



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE EM BRASÍLIA
COORDENAÇÃO DE CONVÉNIOS

SRTVN QUADRA 701 - LOTE "D" 3º ANDAR, EDIFÍCIO PO 700 - ASA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70719-040

DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00052/2019/COVEN/PFFUNASA/PGF/AGU

NUP: 25235.000362/2018-13

INTERESSADOS: MUNICÍPIO DE SANTA ROSA DO PIAUÍ

ASSUNTOS: CONVÊNIOS COM 100% DE EXECUÇÃO FÍSICA. NÃO COMPROVAÇÃO DA LICENÇA DE OPERAÇÃO

1. Em cumprimento ao disposto no art.15, da Portaria PGF nº 261, de 5 de maio de 2017, deixo de acolher a COTA Nº124/2019/PFE-PI/SUEST-PI-FUNASA/PGF/AGU, que concluiu pela reprovação das contas e consequente instauração da respectiva Tomada de Contas Especial no TC-PAC nº 642/2008, firmado entre a Funasa e o Governo do Estado do Piauí.

2. Antes da elaboração da referida cota, houve o questionamento da CGCON, assim como houve a manifestação da Auditoria interna da FUNASA, nos seguintes termos:

Questionamento da CGCON (ID-SEI 1135492):

Ante o exposto, visando obter orientação e repassar não somente à Suest-PI como também às demais Superintendências Estaduais, sugiro o encaminhamento à PGF-FUNASA para esclarecimento quanto à aprovação ou não das contas e instauração da TCE, haja vista que a COTCE apesar de reconhecer que não houve etapa útil, o que por si só caracteriza dano ao erário, está devolvendo os processos para arquivamento e representação junto ao Tribunal de Contas da União, por entender que não cabe a instauração do referido procedimento nesses casos. (grifei)

Resposta da Auditoria -Despacho nº 309/2019 COTCE (ID-SEI 1186026):

Pergunta 5: Como pode ficar valor na conta de A APROVAR se a prestação de contas deste TC-PAC já foi analisada, lembrando ainda que existe o monitoramento periódico da CGU no sistema SIAFI a cada 180 dias e poderemos sermos questionado porquê o instrumento teve vigência expirada desde 06.01.2015 e está figurando no SIAFI a A APROVAR?

Resposta: Vide respostas às perguntas 3 e 4. Ademais, o monitoramento periódico da CGU sobre instrumentos com registros na conta A APROVAR, objetiva coibir a omissão no dever de analisar as prestações de contas. Os casos em que o registro decorrer de representação ao TCU, poderão ser justificados e fundamentados no art. 4º da Portaria Funasa 918/2017.

Quanto ao argumento registrado no sobredito Despacho 114, de que "... outras TCE'S foram instauradas pela ausência de Licenças Ambientais, licença de operação, bem como ausência da comprovação da titularidade dos terrenos pelos convenientes e compromitentes, não sendo comum a presente situação e nos restam dúvidas quanto ao efetivo arquivamento do processo e seus desdobramentos, motivo pelo qual foram elaborados email's Sei nºs (1120092) e (1120101), à COPRE, e como ainda não obtivemos respostas persistem as dúvidas dos procedimentos a serem executados e por quem deve executar." (grifos e destaque do emitente do Desp. 114), esclareço que o Parágrafo Único do art. 3º da IN/TCU nº 71/2012, foi acrescentado pela IN/TCU nº 76/2016 e replicado na Portaria Funasa 918/2017..portanto não se aplica a situações pregressas.

Destaco que Portaria Funasa 918/2017, a exemplo da IN/TCU nº 71/2012 acrescida do Parágrafo Único do art. 3º pela IN/TCU nº 76/2016, não definem as situações que caracterizam "graves irregularidades ou ilegalidades" para fins de representação dos fatos ao TCU, todavia, diante de vários precedentes da Corte de Contas, é entendimento desta COTCE que a ausência do termo de

