



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 00584/2019/CONJUR-MEC/CGU/AGU

NUP: 23000.008943/2019-02

INTERESSADOS: SECRETÁRIO DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR - SESU/MEC E OUTROS

ASSUNTOS: CONSULTA ACERCA DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 7º, DA PORTARIA SE/MEC Nº 1.529, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2014, DA SECRETARIA EXECUTIVA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.

EMENTA: 1. Direito Administrativo e Constitucional. 2. Consulta acerca da proposta de alteração do artigo 7º, da Portaria SE/MEC nº 1.529, de 31 de dezembro de 2014, da Secretaria Executiva do Ministério da Educação. 3. Realização de outras consultas pela área consultante. 4. Pela viabilidade jurídica da mudança proposta. 5. Pela possibilidade de celebração de novos Termos de Execução Descentralizada para regular os repasses pendentes. 6. Pela possibilidade, também, de utilização analógica do artigo 38, inciso V, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016, para os convênios já celebrados. 7. O fato gerador para os fins do artigo 38, inciso V, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016, não pode ser considerado o empenho, sendo a liquidação o ato jurídico mais adequado para tal finalidade.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta oriunda da Secretaria Executiva do Ministério da Educação acerca da situação de Termos de Execução Descentralizada celebrados pelo MEC que estão sem conclusão de objeto e com o prazo de vigência expirados, o que impediria novos repasses, na forma do artigo 7º, da Portaria SE/MEC nº 1.529, de 31 de dezembro de 2014, da Secretaria Executiva do Ministério da Educação.

2. Segundo o encaminhamento da consulta, seria do interesse da Administração a modificação do referido dispositivo regulamentar com a inclusão de um parágrafo no artigo 7º da referida Portaria, possibilitando a continuidade de repasses de TEDs com vigência expirada, tendo em vista a necessidade e importância dos objetos regidos pelos instrumentos celebrados. Além disso, foi elaborada uma série de questionamentos acerca das medidas a serem tomadas em relação aos TEDs vencidos, mas com repasses ainda a serem feitos.

3. Para encaminhar a consulta, foi elaborada a Nota Técnica nº 1/2019/ORCAMENTO/GAB/SETEC/SETEC(Sei nº 1484124), da Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica em que se contextualizam as dúvidas e se apresentam as questões discutidas. Vale colacionar trecho do documento:

4.1. A situação acima apresentada revela, além das decisões administrativas tomadas, um cenário normativo e de controle em desenvolvimento em que se tem as normas de execução orçamentária e financeira e as normas de execução de transferências voluntárias.

4.2. Por um lado temos que o Decreto nº 825/93 é uma norma eminentemente de execução orçamentária e financeira e que, por esse motivo, trata as descentralizações de créditos orçamentários sob a luz essencialmente do Decreto 93.872/86 e da lei nº 4.320/64 cujos focos referentes aos prazos de execução estão relacionados à anualidade orçamentária.

4.3. Dessas normas constam as possibilidades de inscrição de despesas em restos a pagar, em que estão presentes outras relações jurídicas relativas aos Empenhos realizados liquidados ou não com

os créditos orçamentários descentralizados, mas para as quais se demanda o recebimento de recursos financeiros para honrar os pagamentos devidos aos credores.

4.4. De outro lado, apresentam-se as exigências normativas e lógicas às quais estão vinculadas as descentralizações orçamentárias, no que diz respeito a seu prazo operacional.

4.5. Diante do exposto, e considerando que, as obrigações assumidas pelas entidades receptoras dos créditos descentralizados se materializam como atos juridicamente perfeitos, o que se sugere colocar para análise jurídica são os seguintes questionamentos:

4.5.1. É possível, em caráter excepcional, alterar o prazo final de vigência dos termos de execução descentralizada, com o intuito de promover a transferência de recursos financeiros para satisfazer as despesas empenhadas e liquidadas, decorrente dos créditos orçamentários nele descentralizados?

4.5.2. Em caso negativo, há alternativa para que o repasse financeiro seja realizado ainda que findada a vigência do respectivo ajuste?

4.5.2.1. Nesse sentido, a ocorrência do fato gerador, no âmbito da Entidade Proponente, pode ser o parâmetro para a transferência de recursos?

4.5.2.2. Em razão da natureza de delegação de competência da execução financeira e orçamentária e tendo em vistas as normas específicas dessa execução e validade dos Empenhos, inclusive inscritos em Restos a Pagar, é possível considerar aquelas despesas empenhadas, ainda que pendentes de liquidação, como fato gerador das despesas, de forma de garantir o pagamento dos compromissos contratuais realizados a partir de atos juridicamente perfeitos?

