

*Atualização monetária do pagamento do preço. Lei federal nº 8.666/93. Constituição do Estado, art. 77, XXV. Lei estadual nº 1.604/90.*

Pelo Ofício nº 495/93-PG, de 07.10.93, solicita V.Exa. que a PG-7 reexamine o problema da atualização monetária do pagamento do preço devido pelo Estado em função de obras contratadas em processo licitatório, tendo em vista anexa cópia de pretensão da Associação de Empreiteiros do Estado do Rio de Janeiro, originariamente apresentada à EMOP.

A matéria, como se sabe, mereceu disciplina do legislador estadual, a começar pelo constituinte, tendo a Carta Estadual disposto:

"Art. 77 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

.....  
XXV - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamento a todos os concorrentes, com previsão de atualização monetária para os pagamentos em atraso, penalidades para os descumprimentos contratuais, permitindo-se, no ato convocatório, somente as exigências de qualificação técnica, jurídica e econômico-financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Na esteira do legislador constituinte, obrou o legislador ordinário, que aprovou a Lei estadual nº 1.604, de 04.01.90, a qual elegeu como indexador o então existente BTN (art. 1º), e dispôs no art. 2º, que para os efeitos deste parecer merece transcrição:

"Art. 2º - Considera-se atraso, (...) o prazo que exceder os 30 (trinta) dias, após a entrada do documento de crédito relativo à fatura."

Assim disciplinada a matéria na legislação estadual, eis que sobrevém a Lei federal nº 8.666, de 21.06.93.

Por duas vezes, interpretando a Lei federal nº 8.666/93, e a legislação estadual mencionada, sustentei, em processos originários do GEROE (Processo E-14/035470/93 - Parecer 40/93/NND, de 30.08.93; Processo E-14036252/93 - Parecer 44/93/NND, de 23.09.93), sua compatibilidade, de forma a considerar que a atualização monetária apenas começava a fluir com o atraso no pagamento, como tal se caracterizando o que viesse a ocorrer 30 dias após a aceitação da fatura (ou documento de cobrança equivalente).

*Penitencio-me, agora. Desse entendimento, que me vejo na contingência de rever, após leitura mais sistemática da recente Lei nº 8.666/93.*

A conseqüência dos elevados níveis de inflação nos contratos decorrentes de procedimento licitatório é matéria que de há muito preocupa os estudiosos.

Com efeito, é legítimo supor que, ao concorrer, o licitante apresente o mais baixo preço possível. Destinando-se o fornecimento, obra ou serviço, a ocorrer durante prolongado período de tempo, seja tal preço fixo, irremediável, ocorrerá, em regime de inflação

continuada, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e o enriquecimento sem causa do Estado.

Tal fato, desprezada que seja a variação real dos custos, pode ocorrer simplesmente pela variação da expressão nominal da moeda que os represente, hipótese que consistiria em puro efeito da inflação, e que afetaria por igual a demora no pagamento do preço (Imagine-se fornecimento ocorrido em curtíssimo prazo, digamos 48 horas. Nenhum problema com o custo do bem fornecido. Considere-se, contudo, que o pagamento do preço demore 180 dias; é evidente que a inflação em nível elevado destruirá completamente o crédito do fornecedor. Diga-se que o fato não é tão raro como seria legítimo esperar: no parecer que proferi no Processo E-12/1253/92, lidei com atraso no pagamento superior a um ano).

Abandonando o histórico das diversas tentativas, na prática e na legislação, de superar o problema, vejamos como pretende fazê-lo a Lei nº 8.666/93, que criou, a propósito, um sistema lógico.

Tal sistema encontra-se descrito com precisão na publicação "Cadernos ABCE - Aplicação da Lei nº 8.666/93 às licitações e contratos de consultoria de engenharia", editado pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia.

## "5. Preços, reajustes e atualizações.

### 5.1 - Critério de cotação

Os preços serão cotados como se o pagamento se efetivasse à vista, referidos à data da proposta, ou à data do orçamento ou do preço máximo fixados no edital, conforme o caso. (Art. 7º, § 7º\*; Art. 40, XI, XIV e § 3º; Art. 55, III).

\* Menção acrescida pelo parecerista.

### 5.2 - Ajustes dos Preços

Os preços, assim cotados, estarão sujeitos aos seguintes ajustes obrigatoriamente indicados no edital:

a) reajustamento, com base na variação de índices setoriais entre a data a que se refere o preço original e a data do adimplemento da obrigação, assim entendida a data de conclusão da etapa de serviços objeto do documento de cobrança (Art. 40, XI e § 3º; Art. 55, III).

Art. 40 - O edital conterà 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 e 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:

.....  
XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir até a data do adimplemento de cada parcela.

.....  
§ 3º - Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do

bem ou de parcela deste, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

b) atualização monetária entre a data do adimplemento da obrigação como definido no item anterior e a do efetivo pagamento (Art. 55, III; Art. 40, § 3º) o que inclui o prazo de processamento e eventuais atrasos de pagamento; trata-se de cláusula necessária em todo contrato.

Art. 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

.....  
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

c) compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, e descontos por eventuais antecipações de pagamento (Art. 40 - XIV - d), o que deverá incluir juros acrescidos à atualização monetária definida no item anterior, além de multa, no caso de atrasos de pagamento, segundo critérios definidos obrigatoriamente no edital.  
XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 (trinta) dias;

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

## 6. PAGAMENTOS

### 6.1 - Condições de pagamento

Os editais indicarão obrigatoriamente as condições de pagamento, prevendo o prazo de pagamento, não superior a 30 dias, a contar da conclusão de cada período de aferição (Art. 40 - XIV).

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 (trinta) dias;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data a ser definida nos termos da alínea "a" deste inciso até a data do efetivo pagamento;

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

### 6.2 - CRONOLOGIA DOS PAGAMENTOS

Os pagamentos serão efetivados, para cada fonte diferenciada de recursos, pela ordem cronológica das datas de suas exigibilidades (Art. 5º).

Art. 5º - Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de

serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada."

Em resumo, de forma simplificada:

a) o preço é apresentado, originariamente, como preço à vista;

b) no curso da prestação contratada (fornecimento, obra, serviço), o preço acompanha a variação dos índices setoriais específicos entre a data de sua fixação inicial e a data de conclusão da etapa contratada;

c) após a prestação do serviço, o crédito é monetariamente atualizado até o seu efetivo pagamento, o qual, de ordinário, deve ocorrer até 30 dias da prestação concluída;

d) ocorrendo o pagamento além dos 30 dias acima referidos, faz jus o credor a "compensações financeiras e penalizações", isto é, juros e multas, como necessariamente deve estar definido no contrato;

e) valendo-se o devedor (a Administração Pública) da faculdade de pagar antecipadamente, terá direito a desconto.

As regras estaduais que prevêm a atualização monetária para os pagamentos em atraso estão superadas pelo sistema acima exposto, em que a atualização monetária é devida mesmo que o pagamento ocorra até a data prevista, a qual, contudo, não poderá exceder de 30 dias da aferição do adimplemento da obrigação a que corresponda. Se excedido o prazo previsto, ou os 30 dias se outro, menor, não estiver previsto, a consequência será o acréscimo de juros e multa, como necessariamente deve ser pactuado.

O sistema adotado pela Lei nº 8.666/93 elimina os riscos de uma correção pré-fixada, embutida no preço pelo licitante, substituindo-a pela correção pós-fixada, efetivamente ocorrida, critério muito mais justo para ambas as partes, contratante e contratado.

Tudo se processa, a rigor, como se a venda fora à vista e daí a regra do § 7º do art. 7º da nova lei:

§ 7º - Não será ainda computado como valor da obra ou serviço, para fins de julgamento das propostas de preços, a atualização monetária das obrigações de pagamento, desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento, que será calculada pelos mesmos critérios estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório."

A esta altura cabe indagar se as normas da Lei federal nº 8.666/93 que compõem tal sistema são de observância obrigatória pelos Estados e Municípios.

Como se sabe, a competência da União para legislar nessa matéria de forma a obrigar Estados e Municípios, restringe-se a normas gerais, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal:

"Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

.....  
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle."

O que venham a ser "normas gerais" é matéria que a doutrina ainda não definiu com irrefutável objetividade.

Contudo, não hesito em afirmar que as normas em exame se apresentam como das mais claramente assim identificáveis.

Com efeito, elemento essencial da contratação, pela Administração Pública, do fornecimento de bens, obras e serviços mediante licitação, é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a partir da manutenção das condições efetivas da proposta o que hoje se acha erguido a preceito constitucional, assim dispondo o art. 37, XXI, da Constituição da República.

"Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Ademais, não bastasse isso, as normas que impõem a atualização monetária, hoje cláusula contratual necessária (Lei nº 8.666/93, art. 55, III), refletem ainda a competência privativa da União para dispor sobre moeda, a teor do art. 22, VI, da Carta Federal.

Considero, pois, que o sistema adotado pela Lei federal nº 8.666/93, que acima explicitarei, é de observância cogente para Estados e Municípios, não se lhe podendo opor legislação estadual que eventualmente dele divirja.

Sem contar que estou absolutamente convencido da larga conveniência de adotá-lo como método de purificação e transparência do procedimento licitatório, possibilitando exercer melhor controle sobre a realidade dos preços praticados nos contratos com a Administração Pública, por isso que facilitada a confrontação com os preços do mercado.

É o entendimento que submeto à elevada apreciação de V. Exa.

**Nelson Nascimento Diz**  
Procurador do Estado

Visto. De acordo.

Tardei em exarar essa apreciação em razão da necessidade de assegurar-me de seu acerto, não só sob o ponto de vista estritamente dogmático quanto sob o crivo da finalidade.

Faço-o, agora, absolutamente tranqüilo de que a interpretação trazida pelo ilustre Procurador Nelson Nascimento Diz é a que melhor atende o interesse público, pondo fim, de vez, com o antigo vezo dos licitantes, provocado pela inflação crônica em nosso País, de embutir uma correção arbitrária de seus preços por conta de *perdas monetárias* decorrentes de atrasos de pagamento de faturas.

Em boa hora o sistema da Lei nº 8.666/93 veio erradicar essa distorção, gravosa para os cofres públicos e duplamente punitiva para a sociedade, que arca, afinal, com todos os ônus. Não se trata de *norma geral* de licitação, mas de norma decorrente da competência constitucional privativa da União para legislar sobre a moeda nacional (art. 22, VI, CF).

Por esses motivos, a legislação estadual (Lei nº 1.604/90) invocada, que estabelece uma dilação de trinta dias para os pagamentos, continua válida, apenas não pode referir-se ao valor da moeda de pagamento mas, tão somente, ao início da *corrência de juros*, que é

matéria aberta à negociação e, assim, pode ser objeto de cláusulas legais estaduais administrativas (art. 18, CF).

Revejo, com isso, a interpretação que havia sido adotada nos Vistos apostos, nos Pareceres 40/93-NND, 44/93-NND e confirmada no 23/93-MJVS.

Ao Gabinete do Procurador-Geral do Estado para superior consideração.

Em 3 de novembro de 1993.

**Diogo de Figueiredo Moreira Neto**

Procurador-Chefe da  
Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 01/94-NND, subscrito pelo ilustre Procurador NELSON NASCIMENTO DIZ (fls. 106/107), com aval da Chefia da d. Procuradoria Administrativa (fls. 120).

Com este opinamento, foi trazido ao processo entendimento anterior, exarado pelo mesmo parecerista (Parecer 49/93-NND - fls. 108/117) cujo Visto, expendido pelo Douto Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, (fls. 118/119) confirma a tese justificadora da revisão da posição inicialmente assumida pelo Procurador NELSON NASCIMENTO DIZ quando da emissão do Parecer nº 40/93.

E, como este último merecera, da minha parte, confirmação, através do Visto noticiado à fls. 103, cabe-me, agora, convencido da juricidade do novo entendimento oferecido pela d. Procuradoria Administrativa, igualmente rever a minha anterior posição no sentido de admitir-se a atualização monetária dos créditos desde a apresentação das faturas dos serviços prestados até os seus efetivos pagamentos, continuando válida a legislação estadual (30 (trinta) dias para os pagamentos) tão somente como prazo livre da incidência de juros.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil

Em 12 de janeiro de 1994

**Luiz Carlos Guimarães Castro**

Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E-19/0877/93