



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

PARECER Nº 188/2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO Nº 00454.000087/2009-23

INTERESSADO: Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte – CJU/RN

ASSUNTO: Aplicação de juros moratórios em taxa diversa da prevista no art. 36, § 4º, da IN nº 2/2008, da SLTI/MP, e de multa moratória e correção monetária na hipótese de atraso no pagamento à contratada causado pela Administração Pública quando figura como usuária de serviço público,

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USUÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TAXA DE JUROS MORATÓRIOS. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA PREVISTA NO ART. 36, § 4º, DA IN Nº 2/2008, DA SLTI/MP. APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA. ADMISSIBILIDADE. PARECER AGU Nº GQ-170 E ENUNCIADO Nº 226, DA SÚMULA DO EG. TCU. CORREÇÃO MONETÁRIA. INAPLICABILIDADE DENTRO DO PERÍODO DE 1 (UM) ANO, MESMO NA HIPÓTESE DE ATRASO NO PAGAMENTO À CONTRATADA CAUSADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ART. 5º, DO DECRETO Nº 1.110/1994. VEDAÇÃO EXPRESSA. POSIÇÃO DO EG. TCU. DIVERGÊNCIA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, EM ESPECIAL DO EG. STJ. EXTRAPOLAÇÃO DA LEI Nº 10.192/2001, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. DISPOSITIVO QUE É FOCO DE LITÍGIOS JUDICIAIS. SUBMISSÃO DA QUESTÃO À CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PARA QUE ANALISE A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO TEXTO DO DISPOSITIVO.

I – A taxa de juros prevista no art. 36, § 4º, da IN nº 2/2008, da SLTI/MP tem caráter subsidiário, aplicando-se somente quando não houver regra contratual que disponha diversamente;

II – A aplicação de multa moratória quando a Administração Pública figura como usuária de serviço público é admitida pelo Parecer AGU nº GQ 170 e pelo Enunciado nº 226, da Súmula do eg. TCU, em sua redação atual;

III – O art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, torna expressamente defesa a incidência de correção monetária em período inferior a 1 (um) ano, mesmo na hipótese de a Administração Pública atrasar o pagamento à contratada. Posicionamento atualmente adotado pelo eg. TCU e que deve ser observado enquanto vigente o dispositivo;

IV – A doutrina e a jurisprudência, máxime do eg. STJ, adotam entendimento divergente, ou seja, a favor da incidência de correção monetária na espécie, ao argumento de que ele promove enriquecimento sem causa do Estado e malfez o princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37, caput, da CF;



V - Na medida em que a constitui foco de litígios judiciais, propõe-se que se provoque a Casa Civil da Presidência da República para que, com base nos argumentos arrolados no opinativo, analise a possibilidade de se alterar a redação do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- 1 -

1. O ilustre Coordenador-Geral da ora Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte - CJU/RN, à época Núcleo de Assessoramento Jurídico em Natal/RN - NAJ/RN, Advogado da União Edson Collet Ibiapina, remete a este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR/CGU, através do Memorando nº 009/2009 - NAJ/RN/CGU/AGU, de 27 de janeiro de 2009 (fl. 01), cópia do PARECER nº 013/2009/GTS/NAJ/RN/CGU/AGU, de 26 de janeiro do mesmo ano (fls. 03/21), de sorte que sejam uniformizadas as questões divergentes nele elencadas.

2. O referido opinativo, lavrado pela Advogada da União Giovanna Teixeira de Souza, teve por objetivo, segundo se depreende do seu cabeçalho, analisar a impugnação apresentada em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 132/2008, lançado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE com vistas à contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC para as suas unidades de Natal/RN, Maxaranguape/RN, Eusébio/CE e São Luís/MA.

3. Em suas conclusões, a nobre parecerista responsável pela análise suscitou pontos abordados ao longo de sua manifestação que seriam passíveis de uniformização por este Departamento, a saber: (a) a previsão de juros de mora diferentes dos fixados na Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MP, quando a Administração Pública Federal for usuária de serviço público; e (b) a estipulação de multa moratória e correção monetária nas hipóteses de a Administração Pública Federal cometer atrasos nos pagamentos devidos à contratada.