posse definitiva do imóvel onde foi construído obra de engenharia, objeto de convênios celebrados pela Funasa, é passivo de impugnação total da prestação de contas e consequente instauração da TCE. Já questões outras relacionadas a imbróglios que impedem ou inviabilizam a operação de sistemas, objetos de avenças, plenamente executados e aptos ao funcionamento, mas sem etapa útil, devem ser objeto de acurada análise, sobretudo quanto à demonstração cabal do nexo existente entre a conduta ilícita da pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e o efetivo dano ao erário, não estabelecido no presente caso. O que impossibilita o alcance dos objetivos pactuados (etapa útil) é resolúvel? É razoável cobrar a devolução integral de recursos efetivamente aplicados no objeto da avença por falta da apresentação de licença de operação, por exemplo? Não seria esta uma grave irregularidade sem dano? É certo cobrar a devolução integral do recurso efetivamente aplicado e com alcance dos fins colimados, por falta de comprovação, pelo gestor da conveniente, do regular procedimento licitatório? De igual modo, não seria esta uma grave ilegalidade sem dano ao Erário? É plausível aprovar contas nas situações hipotéticas retro apresentadas? Penso que não, mas se não for possível caracterizar o dano aplica-se o advento da representação dos fatos ao TCU, que no exercício de suas competências constitucionais e legais, além das funções judiciante, condenatória e normativa, o TCU exerce também as seguintes funções:

Sancionatória: refere-se à possibilidade de o Tribunal punir o gestor público faltoso e seu solidários, aplicando-lhes, *em caso de ilegalidade na execução da despesa pública, irregularidade nas contas ou fraude comprovada à licitação*, as seguintes penalidades previstas em sua Lei Orgânica: multa; inabilitação, por um período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Corretiva: consiste na fixação de prazo para o cumprimento da lei, quando constatada ilegalidade ou irregularidade em ato de gestão de qualquer órgão ou entidade pública.

Pedagógica ou orientadora: os dispositivos dos acórdãos do Tribunal também podem incluir orientações aos órgãos e entidades jurisdicionadas com a finalidade de prevenir futuros desvios ou irregularidades. Da mesma forma, é no exercício desta função que o TCU atua quando orienta e informa acerca de procedimentos e melhores práticas de gestão; quando publica e realiza seminários, reuniões e encontros de caráter educativo; ou, ainda, quando recomenda a adoção de providências [...].

Relevante frisar que antes de ser submetida à aprovação do Presidente da Funasa, a minuta do que veio a ser **a Portaria 918/2017** foi apresentada a representantes do DENSP, DESAN, DEADM, CGOFI, CGCON e posteriormente examinada pela PGF/PFE/Funasa.

Por todo o exposto, e considerando que o presente processo encontra-se aberto somente nesta COTCE, apesar do direcionamento do Despacho 97/2019 COPRE (Seq. 1135492), proponho seja o mesmo remetido à PGF/PFE/Funasa, em subsídio a eventual apreciação em curso naquela Procuradoria Especializada, bem como para manifestar-se acerca da aplicação das normas legais referidas neste Despacho. (Grifos acrescidos)

3. Nestes termos, coube à PFE analisar a controvérsia remanescente, que reside na interpretação dada pela área administrativa de convênios no sentido que a ausência da Licença de operação de *per se* acarretaria o não atingimento de etapa útil no ajuste, o que ensejaria dano ao erário, apesar de ter sido verificada a execução física de 100% do ajuste.

4. Preliminarmente, necessário se reconhecer a transversalidade do saneamento básico, em face da sua realização se conectar diretamente com a preservação do meio ambiente, sobretudo no que tange aos recursos hídricos, eis que podem ser configurados a sua matéria prima.

5. Em face da grande importância da água, foi objeto de proteção especial pela Lei nº 9.433/1997, que cria a Política Nacional de Recursos Hídricos, tendo como fundamentos sua qualificação como bem de domínio público e que é recurso natural limitado, dotado de valor econômico, em relação ao qual devem ser estabelecidos critérios de priorização para o uso.

6. Neste diapasão, prevê, no seu art.2º, que são objetivos de tal política assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização

racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

7. Em linhas gerais, tal norma dispõe que os corpos de água devem ser protegidos, mediante ações preventivas estabelecidas na legislação ambiental e o seu uso está sujeito à prévia outorga pelo Poder Público. Dentre os usos que estão sujeitos à manifestação da autoridade pública encontram-se listados, no seu art.12, o uso para derivação ou captação de água para consumo final, inclusive abastecimento público e para extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo.

