



PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico

INTERESSADO: Assessoria Jurídica SEDE / CEMIG D

NÚMERO: 15.698

DATA: 14 de junho de 2016

ASSUNTO:

ADMINISTRATIVO - CONVÊNIO Nº 063/2008 – PROGRAMA LUZ PARA TODOS – DIVERSOS TERMOS ADITIVOS – EXECUÇÃO DO OBJETO CONCLUÍDA COM RECURSOS PRÓPRIOS DA CEMIG D - REPROGRAMAÇÃO SUCESSIVA DOS DESEMBOLSOS FINANCEIROS A CARGO DO ESTADO - AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DA CEMIG D ACERCA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – PRECLUSÃO LÓGICA – INVIABILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DA SELIC.

PARECER

1 – RELATÓRIO:

A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, por meio do OF.SEDE/ASJUR nº 011/2016, encaminha expediente acerca do Convênio nº 063/2008, celebrado entre o Estado e a CEMIG Distribuição S.A. – CEMIG D, para execução do Programa Luz Para Todos, tendo em vista divergências entre a manifestação da Assessoria Jurídica da SEDE, objeto do Parecer nº 096, de 29/12/2015, e aquela contida no Parecer DJR – 24.366/2016, de lavra do corpo jurídico da CEMIG D.

O tema objeto de divergência diz respeito ao pedido da CEMIG D de obter o repasse da última parcela de desembolso financeiro devida pelo Estado,



acrescida de correção monetária e juros, mediante aplicação da Taxa SELIC, considerando sucessivos atrasos na liberação dos recursos a cargo do Estado.

A respeito da questão, a Assessoria Jurídica da SEDE, nos termos do Parecer Jurídico nº 096/2015, manifestou-se contrariamente ao pleito da CEMIG D, alegando, em síntese, que: (1) impossibilidade de admissão, nos convênios administrativos, de dispositivo que preveja a realização de despesa com multas, juros ou atualização monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos efetuados fora do prazo, conforme disposto no art.15, inciso VII, do Decreto Estadual nº 43.635/2003, aplicável ao caso concreto; (2) tendo em vista que a CEMIG D já executou todo o objeto do convênio, a comunhão de esforços, no tocante a essa parcela, mostrou-se desnecessária; (3) a CEMIG D expressamente aprovou todos os Termos Aditivos (2º, 3º, 4º, 5º e 6º), concordando com a prorrogação do repasse da última parcela a cargo do Estado sem aplicação de qualquer índice de atualização monetária, razão pela qual a adoção da Taxa SELIC, na eventualidade de ser aplicada, não pode ser admitida de forma retroativa.

O Parecer Jurídico da CEMIG D – DJR 24.366/2016, por sua vez, insurge-se contra as alegações do Parecer SEDE nº 096/2015, considerando que: (1) não se aplica à hipótese o disposto no art.15, inciso VII, do Decreto nº 43.635/2003, que se presta a vedar conduta do Conveniente de valer-se de recursos recebidos no convênio para efetuar pagamento de multas, correção monetária e juros decorrentes de despesas realizadas em atraso a que deu causa; (2) se o Decreto nº 43.635/2003 prevê o pagamento de juros e correção monetária nos casos de devolução de recursos ao Estado, quando não comprovada sua aplicação no objeto do convênio, utilizando-se o índice aplicável aos débitos com a Fazenda Pública (art.12, III), o mesmo deve ocorrer quando é o Estado o “devedor” dos recursos, já que “*o não pagamento da contrapartida (repasse) é, em essência, a não comprovação do objeto pactuado.*” (3) O atraso do repasse da última parcela constituiu o Estado em mora; (4) o silêncio da CEMIG D não importa renúncia, que se interpreta restritivamente, a teor do art.114 do Código Civil.

É o breve relatório, passamos a opinar.


Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0-0AB/MG 69.844



2. PARECER

O Convênio nº 063/2008 foi firmado entre a CEMIG D e o Estado, por meio da SEDE e com interveniência da SEPLAG, para execução do Programa Federal “Luz para Todos”, cujo objeto consiste na expansão da rede de energia elétrica no país com alcance de áreas rurais do território estadual.

Nos termos em que instituído o Programa, as concessionárias receberiam apoio financeiro da Eletrobrás (parte na forma de financiamento e parte como subvenção econômica) e poderiam, ainda, receber recursos financeiros dos Estados Federados, enquanto interessados diretos na ampliação do atendimento aos consumidores de energia no âmbito estadual. Neste contexto, pois, é que o Estado de Minas Gerais firmou o Convênio nº 063/2008 com a CEMIG D, no qual, inicialmente, ficou estabelecido o repasse de duas parcelas de R\$ 75 milhões cada, nos exercícios de 2008 e 2009, com término da execução previsto para 30/11/2011 (vigência inicial do Convênio).

À celebração do Convênio em 2008, seguiu-se a assinatura de vários Termos Aditivos (1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º), todos alterando o cronograma de desembolso financeiro a cargo do Estado, com o diferimento do repasse das parcelas para momentos futuros e com prorrogação da vigência. Ressalte-se que todos os aditamentos foram firmados em COMUM ACORDO ENTRE OS PARTÍCIPES, dentro do espírito de “cooperação” que inspirou a celebração do Convênio nº 063/2008.