4. Fundada na letra expressa do art. 36, § 4º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, e em nota explicativa elaborada pelo então Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Paulo/SP - NAJ/SP a respeito, defendeu a colega potiguar, quanto ao primeiro ponto, que a taxa de juros a ser utilizada é a cominada no aludido dispositivo, ou seja, de 6% (seis por cento) ao ano - ou seja, 0,5% (meio por cento) ao mês -, salvo em contratações específicas,



excepcionais, nas quais fique demonstrado que eventual demora no pagamento por parte da Administração Pública Federal acarretará prejuízos de monta à contratada.

5. No que toca ao segundo ponto, asseriu, com esteio em lições doutrinárias e na jurisprudência do eg. Tribunal de Contas da União – TCU, que, em caso de atraso no pagamento pela Administração Pública Federal, somente caberia a incidência dos juros de mora acima referidos e a aplicação de multa, descartando, portanto, a possibilidade de também se promover atualização monetária dos valores devidos.

6. Tendo em vista que no *opinio* em análise se faz menção a manifestações elaboradas pelos então Núcleos de Assessoramento em Vitória/ES – NAJ/ES, Maceió/AL – NAJ/AL, São Paulo/SP – NAJ/SP e Palmas/TO – NAJ/TO, requeri, em despacho de fl. 24, que elas fossem solicitadas a tais órgãos consultivos, de forma a subsidiar a análise a ser por mim empreendida.

7. Acatado o pleito, a primeira manifestação apresentada foi a da hoje CJU/AL (cópia do PARECER GJCC/NAJ/CGU/AGU/AL Nº 235/2008 – SRTE, encartado às fls. 28/32). No que concerne aos pontos ora em debate, é abordado apenas o afeto à taxa de juros moratórios a ser aplicada, afirmando o órgão que deve ser a prevista no já citado art. 36, § 4º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP.

8. A segunda é oriunda da atual CJU/ES (cópia do PARECER/MIFC/NAJ/CGU/AGU/ES nº 389/08, às fls. 34/45) e dela se entrevê alusão apenas às questões da multa e da atualização financeira por atraso, aduzindo, quanto a elas, que já haviam sido estampadas no documento editalício, *“não havendo que se falar em inserção de regra específica no edital prevendo a aplicação dos juros moratórios pleiteados pelo Licitante”*.

9. A seguinte foi engendrada pela hodierna CJU/TO (cópia do PARECER/AGU/CGU/NAJ/PALMAS Nº 237/2008, coligido às fls. 46/52). Esse órgão adota posição divergente dos anteriores, admitindo a cumulação de juros moratórios e correção monetária e negando a possibilidade de se aplicar multa por atraso, consoante ressuma do excerto a seguir:

Tem-se, pois, que a harmonização do entendimento doutrinária acerca do art. 40, XIV, com a regulamentação infralegal acerca do tema permite concluir por necessária e suficiente a previsão de correção monetária, adotando-se o índice IGP-M FGV, e de juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, consoante fórmula constante do regulamento. Por outro lado, não se



vislumbra qualquer imposição legal para a previsão de multa contratual. O edital e o contrato devem ser alterados, pois apenas para que se inclua a previsão de correção monetária em caso de atraso no pagamento pela Administração.

10. Por fim, tem-se mensagem eletrônica remetida pelo então Coordenador-Geral do MAJ/SP, Advogado da União Adriano Carrijo (fl. 54), no qual informa que o órgão não exarou qualquer manifestação em forma de nota ou parecer a respeito da matéria objeto da consulta, mas no âmbito dos trabalhos realizados pela equipe incumbida de redigir minutas de edital, dos quais se originou a nota explicativa transcrita pelo à época MAJ/RN no opinativo que encerrou este processo.

11. É o relatório. Passo ao opinativo.