8. Ademais, considerando as interferências múltiplas de tais ações, há uma exigência que a política nacional de recursos hídricos seja integrada com as políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente.

9. Uma vez não cumpridos tais preceitos, a norma enuncia condutas que são passíveis de responsabilização, dentre as quais se destacam algumas das que estão relacionadas no seu art.49:

- I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;
- II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;
- (...)
- V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;

10. Considerando que o objeto do ajuste se trata exatamente da perfuração de poços tubulares, imprescindível que se verifique se o caso concreto está inserido naqueles em que há a exigência de outorga, haja vista que o §1º, do citado art.12 elenca situações em que há a isenção de tal ato administrativo. A configuração de exigência depende de manifestação do órgão competente, que, *in casu*, é o ente estadual gestor de recursos hídricos.

11. Ocorre que, ainda que exigido, segundo o recente Acórdão nº 3963/2019-TCU-1ª Câmara, no qual tratando de assunto similar, decidiu que "a exigibilidade desse documento não pode condicionar a aprovação da prestação de contas pela Funasa". Dando prosseguimento, justifica que "tal peça não compõe o rol de elementos exigidos na prestação de contas", bem como que "a tutela do uso regular de recursos hídricos não compete à Funasa, mas sim ao ente federativo que detém a titularidade do recurso hídrico."

12. No que tange à ausência de licenças ambientais, em apreciação dos normativos que regem os convênios, verifica-se que a Licença Ambiental Prévia é condição para a transferência do recurso, ou seja, para a sua celebração, quando o empreendimento for potencialmente poluidor, nos termos da legislação ambiental de regência.

13. Justifica-se tal exigência, haja vista que é com a LP, que é certificada a viabilidade ambiental do empreendimento, com a indicação da sua localização exata, assim como são impostas todas as condicionantes para impedir ou mitigar os danos ambientais daí decorrentes, que já são fixados naquele momento. Em razão de tais características estampadas nos estudos que subsidiam a LP, o projeto básico somente poderá ser realizado posteriormente.

14. Embora não conste expressamente como requisitos para a prestação de contas nas normas, extrai-se facilmente que, se não existir a LP, quando da ocasião daquela, as contas devem ser julgadas irregulares, sendo o gestor obrigado a devolver o recurso integralmente, pois o dano ambiental em tal caso é presumido e, se não podia haver a realização da obra, significa que houve a irregular e má aplicação do recurso público.

15. Do mesmo modo, há decisões do TCU, que determinam que a disponibilização efetiva dos recursos financeiros só se dê, quando emitida a Licença Ambiental de Instalação, uma vez que somente depois de tal fase é que será permitido o início das obras necessárias à consecução do objeto do convênio. Também justificável, pois não faz sentido transferir recursos, quando ainda não pode ser utilizado. Quando da prestação de contas, caso não exista LI, mas a obra já estiver concluída, também haverá a caracterização do dano em decorrência da infringência da legislação ambiental. Não se sabe se as condicionantes teriam sido cumpridas, de forma que o recurso não pode ser considerado como bem utilizado.

16. Por fim, quanto à última fase do procedimento de licenciamento ambiental, qual seja, a emissão da Licença de Operação, deve-se ficar atento às suas peculiaridades em relação à transferência de recurso. Em primeiro lugar, não é condicionante para a celebração do ajuste nem para o repasse financeiro, assim como somente poderá ser exigida após a finalização do objeto. Nestes termos, a princípio, pode-se afirmar que em nada influencia na verificação quanto ao cumprimento do objeto, vez que pode ser aferido por outras formas, assim como não reflete na análise do nexo de causalidade financeiro.

17. Todavia, dúvida pode surgir quanto à certificação de utilidade e funcionalidade da obra, pois somente será útil à população se puder operar, funcionar. Assim, no momento da prestação de contas, caberá ao técnico identificar se o documento ausente é essencial ou não, se é capaz de causar dano ou não. Como visto, se a ausência da LO decorre da ausência das outras licenças que necessariamente deveria lhe preceder, o dano está demonstrado.

18. De outro bordo, se o gestor se muniu do devido licenciamento ambiental, ou seja, se existe LP e LI, expedidas nos momentos oportunos, há uma presunção relativa de que o empreendimento encontra-se regular sob o ponto de vista ambiental. Presume-se que a LO será devidamente expedida e irregularidades na construção, após a LI, não impedirão a sua emissão, mas a sua postergação, em razão do tempo necessário para que o requerente da licença promova as adequações necessárias exigidas pelo órgão licenciador.

19. Em tal situação, se puder ser conferido o cumprimento dos demais pressupostos para a boa aplicação dos recursos públicos, a ausência tão-somente da LO, quando o motivo da não expedição não tiver sido causado pela conduta culposa ou dolosa do gestor, não pode ser causa de julgamento pela irregularidade das contas. Sua conduta será irregular e causadora de dano, quando demonstrado o nexo de causalidade, sendo que, na hipótese de não expedição, exclusivamente, pela mora do licenciador, caso as contas fossem julgadas irregulares, aquele estaria respondendo por conduta exclusiva de terceiro.

20. Diante de tais circunstâncias, a ausência da LO poderia ser classificada como uma impropriedade e as contas serem julgadas aprovadas com ressalvas. Como já mencionado anteriormente, deveria ser estabelecido prazo para a verificação do seu cumprimento, assim como tal julgamento do órgão concedente deveria ser devidamente identificado, quando da prestação de contas anual ao TCU.

21. Enquanto a LO não for expedida, o empreendimento não pode funcionar. Por outro lado, enquanto não for negada, desde que inserido em procedimento ambiental regular, o gestor também não pode ter suas contas julgadas irregulares, pois tal decisão pressupõe a certificação de dano ao erário, ocasionado pela sua conduta. A consequência, conforme delineado acima, é a imputação de multa e a devolução do recurso.

22. A devolução, *in casu*, se motivada pela não-utilidade, não-funcionalidade da obra, deverá ser da integralidade do recurso recebido, circunstância que poderá se revelar injusta e até configuradora do enriquecimento ilícito da Administração Federal, caso, posteriormente, ao empreendimento seja expedida a Licença de Operação.

23. Em relação ao assunto, no mesmo acordão já referido dantes, o TCU, mediante o voto do Ministro Relator, Benjamin Zymler, fazendo referência, inclusive, ao Manual da Funasa que se baseou no Parecer Jurídico expedido por esta PFE/FUNASA, manifestou-se também acerca da ausência da licença de operação, nos seguintes termos:

VOTO

III – Da não apresentação das Licenças de Operação (LO)

31. Com relação ao assunto, registro, inicialmente, que, diferentemente do aduzido pelo MP/TCU, não é possível afirmar que a Funasa atestou o saneamento dessa pendência na fase anterior à assinatura do termo de compromisso. Primeiro porque o relatório de visita técnica preliminar não é claro quanto às licenças ambientais apresentadas, segundo porque a licença de operação, como regra, é emitida após a conclusão das obras, após a verificação do efetivo cumprimento das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

32. A despeito disso, entendo que a ausência de licença de operação por si só não constitui irregularidade grave apta a ensejar a imputação de débito e aplicação de multa, especialmente quando a obra está beneficiando a população e a sua execução foi precedida das licenças ambientais exigíveis nas etapas anteriores (licenças prévia e de instalação) – supõe-se que

a Funasa, em verdade, atestou a apresentação destas licenças no documento referenciado pelo **Parquet**.

33. Nesse sentido, invoco o Acórdão 9.785/2018-2^a Câmara, em especial a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer:

"23. Outrossim, ressaltando que o sistema de abastecimento de água está executado conforme plano de trabalho e beneficiando a população, entendo que a ausência de licença operacional válida não é suficiente para a imputação de débito pelo valor total utilizado na obra ao Sr. Otacílio José Pinheiro Macedo, ex-alcaide (gestão 2013-2016), e ao atual prefeito, que assumiu o cargo após já findada a vigência do ajuste. Nesta situação, considero mais adequado informar o órgão responsável pela fiscalização ambiental dessa falha, para que possa tomar as medidas cabíveis."