Agora, ao cogitar-se do 7º Termo Aditivo com o intuito de se prorrogar, mais uma vez, a vigência do convênio e viabilizar o repasse da última parcela, programado para ocorrer no final de 2016, o Estado foi surpreendido com a pretensão da CEMIG D de receber o valor do último desembolso atualizado pela Taxa SELIC desde junho de 2011, quando se encerrou a execução do objeto do Convênio pela Convenente.

Diante da controvérsia que se instaurou entre a Assessoria Jurídica da SEDE e o corpo jurídico da CEMIG D, os partícipes entenderam por bem firmar o 7º Termo Aditivo, com prorrogação do prazo de vigência do convênio para 31/12/2016 e previsão do último desembolso do Estado para dezembro/2016, com a ressalva de que a discussão quanto à legalidade e aplicabilidade da atualização monetária solicitada pela Convenente seria discutida posteriormente, conforme mensagem eletrônica emitida pelo



Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças da SEDE em 23/12/2015 (fls.495v/496).

Encaminhado o expediente a esta Consultoria Jurídica, a presente consulta visa a solucionar o conflito jurídico que se instaurou entre as assessorias jurídicas da SEDE e da CEMIG D, especificamente em relação ao direito da CEMIG D de receber, ou não, o último desembolso do convênio, previsto para dezembro/2016, atualizado pela taxa SELIC desde junho/2011, quando se encerrou a execução do objeto ajustado.

2.1. DA APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 43.635/2003 AO CONVÊNIO Nº 063/2008: PÓS-ATIVIDADE DA NORMA REVOGADA. NOTA JURÍDICA AGE Nº 4.493/2016

Em primeiro lugar, dúvida não há de que o presente Convênio continua regido pelas regras do Decreto nº 43.635/2003, a teor do que dispõe o art.82 do novo Decreto nº 46.319/2013. Trata-se do que a doutrina chama de “pós-atividade da norma revogada”, tema que já foi objeto da Nota Jurídica nº 4.493, de 11 de março de 2016. Confira-se, por oportuno, trecho da referida manifestação, *in verbis*:

“Neste contexto, considerando que os convênios possuem uma execução que se prorroga no tempo, constituindo-se numa sequência de atos praticados desde seu nascedouro e que se consumam em momentos diversos, poderíamos, a princípio, entender que, mesmo diante de um convênio firmado na vigência do Decreto nº 43.635/2003, os atos dele decorrentes (execução do convênio), praticados já na vigência do Decreto nº 46.319/2013, deveriam respeito ao novo regramento.

OCORRE QUE o legislador optou por adotar o que a doutrina chama de PÓS-ATIVIDADE de norma revogada. É o que se depreende da leitura do art.82 do Decreto nº 46.319/2013, segundo o qual “Aplica-se o disposto neste Decreto aos convênios celebrados a partir de sua vigência”.

Valendo-me das palavras de Fernando Noronha, na pós-atividade, “é necessário recorrer à lei revogada para determinar as novas consequências jurídicas a serem produzidas após a vigência da nova lei por fatos (ou situações) que já vêm do tempo da primeira. Pós-



agir é atuar sobre fatos que acontecem após a lei, ou seja, para além do momento de sua revogação.”

Teremos, pois, pós-atividade quando o legislador prevê que uma legislação velha ainda terá forças para reger um fato futuro, isto é, completado depois de ela ter deixado de ser vigente (ainda que tenha acontecido no desenvolvimento de situações jurídicas que já vêm do seu tempo). Ou seja, a legislação velha continua regendo as “consequências” do ato praticado na vigência da legislação anterior, mesmo que produzidas no domínio da legislação posterior.

Neste contexto, considerando que o próprio Decreto nº 46.319/2013 possui regra expressa que prevê a aplicação do Decreto anterior (nº 43.635/2003) aos convênios celebrados anteriormente à sua vigência, de fato, o Convênio nº 063/2008, firmado antes da entrada em vigor do Decreto nº 46.319/2013, continua sob regência do Decreto nº 43.635/2003, a despeito de sua revogação.

2.2. DA NÃO APLICAÇÃO DO ART.15, VII, DO DECRETO Nº 43.635/2003 AO PRESENTE CASO

Em segundo lugar, o art.15, VII, do Decreto nº 43.635/2003 pretendeu impor aos Convenientes o dever de cumprir, tempestivamente, seus compromissos, evitando-se, por um lado, atrasos na execução do objeto pactuado, e, por outro, que o montante dos recursos destinados à execução da “parceria” sofresse redução por conta de sua utilização para pagamento de multas e/ou demais encargos decorrentes de atrasos provocados pelo próprio Conveniente, em prejuízo, assim, da execução do objeto ajustado.

Aos Convenientes, portanto, o legislador pretendeu dar o seguinte recado: qualquer cumprimento intempestivo de suas obrigações deveria ser por eles suportado, não lhes sendo lícito utilizar recursos da parceria para pagamento de multas, juros, correção monetária – despesas estas consideradas inelegíveis para fins de utilização dos recursos do convênio e respectiva prestação de contas.