4.5.2.3. Ainda, deve haver autorização expressa da autoridade concedente para a transferência de recursos financeiros?

4.6. Nos cenários acima, o que se propõe é a alteração da Portaria nº 1.529/2014 em seu artigo 7º para inclusão de um novo parágrafo com a seguinte redação:

Art. 7º O prazo para cumprimento do objeto será contado a partir da data da descentralização do crédito orçamentário.

[...]

§ 4º Excepcionalmente, poderá ser alterada vigência de Termo de Execução Descentralizada vencido, desde que, autorizado pelo concedente, para atender transferência de recursos financeiros e realização de despesas, quando o fato gerador da despesa tenha ocorrido ainda dentro da vigência do instrumento.

4.7. Ou esta redação:

Art. 7º O prazo para cumprimento do objeto será contado a partir da data da descentralização do crédito orçamentário.

[...]

§ 4º Excepcionalmente, serão admitidas transferências de recursos financeiros e realização de despesas, após o término da vigência, desde que, autorizadas pelo concedente e o fato gerador da despesa tenha ocorrido ainda dentro da vigência do Termo de Execução Descentralizada.

5. CONCLUSÃO

5.1. Diante do que foi exposto, entende-se adequado apresentar a presente Nota à Secretaria Executiva do Ministério da Educação, para que, se entendido pertinente e ouvida a Subsecretaria de Planejamento e Orçamento, submeta o expediente à Consultoria Jurídica do MEC para manifestação jurídica acerca dos questionamentos acima expostos.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

4. Importante, inicialmente, salientar que as orientações jurídicas apresentadas na presente manifestação são opções de conduta ao gestor, a quem cabe a decisão segundo seus critérios de conveniência e oportunidade. É dizer que as sugestões aqui apresentadas são opções juridicamente válidas, mas cuja decisão é de sua competência e responsabilidade, bem como sua execução. De outro lado, convém destacar que compete a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira.

5. O artigo 7º, da Portaria SE/MEC nº 1529/2014, que se pretende modificar a redação, prevê, atualmente, o seguinte:

Art. 1º - Ficam estabelecidos os critérios e procedimentos para a formalização de descentralização de créditos orçamentários efetuados no âmbito do Ministério da Educação, para execução de ações de seu interesse, em consonância com o disposto no art. 1º, § 1º, III, e art. 12-A do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.

[...]

Art. 7º - O prazo para cumprimento do objeto será contado a partir da data da descentralização do crédito orçamentário.

§ 1º - Quando a descentralização dos créditos orçamentários for realizada em parcelas, o prazo será contado a partir da data de descentralização da primeira parcela.

§ 2º - O órgão ou entidade recebedora dos recursos poderá solicitar a prorrogação do prazo para cumprimento do objeto, obedecida a antecedência mínima de 30 dias do término deste prazo, ficando a prorrogação condicionada à aprovação pela unidade gestora da política.

§ 3º - Findo o prazo para cumprimento do objeto, sem que haja a celebração de termo aditivo de prazo, o Termo de Execução Descentralizada deverá ser encerrado e os saldos dos créditos orçamentários descentralizados e não empenhados, bem como os recursos financeiros não utilizados, deverão ser imediatamente devolvidos.

6. Verifica-se, portanto, que a regra atual estabelece restrições para o repasse de novos recursos no caso de acabar o prazo de cumprimento do TED sem que haja a celebração de termo aditivo. Na verdade, o que a norma atual prevê é o encerramento do TED com a devolução imediata dos saldos dos créditos orçamentários descentralizados e não empenhados, bem como dos recursos financeiros não utilizados.

7. Nesse diapasão, responde-se ao primeiro questionamento: ***É possível, em caráter excepcional, alterar o prazo final de vigência dos termos de execução descentralizada, com o intuito de promover a transferência de recursos financeiros para satisfazer as despesas empenhadas e liquidadas, decorrente dos créditos orçamentários nele descentralizados?***

8. Pelo que se depreende da Consulta, a Administração pretende alterar o prazo de vigência do TED, mesmo ele já estando com referido prazo expirado.

9. Nesse ponto, vem a calhar a os ditames da Orientação Normativa AGU nº 3, de 2009, que preveem o seguinte:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

NA ANÁLISE DOS PROCESSOS RELATIVOS À PRORROGAÇÃO DE PRAZO, CUMPRE AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS VERIFICAR SE NÃO HÁ EXTRAPOLAÇÃO DO ATUAL PRAZO DE VIGÊNCIA, BEM COMO EVENTUAL OCORRÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS PRECEDENTES, HIPÓTESES QUE CONFIGURAM A EXTINÇÃO DO AJUSTE, IMPEDINDO A SUA PRORROGAÇÃO.

