

Mora da Administração Pública em Contratos Administrativos: Previsão Contratual, Correção Monetária e Juros de Mora.

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife.
Mestrando em Direito Administrativo pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Advogado e Professor Universitário.

Thiago Mesquita Teles de Carvalho

Procurador do Município do Recife e Advogado.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as decorrências e peculiaridades da mora da Administração Pública no efetivo cumprimento de sua contraprestação em contratos administrativos. Para tal, a abordagem realizada abrange a discussão acerca da necessidade de expressa previsão editalícia e/ou contratual para a incidência de encargos moratórios e, bem assim, a questão dos índices de correção monetária e de juros aplicáveis nos casos de mora administrativa.

1. Introdução

A natureza sinalagmática dos contratos administrativos é tema contemplado de forma expressa pela Lei n. 8.666/93, na medida em que, em seu art. 2º, parágrafo único, os define como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Neste quadro, válida é a noção trazida por Edmir Netto de Araújo, que, após discorrer sobre as controvertidas possibilidades de qualificação do contrato administrativo existentes na doutrina – a partir de distintos elementos da relação contratual –, formula conceito geral no seguinte sentido

(a abarcar a necessária questão do sinalagma¹):

Contrato administrativo é o acordo de vontades opostas, realizado '*intuitu personae*', consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste².

De todo modo – e vista a bilateralidade inerente à noção de contrato administrativo –, o que há de se discutir, por ora, são suas decorrências, sobretudo a partir do descumprimento da prestação imposta ao sujeito administrativo que participa do ajuste. Este, pois, o escopo do presente trabalho.

2. Disciplina Legal da Mora Contratual Administrativa

Ao dispor acerca dos elementos que obrigatoriamente devem ser disciplinados pelo edital da licitação tendente à contratação administrativa, o art. 40 da Lei n. 8.666/93 traz uma série de previsões sobre a temática do pagamento. Em específico, o art. 40, XIV, d, estabelece o que segue:

Lei n. 8.666/93 – Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

¹ Em apertada síntese, pode-se dizer que o sinalagma representa o vínculo de reciprocidade que une as obrigações que, nos contratos bilaterais, nascem para ambas as partes.

² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 672.

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Segundo o dispositivo acima transcrito, portanto, é o edital a sede adequada para que seja disciplinado o regime de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos nos pagamentos devidos, inclusive quando o inadimplemento for oriundo da pessoa administrativa envolvida no ajuste.

De fato – e a partir da já referida noção de sinalagma anteriormente exposta –, a incidência do regime jurídico de direito administrativo em tal sorte de ajustes não retira dos mesmos a reciprocidade de tratamento entre particular e Administração no tocante à mora. Em outras palavras, é de ver-se que a mora de quaisquer das partes recebe tratamento jurídico que, embora não idêntico, bem reflete a noção de contrato administrativo, na qual os princípios publicísticos exigem tutela diferenciada em prol do ente administrativo.

No mesmo sentido – e interpretando a norma ora em debate (art. 40, XIV, d, da Lei n. 8.666/93) –, Marçal Justen Filho leciona que:

O ato convocatório deve disciplinar as condições de adimplemento e consequências de inexecução, tanto no tocante ao particular como à própria Administração. É um desvio de óptica, incompatível com o Estado Democrático de Direito, omitir disciplina da conduta estatal.³

Verifica-se, assim, que o edital deve prever os encargos devidos em caso de mora; a inexistência de previsão expressa, no entanto, não exime a Administração dos referidos encargos, sob pena de admitir benefício decorrente da própria torpeza administrativa. Nesta linha, continua o já citado Marçal Justen Filho ao enunciar que “não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre consequências de inadimplemento, as-

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 535.

segurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito”⁴.