34. Tal conclusão é coerente com o Manual de Procedimentos para Execução de Convênios ou Termos de Compromisso e para Obras e Serviços de Engenharia Executados Direta ou Indiretamente pela Funasa (2015), o qual trata do assunto da seguinte forma:

"Nos casos de obras de sistemas de abastecimento de água, sistemas de esgotamento sanitário, sistemas de resíduos sólidos ou drenagem para o controle da malária, a aprovação da prestação de contas final está condicionada à apresentação da Licença de Operação (LO), quando for o caso, a qual deverá ser fornecida pelo órgão ambiental competente.

Sobre o assunto, interessante destacar a importância do Parecer nº 625/2013/PGF/PFE/Funasa/csbc, de 21 de outubro de 2013, que com muita propriedade aborda os aspectos relacionados à prestação de contas, diante da ausência de LO, podendo a mesma ser aprovada com ressalvas, desde que a ausência decorra, exclusivamente, da mora do órgão licenciador, mediante a demonstração prévia do exaurimento de todas as ações necessárias ao exercício deste mister pelo conveniente ou compromitente, cumulado com o parecer técnico da Funasa, que ateste a inexistência de dano ao erário e que houve o cumprimento integral do objeto com etapa útil.

De ressaltar que, se na fase de celebração o gestor se muniu da Licença Ambiental Prévias (LP), condição para a aprovação do projeto e liberação dos recursos financeiros e da Licença de Instalação (LI), uma vez que, segundo entendimento do TCU é condição para desbloqueio dos referidos recursos, somente depois de cumprida essa fase, será permitido o início das obras necessárias à execução do objeto do convênio ou termo de compromisso, a ausência da LO poderia ser classificada como uma impropriedade e as contas serem julgadas aprovadas com ressalvas." (grifos acrescidos).

35. Na linha do exposto, comprehendo que a ausência de licença de operação não deve ser incluída na fundamentação da multa a ser aplicada ao responsável.

36. A despeito disso, julgo pertinente dar ciência à Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado do Piauí – Semar/PI que foi constatada a falta de Licença de Operação referente ao sistema de abastecimento de água das localidades Andrés, Baixa do Ferro, Boa Vista, Tinguis, Curralinhos e Montes Claros, no município de Jatobá do Piauí/PI.

24. Há que se destacar, portanto, que o TCU entende que, quando as pendências são documentais: ausência de LO e ausência de outorga para utilização dos recursos hídricos, não ensejam a reprovação das contas, mas sim providências administrativas para comunicação aos órgãos ambientais competentes, sem a devolução dos recursos. Importante, ainda mencionar que, no acórdão paradigmático, concluiu-se pela irregularidade das contas do gestor em razão da comprovação da titularidade pública do imóvel.

25. Do julgado acima, conclui-se que, em regra, a licença ambiental de operação não é identificada como prova imprescindível para a caracterização da funcionalidade e utilidade do empreendimento, ou seja, para demonstração do dano ao erário. Percebe-se que, se o objeto tiver sido devidamente executado e demonstrados os requisitos para comprovação da regularidade financeira, embora ausentes apenas a LO e/ou a outorga para a utilização dos recursos hídricos, as contas não são consideradas irregulares.

26. Em relação ao tema, sugere-se ainda a consulta ao Parecer nº 625/2013/PGF/PFE/Funasa/csbc, de 21 de outubro de 2013, o qual oportunamente será transformado em Orientação Jurídico-Normativa para fins de uniformização do entendimento exposto, ora corroborado pelo Acórdão 3963/2019-TCU-1^a Câmara. Às sugestões ali mencionadas, deve ser acrescida a notificação dos órgãos ambientais para adoção das providências das respectivas competências.

27. Diante do exposto deixo de acolher a COTA Nº124/2019/PFE-PI/SUEST-PI-FUNASA/PGF/AGU, sugerindo a tramitação do presente pela DIREX/COPRE, pela Auditoria Interna e posterior envio à Suest-PI, para adoção

das providências administrativas.

28. À consideração superior.

Brasília, 21 de junho de 2019.

Cristiane Souza Braz Costa

Procuradora Federal

Coordenadora de Convênios

PFE/FUNASA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25235000362201813 e da chave de acesso 5bc9dfbf

Documento assinado eletronicamente por CRISTIANE SOUZA BRAZ COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 271686831 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CRISTIANE SOUZA BRAZ COSTA. Data e Hora: 21-06-2019 12:23. Número de Série: 17110068. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