In casu, a CEMIG D não pretende valer-se dos recursos da última parcela do convênio para pagar multas, correção ou juros decorrentes do cumprimento intempestivo de compromissos por ela assumidos durante a execução do convênio, hipótese que, de fato, é vedada pelo art.15, VII, do



Decreto nº 43.635/2003. Com efeito, assiste razão ao Jurídico da CEMIG D, quando alega não se aplicar o referido dispositivo ao caso objeto da presente consulta.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DO CONVÊNIO. OBJETO DO CONVÊNIO CUMPRIDO PELA CONVENIENTE COM RECURSOS PRÓPRIOS SEM CONHECIMENTO PRÉVIO DO ESTADO. DECISÃO ADMINISTRATIVA DE MANUTENÇÃO DO CONVÊNIO. AVALIAÇÃO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO CONCEDENTE QUE SE FEZ SEM ANÁLISE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PRECLUSÃO LÓGICA.

Para resposta à consulta, é importante que não nos afastemos da natureza jurídica do convênio, observadas as normas que o regem, e, sobretudo, o contexto fático que envolve a divergência de entendimento jurídico ora objeto de análise.

Pois bem. Que o convênio constitui uma união de esforços dos envolvidos em prol de um interesse público comum, não há dúvidas; também não há dúvida de que, dentro deste espírito de cooperação, os partícipes não visam a obter lucro ou qualquer ganho decorrente da execução de suas obrigações, sendo vedada qualquer espécie de remuneração pela execução do objeto do convênio; por fim, sabe-se que, ao contrário dos contratos, o convênio não possui caráter sinalagmático, quer dizer, as obrigações definidas no instrumento são voltadas para o alcance de um interesse público COMUM, numa confluência de interesses dos partícipes.

É, pois, dentro deste espírito de mútua cooperação, que o Decreto nº 43.365/2003, ao tratar de convênios que contam com transferência de recursos, admite a prorrogação da vigência quando há atrasos na liberação dos recursos. Parte-se, aqui, do pressuposto de que o **Conveniente depende dos recursos a serem repassados pelo Concedente, sem os quais não possui condições de executar o objeto ajustado.**

E, ressalte-se, a dependência é tanta que, na ausência de repasse de recursos, via de regra, **ou** os partícipes rescindem o convênio – porque garantida é a liberdade para retirarem-se, a qualquer tempo, do ajuste –, **ou** sua execução fica suspensa até que os recursos possam ser efetivamente



transferidos, conforme a disponibilidade do Tesouro e conveniência do Concedente.

Outro ponto importante diz respeito à prestação de contas de convênios. Via de regra, o Plano de Trabalho prevê o cronograma de execução atrelado ao cronograma de desembolso financeiro, de modo que os repasses ocorram de forma CONTEMPORÂNEA à realização efetiva das despesas, permitindo-se, assim, uma comprovação eficiente dos gastos realizados às custas de recursos públicos e, portanto, a glosa de despesas não comprovadas e/ou realizadas em desacordo com o pactuado. Há de se convir que a comprovação de despesas em tempo distante do momento em que foram realizadas pode prejudicar sobremaneira a prestação de contas do convênio, e também, por este motivo, é que, havendo atrasos na liberação dos recursos, permite-se a prorrogação da vigência de modo a viabilizar a execução do convênio ao tempo da concretização dos desembolsos.

Em razão de tais premissas gerais – imprescindibilidade dos repasses dos recursos para execução do ajuste pelo Conveniente e ocorrência do desembolso financeiro contemporaneamente à realização de despesas -, à princípio, causa estranheza a previsão de um **cronograma de execução desconectado do cronograma de desembolso financeiro** e a impressão que se tem é que, de fato, o desembolso dos recursos pelo Concedente é prescindível, jogando por terra a própria razão da “*mútua cooperação*”.

Em análise do caso concreto, note-se que desde o 2º Termo Aditivo, firmado em 22 de junho de 2011, os repasses deixaram de ser “*durante a execução do convênio*” para serem “*conforme item VI-1*”, quer dizer, apenas de acordo com o “cronograma financeiro” estabelecido pelos partícipes¹. E isto porque, desde junho/2011, todas as etapas de execução do convênio já haviam sido cumpridas pela CEMIG D, a despeito da ausência dos desembolsos pelo Estado.

Contrariando toda a lógica dos convênios, chama a atenção o fato de que a CEMIG D, mesmo sem receber do Estado os recursos pactuados, não cogitou de se retirar do ajuste, sequer suspendeu a execução do convênio. Aliás, executou, à conta de recursos próprios, as etapas do convênio dentro do

¹ Neste sentido, conferir quadro “Resumo da Aplicação” dos recursos constante do Plano de Trabalho do 2º Termo Aditivo. Note-se que no Plano de Trabalho originalmente pactuado e naquele que acompanhou o 1º Termo Aditivo, no quadro “Resumo de Aplicação”, constava “*durante a execução do convênio – conforme item VI-1*”.



prazo limite pactuado – 30/06/2011 -, e o fez com um detalhe: sem qualquer comunicação prévia formal à SEDE.