INDEXAÇÃO: CONTRATO. PRORROGAÇÃO. AJUSTE. VIGÊNCIA. SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. EXTINÇÃO. REFERÊNCIA: art. 57, inc. II, Lei nº 8.666, de 1993; Nota DECOR nº 57/2004-MMV; Acórdãos TCU 211/2008-Plenário e 100/2008-Plenário.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

10. A referida orientação normativa, baseada em entendimento da Advocacia-Geral da União e em decisões do Tribunal de Contas da União, entende inviável se prorrogar um instrumento em que o prazo de vigência esteja expirado. Isso porque, com a expiração do prazo, considera-se o ajuste automaticamente rescindido. **Assim, não haveria como se prorrogar algo que já não existe mais no mundo jurídico.**

11. Nesse ponto, em casos em que o prazo de vigência expirou e o objeto ainda não foi concluído, o mais indicado e seguro juridicamente é a realização de um novo TED, apenas para regular as obrigações ainda pendentes dali em diante.

12. Contudo, o Tribunal de Contas da União já enfrentou problema similar, atinente a convênios, tendo decidido, através do Acórdão nº 127/2016 - Plenário, por temperar o referido entendimento. Merece transcrição trecho do voto do relator:

7. De outra sorte, o titular da unidade técnica discordou do encaminhamento proposto pelo auditor federal, considerando que: (a) não estariam presentes os pressupostos necessários à concessão da medida cautelar (fumaça do bom direito e perigo na demora), bem assim que haveria a incidência do perigo na demora reverso; (b) não estaria demonstrado o dolo ou a culpa dos pareceristas jurídicos; e (c) não haveria fundamento legal para as supostas omissões apontadas na divulgação da licitação.

8. Nesse sentido, o dirigente propôs determinar à Seduc/TO que elabore plano de ação para a retomada das obras para as quais haja recursos suficientes para a sua conclusão e ao FNDE que informe ao TCU o cronograma de repasse dos recursos pendentes nos aludidos convênios.

9. Acompanhamento, em essência, a proposta do titular da Secex/TO, incorporando as suas conclusões a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

10. Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Contas se consolidou ao longo do tempo no sentido de considerar irregular o aditamento feito após o término da vigência contratual, ainda que amparado em um dos motivos do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que o contrato original estaria formalmente extinto, de sorte que não seria juridicamente cabível a sua prorrogação ou a continuidade da sua execução (v.g.: Acórdãos 66/2004, 1.717/2005, 216/2007, 1.335/2009, 1.936/2014 e 2.143/2015, todos do Plenário do TCU).

11. Como se sabe, a Lei de Licitações e Contratos permite a prorrogação do contrato nas situações em que a contratante determina a paralisação da obra, autorizando, inclusive, a prorrogação do cronograma de execução, por igual período, contudo, tal previsão não dispensa a formalização do aditamento, a fim de ajustar os prazos de conclusão das etapas e de entrega da obra, até porque toda e qualquer prorrogação de prazo deve ser previamente justificada e autorizada (§ 2º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993).

12. Nessa esteira também é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 191 do TCU, segundo a qual é indispensável a fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, bem como na Orientação Normativa nº 3/2009 da Advocacia-Geral da União (AGU), que aduz: “na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação”.

13. Ocorre que, nos chamados contratos por escopo (em que o objeto consistiria na obtenção de um bem ou na construção de uma obra), o prazo de execução só seria extinto quando o objeto fosse definitivamente entregue à administração e as demais obrigações fixadas no ajuste fossem plenamente satisfeitas, de modo que, inexistindo motivos para rescisão ou anulação, a extinção desse tipo de ajuste somente se operaria com a conclusão do objeto e com o seu recebimento definitivo pela administração, diferentemente do que ocorreria nas avenças por tempo determinado (em que o objeto consistiria na prestação de serviços contínuos), nos quais o prazo constituiria elemento essencial e imprescindível para a consecução ou a eficácia do objeto avençado.

14. Considerando tal raciocínio, o TCU tem acolhido, em caráter excepcional, na análise de alguns casos concretos, a tese de diferenciar os efeitos da extinção do prazo de contratos de obra, como se verifica nos seguintes julgados: Decisão 606/1996-Plenário; Decisão 732/1999-Plenário; Acórdão 1.740/2003-Plenário; Acórdão 1.980/2004-1ª Câmara; Acórdão 2.068/2004-Plenário; Acórdão 1.808/2008-Plenário; Acórdão 3.131/2010-Plenário; Acórdão 5.466/2011-2ª Câmara; e Acórdão 778/2012-Plenário; e Acórdão 1.674/2014-Plenário.

15. Importa destacar que nesses casos o Tribunal identificou a presença de circunstâncias objetivas atenuantes da conduta dos gestores, tais como: descontinuidade na liberação de recursos orçamentários; paralisação da obra motivada pela contratante; aplicabilidade do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, inclusive a contrato celebrado sob a égide do Decreto-Lei nº

2.300, de 21 de novembro de 1986; fundamentação do aditamento em parecer jurídico; prorrogação do cronograma de execução por tempo igual ao da paralisação, com suporte no art. 79, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993; e adoção de providências para o cumprimento do contrato, evitando prorrogação indefinida ou abusiva.