3. A Expressão Jurisprudencial: Correção Monetária e Juros de Mora.

Em linhas gerais – e a partir do que até aqui exposto –, a jurisprudência instaura debate importante sobre a matéria ao abordar a necessidade de que haja disposição expressa nos editais e contratos que, a teor do art. 40, XIV, d, da Lei n. 8.666/93, regulamente os encargos moratórios.

Assim, o que se vê é que a correção monetária e os juros moratórios são consectários naturais do inadimplemento – notadamente no caso de obrigação líquida e com termo certo –, ainda que inexistente previsão expressa.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça bem elucida a temática:

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 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 7/STJ.

1. Tratam os autos de ação declaratória ajuizada por Microsens Informática Ltda. contra o Estado de Minas Gerais pleiteando o recebimento dos prejuízos decorrentes do atraso na quitação de fatura relativa ao serviço contratado, referente à entrega de produtos de informática para a Secretaria de Segurança Pública, tais como: correção

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 535.

monetária, juros de mercado e juros de mora. Sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar o direito da autora à percepção de correção monetária, desde o vencimento da dívida, considerando-se o tempo gasto para retificação das notas fiscais, e juros de mora de 1% a.m., contados da citação válida. Condenou as partes ao pagamento das custas e fixou os honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na proporção de 10% (dez por cento) para a autora e 90% (noventa por cento) para o réu. Apelações foram interpostas pelas partes; o TJMG reformou parcialmente a sentença para alterar o percentual dos juros de mora para 0,5% (meio por cento) ao mês desde a data da citação válida. Estabeleceu como termo a quo da atualização monetária a data da apresentação das notas fiscais retificadas. Fixou os honorários advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), devendo as partes arcarem com as despesas processuais e honorários na proporção de 30% para a empresa e 70% para o Estado. Foram opostos embargos aclaratórios pela autora, que foram parcialmente acolhidos para reconhecer a incidência dos juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês a partir da vigência do novo Código Civil. Recurso especial da empresa autora apontando violação dos arts. 956 e 960 do CC/1916; e 20, §§ 3º e 4º do CPC; além de dissídio jurisprudencial.

Defende, em suma, que: a) jamais sustentou que os empréstimos foram contraídos em consequência do inadimplemento do recorrido; que o descumprimento contratual impediu-lhe de quitar os débitos derivados do contrato de empréstimo bancário, previamente firmado junto à instituição financeira para assegurar capital de giro, ou seja, teve de suportar encargos financeiros adicionais em razão da necessidade de renegociar a dívida e estender o período para o seu pagamento; b) o termo inicial de incidência de juros moratórios deveria recair na data em que o contrato tornou exigível a obrigação; c) a correção monetária deveria ser calculada a partir da primeira emissão das notas fiscais; d) a verba honorária foi fixada em valor

irrisório (quatro mil reais), resultando ofensa flagrante ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Recurso extraordinário foi interposto e não-admitido.

Não houve apresentação de agravo de instrumento ao STF.

2. Juros de Mercado: o exame do aresto recorrido revela que a conclusão firmada lastreou-se na análise do acervo fático-probatório dos autos. Consignou-se claramente que não se reconhecia o direito aos juros de mercado porque não foi comprovado de forma inequívoca que os empréstimos bancários foram contraídos em virtude do inadimplemento da Administração. Além disso, pautou-se o julgado no exame da prova pericial depositada, transcrevendo resposta do perito à pergunta formulada pela autora. Incidência da Súmula 7/STJ.

Não-conhecimento do recurso.

3. Juros de Mora: a jurisprudência desta Corte está assentada na linha de que os juros de mora incidem a partir do momento em que, segundo **previsto no contrato, o pagamento deveria ter ocorrido. O caso concreto, porém**, revela uma exceção. Conforme asseverado pelas instâncias ordinárias, as notas fiscais apresentadas pela ora recorrente continham erros, como o valor da alíquota de ICMS. Dessa forma, considera-se absolutamente razoável o entendimento de que somente após a retificação dos documentos fiscais, com a apresentação dos valores inequivocamente corretos, é que se pode considerar como exigível o pagamento por parte do Estado, tendo incidência, então, os juros moratórios. Reforma do acórdão recorrido que fixou como termo a quo a data da citação válida.

4. Correção Monetária: nos termos da Súmula 43/STJ, incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. O pensamento, por conseguinte, aplicado no item anterior ao cômputo dos juros de mora, deve ser estendido ao dia inicial da atualização

monetária: a data em que foram apresentadas as notas fiscais retificadas. Manutenção do aresto vergastado.

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 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. (STJ – REsp n. 909.800/MG – Relator Ministro José Delgado – Primeira Turma – Julgado em 12/6/2007 – Publicação em 29/6/2007)

Em adição, eis outros precedentes análogos:

[...] 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.

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. (STJ – REsp n. 1.148.397/SP – Relator Ministro Castro Meira – Segunda Turma – Julgado em 24/11/2009 – Publicação em 2/12/2009)

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. (STJ – REsp n. 1.178.903/DF – Relatora Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – Julgado em 20/4/2010 – Publicação em 3/5/2010)

Ante os acórdãos ora apresentados, verifica-se que a correção monetária consiste em mero instrumento para minorar o prejuízo da parte atingida pela mora (in casu, o particular), visto tratar-se de mera atualização do valor da moeda, não constituindo um acréscimo, mas mera manutenção do valor monetário⁵.

Por sua vez, os juros moratórios incidem por expressa disposição legal, independentemente de previsão expressa ou não, a teor do que dispõe o art. 406 do Código Civil:

Código Civil - Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

É que, em casos tais, há de prevalecer a expressa previsão da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina que as disposições de direito privado são supletivamente aplicáveis aos referidos contratos (vide art. 54 da Lei n. 8.666/93)⁶.

4. O Caso da Multa Moratória

É grande a discussão acerca do cabimento ou não de multa moratória – espécie de cláusula penal – pelo inadimplemento parcial da Administra-

⁵ Informativo STJ n. 418: “A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda com o escopo de preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se incorpora ao crédito, mas um *minus* que se evita” (REsp 1.143.677-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/12/2009).

⁶ Lei n. 8.666/93 – Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

ção. No entanto, ainda que se entenda cabível tal penalidade, é imprescindível que se esclareça, de logo, a necessidade de que a mesma esteja expressamente prevista, conforme se depreende dos arts. 408 e seguintes do Código Civil.

Nesse ponto, traz-se à colação, novamente, a lição de Marçal Justen Filho, indicando a alternatividade entre correção monetária (acrescida de juros de mora) e a multa nos casos em que a mesma seja prevista em desfavor da Administração:

Nada impede, porém, que se preveja multa compensatória do atraso. Em tal hipótese, estará caracterizada cláusula penal, destinada a estimar antecipadamente as perdas e danos. A aplicação da multa, se e quando prevista, exclui o cabimento da correção monetária.

Outra é a questão de avaliar o cabimento da multa contra a Administração Pública. Reputando-se inviável tal solução, será inevitável a incidência da correção monetária (acrescida de juros moratórios) como instrumento de indenização⁷.

De fato, vale dizer que, em casos tais, a temática referente à aplicação da multa de mora em desfavor da Administração é questão bastante controvertida, o que ensejaria análise pormenorizada e desbordaria os limites do presente trabalho⁸.

5. Índices Aplicáveis de Correção Monetária e Juros de Mora.

A definição do índice ou percentual aplicável a título de correção mo-

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 535.

⁸ Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento que, como regra, seria impossível a previsão da multa de mora para a Administração. Sobre o tema, veja-se: TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 249-250. Em adição, vale a remissão aos comentários acerca da Súmula n. 226 do Tribunal de Contas da União, vide: CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do Tribunal de Contas da União*: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 293-295. (no prelo)

netária e juros de mora é tema que gera intensa divergência na jurisprudência, havendo entendimentos pela aplicação do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, e, outros, pela incidência do art. 406, do CC/2002, ora combinado com art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, ora combinado com o art. 13, da Lei n. 9.065/95 (SELIC – taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia).

Entende-se, com a vênia das posições em contrário, que não é possível aplicar ao caso o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97⁹, visto que este trata especificamente dos encargos incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública. Portanto, não havendo ajuizamento da cobrança e condenação, não há que se aplicar o citado dispositivo¹⁰.

Assim, a nosso sentir, deve ser aplicado o art. 406 do CC/2002 aos casos de mora administrativa. É que tal dispositivo determina que, quando os juros moratórios não forem convencionados, os mesmos serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Nesta seara, tem-se que, desde o ano de 1995 (Lei n. 9.065/95), a taxa aplicável à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, não sendo aplicável o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou

⁹ Lei n. 9.494/97 – Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em dois precedentes, não aplicou a Lei n. 9.494/97 à mora administrativa no adimplemento de obrigações decorrentes de contrato administrativo. Nesse sentido, veja-se: a) STJ – AgRg no REsp n. 1.166.267/SP – Relator Ministro Castro Meira – Segunda Turma – Julgado em 8/6/2010 – Publicação em 18/6/2010; b) STJ – REsp n. 1.223.045/RS – Relator Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – Julgado em 15/3/2011 – Publicação em 22/3/2011.

o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). (STJ – EREsp n. 727.842/SP – Relator Ministro Teori Albino Zavascki – Corte Especial – Julgado em 8/9/2008 – Publicação em 20/11/2008)

Cumpra registrar, ainda, que a taxa referencial do SELIC compreende tanto a correção monetária quanto os juros moratórios. Na esteira jurisprudencial, eis tal previsão:

NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora. Não aplicação de juros moratórios na hipótese dos autos, em atenção ao princípio da non reformatio in pejus. (STJ – AgRg no REsp n. 895.444/SC – Relator Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – Julgado em 16/8/2011 – Publicação em 24/8/2011)

A taxa referencial do SELIC, pois, engloba todos os encargos incidentes ao caso – correção e juros moratórios. Logo, deve a mesma ser aplicada isoladamente para fazer face aos encargos devidos pela Administração em razão de sua mora no adimplemento subjacente a contrato administrativo.

Frise-se, por derradeiro, que a incidência da referida taxa deve ocorrer a partir do dia útil seguinte ao fim do prazo de que a Administração dispunha para adimplir sua prestação. Esse prazo deverá ser aquele estipulado no edital ou no contrato, limitado ao máximo de trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela (art. 40, XIV, a,

Lei n. 8.666/93).

É importante registrar, outrossim, que somente será cabível o pagamento dos encargos em comento no caso de mora imputável à Administração (art. 396 do Código Civil)¹¹. Caso o atraso no pagamento tenha sido causado pelo contratado, à Administração não será imposto o pagamento de nenhum encargo. Nesta hipótese, aliás, a mora – com suas consequências – será imputada ao contratado. Assim, previamente ao pagamento de quaisquer encargos moratórios, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo para apurar quem deu causa ao atraso, bem como os valores inadimplidos oportunamente, sobre os quais eventualmente incidirão os referidos encargos.

6. Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que, em razão da mora administrativa no adimplemento de obrigações contratadas, incidem correção monetária e juros de mora, a teor do disposto no art. 406 do Código Civil, aplicável supletivamente na disciplina das contratações administrativas.

Salienta-se, ainda, que o referido art. 406 do Código Civil remete à taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, a qual, atualmente, é a taxa referencial do SELIC (arts. 13 da Lei 9.065/95), que engloba tanto a correção monetária, quanto os juros moratórios.

¹¹ Código Civil – Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do Tribunal de Contas da União: organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2011. (no prelo)

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2010.