Neste contexto, note-se que o expediente não traz qualquer comunicação formal da CEMIG D às autoridades competentes da SEDE ou mesmo da SEPLAG (enquanto interveniente), no sentido de que daria continuidade à execução do convênio mesmo sem os repasses de recursos devidos pelo Estado. **Tratou-se, a bem da verdade, de decisão tomada no âmbito da CEMIG D, unilateralmente, à sua conta e risco.**

Note-se que os únicos documentos que noticiam a execução do convênio independente da realização dos repasses foram emitidos quando já havia sido executado o objeto ajustado: o Memorando Interno nº 055, de 17/05/2011, de lavra Subsecretário de Política Mineral e Energética (fls.183/184) e o Memorando Interno nº 07/2011, de 19/05/2011, juntado às fls.182, de lavra do Diretor de Fontes Energéticas, que justificaram a necessidade de se prorrogar a vigência do convênio para fins de que se viabilizasse o repasse dos recursos *a posteriori*. **Não há qualquer outro documento que demonstre ter sido o Estado previamente comunicado da continuidade da execução do convênio pela CEMIG D à conta de recursos próprios.**

Segundo informa a referida documentação, a execução do convênio pela CEMIG D, sem os aportes de recursos devidos pelo Estado, ocorreu por conta das metas pactuadas junto à ANEEL, cujo descumprimento poderia ensejar a aplicação de penalidades à Convenente.

Ressalte-se que o Programa Luz para Todos permitia às concessionárias a repactuação de metas diante de atrasos nos repasses de recursos pelo Estado, o que, portanto, poderia ter sido cogitado pela CEMIG D. Neste sentido, os 1º e 2º Aditamentos ao Termo de Compromisso firmados entre a União, o Estado e a CEMIG D, dispunham que “*Caso os recursos provenientes da Administração Pública Federal, dos Estados ou dos Municípios, inclusive da Administração Indireta não sejam repassados ao Agente Executor, por motivos não imputáveis à mesma, a meta descrita acima poderá ser revista proporcionalmente ao repasse não ocorrido*” (fls.231/234).²

² Agente Executor = CEMIG D;



A CEMIG D não só deixou de comunicar previamente sua decisão de dar continuidade à execução do convênio com recursos próprios, como justificou seu ato unilateral no fato de que sofreria penalidades caso descumprisse as metas pactuadas junto à ANEEL, situação que, como visto, poderia, naquela ocasião, ser contornada via repactuação de metas. A SEDE – Pasta responsável pelo acompanhamento do convênio -, por sua vez, somente tomou conhecimento da conclusão das etapas de execução do convênio quando já efetivamente cumpridas, pelo menos é o que se depreende da análise da documentação que instrui o expediente, conforme já apontado.

Tudo isto toma relevância diante da **lógica** de construção dos convênios, que, como visto, partem da premissa de que um partícipe depende do repasse de recursos do outro para execução do objeto ajustado. Ora, se as autoridades responsáveis pela gestão do convênio no âmbito da SEDE - ou mesmo da SEPLAG, na qualidade de interveniente e responsável pela gestão do orçamento -, tivessem sido comunicadas, previamente, acerca da pretensão da CEMIG D de dar continuidade à execução com recursos próprios, teriam tido condições de avaliar eventual rescisão do ajuste diante das sérias dificuldades orçamentárias evidenciadas no expediente – situação, aliás, que se mantém até hoje - ³, ou mesmo poderiam ter optado pela suspensão do programa, como ocorreu em outros Estados da Federação.

Fato é, contudo, que não houve qualquer comunicação prévia, tendo a SEDE tomado conhecimento de que a CEMIG D havia executado o objeto do convênio às custas de recursos próprios quando já consumada a situação. Também é fato que ao tomar conhecimento, a SEDE não questionou a imprescindibilidade dos desembolsos a cargo do Estado, pelo contrário, optou por manter incólume o que pactuou originalmente, seja porque acatou as justificativas apresentadas pela Convenente (de que deveria manter a execução para afastar penalidades aplicáveis pela ANEEL), seja por razões de conveniência e oportunidade às quais não cabe a esta Casa perquirir. De todo modo, não se pode esquecer que o interesse público comum visado pelo convênio, ao que tudo indica, restou alcançado, com benefícios à população rural do Estado antes carecedora de energia.

Onde se lê “por motivos não imputáveis à mesma”, leia-se “por motivos não imputáveis à distribuidora”, conforme previsão no decreto federal que regulamenta o Programa de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica Luz para Todos, a exemplo do Decreto nº 7.520/2011.

³ A cláusula 9.7 do Convênio prevê a possibilidade de rescisão por mútuo acordo entre os partícipes, ressaltando-se o rol exemplificativo ali previsto.



Desde o 2º Termo Aditivo, portanto, o cronograma de desembolso financeiro do Convênio nº 063/2008 passou a ser acordado conforme a disponibilidade financeira do Tesouro Estadual e com o único objetivo de restituir à CEMIG D as despesas custeadas com recursos próprios para alcance do interesse público objeto do ajuste.

Observa-se que quando o Estado decidiu por honrar o compromisso originalmente pactuado perante a CEMIG D, o fez **partindo do pressuposto de que os valores dos repasses permaneceriam os mesmos, sem qualquer alteração**. Tudo isto para dizer que se não foi cogitado naquela oportunidade qualquer tipo de atualização dos valores, não pode a CEMIG D pretender, agora, imputar ao Estado tal dever, sabendo-se que todos os demais termos aditivos apenas pretenderam reprogramar os repasses, por força da decisão administrativa tomada à época do 2º Termo Aditivo.

A ausência de comunicação PRÉVIA ao Estado da continuidade da execução do objeto do convênio mesmo ausentes os desembolsos financeiros pactuados, se não serve para afastar a obrigação assumida pelo Estado de repassar todos os recursos originalmente pactuados, constitui motivo para afastar o pleito de atualização. E isto porque a execução do convênio mediante utilização de recursos próprios, por decisão unilateral da CEMIG D, não pode ensejar o dever do Estado de atualizar o valor objeto do último repasse, máxime se, EM NENHUM MOMENTO, a própria CEMIG D cogitou de tal atualização.