16. Bem se vê que neste caso concreto também estão presentes algumas dessas circunstâncias pontuadas na jurisprudência do Tribunal, em especial, o fato de os aditamentos considerados ilegais (posteriores ao término de vigência da avença) terem decorrido da premissa equivocada do governo estadual no sentido de que os prazos de vigência dos contratos por escopo seriam prorrogados automaticamente em decorrência dos sucessivos períodos de paralisação, com espeque nos arts. 57, § 1º, inciso III, e 79, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, sem a necessidade do tempestivo aditamento.

17. Assim, mostra-se adequada a solução proposta pelo dirigente da unidade técnica, a fim de **autorizar, em caráter excepcional e em sintonia com os precedentes mencionados, a continuidade dos aludidos contratos, isso porque, como se sabe, a regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, já que o aditamento não pode produzir efeitos retroativos, mas a falta dessa providência tempestiva deve ser analisada sob a ótica do interesse público, mesmo porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal.**

18. Contudo, como cabe à entidade repassadora garantir o cumprimento dos objetivos dos convênios que deram suporte a tais contratações, **entendo ser mais pertinente determinar à Seduc/TO que submeta ao FNDE, para que este apresente ao TCU, o plano de ação para o término das obras, a fim de priorizar a aplicação dos recursos federais já repassados na conclusão do maior número possível de escolas e de indicar os prazos para a realização dos repasses remanescentes, incluindo as providências a cargo dos partícipes para o ajuste dos cronogramas e a formalização dos aditivos necessários, respeitadas as demais cláusulas e condições previstas nos aludidos ajustes.**

19. Enfim, mostra-se pertinente revisitar as propostas de dar ciência aos órgãos e entidades envolvidos sobre as falhas apontadas no relatório de auditoria da Secex/TO, com o intuito de substituí-las por recomendações, com fundamento no art. 250, inciso III, do RITCU.

Ante todo o exposto, voto por que seja prolatada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO

13. Com efeito, o Plenário do TCU prolatou o acórdão no seguinte sentido:

ACÓRDÃO Nº 127/2016 – TCU – Plenário

[...]

9.2. recomendar ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação que:

9.2.1. observe o cumprimento do cronograma de liberação de recursos pactuados em **convênios ou instrumentos congêneres**, incluindo a prévia justificativa no respectivo processo para a eventual interrupção no fluxo dos repasses, **bem assim o devido aditamento da avença para a adequação às novas condições de execução do objeto, especialmente quando os convênios envolverem a execução indireta de obras públicas de inegável interesse social, evitando-se, com isso, a paralisação do empreendimento financiado por transferências voluntárias federais** (Achado II.1 do relatório de auditoria);

9.2.2. certifique-se de que os produtos dos projetos aprovados no plano de trabalho de convênios e instrumentos congêneres estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual (PPA), consoante a inteligência dos arts. 57 e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em especial, quando a duração do convênio extrapolar a vigência dos créditos orçamentários indicados por ocasião da celebração ou do aditamento (Achado II.1 do relatório de auditoria);

14. A decisão do Tribunal de Contas da União refere-se a convênios **ou instrumentos congêneres**. Nesse diapasão, **sua ratio decidendi (razão de decidir) pode ser utilizada para os Termos de Execução Descentralizada**. Assim, verifica-se que o Tribunal de Contas da União autorizou o aditamento da avença para adequação às novas condições de execução do objeto. Ou seja, em outras palavras, entendeu possível o aditamento mesmo após expirado o prazo do

convênio, temperando, quando favorável ao interesse público, a regra de que seria impossível a prorrogação de instrumentos com prazo de vigência exaurido.

15. A possibilidade prevista, contudo, deve estar alinhada com o interesse público e deve ser tomada em caráter excepcional. É dizer que, segundo o entendimento do TCU, é **excepcionalmente** possível o aditamento do TED já vencido para regular a continuação dos repasses apenas se o objeto a ser executado trazer mais benefícios ao interesse público do que a sua paralisação.

16. Referido juízo de conveniência e oportunidade deve ser exercido pelas autoridades do Ministério da Educação, devendo os TED's com pendências de repasse e necessidade de continuação ser objeto de eleição por parte das autoridades com base no referido critério. É dizer, sugerimos que seja analisada, caso a caso, a necessidade de continuação do objeto do TED e, havendo necessidade de continuação, sugere-se a celebração de novo instrumento.

17. É de se salientar que a decisão do Tribunal de Contas da União teve como base principalmente convênios que envolviam a realização de obras, razão pela qual os TEDs que não envolvam esse tipo de objeto na ponta deverão ser avaliados com ainda maior cuidado, tendo em vista a necessidade de obediência ao interesse público.