- II -

12. Conforme acima exposto, são dois os pontos a serem perquiridos neste *opinio*, ambos referentes a situações em que a Administração Pública Federal figura como usuária de serviços públicos. O primeiro toca à fixação de juros de mora em percentual diferente daquele cominado na IN nº 02/2008, da SLTI/MP. O segundo refere-se ao pagamento multa moratória e correção monetária nas hipóteses de pagamento em atraso pela Administração Pública Federal.

- III -

13. Em relação ao primeiro ponto, considero fora de dúvidas a possibilidade de se utilizar outro percentual, vez que a própria letra do art. 36, § 4º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, estabelece claramente que tanto a taxa de juros de mora devidos pela Administração Pública contratante quanto a respectiva fórmula de cálculo nela previstas são aplicáveis de forma subsidiária, *i.e.*, quando não houver regra contratual – ou, obviamente, legal – dispondo de modo diverso:

Art. 36. (...)

§ 4º Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes formulas:

I – $(TX/100) 365 EM - I \times N \times VP$, onde:

I – Índice de atualização financeira;



TX = Percentual da taxa de juros de mora anual;

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso. (sublinhou-se)

14. Entretanto, como bem ressaltado na nota explicativa elaborada pelo antes NAJ/SP com relação a esse preceptivo, para que se fixe um percentual mais elevado é imperioso que se justifique, de forma clara, a sua necessidade e razoabilidade, demonstrando o órgão ou entidade contratante que, no caso específico, o atraso no pagamento causado pela Administração Pública acarretará prejuízos de monta à contratada. Veja-se o que ela verbera a respeito:

(...) considerando que a Instrução Normativa apenas define tal taxa de forma residual, entendemos que o órgão possa adotar taxa diversa em contratação específica, caso verifique que as peculiaridades do objeto exigem regras próprias. Toda exceção, é claro, deve ser devidamente justificada pelo órgão. Recomendamos que a utilização de índice mais oneroso para a Administração, contudo, seja restrita a situações excepcionais, nas quais, em razão do objeto da contratação, o eventual atraso no pagamento por parte da Administração realmente implique prejuízos consideráveis à empresa contratada.

- IV -

15. Passando à análise do segundo ponto levantado pela hodierna CJU/RN, e abordando, primeiramente, a questão da multa moratória, o Parecer AGU nº GQ-170 já definiu que ela é, sim, devida quando a Administração Pública figurar como usuária de serviços públicos, tais como os de telefonia, postais e de fornecimento de energia elétrica e der causa a pagamentos com atraso.

16. O seguinte excerto demonstra, de forma inequívoca, o posicionamento sufragado no *opinio* em foco:

129. O que se impõe, aqui, afirmar é que, à luz do direito vigente, é perfeitamente legítima e legal a aplicação, pelas concessionárias dos serviços telefônicos, postais e de energia elétrica, de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente, que paguem suas contas atraso.

17. Sempre é bom recordar que o Parecer AGU nº GQ-170 foi aprovado pelo Presidente da República em 06/10/1998 e publicado no Diário Oficial da União – DOU em



13/10/1998, p. 1, o que lhe confere, *ex vi* dos arts. 40 e 41, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, caráter vinculante para todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

18. Demais disso, o eg. Tribunal de Contas da União – TCU alterou seu posicionamento, inicialmente contrário e, inclusive, consolidado no Enunciado nº 226 de sua Súmula, ao pagamento, de multa em razão de atraso no pagamento de concessionárias de serviço público pela Administração Pública. Isso ocorreu na Decisão nº 537/1999 – Plenário, prolatada nos autos do Processo nº 004.553/1998-5, onde a Corte respondeu a consulta deduzida pelo então Ministério da Aeronáutica reconhecendo que tal multa é, sim, exigível. Eis o que verbera o seu capítulo dispositivo:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno do TCU, DECIDE:

8.1 conhecer da presente consulta por preencher os requisitos previstos no art. 216 do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que é cabível a cobrança de multa moratória por atraso no pagamento de concessionária de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública;