O Parecer DJR -24.366/2016, de lavra do corpo jurídico da CEMIG D, noticia que, por ocasião dos termos aditivos anteriores, havia ressaltado o dever de atualização dos valores pela taxa SELIC (Parecer JC/DA nº 22.726/2014). Ainda que o tenha feito em prol dos interesses da CEMIG D, fato é que se tratou de posicionamento jurídico adotado apenas internamente, sem qualquer solicitação expressa perante a SEDE e SEPLAG, pelo menos é o que se depreende da análise do expediente: não foi juntado qualquer parecer jurídico que pudesse dar às autoridades estaduais responsáveis pela gestão do convênio, o conhecimento da intenção da CEMIG D, tão somente o recente Parecer Jurídico DJR -24.366/2016, que deu azo à presente consulta.

Ademais, é de se estranhar o item 58 do Parecer Jurídico DJR - 24.366/2016, segundo o qual o Conselho de Administração da CEMIG D teria deliberado pela aplicação da taxa SELIC aos repasses devidos pelo Estado.



Ora, se, de fato, tal tivesse ocorrido, certamente o representante legal da CEMIG D teria exigido a atualização monetária já na ocasião da celebração do 2º Termo Aditivo, sob pena de agir em desacordo com as deliberações do próprio Conselho de Administração, o que constituiria conduta grave.

De todo modo, ainda que houvesse deliberação do Conselho determinante da atualização monetária dos repasses faltantes – o que se admite apenas para argumentar -, certo é que a CEMIG D deveria tê-la juntado ao processo físico em curso na SEDE, para conhecimento das autoridades estaduais responsáveis pela gestão e acompanhamento do Convênio 063/2008, inclusive das assessorias jurídicas responsáveis pela defesa dos interesses da Administração Direta do Estado. Ora, se o assunto não é ventilado no expediente de forma expressa, não se permite que as autoridades competentes se manifestem na ocasião das negociações dos aditamentos. E neste contexto, vale repisar, em nenhum momento anterior às negociações do 7º Termo Aditivo, indagou-se acerca da aplicação de qualquer índice de atualização monetária do desembolso remanescente a cargo do Estado.

Com efeito, o fato de a CEMIG D, na ocasião das negociações do 2º Termo Aditivo, não ter cogitado, perante o Estado, da atualização monetária dos repasses faltantes, já a impede que o faça somente agora, quando da negociação do 7º Termo Aditivo, especialmente se sempre concordou com a postergação dos repasses, **nos valores originalmente pactuados**, afinal de contas, trata-se de um “acordo de cooperação”. Neste ponto, observa-se que o próprio Parecer Jurídico DJR – 24.366/2016 reconhece o silêncio da CEMIG D acerca da atualização pretendida.

A bem da verdade, se a questão tivesse sido ventilada no expediente na ocasião das negociações do 2º Termo Aditivo, desde aquela época, a autoridade representante da SEDE poderia ter se manifestado a respeito, não sendo lícito à CEMIG D, agora, depois de firmados seis termos aditivos para alteração do cronograma de desembolso e prorrogação de vigência, pretender imputar ao Estado obrigação a que renunciou.

2.4. DA INÉRCIA DA CEMIG D E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Admitir-se a aplicação da atualização monetária, agora, representaria afronta ao princípio da boa-fé, já que a SEDE sempre avaliou a postergação



dos repasses considerando que seriam realizados no futuro **sem aplicação de qualquer índice de atualização**, lembrando-se, aqui, que não houve qualquer pedido por parte CEMIG D, que se manteve inerte a respeito do reajuste, inclusive como estratégia para ter mantido o convênio cujo objeto já havia sido concluído às suas expensas, e, assim, receber os valores que assumiu com recursos próprios.

Cumpre trazer à colação decisão do Superior Tribunal de Justiça que se encaixa perfeitamente ao caso concreto objeto da consulta, oportunidade em que ficou assentada a possibilidade do credor abrir mão do direito ao reajuste, ficando, assim, inviabilizada qualquer pretensão de se exigir, retroativamente, correção monetária a que vinha regularmente dispensando, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva, senão vejamos:

“1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de uma liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante deste panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão do recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensando, frustrando uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator d reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes.

3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; (iii) limite ao



exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio.

5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso Especial a que se nega provimento. “(in RESP 1202514 / Recurso Especial 2010/0123990-7, Relatora Ministra Nancy Andrichi – DJT 30/06/2011).

Vale transcrever trechos elucidativos do voto condutor do acórdão, in verbis:

“... A boa-fé objetiva induz deveres acessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação.

Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente em cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social.

Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio.



Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a supressão, que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.

Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

Na hipótese específica dos autos, a recorrente abriu mão do reajuste anual das prestações mensais durante todos os 06 anos de vigência do contrato, despertando, ao longo de toda a relação negocial, a justa expectativa de que a correção não seria exigida retroativamente.

Na realidade, mais do que simples renúncia do direito ao reajuste, a recorrente abdicou da correção monetária para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Vê-se, pois, que não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos.

Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.