18. De outra banda, outra opção também viável é a celebração de novos TEDs para regular os repasses ainda pendentes de onde pararam em diante. Referida opção é a mais conservadora para o gestor, não obstante seja mais burocrática.

19. Diante da possibilidade de celebração de novo TED, sugerimos a leitura do PARECER n. 00490/2019/CONJUR-MEC/CGU/AGU, proferido no Processo nº 23000.008953/2019-30, de nossa lavra, que apresenta as recomendações para a celebração de novos instrumentos nesses casos.

20. A segunda pergunta a ser respondida é: ***Em caso negativo, há alternativa para que o repasse financeiro seja realizado ainda que findada a vigência do respectivo ajuste?***

21. Não se recomenda, em regra, que seja realizado nenhum repasse sem a devida cobertura através de um TED, pelo menos até que seja editada uma norma nesse sentido. Daí a recomendação para que se faça um novo TED, caso sejam necessários novos repasses.

22. Contudo, conforme orientado acima, o Tribunal de Contas da União já entendeu possível a continuação dos repasses financeiros em convênios expirados precedida da alteração no instrumento, o que poderia ser utilizado analogicamente nos TEDs. Nesse ponto, conforme exposto, é necessária a implementação de algumas condições estabelecidas no Acórdão nº 127/2019-Plenário, tais como: a verificação da obediência ao interesse público/social na continuidade dos repasses; o MEC deve garantir o aditamento dos TEDs para a adequação às novas condições de execução do objeto, especialmente quando os TEDs envolverem a execução indireta de obras públicas de inegável interesse social, evitando-se, com isso, a paralisação do empreendimento financiado por transferências voluntárias federais.

23. Caso o TED não envolva obra pública paralisada em face da expiração do TED e impossibilidade novos repasses, a Administração deverá verificar com ainda mais vagar e critério a necessidade de prorrogação do instrumento e continuidade dos repasses.

24. A terceira pergunta é a seguinte: ***Nesse sentido, a ocorrência do fato gerador, no âmbito da Entidade Proponente, pode ser o parâmetro para a transferência de recursos?***

25. Depreende-se que as razões de decidir do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 127/2016-Plenário levaram em conta os casos em que a vigência do convênio expirou, mas sem ocorrência do fato gerador anterior a suportar o repasse. Isso porque a legislação já soluciona os pagamentos posteriores à vigência do instrumento(convênio), quando se tem a ocorrência de fato gerador durante a sua vigência, não havendo maiores polêmicas.

26. Portanto, nesse diapasão, caso tenha existido o fato gerador durante a vigência do convênio, resta mais claro que poderá ser efetuado, **analogicamente para os TEDs**, o pagamento em data posterior, visto que autorizado pelo artigo 38, inciso V, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016.

27. Contudo, como já dito, referido instrumento infralegal somente poderia ser utilizado em relação aos TEDs de forma analógica. É dizer que o mais seguro juridicamente seria a celebração de novo TED enquanto não for editada norma que preveja essa possibilidade para TEDs futuros.

28. Para a perfeita delimitação da resposta, primeiramente, é necessário esclarecer o que seria o "fato gerador" para autoridade consulente. Conforme Nota Técnica nº 1/2019/ORCAMENTO/GAB/SETEC/SETEC(Sei nº 1484124), o fato gerador seria a data do empenho realizado pelo órgão descentralizado:

3.25. Sobre esse aspecto, merece destaque ainda o contido no artigo 52 da Portaria interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

[...]

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado;

3.26. Deve se reconhecer que o trecho acima está diretamente associado à execução de despesas em convênios e que a Portaria em questão foi revogada pela Portaria MP/MF/CGU nº 424/2016, de 30 de dezembro de 2016.

3.27. Esta última Portaria mantém a mesma vedação para realização de despesas após a vigência do ajuste, porém sem exigir a autorização expressa do concedente. Por outro lado, conforme expressão de seu artigo 2º, inciso IV, o ato normativo não se aplica aos TEDs.

3.28. Ainda, não foi editada pelos órgãos competentes nova Portaria que regulamentasse a execução dos Termos de Execução Descentralizada, na forma do artigo 18 do Decreto nº 6.170/2007.

3.29. Ainda assim, deve-se enfatizar que, ao adotar por referência essas normas, seria necessário ainda estabelecer os critérios de aferição do fato gerador da despesa.

3.30. Considerando que a abordagem em questão é relativa a repasse financeiro, decorrente de obrigações contratuais juridicamente assumidas a partir da emissão de nota de empenho, via de regra realizada durante a vigência do TED, entende-se, s.m.j, que a data do empenho deveria ser interpretada como referencial para a definição do fato gerador.

29. A área consulente defende, portanto, que o fato gerador seria o empenho realizado por parte da autoridade descentralizada decorrente de obrigações contratuais juridicamente assumidas.

30. Com as vênias devidas à autoridade consulente, o empenho não pode ser compreendido como fato gerador para fins do artigo 38, inciso VI, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016 e normas idênticas que a precederam. Isso porque somente pode ser considerado fato gerador pra esse fim, pelo menos, a liquidação do empenho, já que ela é uma condição para que a obrigação de pagamento se perfectibilize. Assim, sem o implemento dessa condição, não há fato gerador para pagamento algum.

31. Até porque o empenho ainda é o ato inicial da despesa, podendo ser realizado até de modo global (antes do início da obra, por exemplo) ou até sem se saber o montante total a ser gasto (empenho por estimativa). Portanto, o empenho ainda é um ato administrativo muito precário para considerá-lo como fato gerador para os fins do artigo 38, inciso VI, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016 e normas anteriores idênticas.

32. **Assim, entende-se como ato mais propício a ser considerado como fato gerador a liquidação, pois segundo o artigo 63 da Lei nº 4.320, de 1964, a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Com a liquidação, portanto, há pelo menos a verificação do direito adquirido pelo credor, o que realmente faz com que haja um fato gerador para pagamento.**

33. De outro lado, conforme já explanado, entende-se como a solução jurídica mais segura a subscrição de novo TED para a realização dos repasses e não a utilização analógica da Portaria Interministerial nº 424, de 2016.

34. Em relação ao questionamento : ***Em razão da natureza de delegação de competência da execução financeira e orçamentária e tendo em vistas as normas específicas dessa execução e validade dos Empenhos, inclusive***

inscritos em Restos a Pagar, é possível considerar aquelas despesas empenhadas, ainda que pendentes de liquidação, como fato gerador das despesas, de forma de garantir o pagamento dos compromissos contratuais realizados a partir de atos juridicamente perfeitos?

35. Como foi dito, o parágrafo 1º, do artigo 12-A, do Decreto nº 6.170, de 2007, estabelece que a celebração de termo de execução descentralizada nas hipóteses dos incisos I a III do caput configura delegação de competência para a unidade descentralizada promover a execução de programas, atividades ou ações previstas no orçamento da unidade descentralizadora.

36. Pelo que se depreende, a preocupação do gestor consulente se relaciona a empenhos realizados em exercícios anteriores em que não houve o pagamento da despesa, sendo a despesas inscrita, portanto, em restos a pagar.

37. Como já dito, o empenho não pode ser compreendido como fato gerador para fins de do artigo 38, inciso VI, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016. Isso porque somente pode ser considerado fato gerador pra esse fim, pelo menos, a liquidação do empenho, já que ela é uma condição para que a obrigação de pagamento se perfectibilize. Assim, sem o implemento dessa condição, não há fato gerador algum

38. Assim, de acordo com itens 29 a 32 acima, a resposta à pergunta só pode ser negativa.

39. Em relação à pergunta realizada por meio do Item 4.5.2.3. : ***Ainda, deve haver autorização expressa da autoridade concedente para a transferência de recursos financeiros?***

40. Com a supressão da necessidade de autorização do concedente pela Portaria Interministerial nº 424, de 2016, a norma a ser utilizada analogicamente não mais prevê essa autorização.

41. Assim, caso a Administração decida utilizar a Portaria Interministerial analogicamente para os TEDs, referida condição não existirá. É importante destacar que a Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008 (artigo 39, inciso VI), e a Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011 (artigo 52, inciso VI) exigiam tal autorização do concedente.

42. A autorização do concedente é norma eminentemente processual, visto que estabelece um requisito formal para a regularidade do procedimento. Como é sabido, também, as normas processuais têm aplicação imediata aos processos em cursos.

43. Ademais, sem necessidade de maiores divagações, o artigo 2º, da Portaria nº 426, de 2016, estabelece o seguinte:

Art. 2º Não se aplicam as exigências desta Portaria:

I - aos instrumentos:

a) celebrados anteriormente à data da sua publicação, devendo ser observadas, neste caso, as prescrições normativas vigentes à época da sua celebração, podendo, todavia, se lhes aplicar o disposto nesta Portaria naquilo que beneficiar a consecução do objeto do instrumento e análise de prestação de contas; (Alterado pela PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 235, DE 23 DE AGOSTO DE 2018).

44. Tendo em vista que a retirada da obrigatoriedade de autorização do concedente beneficiará a consecução do objeto do instrumento e também pode facilitar a prestação de contas, entendemos que não persiste mais a necessidade de autorização do concedente para a transferência de recursos financeiros.

45. Por fim, foi proposta a alteração da Portaria SE/MEC nº 1.529/2014 contida no Item 4.6. da Nota Técnica nº 1/2019/ORCAMENTO/GAB/SETEC/SETEC(Sei nº 1484124):

4.6. Nos cenários acima, o que se propõe é a alteração da Portaria nº 1.529/2014 em seu artigo 7º para inclusão de um novo parágrafo com a seguinte redação:

Art. 7º O prazo para cumprimento do objeto será contado a partir da data da descentralização do crédito orçamentário.

[...]

§ 4º Excepcionalmente, poderá ser alterada vigência de Termo de Execução Descentralizada vencido, desde que, autorizado pelo concedente, para atender transferência de recursos financeiros e realização de despesas, quando o fato gerador da despesa tenha ocorrido ainda dentro da vigência do instrumento.

4.7. Ou esta redação:

Art. 7º O prazo para cumprimento do objeto será contado a partir da data da descentralização do crédito orçamentário.

[...]

§ 4º Excepcionalmente, serão admitidas transferências de recursos financeiros e realização de despesas, após o término da vigência, desde que, autorizadas pelo concedente e o fato gerador da despesa tenha ocorrido ainda dentro da vigência do Termo de Execução Descentralizada.

46. Sobre o referido questionamento, o ideal e mais seguro juridicamente é que se adote a segunda opção, tendo em vista que a alteração de vigência de um instrumento somente pode ser feita estando ele ainda vigente. Ou seja, é tecnicamente inviável a prorrogação do prazo de um instrumento com prazo expirado, pois com a expiração do prazo ocorre a rescisão.

47. Daí que a melhor sugestão possível juridicamente é o estabelecimento de uma previsão geral e abstrata para o Ministério da Educação e não uma solução casuística. Assim, a alteração da Portaria SE/MEC nº 1.529/2014 seria possível juridicamente em razão de prever a possibilidade de pagamento mesmo após o encerramento da vigência do instrumentos, mas desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado.

48. Nesse ponto, a Administração consultante sugere duas modificações: uma alinhada ao **entendimento excepcional** do Tribunal de Contas da União, que possibilitou a prorrogação de instrumento com vigência expirada e a continuidade dos pagamentos. E outro com a utilização analógica do artigo da Portaria Interministerial nº 424, de 2016, que possibilita o pagamento mesmo após o encerramento da vigência do instrumento, desde que o fato gerador tenha ocorrido durante sua vigência.

49. **Nesse ponto, sugere-se a utilização da segunda proposta de redação, tendo em vista que a primeira foi utilizada de forma bastante excepcional, bem como contraria a Orientação Normativa nº 3, de 2009, da Advocacia-Geral da União. Ainda sobre o tema, sugere-se que seja considerada como fato gerador, para esses fins, a liquidação da despesa e não seu empenho.**

50. Não obstante a necessidade de criação de uma norma interna no Ministério da Educação para regular o tema, o ideal seria que o artigo 18 do Decreto nº 6.170, de 2007, fosse regulamentado. Assim, É recomendável que se dê ciência ao Ministério da Economia e à Controladoria-Geral da União para que se manifeste acerca das conclusões aqui levadas a efeito e, se possível, para que adiante as tratativas para a elaboração, em relação aos TEDs, da norma a que se refere o artigo 18 do Decreto nº 6.170, de 2007.

3. CONCLUSÃO

51. Diante do exposto e o que dos autos consta em resposta aos questionamentos formulados, concluímos o seguinte:

52. a) ***É possível, em caráter excepcional, alterar o prazo final de vigência dos termos de execução descentralizada, com o intuito de promover a transferência de recursos financeiros para satisfazer as despesas empenhadas e liquidadas, decorrente dos créditos orçamentários nele descentralizados?***

53. Resposta: recomenda-se inicialmente, como solução jurídica mais segura possível e conservadora, a celebração de novos Termos de Execução Descentralizada para regular os casos em que há repasses pendentes em TEDs com objeto inconcluso. Contudo, o Tribunal de Contas da União já decidiu pela possibilidade de alteração da vigência em casos de convênio com vigência expirada, sendo necessário, para esse fim a adoção de alguns cuidados: a verificação da obediência ao interesse público/social na continuidade dos repasses; o MEC deve garantir o aditamento dos TEDs para a adequação às novas condições de execução do objeto, especialmente quando os TEDs envolverem a execução indireta de obras públicas de inegável interesse social, evitando-se, com isso, a paralisação do empreendimento financiado por transferências voluntárias federais.

54. b) *Em caso negativo, há alternativa para que o repasse financeiro seja realizado ainda que findada a vigência do respectivo ajuste?*

55. Resposta: Não se recomenda, em regra, que seja realizado nenhum repasse sem a devida cobertura através de um TED, pelo menos até que seja editada uma norma nesse sentido. Daí a recomendação para que se faça um novo TED, caso sejam necessários novos repasses.

56. Contudo, conforme orientado acima, o Tribunal de Contas da União já entendeu possível a continuação dos repasses financeiros em convênios expirados precedida da alteração no instrumento, o que poderia ser utilizado analogicamente nos TEDs. Nesse ponto, conforme exposto, é necessária a implementação de algumas condições estabelecidas no Acórdão nº 127/2019-Plenário, tais como: a verificação da obediência ao interesse público/social na continuidade dos repasses; o MEC deve garantir o aditamento dos TEDs para a adequação às novas condições de execução do objeto, especialmente quando os TEDs envolverem a execução indireta de obras públicas de inegável interesse social, evitando-se, com isso, a paralisação do empreendimento financiado por transferências voluntárias federais.

57. Caso o TED não envolva obra pública paralisada em face da expiração do TED e impossibilidade novos repasses, a Administração deverá verificar com ainda mais vagar e critério a necessidade de prorrogação do instrumento e continuidade dos repasses.

58. c) *Nesse sentido, a ocorrência do fato gerador, no âmbito da Entidade Proponente, pode ser o parâmetro para a transferência de recursos?*

59. Resposta: caso tenha existido o fato gerador durante a vigência do convênio, resta mais claro que poderá ser efetuado, **analogicamente para os TEDs**, o pagamento em data posterior, visto que autorizado pelo artigo 38, inciso V, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016 e normas idênticas anteriores.

60. Contudo, o mais seguro juridicamente seria a celebração de novo TED, tendo em vista que a aplicação da norma do artigo 38 da Portaria Interministerial nº 424, de 2016, seria analógica.

61. Ainda à guisa de conclusão, é importante ressaltar que a nova norma que se pretende editar, nesse ponto, não poderia ser aplicada imediatamente por não se tratar de norma processual(de aplicação imediata) e tendo em vista ainda a regra do *tempus regit actum*(a norma vigente ao tempo do ato deverá regê-lo).

62. d) *Em razão da natureza de delegação de competência da execução financeira e orçamentária e tendo em vistas as normas específicas dessa execução e validade dos Empenhos, inclusive inscritos em Restos a Pagar, é possível considerar aquelas despesas empenhadas, ainda que pendentes de liquidação, como fato gerador das despesas, de forma de garantir o pagamento dos compromissos contratuais realizados a partir de atos juridicamente perfeitos?*

63. Resposta: o empenho não pode ser compreendido como fato gerador para fins do artigo 38, inciso VI, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016. Isso porque somente pode ser considerado fato gerador pra esse fim, pelo menos, **a liquidação do empenho, já que ela é uma condição para que a obrigação de pagamento se perfectibilize. Assim, sem o implemento dessa condição, não há fato gerador para pagamento algum.**

64. e) *Ainda, deve haver autorização expressa da autoridade concedente para a transferência de recursos financeiros?*

65. Resposta: Com a supressão da necessidade de autorização do concedente pela Portaria Interministerial nº 424, de 2016, a norma a ser utilizada analogicamente não mais prevê essa previsão. Assim, caso a Administração decida utilizar a Portaria Interministerial analogicamente para os TEDs, referida condição não existirá;

66. f) A segunda proposta de alteração da Portaria SE/MEC nº 1.529/2014, prevista no Item 4.7. da Nota Técnica nº 1/2019/ORCAMENTO/GAB/SETEC/SETEC(Sei nº1484124) proposta pelas autoridades consulentes, seria possível juridicamente em razão de prever a possibilidade de pagamento mesmo após o encerramento da vigência do instrumentos, mas desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado.

67. Entende-se que a referida proposta de alteração é mais viável que a primeira, tendo em vista a excepcionalidade do referido entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, tendo essa condição excepcional, muito fundada no caso, sido devidamente exteriorizada nas razões do julgado.

68. Conclui-se, ainda, que alteração de redação proposta ao artigo 7º da Portaria SE/MEC nº 1.529/2014, não atingiria os instrumentos já celebrados, sendo que poderia haver a utilização analógica do artigo 38, inciso V, da Portaria Interministerial nº 424, de 2016.

69. Por fim, sugere-se que se dê ciência das decisões tomadas, bem como do presente parecer, à Controladoria-Geral da União e ao Ministério da Economia para que referidas Pastas enviem esforços no sentido de editar, em relação aos TEDs, a norma a que se refere o artigo 18 do Decreto nº 6.170, de 2007.

À consideração da Senhora Coordenadora-Geral de Licitações e Contratos.

Brasília, 30 de abril de 2019.

ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23000008943201902 e da chave de acesso 1c382fa1

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 254491136 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA. Data e Hora: 07-05-2019 19:30. Número de Série: 1748014. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RODRIGO PIRAJA WIENSKOSKI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 254491136 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RODRIGO PIRAJA WIENSKOSKI. Data e Hora: 20-05-2019 17:50. Número de Série: 17290614. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