8.2 dar ciência do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à autoridade consulente;

8.3 determinar o envio de cópia dos autos à Comissão de Jurisprudência deste Tribunal para que esta examine a conveniência de se alterar o teor da Súmula nº 226, a seu critério; e

8.4 determinar o arquivamento dos presentes autos. (sublinhou-se)

19. Há de se ressaltar que a proposta de alteração do Verbete nº 226, da Súmula do eg. TCU, presente no item 8.3 *supra* foi acatada. Assim, na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado de 31/07/2002, foi aprovada sua nova redação, que passou de

É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.

para

É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, quando inexistir norma legal autorizativa.

20. Cotejando o texto antigo com o atual, percebe-se que foi excluído do primeiro o trecho que fazia alusão às empresas concessionárias de serviços públicos, de modo que as



multas moratórias por elas impostas à Administração Pública também passaram a ser admitidas pela jurisprudência sumulada do colendo TCU.

21. Passo, agora, ao exame da incidência de correção monetária quando igualmente houver atraso no pagamento pela Administração Pública às concessionárias de serviço público.

22. Trata-se de questão um pouco mais intrincada, diante da discrepância detectada entre as posições, de um lado, do eg. TCU e, do outro, do Poder Judiciário, notadamente do eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ e da doutrina especializada.

23. Escorando-se nos preceitos contidos nos arts. 2º, da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001¹, e 5º e 10, do Decreto nº 1.110, de 13 de abril de 1994², a Corte de Contas vem assinalando em suas decisões que não é lícita a incidência de correção monetária enquanto não ultrapassado o período de um ano da celebração da avença

¹ "Art. 7º 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.

§ 3º Revisados o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, o abatido os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 31 de outubro de 1997.

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogado mediante ato do Poder Executivo."

² "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."



administrativa, ainda que na hipótese de atraso no pagamento a que deu causa a Administração Pública.

24. Bem ilustra esse posicionamento o trecho do voto do eminente Min. Aroldo Cedraz, proferido na condição de relator do Acórdão nº 4.724/2008 – 2ª Câmara, transcrito no PARECER nº 013/2009/GT5/NAJ/RN/CGU/AGU, donde exsurge que *“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”*.

25. Não obstante, os doutos em Direito Administrativo e a jurisprudência de nossos sodalícios tem compreensão diametralmente oposta, ao argumento, aqui em linhas gerais, de que os limites estabelecidos pelas normas referentes ao Plano Real quanto à correção monetária – mormente as hospedadas na Lei nº 10.192/2001 e sua regulamentação – referem-se a reajuste de preços, e não a inadimplemento de obrigações fixadas contratualmente, vale dizer, a ilícitos contratuais. Calcam-se, também, na vedação ao enriquecimento sem causa do Estado, que redundaria do pagamento em atraso pela Administração Pública sem a atualização dos valores devidos e malferiria, ainda, o princípio da moralidade que pauta a sua atuação, estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

26. Iniciando pela doutrina, veja-se o que defende o preclaro DIÓGENES GASPARINI:

Quando ao valor a ser pago há de ser atualizado desde a data do adimplemento até a data do efetivo pagamento, com os devidos acréscimos, sem observar o limite anual do Plano Real, pois não se trata de reajuste, mas de pagamento atrasado. Portanto, se o pagamento está sendo feito além da data prevista, ainda que dentro do ano, os acréscimos são devidos.³

27. Na mesma linha, o magistério de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

O contrato administrativo, em que pese a sua predominante regência pelo Direito Público, não deixa de ser *contrato*, ato jurídico bilateral, oneroso e comutativo, que busca na Teoria Geral dos Contratos os seus fundamentos. Trata-se, em síntese, de um “regulamento” ao qual o particular “adere” mediante determinada remuneração.

Se o contrato é bilateral e oneroso, gera direitos e obrigações para ambas as partes; se é do tipo *comutativo*, no qual prevalece a equivalência entre prestação e contraprestação, é óbvio que não pode esta comutatividade ser quebrada ou alterada ao livre alvêdrio de uma das partes, ainda que seja o Estado (*vide*, por exemplo, as precisas limitações à alteração de cláusulas econômicas).

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 749.



Com ou sem prerrogativas, a *comutatividade* (salvo nos contratos aleatórios) é da *essência* dos contratos e deve ser mantida. Ora, se a Administração não paga sua prestação na data prevista, estará rompendo essa comutatividade, de forma unilateral, se não forem aplicados mecanismos de recomposição do poder aquisitivo da moeda, corroída pela inflação.

Note-se que não se está aqui falando em *sanção* por atraso, representada por multa, juros moratórios e/ou compensatórios, mas mera *atualização* do valor da moeda (a jurisprudência é pacífica ao entender que a correção monetária não é *pena*).

Para a mora deve haver *pena* mesmo quando esta for da Administração, já que é preciso que se pague aquele valor ajustado. Do contrário, nenhuma utilidade terão as cláusulas de *preço e condições de pagamento*. Se não há recomposição do valor da moeda, numa economia inflacionária, obtém o mau pagador um *enriquecimento sem causa*, repudiado pelo Direito.

Portanto, nem mesmo o Estado pode buscar no Direito uma cobertura para suas posturas contrárias a ele e aos seus próprios objetivos. Há um forte fundamento ético que norteia a atuação do Estado, hoje positivado expressamente no Princípio da Moralidade Administrativa (CF, artigo 37), que não abriga apenas a relação Administrador Administração, mas também a relação entre a Administração e o Administrado, com vistas ao atendimento do *Bem-Estar Geral* que motivou a criação do Estado.⁴

Essa relação se reforça quando se trata de um *colaborador* do Estado, aquele a quem se conferiu a atribuição de executar uma tarefa de interesse público.

28. Por fim, a sempre abalizada lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

40. O *atraso de pagamento* por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante *correção monetária*, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5º, § 1º). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, § 7º, “desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento”. Outrossim, a mesma obrigação é prevista quer no art. 40 – disciplinador das cláusulas obrigatórias do edital –, em seu inciso XIV, letra “c” (“desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento”), quer no art. 55 – atinentes às cláusulas obrigatórias do contrato administrativo –, cujo inciso III refere também “os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

Averbe-se que a correção monetária é a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão-somente passa a ser expresso por números diferentes. Assim: o número tal expresso na data “A” a mesma grandeza que o número tal expressava na data “A”. A grandeza representada é constante, o número que a representa é que varia. Ou seja, na data “A”, a uma dada prestação (x) corresponde uma expressão em moeda y, a qual, para persistir exprimindo este mesmo valor, na data “B”, deveria alterar-se. Pode-se figurar a situação da seguinte maneira. Na data “A” $x = y$; na data “B”, $x = y'$; pois y em “A” é o mesmo que y' em “B”. Como sua justificativa óbvia é impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato. Deveras, no contrato administrativo o que se convencionou manter em integridade são os valores a serem pagos no instante do vencimento do débito. Assim, mesmo protraída sua solução, nos casos de atraso do devedor, nem por isso diminui o débito real. Vale dizer, o

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 340 e 341 – destaques no original.



desgaste da moeda não tempo que lhe jogar em favor, que isto significaria, além de violação ao inafastável equilíbrio econômico-financeiro ajustado no contrato, (a) um prêmio ao violador do direito alheio, conquanto seja certo que ninguém se credencia a um tratamento mais benéfico por ser refratário à satisfação de um débito, e (b) um estímulo ao devedor para que continue recalcitrante e persista violando, pelo maior tempo possível o direito alheio, pois quanto mais tardasse em satisfazê-lo menos pagaria em termos reais. Ora, é evidente que o Direito não estimula sua própria violação. É claríssimo, pois, que enquanto existirem índices que oficialmente retratem o desgaste da moeda não há como fugir à correção monetária no caso de pagamentos em atraso e nenhum plano econômico pode afetar este direito do credor (inobstante as múltiplas tentativas feitas para frustrá-lo, desvirtuá-lo ou elidi-lo). Hoje, com a moeda quase estável, a importância da correção monetária diminuiu consideravelmente, só apresentando relevo notável no caso de pendências e débitos ainda insolútos, relativos a períodos de inflação elevada.⁷