Embora a correção monetária seja fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa, nada impede o beneficiário de abdicar desse direito para garantir a renovação do contrato, sem que isso caracterize o enriquecimento sem causa da parte contrária.


Flávia Caldeira Brand Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844




Acrescente-se, por oportuno, que os dissídios trazidos pela recorrente se limitam a confirmar, genericamente, que a incidência de correção monetária independe de previsão expressa, fato em momento algum rechaçado. Contudo, nenhum deles aborda a questão nodal discutida nestes autos, consistente na possibilidade do próprio credor abrir mão do direito ao reajuste. Sendo assim, também não há como conhecer do recurso especial com base na alínea 'c' do permissivo constitucional.”

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça afastou até mesmo a aplicação de correção monetária – que representa mera recomposição da moeda, corroída pela inflação - justamente em defesa da boa-fé de quem avaliou a manutenção do negócio no tempo levando em consideração a renúncia a qualquer reajuste.

In casu, no momento em que o Estado tomou conhecimento de que o objeto do convênio havia sido concluído independentemente do repasse dos recursos, coube às autoridades competentes da SEDE e SEPLAG a avaliação quanto ao interesse público de se manter o convênio apenas para viabilizar a restituição à CEMIG das despesas custeadas com recursos próprios, **avaliação esta que considerou a manutenção dos repasses em seus valores originais, já que ausente qualquer pedido de atualização monetária por parte da CEMIG D.** Talvez se, à época, tivesse sido colocado em pauta a atualização monetária dos repasses, outra teria sido a decisão administrativa.

Com efeito, na linha do *decisum* do STJ ora colacionado, a ausência de qualquer pedido de reajuste por parte da CEMIG D ao longo dos anos criou a expectativa **legítima** do Estado de que os repasses remanescentes seriam realizados nos valores **originalmente** pactuados, mesmo que reiteradamente postergados.

Atenta-se, inclusive, para o fato de que a CEMIG D recebeu o repasse que havia sido reprogramado para dezembro/2012 sem qualquer atualização monetária – o que reforça a expectativa do Estado quanto à renúncia do reajuste -, sabendo-se que, agora, resta apenas o último desembolso, que, igualmente, não deve ser atualizado.


Flávia Caldeira Brandão Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.344



2.5. DA PRECLUSÃO LÓGICA. ANALOGIA AO TRATAMENTO DADO AOS CONTRATOS PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE.

Em sua defesa, a CEMIG D, nos termos do Parecer Jurídico DJR - 24.366/2016, argumenta que seu silêncio não importa em renúncia do direito à atualização, exigindo-se, ao contrário, deliberação expressa do Conselho de Administração neste sentido.

O próprio Parecer Jurídico DJR -24.366/2016 se contradiz neste ponto, em manifesta falta de convicção quanto à existência, ou não, de deliberação do Conselho sobre o tema. Ora, ao mesmo tempo que afirma não existir deliberação expressa do Conselho autorizativa do afastamento da atualização monetária, diz ter a informação de que houve deliberação do Conselho exigindo a aplicação da SELIC.

Se houve ou não deliberação do Conselho de Administração da CEMIG D a respeito do tema, a bem da verdade, pouco importa para resposta à presente consulta. E isso porque, se, eventualmente, houve deliberação do Conselho de Administração da CEMIG acerca da aplicação da SELIC e os termos aditivos foram firmados em descumprimento do que se deliberou, trata-se de questão que deve ser investigada à parte do presente processo para fins de apuração de responsabilidade das autoridades competentes.

De todo modo, o que importa para análise da presente análise jurídica é a **documentação colacionada no processo físico em trâmite na Administração Direta do Poder Executivo, mais precisamente na SEDE**, que não revela qualquer pedido formal de atualização monetária do último desembolso que tenha sido feito **anteriormente ao** 7º Termo Aditivo.

Por outro lado, se não houve manifestação expressa do Conselho de Administração da CEMIG D, e ainda assim a Conveniente firmou o termo aditivo sem negociar nem fazer constar no instrumento a atualização monetária, não poderia pretender fazê-lo agora, em decorrência da preclusão que se operou.

Ora, se até mesmo nos casos de repactuação de contratos administrativos de prestação de serviços continuada – que são marcados por **interesses antagônicos** - o TCU e a AGU têm exigido que o contratado requeira, **no momento da prorrogação contratual**, eventuais diferenças



decorrentes de impactos de convenções coletivas, **sob pena de preclusão**, quiçá no caso de convênios, marcados pela **confluência de interesses** dos partícipes.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “*a preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso de tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)*” (in www.agu.gov.br/page/download/index/id/12190325).

Trata-se, na verdade, de instituto de direito processual, que visa a preservar a segurança jurídica da relação processual, impedindo que questões já decididas sejam rediscutidas. Trazendo para o contexto dos contratos, a aplicação da preclusão lógica supõe que o contratante, **adotando comportamento incompatível com um determinado direito prescrito em lei ou em cláusula contratual, esteja renunciando a tal direito.**

Assim é que, nos casos de contratos de prestação continuada de serviços, a doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Controle têm admitido que a repactuação, **por envolver um evento previsível e periódico (anual)**, deve ser solicitada pelo particular no momento da prorrogação do contrato, sob pena de preclusão lógica. O seguinte julgado do Tribunal de Contas da União reflete bem a lógica adotada para se admitir a preclusão do direito de requerer a repactuação, *in verbis*:

“... 37. O momento da verificação das condições da prorrogação é aquele em que a Administração e o contratado, de comum acordo, discutem as novas condições, e, o Poder Público, de posse de tais informações, decide pela conveniência e oportunidade de prorrogar a avença.

