tem pacífico entendimento no sentido de ser devida a correção monetária em razão do pagamento de parcelas em atraso pela Administração, independente de expressa previsão contratual nesse sentido.

3. A quitação genérica e sem ressalva de importâncias recebidas não impede que o credor reclame judicialmente o pagamento de correção monetária em razão do pagamento em atraso de parcelas. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag 1032723/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 09/12/2008)

ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO VERIFICADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE CRITÉRIO DE MEDIÇÃO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. ATRASO NO PAGAMENTO. ILÍCITO CONTRATUAL. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. INEXISTÊNCIA NO CONTRATO DE CLÁUSULA, PREVENDO A DATA PARA O PAGAMENTO DO PREÇO AVENÇADO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E O CONSEQÜENTE PREJUÍZO ECONÔMICO PELO ATRASO. OBSERVÂNCIA DO VALOR REAL DO CONTRATO.

1. A mora no pagamento do preço avençado em contrato administrativo, constitui ilícito contratual. Inteligência da Súmula 43 do STJ.

2. A correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenham previsto, resulta da integração ao ordenamento do princípio que veda o enriquecimento sem causa e impõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3. O TERMO INICIAL PARA A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PÚBLICA, NA HIPÓTESE DE ATRASO NO PAGAMENTO, NÃO CONSTANDO DO CONTRATO REGRA QUE ESTIPULE A DATA PARA O EFETIVO PAGAMENTO DO PREÇO AVENÇADO, DEVERÁ CORRESPONDER AO 1º (PRIMEIRO) DIA ÚTIL DO MÊS SUBSEQÜENTE À REALIZAÇÃO DA OBRA, APURADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MEDIANTE CRITÉRIO DENOMINADO MEDIÇÃO. Precedentes do STJ (REsp 71127/SP, REsp 61817/SP)

4. O retardamento em pagar medições de obras já efetuadas configura violação do contrato e a inadimplência de obrigação juridicamente pactuada, com conseqüências que se impõem ao contratante público.

5. Recurso conhecido e provido, para reformar o acórdão, modificando o



termo inicial para a incidência da correção monetária para o período de atraso no pagamento.
(REsp 679.525/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 20.06.05);

17. Dessa forma, percebe-se que a jurisprudência consolidada do E. STJ firmou-se no sentido de que é devida a correção monetária das verbas pagas com atraso pela Administração Pública referentes a obrigações decorrentes de contratos administrativos. Mais que isso, considera a C. Corte que o termo inicial para a incidência da correção monetária corresponde ao primeiro dia do atraso no pagamento devido, eis que corresponde ao início do prejuízo com a corrosão da moeda.

18. Nesse sentido, observe-se o entendimento exarado pelo r. Min. Luiz Fux que, ao julgar o Resp. 679.525/SC, assim afirmou:

Deveras, considerando que o atraso no pagamento do preço de contrato administrativo é caracterizado como ilícito contratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária deve ser considerado a data do prejuízo.

O termo inicial da correção monetária, para refletir o real caráter de reposição do valor da moeda conforme ajustado no contrato, refletindo, assim, o equilíbrio que lhe foi determinante, só pode ser a data em que se iniciou o prejuízo do contrato, qual seja a data da verificação in loco, através do ato de medição, da realização da obra.

Este o raciocínio que se depreende da leitura de julgados do Supremo Tribunal Federal, conforme apontam as seguintes trechos colacionados:

- "Correção monetária - Dívida de valor - Termo inicial - A correção disciplinada pela Lei 6.899/81 não elide o anterior entendimento do STF, no sentido do cabimento da atualização monetária da dívida de valor a partir do fato que lhe deu origem." (STF - Ac. unân. da 2ª T. publicado em 10-0-1987, RE 111265-4/SP)

"Execução de obra pública - ilícito contratual - Correção monetária.

Se a Prefeitura recusou-se a pagar a obra pública que mandou executar e recebeu como boa, comete ilícito contratual, cuja reparação reclama ampla correção monetária a partir de quando o agravo patrimonial." (RT) - STF 112, pág. 923]

No corpo do acórdão, acolhido à unanimidade, afirma-se:

-" Aliás, é reiterada e tranqüila a jurisprudência da Corte no sentido de reconhecer que a indenização decorrente de ilícito contratual, caracterizadora de dívida de valor, deve assegurar a plena reparação do desfalque patrimonial, inclusive pela atualização monetária, razão jurídica que dispensa a invocação da Lei 6.899/81."

Evidencia-se que o retardamento em pagar medições de obras já efetuadas configura violação do contrato e a inadimplência de obrigação juridicamente pactuada, com consequências que se impõem ao contratante público.

O Superior Tribunal de Justiça, já enfrentou a tese, assentando na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 61.817/SP, o entendimento segundo o qual em não havendo estipulação de prazo de vencimento no contrato, certo é que os pagamentos não de ser realizados logo após as medições, aplicando-se o artigo 952 do Código Civil, segundo o qual, não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor poderá exigi-lo imediatamente. No mesmo sentido o Recurso Especial nº 71.127/SP.



19. Outrossim, é de se ressaltar, ainda, que o inadimplemento contratual consistente no descumprimento da cláusula referente ao tempo do pagamento consubstancia ilícito apto a atrair a incidência do Enunciado nº 43 da Súmula do STJ, aplicável também a questões referentes ao ramo do direito público, como ressaltado pelo i. Min. Luiz Fux, no julgamento do Resp. 679.525/SC. *In verbis*: "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

20. Percebe-se, assim, que a doutrina administrativista e o E. Superior Tribunal de Justiça posicionam-se no sentido de reconhecer como devida a correção monetária de verbas pagas com atraso pela União, referentes a contratos administrativos que não contenham cláusulas prevendo tal correção.

21. Ademais, pautados no entendimento de que a correção monetária não representa um *plus*, mas corresponde à mera recomposição da moeda, e que não se pode tolerar o enriquecimento sem causa da Administração Pública, fixam como termo inicial de sua incidência o início da mora.

22. Aderimos integralmente ao posicionamento supraexposto, que consideramos o mais adequado à matéria e conforme ao sistema constitucional e legal que rege o tema.

23. A *ratio* que o informa, inclusive, foi a mesma que inspirou a edição da Súmula AGU nº 38/2008, com o seguinte teor:

Incide a correção monetária sobre as parcelas em atraso não prescritas, relativas aos débitos de natureza alimentar, assim como aos benefícios previdenciários, desde o momento em que passaram a ser devidos, mesmo que em período anterior ao ajuizamento de ação judicial."

24. Evidentemente, não se pretende aplicar a mencionada Súmula ao caso em tela, eis que a hipótese de incidência da mesma se restringe aos casos que envolvam débitos alimentares e benefícios previdenciários. O mencionado entendimento foi suscitado apenas para demonstrar a semelhança entre as situações discutidas, o que justificaria a aplicação da mesma consequência jurídica a ambas.

25. Entretanto, neste ponto torna-se necessário fazer referência ao entendimento do E. TCU sobre o tema.



26. A C. Corte de Contas entende que a correção monetária é devida nas situações em que a Administração Pública atrasa o pagamento de verbas referentes a contratos administrativos, ainda que inexistente previsão contratual nesse sentido.

1. Observe-se, a título exemplificativo, a decisão proferida por meio do Acórdão 54/2005, da Segunda Câmara, de relatoria do i. Min. Benjamin Zymier:

Número Interno do Documento
AC-0054-02/05-2

Ementa

Auditoria. Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro. Pedido de Reexame de decisão que efetuou determinação, ante a falta de previsão, em edital de licitação, de estipulação de compensação financeira, de penalizações por eventuais infrações contratuais e de descontos por antecipações de pagamentos. Alegação de lacuna da lei de licitações a respeito da matéria. Conhecimento. Negado provimento.

(...)

7. Inicialmente, faz-se relevante tecer algumas considerações sobre o entendimento histórico deste Tribunal quanto à aplicação da alínea "d" do inciso XIV do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993. A jurisprudência deste Tribunal, varia entre ser obrigatória a cláusula no edital (Decisão 108/1999 e 425/2002 - Plenário) ou ser desnecessária (Decisão 454/1998 e 519/1995 - Plenário).

8. As decisões pela obrigatoriedade da cláusula são conduzidas sobretudo por argumentos relativos ao cumprimento do texto da Lei nº 8.666, de 1993. As decisões contrárias são amparadas pela alegação de que o dispositivo tem como fundamento as altas taxas de inflação vigentes à época da publicação da Lei. Como essas altas taxas já não mais existem, não haveria porque prever compensações ou multas por atraso no pagamento.

9. Com as devidas vênias às decisões contrárias, compartilhamos das mesmas opiniões apresentadas nas decisões favoráveis à obrigatoriedade de previsão do dispositivo nos editais de licitação. À medida em que procedermos a análise dos argumentos apresentados pelo responsável, exporemos as razões que nos levam a tal posicionamento.

10. Não assiste razão ao recorrente quanto à alegação de que há uma lacuna legal relativa à matéria. Primeiramente, cabe ressaltar que os institutos da multa, mora e correção monetária não se confundem. O instituto da correção monetária é regido pela alínea "c" do mesmo inciso e artigo em análise. Segundo essa alínea, o edital deve prever critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento. Esse dispositivo é claro. O contratado deve ser amparado quanto à desvalorização da moeda, mesmo diante das atuais taxas de inflação que se mostram relativamente baixas. Saliente-se porém que prevalece atualmente o entendimento de que não cabe atualização monetária em período inferior a um ano, nos termos do art. 2º da Lei nº 10.192/2001, mesmo para a hipótese de atraso de pagamento, em conformidade com os arts. 5º e 10 do Decreto nº 1.110/94.

(...)

O cerne do Recurso interposto pode assim ser resumido:

a) lacuna da lei quanto ao índice de compensação financeira por eventual atraso no pagamento;

b) questões orçamentárias por que passam as Organizações Militares Prestadoras de Serviço da Marinha;

c) incoerência entre o art. 40, XIV, d, da Lei nº 8.666/92, a Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Código Penal, as Leis Orçamentárias Anuais e a Lei nº 8.429/92.

Em relação à alínea "a" retro, entendo que, embora a Lei nº 8.666/93 não tenha estipulado o índice mencionado em seu art. 40, XIV, "d", este deve ser fixado de acordo com o princípio da razoabilidade que norteia a



Administração Pública, princípio esse expresso no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, e com pertinência ao contrato celebrado.

Ademais, deve-se entender o momento inflacionário que vigia ao tempo da sanção da Lei de Licitações (junho/1993), o que poderia inviabilizar a fixação do índice, no próprio texto legal, a ser observado em decorrência do multicitado artigo.

Assim, o índice deve ser fixado pela entidade contratante, sem embargo de o TCU fiscalizar a fixação do mesmo, sob os aspectos da economicidade e legalidade desse ato, com bem destacado pelo eminente Ministro Marcos Vilela em seu Voto condutor da Decisão nº 1334/2002 - Plenário, colacionado pelo Sr. Analista em sua instrução, que integra o Relatório que precede este Voto.

As condições prevendo compensações financeiras em virtude de atraso de pagamento é literal e sua validade não foi questionada até a presente data, motivo por que devem ser observadas quando da elaboração dos editais sujeitos aos ditames do Estatuto de Licitações. Deve-se registrar, inclusive, que o próprio texto constitucional prevê a obrigatoriedade de cláusulas que estabeleçam as condições de pagamento nos contratos administrativos (art. 37, XXI, CF).

(...)

No caso concreto, não há falar em incoerências entre o Estatuto das Licitações e a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Código Penal, as Leis Orçamentárias Anuais, a Lei nº 8.429/92. A previsão no edital do disposto no multicitado art. 40 não possui o condão de serem assumidas obrigações além dos créditos orçamentários previstos. Ao contrário, privilegia as normas de contabilidade pública e os procedimentos relativos às despesas no âmbito da Administração, além de evitar o enriquecimento sem causa da União em detrimento do particular, uma vez que o atraso no pagamento dos ajustes firmados pode gerar ônus para o contratado. Ademais, a existência dessa cláusula, em tese, evita que o licitante insira em sua proposta custo com possível atraso no pagamento por parte da Administração, o que reduziria as propostas dos preços ofertados, em perfeita harmonia com a essência do procedimento licitatório: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Assim sendo, acolhendo os percutientes argumentos da instrução transcrita no Relatório que precede este Voto, considerando que os recorrentes não justificaram o motivo pelo qual não deveria subsistir a determinação no sentido de que o Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro "Preveja no Edital critério de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por antecipações de pagamentos, conforme estabelece o Art. 40, XIV, d" da Lei nº 8.666/93, inserida na Relação nº 34/2002, Ata 45/2002, Sessão de 28.11.2002, da 2ª Câmara, deve-se negar provimento ao presente Pedido de Reexame, mantendo-se inalterados os termos do decisum atacado. Ante o exposto, em linha de concordância com os pareceres uniformes da Secretaria de Recursos, VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

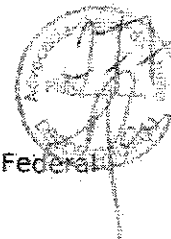
TCU, Sala das Sessões, 27 de janeiro de 2005.

BENJAMIN ZYMLER

Relator

27. Apesar disso, o TCU repudia a incidência de correção monetária em período inferior a um ano, por considerar aplicável à espécie o disposto no art. 2º, da Lei 10192/01, regulamentado pelos arts. 5º e 10 do Decreto 1110/94.

28. A referida Lei dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, e decorre da conversão da MPv nº 2.074-73, de 2001. Por sua vez, o Decreto trata da conversão para a Unidade Real de Valor dos contratos para aquisição de



bens e serviços, em que forem contratantes órgãos e entidades da Administração Federal direta e indireta, além de outros assuntos.

29. Observe-se o teor dos mencionados diplomas normativos:

Lei 10192/01

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

Decreto 1110/94

Art. 5º Nos contratos que contiverem cláusula de atualização monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento, será excluída esta cláusula, quando da conversão para URV, permitida a manutenção de cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma já conste do contrato original, na conformidade das disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

(...)

Art. 10. Os editais de licitação a que se refere o art. 40 da Lei nº 8.666/93 e os atos formais de dispensa ou inexigibilidade de Licitação, expedidos por órgãos e entidades a que se refere o art. 1º, obedecerão às normas contidas neste decreto.

30. Atentando a ambos, assim manifestou-se o R. TCU, respectivamente, no Acórdão 1685/2008-Plenário e na Decisão 1334/2002-Plenário:

Acórdão 1685/2008-Plenário

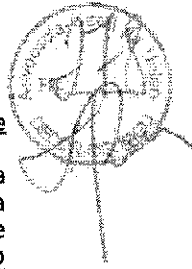
(...)

5. Segundo informações da Saneago, a expectativa é que a barragem e a formação do lago estejam concluídos até o final de 2008, sendo relevante para o cumprimento desta meta parte das determinações sugeridas pela Secex/GO, as quais acolho in totum, exceto no que concerne aos critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

6. Em respaldo a esse entendimento, trago a lume o seguinte excerto, extraído do voto condutor da decisão 1.334/2002-Plenário, da lavra do Ministro Marcos Vilela, OPORTUNIDADE EM QUE FOI REFUTADA A POSSIBILIDADE DE SE ESTIPULAR CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES A SEREM PAGOS, AINDA QUE TENHA OCORRIDO ATRASO NO PAGAMENTO:

"21. (...) COM REFERÊNCIA AO REGIME GERAL DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, PREVALECE ATUALMENTE O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO CABE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO, NOS TEMOS DO ART. 2º DA LEI Nº 10.192/2001 (MEDIDAS COMPLEMENTARES AO PLANO REAL), MESMO PARA A HIPÓTESE DE ATRASO DE PAGAMENTO, DE CONFORMIDADE COM OS ARTS. 5º E 10 DO DECRETO Nº 1.110/94.

22. De acordo com o citado decreto, deveriam ser retiradas dos contratos então vigentes as cláusulas que estipulassem correção monetária por atraso



de pagamento, ou ainda pela concessão de prazo, aplicando-se esse comando aos editais de licitação existentes ou a serem lançados:

"Art. 5º Nos contratos que contiverem cláusula de atualização monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento, será excluída esta cláusula, quando da conversão para URV, permitida a manutenção de cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma já conste do contrato original, na conformidade das disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

(...)

Art. 10. Os editais de licitação a que se refere o art. 40 da Lei nº 8.666/93 e os atos formais de dispensa ou inexigibilidade de Licitação, expedidos por órgãos e entidades a que se refere o art. 1º, obedecerão as normas contidas neste decreto.

Parágrafo único. Nas licitações cujos editais já tenham sido publicados, e que os contratos ainda não tenham sido firmados, o vencedor poderá optar pela assinatura do contrato de conformidade com os atos convocatórios, desde que se comprometa, por escrito, a promover, em seguida, as alterações contratuais previstas neste decreto, podendo a Administração rescindi-lo, sem direito à indenização, caso esse termo aditivo não seja assinado pelo contratado."

23. Assim, não é permitida a estipulação de atualização monetária ainda que para a hipótese de atraso de pagamento, sendo autorizada, para essa finalidade, a utilização de taxa nominal de juros moratórios." (sublinhado não consta no original)

(...)

Decisão 1334/2002-Plenário

(...)

13. Por isso, foi determinado à CBTU, pela Decisão nº 978/2001-Plenário, que "em caso de adoção de cláusula compensatória por atraso de pagamento, em seus editais e contratos, passe a observar as práticas correntes adotadas pela Administração Pública, evitando a inclusão de taxas que não se coadunem com tais usos". No mesmo sentido já havia se pronunciado este Tribunal na Decisão nº 930/2001-Plenário.

14. Todavia, conforme a Secex/MG, permanece a dúvida para a CBTU sobre qual taxa deveria ser utilizada, dado que não há uniformidade na Administração Pública nesse assunto. De fato, da comparação de uma pequena parcela de editais e contratos promovidos por órgãos e entidades públicas, levada a efeito pela unidade técnica, fica claro o uso de taxas variadas e, até mesmo, na maioria dos casos, a inexistência de estipulação de taxa.

15. Teoricamente, por se tratar de taxa exigível da administração pública, a fixação no menor índice possível seria proveitosa para o erário. No entanto, ao lado de não se constituir uma medida justa para com o particular, que não recebe a tempo a sua remuneração pelos serviços prestados, existe a possibilidade do efeito adverso comentado pela Secex/MG, consistente no embutimento da expectativa de perda por atraso nos preços ofertados na licitação.

16. Depois de estudar a legislação aplicável à matéria, a Secex/MG chegou à conclusão de que, para o regime geral de contratos administrativos, a Administração Pública deve estabelecer com o contratado, a título de compensação financeira por atraso de pagamento, a incidência de uma taxa nominal fixa de juros, sem previsão de atualização monetária. Na estimação dessa taxa, poderia utilizar-se dos índices de inflação programada, definidos pelo Conselho Monetário Nacional.

17. No caso de contratos custeados com recursos de organismos internacionais, cujos regulamentos prevejam a incidência de taxas de juros comerciais quando do atraso de pagamento, poderia ser empregado diretamente algum índice de atualização monetária, referente à expectativa inflacionária, combinado com uma taxa de juros fixa. Alternativamente, seria facultado também o uso de somente uma taxa de juros real fixa, fundada na previsão de inflação.

18. Em que pese o esforço dedicado pela Secex/MG ao assunto, não considero conveniente que este Tribunal venha a orientar a Administração



Pública na fixação de um piso ou de um teto para a taxa de juros por atraso de pagamento contratual. Essa é uma tarefa que incumbe à contratante desempenhar, segundo o art. 40, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93, sem contar que os juros são ditados por regras de mercado e variam conforme o momento e as circunstâncias que envolvem a contratação. Não vejo, por conseguinte, motivos para transferir ao Tribunal essa responsabilidade.

19. Isso, evidentemente, não impede que o Tribunal policie a fixação desses juros contratuais, pelos aspectos da legalidade e da economicidade, conferindo a razoabilidade dos percentuais assumidos. Deve a entidade contratante, como de resto em toda a atividade administrativa pública, justificar a taxa escolhida, de modo que não seja inexpressiva para o contratado nem onerosa para o erário. Se os juros são excessivos, cumpre ao Tribunal determinar a sua repactuação, como, aliás, fez na Decisão nº 930/2001-Plenário.

20. De outro lado, a meu ver também não é válido o uso de metas de inflação como parâmetro para a fixação da taxa de juros a ser empregada na hipótese de atraso de pagamento. No pensamento da unidade técnica, essa taxa seria prefixada com base na expectativa de inflação, de modo que, ao se congelar o índice respectivo, não se estaria tratando de indexar as obrigações de pagamento, para efeito de compensar perdas inflacionárias efetivas, que é o que a lei proíbe. Exemplificando, se a expectativa de inflação anual é de 6%, esse percentual será fixado como taxa de juros reais, e não o próprio índice inflacionário (IPCA, INPC etc.), que no futuro representará outro número.

21. NESTE PONTO, CABE REMEMORAR A LEGISLAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA, COM REFERÊNCIA AO REGIME GERAL DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, PREVALECE ATUALMENTE O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO CABE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO, NOS TEMOS DO ART. 2º DA LEI Nº 10.192/2001 (MEDIDAS COMPLEMENTARES AO PLANO REAL), MESMO PARA A HIPÓTESE DE ATRASO DE PAGAMENTO, DE CONFORMIDADE COM OS ARTS. 5º E 10 DO DECRETO Nº 1.110/94.

22. DE ACORDO COM O CITADO DECRETO, DEVERIAM SER RETIRADAS DOS CONTRATOS ENTÃO VIGENTES AS CLAUSULAS QUE ESTIPULASSEM CORREÇÃO MONETÁRIA POR ATRASO DE PAGAMENTO, OU AINDA PELA CONCESSÃO DE PRAZO, APLICANDO-SE ESSE COMANDO AOS EDITAIS DE LICITAÇÃO EXISTENTES OU A SEREM LANÇADOS:

"Art. 5º. Nos contratos que contiverem cláusula de atualização monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento, será excluída esta cláusula, quando da conversão para URV, permitida a manutenção de cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma já conste do contrato original, na conformidade das disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (...)

Art. 10. Os editais de licitação a que se refere o art. 40 da Lei nº 8.666/93 e os atos formais de dispensa ou inexigibilidade de Licitação, expedidos por órgãos e entidades a que se refere o art. 1º, obedecerão as normas contidas neste decreto.

Parágrafo único. Nas licitações cujos editais já tenham sido publicados, e que os contratos ainda não tenham sido firmados, o vencedor poderá optar pela assinatura do contrato de conformidade com os atos convocatórios, desde que se comprometa, por escrito, a promover, em seguida, as alterações contratuais previstas neste decreto, podendo a Administração rescindi-lo, sem direito à indenização, caso esse termo aditivo não seja assinado pelo contratado."

23. Assim, não é permitida a estipulação de atualização monetária ainda que para a hipótese de atraso de pagamento, sendo autorizada, para essa finalidade, a utilização de taxa nominal de juros moratórios.

24. Um pouco diferente, conquanto conduza à mesma conclusão anterior, é a análise para o caso de contratos administrativos custeados com recursos de organismos internacionais, porque o art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93 admite que as condições contratuais tenham por referência os procedimentos adotados por essas entidades.

25. Especificamente, os regulamentos do BIRD prescrevem a aplicação nos contratos de uma "taxa de juros para empréstimos comerciais". Por isso, da mesma maneira que para o regime geral de contratos administrativos, não percebo a possibilidade de utilização de índices de atualização monetária. Como diz o regulamento, deve ser pactuada uma taxa de juros fixa.



26. Penso que o emprego de taxas de juros vinculadas à inflação, ainda que prefixadas com base nas suas metas, desvirtua um dos objetivos do Plano Real, o de desindexar a economia em operações de curto prazo. CONFORME A LEI Nº 10.192/2001, SÓ É PERMITIDA, EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO, A CORREÇÃO MONETÁRIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS, DE DÉBITOS RESULTANTES DE DECISÃO JUDICIAL E DO PASSIVO DE EMPRESAS E INSTITUIÇÕES SOB OS REGIMES DE CONCORDATA, FALÊNCIA, INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Pode ainda a correção de débitos de ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais (resolução do contrato em perdas e danos), que não se confunde com a mora.

27. Também, do ponto de vista conceitual, não tem cabimento associar juros à correção monetária. Os juros visam remunerar o capital, enquanto a correção pretende recompor o valor da moeda. Suas funções não devem ser misturadas, pois não mantêm exata paridade de variação no tempo.

28. Das razões expostas, suponho que possa ser recomendado à CBTU, apenas, a utilização em seus contratos de taxas de juros moratórios aceitáveis para as partes contratantes, computados de forma simples (e não composta) e pro rata tempore-die.

(...)