29. A jurisprudência de nossos sodalícios não destoia da doutrina, já tendo assentado, de forma pacífica, que a correção monetária é devida quando a Administração Pública tarda em realizar os pagamentos cominados contratualmente, mesmo quando não estiver indicada expressamente no instrumento, conforme se depreende dos seguintes arestos do eg. STJ:

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.

(STJ, Primeira Turma – AgRg no Ag nº 1.032.723/RJ, rel. Min. Denise Arruda – Julgamento em 09/12/2008 – Publicação no Dje em 11/02/2009 – sublinhou-se)

ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – PAGAMENTO DE PARCELAS EM ATRASO – QUITAÇÃO GENÉRICA E SEM RESSALVA – DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. 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.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 627 e 628 – destaques no original.



2. 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.

3. Recurso especial provido.

(STJ), Segunda Turma – REsp nº 912.850/DF, rel. Min. Eliana Calmon – julgamento em 14/10/2008 – Publicação no DJe em 07/11/2008 – sublinhou-se)

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 exige a Administração de pagar com correção monetária as parcelas em atraso, ainda que omissas a respeito o 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.

(STJ), Segunda Turma – REsp nº 917.309/SP, rel. Min. Castro Meira – julgamento em 02/08/2007 – Publicação no DJ em 15/08/2007, p. 266 – sublinhou-se)

30. Ao meu aviso, a razão está com a doutrina e o Poder Judiciário. *A priori*, o Poder Público não pode se furtar de pagar à contratada os valores devidamente corrigidos quando incorrer em mora, sob pena de enriquecer sem causa e, assim, violar o princípio da moralidade a que está jungida, pois estaria se beneficiando por um ilícito por ela mesma cometido, ainda que contratual, consoante ressaltado alhures.

31. Nesse passo, o que ressuma é a extrapolação, pelo Decreto nº 1.110/1994, dos limites estabelecidos na Lei nº 10.192/2001 para a correção monetária, visto que neste diploma legal não se aborda a sua incidência em virtude de mora contratual, *i.e.*, de ilícito, mas de reajuste dos preços dos contratos. Em outras palavras, a Lei nº 10.192/2001 não autoriza o Poder Executivo a vedar, ainda que pelo prazo de um ano, a aplicação de correção monetária quando a Administração Pública incorrer em mora contratual. E nem poderia, na medida em que, se fizesse, estaria adversando o já referido princípio constitucional da moralidade. Ou seja, o art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994 é ilegal nesse ponto.

32. Todavia, tendo em vista que o aludido preceptivo é inequívoco quanto à proibição de incidência de correção monetária mesmo na hipótese de pagamento



intempestivo e que, enquanto vigente, deve ser cumprido pela Administração Pública, vez que emanado do Titular do Poder Executivo, vejo-me obrigado a defender no presente que, nos contratos por ela firmados, é vedada a estipulação de cláusula que preveja a incidência de correção monetária, ainda que por atraso no pagamento à contratada, em prazo inferior a 1 (um) ano.

- V -

33. Antes de arrematar, não posso me furtar a alertar que a manutenção da atual redação do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, com a conseqüente proibição de incidência de correção monetária quando a Administração Pública não realizar o pagamento no prazo contratualmente fixado, constitui fonte de litígios judiciais cuja derrota da União, seus órgãos e entidades é praticamente certa, dada a jurisprudência mansa e pacífica do eg. STJ a respeito do assunto, demonstrada linhas acima.

34. É, por igual, demonstração de contradição do próprio Poder Público, que não tolera a correção monetária quando se trata de atraso no pagamento dentro de um contexto contratual, mas a admite quando se trata de atraso no pagamento de verbas alimentares e benefícios previdenciários⁶ ou mesmo do reajuste de 28,86%⁷, que também tem raiz em um proceder ilícito de sua parte.

35. Em assim sendo, reputo de todo recomendável que se leve a questão ao conhecimento da Casa Civil da Presidência da República para que, levando em conta os argumentos alinhavados neste opinativo, avalie a possibilidade de se modificar a redação do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, suprimindo dela a menção aos pagamentos em atraso realizados pela Administração Pública à contratada como hipótese em que é defesa a incidência de correção monetária em período inferior a 1 (um) ano.

- VI -

36. Por tudo o exposto, finalizo o presente opinativo sustentando, em suma, que:

⁶ Enunciado AGU Nº 38, de 16 de setembro de 2008: "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."

⁷ Enunciado AGU Nº 48, de 9 de outubro de 2009: "No reajuste de 28,86%, a correção monetária é devida a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela"



- a) o art. 36, § 4º, da IN nº 2/2008, da SLTI/MP, admite expressamente que se aplique taxa de juros moratórios diferente da prevista em seu texto – de 6% (seis por cento) ao ano –, desde que constante do contrato a ser firmado pela Administração Pública para a aquisição de serviços continuados;
- b) como bem alertado pela hoje CJU/SP em sua nota explicativa referente ao dispositivo, a utilização de uma taxa mais elevada depende de justificativa que demonstre com clareza sua necessidade e razoabilidade e que a contratada sofrerá prejuízos de monta caso se aplique a prevista na IN nº 2/2008, da SLTI/MP;
- c) conforme explicitado no Parecer AGU nº GQ-170, de observância obrigatória por toda a Administração Pública Federal, e na esteira na redação atual do Enunciado nº 226, da Súmula do eg. TCU, não há óbice para aplicação de multa moratória à Administração Pública quando ela, figurando como usuária de serviços públicos, incorrer em mora no pagamento;
- d) conquanto a doutrina e a jurisprudência, em especial a do eg. STJ, sejam firmes em sentido contrário, a expressa dicção do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, torna defeso à Administração Pública estipular cláusula contratual que possibilite a incidência de correção monetária na hipótese de atraso no pagamento à contratada antes de decorrido o prazo de 1 (um) ano, tese atualmente adotada pelo eg. TCU;
- e) não obstante, se reconhece o acerto dos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial, haja vista que vedar a correção monetária na espécie é promover o enriquecimento sem causa do Estado e farpear gravemente o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), na medida em que estará sendo beneficiado por um ilícito contratual que ele mesmo cometeu;
- f) além disso, a disposição regulamentar transborda a Lei nº 10.192/2001, porquanto este diploma legal não trata da correção monetária incidível quando da mora no pagamento causada pela Administração Pública;
- g) outrossim, manter a redação atual do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, constitui foco de litígios judiciais, nos quais a sucumbência da União e suas entidades é quase certa, tendo em vista a jurisprudência mansa e pacífica do eg. STJ a favor da aplicação da correção monetária na hipótese de a Administração Pública tardar a pagar à contratada;
- h) nesse sentido, propõe-se submeter à Casa Civil da Presidência da República a questão em foco e os argumentos delineados neste opinativo, de modo a que analise a possibilidade de se suprimir do texto do art. 5º, do Decreto nº 1.110/1994, o trecho em que inclui o pagamento a destempo à contratada pela Administração



Pública dentre as hipóteses em que não é permitida a correção monetária em período inferior a 1 (um) ano.

37. Afirm, em caso de aprovação, sugiro a remessa de cópia deste *opinio* a todos os órgãos consultivos da AGU (Consultorias Jurídicas juntos aos Ministérios, órgãos congêneres e Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no Município de São José dos Campos/SP) e, também, ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos – DAJI, à Procuradoria-Geral Federal – PGF, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN e à Procuradoria-Geral do Banco Central – PGBC, para ciência.

À consideração superior.

Brasília, 13 de maio de 2011.


João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União