38. Assim, à época da prorrogação do contrato, mediante termo aditivo, a contratada não pleiteou a repactuação a que fazia jus, a Administração decidiu prorrogar a avença com base neste quadro, ou seja, naquele em que as condições econômicas seriam mantidas.

39. Não pode a contratada, após a assinatura do mencionado aditivo, requisitar o reequilíbrio, pois isto implicaria negar à Administração a faculdade de avaliar se, com a repactuação,



seria conveniente, do ponto de vista financeiro, manter o ajuste.

40. Desta maneira, não tendo solicitado o reequilíbrio, ficaram acordados, tanto a Administração quanto ao contratado, de que as condições outrora estabelecidas, à exceção do prazo de vigência, atendiam a ambos os interesses, o público e o privado.

41. Friso, mais uma vez, que não se trata de negar às empresas contratadas pelo Poder Público o direito constitucional e legal de repactuar o contrato, a fim de manter a equação econômico-financeira original, mas sim de garantir, por via de interpretação sistemática, que a Administração possui condições, asseguradas em lei, de decidir sobre a conveniência e oportunidade de prorrogar o ajuste." (TCU, Acórdão nº 477/2010, Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz, citado por Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed., p.913)

Note-se, a partir daí, que a tese que se desenvolveu no âmbito do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União defende que se o contratado assina a prorrogação do contrato, mantendo as demais cláusulas em vigor, isto é, mantendo o preço que vinha sendo praticado, sem requerer a recomposição dos preços que passou a vigor, não poderá, mais tarde, requerê-la. **Preclui seu direito porque ao deixar de prever a repactuação no momento da prorrogação, o particular inviabiliza que a Administração avalie a vantajosidade de se prorrogar o contrato.**

E, a exemplo do entendimento do TCU e da AGU nos casos de repactuação de contratos de prestação continuada, que envolvam um evento previsível e periódico (anual), se a atualização monetária pretendida pela CEMIG D era **previsível** por decorrer de lei como alega, igualmente deveria ter sido solicitada no momento em que inicialmente se cogitou da reprogramação dos desembolsos financeiros a cargo do Estado, sob pena de preclusão lógica. Por analogia, pois, aplica-se aos convênios a preclusão lógica defendida no âmbito dos contratos.

2.6. DA AUSÊNCIA DE INADIMPLÊNCIA DO ESTADO

Como é sabido, os juros de mora possuem natureza jurídica de **sanção** aplicada ao devedor, pelo **inadimplemento** de obrigação pactuada.



Nos termos do art.394 do Código Civil, “*considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer*”.

In casu, está em discussão se a CEMIG D faz jus à atualização monetária da última parcela de desembolso a cargo do Estado. Há, pois, de se perquirir se houve inadimplemento do Estado quanto ao pagamento desta última parcela a justificar a aplicação de juros de mora.

Ora, ao contrário do que defende o Parecer DJR -24.366/2016, não há de se falar em inadimplemento do Estado, **se os partícipes renegociaram novos prazos para o último desembolso.**

Há de se convir que a partir do momento em que a CEMIG D concorda com o novo prazo de repasse, tem-se por RENOVADA a obrigação de repasse financeiro do Estado.

Em suma, uma vez pactuados, **de comum acordo**, novos prazos para liberação dos recursos, não se pode falar em inadimplência do Estado, e, pois, em mora a ensejar a aplicação de juros embutidos na taxa SELIC.

2.7. DO DEVER DE COMPROMETIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS EM CONVÊNIOS. DOS PREJUÍZOS À PRESTAÇÃO DE CONTAS.

Nos termos do art. 18 do Decreto nº 43.635/2003, “*o convênio deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas acordadas e a legislação em vigor, respondendo cada parte pela responsabilidade assumida*”.

Com base no referido dispositivo, toda vez que as autoridades competentes decidem por participar de um convênio, espera-se que o façam com **comprometimento** no que tange à disponibilidade orçamentária e financeira do Tesouro. Afinal de contas, não é à toa que a legislação exige expressa previsão da dotação orçamentária à conta da qual correrá a despesa (art.12, incisos XV e XVI, do Decreto nº 43.635/2003⁴ e art.55, V, da Lei nº

⁴“Art. 12. O termo de convênio a ser assinado deverá conter:



8.666/93, aplicável aos convênios nos termos do art.116).

É preocupante a conduta do Estado de assumir compromissos perante terceiros, na qualidade de Concedente, sem a certeza de que terá condições efetivas de honrá-los, em prejuízo ao próprio interesse público em jogo no ajuste. Em análise do expediente, podemos nos deparar com várias e sucessivas declarações de disponibilidade orçamentária e financeira para realização dos repasses pelo Estado, seguidas, no entanto, de pedidos de reprogramação dos pagamentos justamente por falta de recursos.

Reitera-se, pois, advertência já levantada no Parecer SEPLAG/AJA nº 667/2011, emitido em 2011, no sentido de que atrasos na liberação de recursos ajustados em convênios, ainda que admitidos pelo Decreto nº 43.635/2003 para fins de prorrogação da vigência, não afastam eventual responsabilidade dos envolvidos, exigindo-se apuração dos fatos e ações dos agentes públicos.