31. No nosso entendimento, a aplicação do art. 2º da Lei 10192/01 a espécie consubstancia grave equívoco. Ao analisar o citado dispositivo, concluímos que não se refere à hipótese ora discutida, referente ao atraso de pagamentos, mas à estipulação da correção monetária em contratos de execução continuada ou diferida *nos casos de adimplemento da obrigação*.

32. De fato, considerá-lo aplicável à situação submetida à análise importaria em afastar todas as premissas que sustentam o raciocínio aqui desenvolvido, eis que implicaria em admitir o enriquecimento sem causa do Poder Público pelo prazo de até um ano, a partir de quando as verbas atrasadas deveriam ser corrigidas, o que não se coaduna com ditames lógicos.

33. Nesse ponto, afastamo-nos do entendimento exarado pelo E. TCU, no julgamento acima transcrito, e filiamo-nos àquele perfilhado pelo C. STJ e por Celso Antônio Bandeira de Mello.

34. Entretanto, apesar de considerarmos que a melhor interpretação da norma decorrente do §1º, do art. 2º da Lei 10192/01 faz com que não haja sua incidência nas hipóteses em que a Administração Pública quita seus débitos a destempo, não se pode perder de vista que tal interpretação contraria frontalmente o que foi disposto de forma literal no art. 5º, do Decreto 1110/94³.

³Art. 5º Nos contratos que contiverem cláusula de atualização monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento, será excluída esta cláusula, quando da conversão para URV, permitida a manutenção de



35. Em relação a essa questão, consideramos que o mencionado Decreto padece de ilegalidade, por ter extrapolado os limites previstos constitucionalmente para sua edição (art. 84, IV^a), eis que inova no ordenamento jurídico, trazendo vedação que não se subsume à lei que visa regulamentar.

36. De qualquer maneira, ainda que viciado, o mencionado Decreto foi editado pelo Exmo. Sr. Presidente da República. Tendo em vista que a Administração Pública foi organizada segundo um modelo hierarquizado, e que a autoridade suprema é, em última análise, o Chefe do Poder Executivo respectivo, não é dado ao Advogado Público determinar o descumprimento de comandos expressos por ele exarados.

37. Dessa forma, tendo em vista a redação atual do Decreto 1110/94, não é possível ao administrador proceder ao pagamento da correção monetária referente às verbas pagas com atraso em contratos administrativos antes de decorrido o prazo de um ano.

38. Por fim, tendo em vista i) a aparente ilegalidade do mencionado Decreto; ii) o fato de a jurisprudência do STJ não fazer referência à vedação prevista nesse diploma legal, dando a entender que seria inaplicável à espécie; iii) a conveniência de se adotar entendimento semelhante ao reiteradamente exposto pelo E. STJ, eis que o referido Tribunal detém competência para proceder, em última análise, à fixação da interpretação da legislação federal; iv) a circunstância de que a adoção de posição dissonante daquela encampada pelo STJ gera, em última análise, litigiosidade infrutífera; v) o fato de que o princípio da moralidade administrativa veda que o ente público descumpra suas obrigações por questões meramente pragmáticas, impondo ao particular o recurso ao Poder Judiciário, sugerimos ao Exmo Sr. Consultor-Geral da União que submeta a questão à análise do Exmo Sr. Advogado-Geral da União para que, querendo, diligencie junta à Exma Sr^a Presidente da República no sentido da adoção das providências necessárias para a alteração pontual do art. 5º do Decreto 1110/94 (afastando a vedação aí prevista nos casos de mora da Administração Pública), compatibilizando-o com a real *ratio* da Lei 10192/01.

cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma já conste do contrato original, na conformidade das disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;



- III -

39. Por todo o exposto, tendo em vista o panorama normativo vigente, é o PARECER pela existência do dever de se proceder à correção monetária dos valores atrasados a serem pagos pela União, mesmo em relação a contratos administrativos que não contenham cláusula expressa nesse sentido. Entretanto, tendo em vista a vedação decorrente do art. 2º, §1º, da Lei 10192/01 c/c arts. 5º e 10 do Decreto 1110/94, não se admite a atualização monetária em período inferior a um ano.

A consideração superior.

Brasília, 20 de maio de 2010.

Isabela Rossi Cortes Ferrari
Advogada da União