Ademais, preocupa esta Consultoria a prestação de contas do presente convênio, diante de tantas sucessivas prorrogações da vigência, com postergação da liberação dos recursos para momento muito posterior à realização das despesas. Lembre-se que quando se perde a contemporaneidade das despesas com os valores repassados, a prestação de contas pode ficar sobremaneira prejudicada, razão, pois, de se exigir das autoridades competentes extrema cautela sempre que se deparar com eventual necessidade de reprogramar o cronograma de desembolso financeiro apenas para fazer face às despesas realizadas pelo Conveniente na vigência do convênio.

Em suma, assim como todas as demais parcelas já desembolsadas pelo Estado, a CEMIG D deverá prestar contas das despesas que realizou na execução do objeto do convênio, com demonstração do nexos de causalidade entre as despesas efetivadas em 2011 e o objeto do convênio, observado o

XV - a indicação, quando for o caso, de cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercícios futuros, com a declaração de que serão indicados, em termos aditivos, os créditos orçamentários para sua cobertura;

XVI - a indicação de que os recursos para atender às despesas em exercícios futuros, no caso de investimento, estão consignados no plano plurianual, ou em lei que o autorize e fixe o montante das dotações, que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução;"



Plano de Trabalho, sob pena de glosa.

3. CONCLUSÃO


Em face do exposto, considerando a decisão unilateral da CEMIG D de dar continuidade à execução do convênio com recursos próprios, sem qualquer comunicação prévia às autoridades da SEDE e da SEPLAG, e, portanto, sem que lhes fosse permitido avaliar, à época, eventual necessidade de rescisão ou suspensão do convênio, por conta de indisponibilidade financeira do Tesouro;

Considerando que, não obstante a falta de comunicação prévia, a SEDE e SEPLAG, por razões de conveniência e oportunidade que não cabe a esta Casa perquirir, entenderam por bem honrar o compromisso assumido de realizar os repasses de recursos à CEMIG D, **cuja avaliação, à época, não considerou qualquer atualização monetária dos valores, até mesmo por ausência de qualquer pedido da CEMIG D;**

Considerando, pois, que na ocasião da assinatura do 2º Termo Aditivo – quando primeiro se exigiu da SEDE e da SEPLAG avaliação quanto à manutenção, ou não, do ajuste, uma vez já executado o objeto pela CEMIG D às custas de recursos próprios - não se cogitou de qualquer atualização monetária dos recursos, sabendo-se que os demais termos aditivos apenas pretenderam reprogramar os repasses, por força da decisão administrativa tomada à época do 2º Termo Aditivo;

Considerando que, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o direito à correção monetária é disponível, e, portanto, passível de ser abdicado pelo credor, o que ocorreu no presente caso, à medida que a CEMIG D não pleiteou qualquer reajuste para fins de avaliação oportuna das autoridades competentes, criando a expectativa **legítima** do Estado de que renunciou ao reajuste;

Considerando, de todo modo, a **preclusão lógica** que se operou, em decorrência da ausência de qualquer pedido expresso da CEMIG D acerca da atualização monetária dos repasses, reprogramados para ocorrerem mais tarde em comum acordo dos partícipes - o que se aplica por analogia ao tratamento dado aos contratos pelos órgãos de controle e em prol do princípio da boa-fé objetiva;


Flávia Caldeira Brand Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.344



Considerando a ausência, no expediente, de qualquer deliberação do Conselho de Administração que pudesse indicar posicionamento diverso, para conhecimento inequívoco das autoridades da SEDE e SEPLAG responsáveis pela gestão do presente convênio;

Considerando que os partícipes, em comum acordo, renegociaram novos prazos para o último desembolso de recursos, com renovação da obrigação do Estado, sem, portanto, inadimplemento do Estado;

Considerando que a ausência de inadimplemento do Estado afasta a aplicação dos juros de mora;

Considerando, por fim, o dever de boa-fé dos partícipes, que devem manter as premissas do acordo firmado, não lhes sendo lícito pretender alterá-las posteriormente, especialmente considerando o espírito de cooperação que inspirou o convênio, é que esta Consultoria Jurídica opina contrariamente ao pleito da CEMIG D de receber o último desembolso de recursos do Estado, programado para dezembro/2016, atualizado pela taxa SELIC.

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2016.

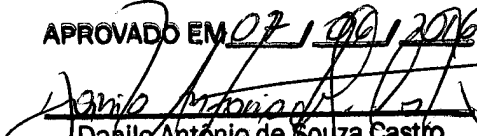

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo

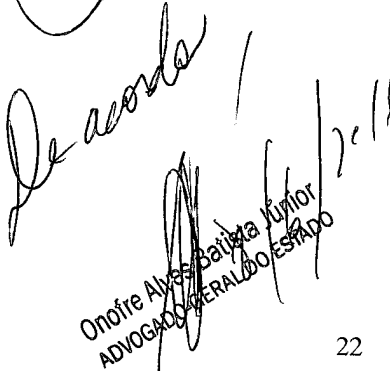
Procuradora do Estado

OAB-MG 69.844/ Masp nº 1127022

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
Masp nº 1.177.022-0 - OAB/MG 69.844

APROVADO EM 07/09/2016


Danilo Antônio de Souza Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840


Onofre Alves Batista Júnior
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO