CDWEB - FUNASA/MS
UP - PRESIDÊNCIA
23107.008248 /2017-78
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA
Fls. 01
Rub.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
Procuradoria Federal Especializada – FUNASA

ORIENTAÇÃO JURÍDICA NORMATIVA Nº 02/2017/PGF/PFE/FUNASA/csbc.

ASSUNTO: Implicações das concessões do serviço de saneamento nos instrumentos que visam à transferência de recursos públicos federais. Acórdãos do TCU. Necessidade de Adoção de Providências Administrativas

Senhora Procuradora-Chefe,

1. A presente manifestação é oriunda da necessidade de se aperfeiçoar e uniformizar a orientação da Procuradoria, promovendo maior segurança jurídica à FUNASA, na adoção de providências administrativas, em cumprimento dos Acórdãos do TCU, no bojo dos instrumentos que realizam a transferência de recursos públicos federais, quando o serviço de saneamento básico esteja sob concessão de empresas.

2. O TCU vem analisando e já proferiu algumas decisões que envolvem a temática da possibilidade ou não de transferência de recursos públicos federais, para a execução de obra necessária ao desenvolvimento do serviço de saneamento básico, quando o mesmo estiver sendo prestado de forma indireta, por concessionário que não tenha capital 100% público.

3. Aventou-se, em um primeiro momento, que tais transferências afrontariam dispositivos das leis de diretrizes orçamentárias dos exercícios em que foram celebrados os instrumentos conveniais, haja vista a vedação da destinação de recursos públicos a título de contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas de fins lucrativos. Pontuava-se, contudo, que, em conjugação da Lei nº 8.987/95 (lei geral das concessões) e da Lei nº 11.445/2007 (lei do saneamento básico), haveria relativização, em face de se permitir que o poder concedente previsse em favor da concessionária, no edital de licitação, outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, com vistas a promover a modicidade das tarifas e desde que houvesse autorização legal. Diante de tal controvérsia, deu-se início a um intenso estudo e debate no âmbito da Corte de Contas.

4. Para melhor compreensão, passamos a analisar as decisões.

1. ANÁLISE

1.1. Histórico dos Acórdãos do TCU

5. Situação fática original que motivou a atuação do TCU, trata-se de TC/PAC, celebrado entre o Estado de Minas Gerais, visando à execução de obras de saneamento, em Município, cujo serviço estava sob a concessão da COPASA-Companhia de Saneamento de Minas Gerais, de natureza privada e com ações negociadas na bolsa de valores e com finalidade lucrativa.

6. No contrato de concessão firmado com a COPASA, a Corte constatou que havia cláusula no sentido de que, ao seu término, o Município estaria obrigado a indenizar a concessionária por suas instalações, não havendo qualquer ressalva ou exclusão no que pertine aquelas que seriam executadas com recursos federais transferidos por força de convênios. Do mesmo modo, não havia qualquer cláusula que previsse a garantia de compensação dos investimentos prevista na Portaria Funasa nº 314, de 14/06/2011.

7. Em uma primeira abordagem, o TCU (TC-029.348/2011-0) entendeu que, em face da concessão para prestação do serviço de saneamento no Município, a obra deveria ser executada com recursos próprios do concessionário, de forma que a transferência de recursos a estaria beneficiando de forma direta e indireta. Ademais, identificou uma suposta irregularidade, que *"residia na possibilidade de a concessionária de serviço público de saneamento básico, entidade de direito privado que distribui lucro a sócios particulares, incorporar indevidamente ao seu patrimônio os bens construídos com recursos federais, acarretando indenização irregular quando da reversão dos bens ao ente político titular do serviço público; ainda, se não adotadas as medidas compensatórias pelo poder concedente, os lucros da concessionária seriam majorados às custas de obra realizada, repisa-se, com recursos federais."*

8. Delimitou-se que a análise do TCU seria concernente ao exame da legalidade da utilização de recursos federais oriundos de convênios, por concessionários de serviços públicos de natureza privada, na construção de bens que se incorporarão ao seu patrimônio e/ou aumentarão suas receitas, com ou sem estabelecimento de medidas compensatórias e de medidas destinadas a impedir, ao final da concessão, a indenização aos concessionários dos bens realizados com os recursos dos convênios.

9. Com base em tal contexto, sob o argumento de que a FUNASA não adotava controle efetivo para que tais bens não fossem incorporados ao patrimônio do ente com capital 100% privado, foi proferida medida cautelar, mediante o **Acórdão nº 2787/2013-TCU-Plenário**, determinando-a que *se abstivesse de celebrar convênios e instrumentos congêneres nos quais os recursos transferidos beneficiassem diretamente concessionárias de serviços públicos de natureza privada, por serem utilizados na construção de bens que se incorporarão ao seu patrimônio e/ou aumentarão suas receitas, com a consequente maior distribuição de dividendos aos seus sócios.*

10. Como se percebe, nesta fase inicial, vedou-se a celebração de novos convênios, quando o Município beneficiado tivesse concedido o serviço de saneamento a concessionário com capital 100% privado.

11. Em diligências realizadas pela Auditoria do Tribunal, constatou-se que a FUNASA estaria prevendo, nos instrumentos de Termo de Compromisso, obrigações

dirigidas ao compromitente, relativas à necessidade de se demonstrar a compensação dos investimentos realizados com recursos federais e a integração dos bens ao patrimônio do Município.

12. Tendo em vista recurso apresentado pela FUNASA, a Corte de Contas, no TC 029.348/2011-0, revogou a cautelar (Acórdão nº 2787/2013-TCU-Plenário), mas, levando em conta que, naquele ajuste o qual foi submetido à sua apreciação, nem o Município nem o concessionário eram partes nos convênios, argumentou que as obrigações dirigidas ao compromitente (Estado) se tornaram mera "promessa de fato de terceiro", sendo, assim, "incapaz de solucionar a questão". Destarte, substituiu a cautelar por nova medida, mediante o **Acórdão nº 3243/2013-TCU-Plenário**, que consistiu nas seguintes determinações:

> *9.3. com fulcro no art. 276 do Regimento Interno, determinar, cautelarmente, à Fundação Nacional de Saúde que, até ulterior decisão desta Corte, se abstenha de firmar novos convênios ou instrumentos congêneres, para realização de obras cuja execução fique a cargo de concessionários privados de serviços público, sem que essas entidades e o municípios beneficiados figurem como intervenientes e assumam, caso não esteja previsto nos respectivos contratos de concessão, a obrigação de, no prazo de 30 (trinta) dias, celebrar termo aditivo aos referidos contratos, estabelecendo que os investimentos realizados com recursos federais pelo concessionário:*
>
> *9.3.1. integrarão o patrimônio do município e, em nenhuma hipótese, o do concessionário, e não gerarão direito à indenização pelo ente federativo;*
>
> *9.3.2. não serão considerados na composição de custos do concessionário como custo de depreciação, de amortização ou de qualquer natureza; e*
>
> *9.3.3. serão registrados por ambos, em item patrimonial específico.*

13. Em face de tal decisão, a FUNASA interpôs Embargos de Declaração, tendo o TCU esclarecido, mediante o Acórdão nº 3618/2013-TCU-Plenário, que o termo "concessionários privados de serviços públicos", constante do subitem 9.3 do **Acórdão nº 3243/2013-TCU-Plenário**, abrangia todos os concessionários que não possuíssem capital 100% público.

14. Da integração dos Acórdãos até então vigentes, extrai-se que o TCU, evoluindo na manifestação anterior, deliberou acerca da possibilidade de celebração de novos ajustes pela FUNASA, ainda que o Município a ser beneficiado tivesse concedido o serviço de saneamento básico à pessoa jurídica que não fosse de capital 100% público, desde que adotasse algumas cautelas: O Município e o concessionário necessariamente deveriam integrar o ajuste, assim como, deveriam assumir obrigações de, no prazo de 30 dias, alterar o contrato de concessão, prevendo as cláusulas específicas no que tange à titularidade dos bens gerados em decorrência da transferência dos recursos federais e a sua exclusão dos custos do concessionário como custo de depreciação, de amortização ou de qualquer natureza.

15. Consoante registro do próprio TCU, a FUNASA, aperfeiçoando seus procedimentos de controle, após a nova cautelar (Acórdão 3243/2013-TCU-Plenario), passou a prever as exigências nos instrumentos de celebração.

16. Como, por ocasião do Acórdão nº 2787/2013-TCU-Plenário, o Tribunal tinha determinado também que a SecexSaúde fizesse a autuação de processo apartado, para analisar a legalidade da utilização de recursos federais oriundos de convênios por concessionários de serviços públicos de natureza privada na construção de bens que se incorporarão ao seu patrimônio, após as diligências daquela, foram apresentadas as seguintes conclusões:

> i. os investimentos em bens de capital, decorrentes de transferências voluntárias afetos à prestação de serviços de saneamento básico não podem ser incorporados ao patrimônio de concessionárias de serviço público que possuam participação privada no capital, salvo lei específica prévia;
>
> ii. os bens reversíveis decorrentes de investimentos custeados por recursos não onerosos recebidos voluntariamente pela concessionária prestadora de serviço de saneamento básico, seja qual for a composição de seu capital, não podem, ao final da concessão, gerar crédito em desfavor do orçamento do ente federado titular do serviço público concedido;
>
> iii. os custos de depreciação e amortização provenientes dos investimentos custeados por recursos não onerosos recebidos voluntariamente pela concessionária prestadora de serviço de saneamento básico, seja qual for a composição de seu capital, não poderão compor sua base tarifária;
>
> iv. a Procuradoria Federal Especializada e a Auditoria Interna da Funasa compartilham o entendimento acerca da ilegalidade das transferências de capital desacompanhadas de compensação ou outras medidas impeditivas;
>
> v. não convém obstar aplicação de recursos federais não onerosos na estrutura física de sistemas geridos por entidade privada, porque 73% dos municípios brasileiros são atendidos por prestadoras de serviço de água e esgoto que possuem sócios privados, inclusive nas regiões com menos acesso a saneamento básico; e
>
> vi. a Funasa passou a incluir nos seus convênios as medidas exigidas pela cautelar adotada por ocasião do Acórdão 3.243/2013-TCU-Plenário.

17. Com base em tais conclusões, a SecexSaúde fez as seguintes sugestões de encaminhamento:

> Com essas considerações, propõe determinar à Fundação Nacional de Saúde que:

PROCURADORIA FEDERAL
Fls. 05
Rub.

"II.1 - acrescente aos seus normativos internos, com fulcro nos arts. 12, § 6º, e 21 da Lei 4.320/1964, art. 36 da Lei 8.987/1995 e art. 42, §1º, da Lei 11.445/2007, disposições que condicionem a liberação dos recursos federais, descentralizados por meio de transferências voluntárias, à apresentação, pelo convenente/compromitente, e respectiva aceitação pela área técnica do concedente, de documentos que comprovem que os bens decorrentes da execução do compromisso foram excluídos do Plano de Investimentos da concessionária de serviço de saneamento básico, devendo o ente convenente/compromitente avençar termo aditivo ao contrato de concessão:

II.1.1 - quando celebrado com entidade concessionária que não detenha capital 100% público, assegurando-se que os investimentos executados com recursos federais:

a) integrarão, exclusivamente, o patrimônio do ente político convenente/compromitente;

b) não serão alocados como custos de desativação (depreciação, amortização ou exaustão) pela entidade prestadora dos serviços de saneamento básico, garantindo que não irão compor sua base tarifária;

c) não gerarão direito à indenização quando do término da concessão; e

d) serão registrados por ambos - ente e sociedade de economia mista/entidade privada - em item patrimonial específico;

II.1.2 - quando celebrado com concessionária que possua capital 100% público, assegurando-se que os investimentos executados com recursos federais:

a) não serão alocados como custos de desativação (depreciação, amortização ou exaustão) pela entidade prestadora dos serviços de saneamento básico, garantindo que não irão compor sua base tarifária;

b) não gerarão direito à indenização quando do término da concessão; e

c) serão registrados por ambos - ente e concessionária com capital inteiramente público - em item patrimonial específico;

II.2 - analise, nas contas prestadas pelos convenentes/compromitentes (conforme listagem às peças 36 e 37 destes autos), a efetiva incorporação dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais transferidos por meio de convênios e similares, adotando as medidas necessárias ao ressarcimento dos cofres da entidade concedente, em função do descumprimento dos termos do convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, na eventualidade de não lograrem êxito em

comprovar a referida incorporação patrimonial, encaminhando, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, os resultados das análises a esta Corte de Contas;"

18. Quando proferido o voto pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, o mesmo não acolheu, *in totum,* as sugestões da SecexSaúde, conforme manifestação abaixo transcrita:

"A proposição da unidade técnica possui mérito de diferenciar as concessionárias com capital 100% público das demais. Não considero pertinente, entretanto, condicionar transferência e emprego de recursos federais à apresentação prévia, e aceitação pelo concedente, dos documentos que comprovam exclusão do objeto do convênio do plano de investimento da concessionária e à celebração de termo aditivo ao contrato de concessão.

Exigir essas providências como condição à transferência de recursos públicos significa estabelecer processo de aprovação duplo e, como consequência, retardar a liberação dos recursos e a execução de políticas públicas de especial relevo.

No caso, é possível preservar o erário sem descurar do princípio da eficiência, desde que as medidas assecuratórias estejam previstas em ajustes em que figurem como intervenientes o município e a concessionária, à semelhança do que já vem feito pela fundação, com acréscimo da exigência de que os documentos que comprovem seu cumprimento sejam apresentados na prestação de contas, sob pena de rejeição e devolução integral dos recursos, bem assim da correspondente alteração dos normativos da fundação que versam sobre elaboração dos termos de convênios e exame da prestação de contas."(grifo nosso)

19. A questão levada a Plenário, deu origem ao **Acórdão nº 347/2016-TCU-Plenário,** no qual constam as seguintes obrigações direcionadas à FUNASA:

9.3. confirmar a cautelar concedida nos autos do TC 029.348/2011-0;

9.4. determinar à Funasa, com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno do TCU; arts. 12, § 6º, e 21 da Lei 4.320/1964; art. 36 da Lei 8.987/1995; arts. 30, 31, 32, 33 e 34 da Lei 10.934/2004; e art. 42, §1º, da Lei 11.445/2007, que:

9.4.1. se abstenha de firmar novos convênios, contratos de repasse ou instrumentos congêneres, para descentralização de recursos federais por meio de transferências voluntárias, destinados a realização de investimentos em estrutura física de sistemas geridos por concessionárias de serviços de saneamento, sem que essas entidades e o ente federativo beneficiado figurem como intervenientes e assumam, caso não previsto

expressamente no respectivo contrato de concessão, obrigação de, no prazo de 30 (trinta) dias, avençar termo aditivo aos contratos de concessão, estabelecendo:

9.4.1.1. nos casos em que o capital da concessionária não seja 100% público:

9.4.1.1.1. integração dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais não onerosos ao patrimônio do ente federativo titular do serviço público.

9.4.1.2. em todos os casos, qualquer que seja a composição do capital da concessionária:

9.4.1.2.1. que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos: não componham a base tarifária das concessionárias, a título de depreciação, amortização e exaustão; não gerem direito a indenização ao término da concessão; sejam registrados pelo ente federativo titular do serviço público e pela concessionária, em item patrimonial específico e, por fim, sejam excluídos do plano de investimentos da concessionária, com a correspondente compensação mediante substituição por investimentos da mesma monta ou dedução da base tarifária;

9.4.1.2.2. promoção de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões sempre que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos propiciem aumento significativo do lucro da concessionaria como resultado da ampliação de sua capacidade de atendimento.

9.4.2. condicione a aprovação das contas dos novos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres destinados a investimentos em estrutura física de sistemas geridos por concessionárias de saneamento básico à comprovação de adoção das medidas referidas nos subitens 9.4.1.1.1; 9.4.1.2.1; e 9.4.1.2.2;

9.4.3. acrescente aos seus normativos internos disposições que prescrevam observância às providências constantes dos subitens 9.4.1.1.1; 9.4.1.2.1; 9.4.1.2.2; e 9.4.2, por ocasião da elaboração dos termos de convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres, bem assim do exame das respectivas prestações de contas; e

9.4.4. condicione a aprovação das contas dos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres referidos nas listagens peças 36 e 37 destes autos, à comprovação da efetiva incorporação dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais transferidos, adotando as medidas necessárias ao ressarcimento dos cofres da Fundação Nacional de Saúde, na eventualidade de não comprovação, encaminhando, no

prazo de 180 (cento e oitenta) dias, os resultados das análises a esta Corte de Contas.

20. Consoante se constata, o TCU não acolheu a sugestão da SecexSaúde quanto à necessidade de apresentação de Plano de Investimentos do concessionário, no qual se comprove a exclusão do valor concernente aos recursos federais transferidos. Entendeu-se como suficiente a demonstração da alteração do contrato de concessão, no qual necessariamente devem constar as cláusulas registradas no Acórdão.

21. Em acréscimo, impôs-se à FUNASA que faça constar tais exigências nas suas normas que disciplinam a celebração dos termos de convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres e prestação de contas. Do mesmo modo, a aprovação da prestação de contas, deve ficar condicionada à comprovação de que houve a efetiva incorporação dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais transferidos no patrimônio do titular do serviço de saneamento.

22. Interpretando o Acórdão em consonância com a fundamentação do Relator, restou claro que o TCU entende como suficiente a adoção das seguintes medidas pela FUNASA:

a) Promover a integração do Município e da concessionária nos ajustes;

b) Impor aos mesmos a observância de medidas assecuratórias do bom uso dos recursos públicos e não beneficiamento da concessionária, mediante a celebração de aditivo no contrato de concessão, com a previsão de cláusulas, que variam a depender da natureza do capital da concessionária;

c) nos casos em que o capital da concessionária não seja 100% público, no aditivo deve constar que: a) os bens resultantes da aplicação dos recursos federais não onerosos integrarão o patrimônio do ente federativo titular do serviço público; b) os investimentos realizados com recursos federais não onerosos: não componham a base tarifária das concessionárias, a título de depreciação, amortização e exaustão; não gerem direito a indenização ao término da concessão; sejam registrados pelo ente federativo titular do serviço público e pela concessionária, em item patrimonial especifico e, por fim, sejam excluídos do plano de investimentos da concessionária, com a correspondente compensação mediante substituição por investimentos da mesma monta ou dedução da base tarifária e c) deve ser promovido o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões sempre que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos propiciem aumento significativo do lucro da concessionaria como resultado da ampliação de sua capacidade de atendimento;

d) nos casos em que o capital da concessionária seja 100% público, no aditivo deve constar que: a) os investimentos realizados com recursos federais não onerosos: não componham a base tarifária das concessionárias, a título de depreciação, amortização e exaustão; não gerem direito a indenização ao término da concessão; sejam registrados pelo ente federativo titular do serviço público e pela concessionária, em item patrimonial específico e, por fim, sejam excluídos do plano de investimentos da concessionária, com a correspondente compensação mediante substituição por investimentos da mesma monta ou dedução da base tarifária e b) deve ser promovido o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões sempre que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos propiciem aumento significativo do lucro da concessionaria como resultado da ampliação de sua capacidade de atendimento;

e) Condicionar a aprovação das contas dos novos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres à comprovação da adoção das medidas referidas anteriormente, ou seja, da efetiva aditivação nos contratos de concessão;

f) Prever, nos normativos da FUNASA, regentes da celebração dos ajustes e da prestação de contas, a obrigatoriedade de tais exigências constarem dos instrumentos e a sua apresentação ser condição para prestação de contas;

g) Condicionar a aprovação das contas dos instrumentos celebrados pela FUNASA, à comprovação da efetiva incorporação ao Município dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais transferidos, adotando as medidas necessárias ao ressarcimento dos cofres da Fundação Nacional de Saúde, na eventualidade de não comprovação;

h) Em relação aos processos referidos nas listagens (peças 36 e 37), conforme referência contida no Acórdão, deve a FUNASA identificá-los, adotando as providências referidas na alínea anterior e comunicando as conclusões ao TCU, no prazo de 180 dias.

23. Finalmente, em face de novo recurso, foi proferido o mais recente **Acórdão nº 492/2017-TCU-Plenário**, no qual não se impôs qualquer nova obrigação à FUNASA, tendo servido para confirmar as disposições anteriores, assim como para esclarecer que à autarquia não compete a fiscalização direta do contrato de concessão ou qualquer ato de regulação, conforme constou na fundamentação da Secretaria de Recursos (Serur), acolhida no voto do Ministro Relator:

8. O Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas de transferência de recursos da União mediante convênio, define a figura do interveniente, como 'órgão da administração pública direta e indireta de qualquer esfera de governo, ou entidade privada que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio' (art. 1º, §1, VII).

9. No caso, os intervenientes, tanto o Município (titular do serviço de saneamento básico) quanto o concessionário do serviço público, assumem obrigação em nome próprio, no sentido de avençar termo aditivo ao contrato de concessão, para reafirmar as obrigações constantes da Lei de Concessão e da Lei de Saneamento Básico, no sentido de manter as diretrizes de equilíbrio e sustentabilidade econômico-financeiro da avença.

10. Assim, o fato de a União (Funasa) conceder recursos por meio de convênios, contratos de repasse ou instrumentos congêneres para descentralização da política sanitária não afasta a noção de que a competência para fiscalização do contrato de concessão é do Município (eventualmente do órgão regulador, quando houver), não tendo essa Fundação competência para promover uma fiscalização direta do contrato de concessão.

11. Não sem razão, a única sanção possível, no caso em que o ente federado e a concessionária não façam a repactuação, é a rejeição das contas, conforme indicado no item 9.4.2 do Acórdão:

(...)

12. A obrigação de prestar contas é do ente que recebe os recursos para a construção das obras de saneamento. Acresce-se, a obrigação de prestar contas, a obrigação de demonstrar a celebração de termo aditivo que os intervenientes se obrigaram, abrangendo a obrigação de integração do bem ao patrimônio do ente federado, a recomposição da base tarifária, a alteração do plano de investimentos e a repactuação derivada do reequilíbrio econômico-financeiro.

13. Demonstra-se, portanto, que, em nenhum momento, o acórdão atacado obrigou a Funasa a realizar fiscalização do contrato de concessão do serviço de saneamento básico, mas apenas de compor o instrumento de convênio com as partes intervenientes, obrigando-as a considerar o impacto do ingresso dos recursos federais na relação de concessão pública.(grifo nosso)

Voto

O Acórdão 347/2016 – Plenário não impôs à Funasa qualquer obrigação inserida na seara da organização, da delegação, da regulação e/ou da prestação dos serviços de saneamento básico, disciplinados pela Lei 11.445/2007. Tão somente determinou que a Funasa crie condição adicional para a celebração de avenças destinadas à realização de investimentos em estrutura física de serviços de saneamento geridos por concessionárias: a participação, no ajuste, da concessionária e do ente federativo beneficiado, na condição de intervenientes, e a assunção, por aqueles, das medidas compensatórias explicitadas.(grifo nosso)

24. Já em Processo de Tomada de Contas (TC 028.116/2013-5), embora envolvendo outras partes, foram tratados pontos que tangenciam a presente análise, haja vista que correlacionados à discussão que envolve a celebração de ajustes, permeados pela existência de concessão do serviço de saneamento. Nestes autos, debateu-se a licitude ou ilicitude da transferência de recursos públicos federais para o ente público, quando a prestação do serviço de saneamento estiver concedida a ente privado, que teria o encargo de suportar as despesas de custeio e de investimento na operação e na exploração do sistema.

25. Discutiu-se ainda as providências a serem adotadas quanto à titularidade dos bens provenientes da obra de saneamento beneficiada pela transferência de recursos voluntários.

26. A fim de contextualizar os temas que refletem aqui, interessante pontuar que o Ministro Relator (Marcos Bemquerer Costa), quando do voto, entendeu, em síntese, que os convênios celebrados seriam ilegais, haja vista que, desde o momento da celebração, o serviço de saneamento do Município já estava delegado, mediante concessão, à pessoa jurídica que detinha participação majoritária de uma S/A, permanecendo apenas parcela minoritária sob o controle do Estado do Tocantins. Defendeu-se que não seria plausível a transferência de recursos públicos federais para que o Município desempenhasse uma atribuição que já constituía obrigação contratual do ente privado e cujo ônus financeiro fazia parte do risco envolvido na atividade econômica.

27. Manifestou-se textualmente, nos seguintes termos:
Diante das disposições contratuais, é inequívoco que a responsabilidade integral pela manutenção, expansão e melhoria dos sistemas de água e esgoto situados no território do Município de Porto Nacional/TO passaram daquele ente público para a empresa concessionária, devendo o correspondente ônus financeiro ser absorvido pelas tarifas e preços de serviços complementares pagos pelos usuários.

28. Foi proferido voto revisor pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, discordando da conclusão do Relator quanto à impossibilidade de celebração de convênios, quando houvesse concessionário privado e, fazendo referência expressa ao Acórdão 347/2016-TCU-Plenário, concluiu que *"73% dos municípios brasileiros são*

atendidos por prestadoras de serviço de água e esgoto que possuem sócios privados, até mesmo nas regiões com menos acesso a saneamento básico. Impedir a celebração de convênios e o repasse de recursos federais a esses entes federados, cujos sistemas de esgotamento sanitário e abastecimento de água, embora operados por empresas privadas, ainda são bastante precários, e cuja população não tem condições de arcar com incrementos das tarifas cobradas, é o mesmo que cercear a população ao saneamento básico adequado."

29. Externou-se que havia formas de evitar a confusão patrimonial entre os recursos do convênio e da concessionária, desde que adotadas medidas compensatórias elencadas no Acórdão 347/2016. Acrescentou a necessidade de o Município promover medidas para incorporação dos bens gerados ao seu patrimônio, registrando os bens móveis e imóveis resultantes dos investimentos produzidos com recursos federais.

30. Quando do voto revisor do Ministro Benjamin Zymler, concordando com as razões apresentadas pelo Ministro Walton Alencar, esclareceu que estaria encerrada a discussão sobre a possibilidade de celebração de convênios, ainda que o concessionário fosse ente de capital 100% privado, desde que adotadas as cautelas referidas no Acórdão 347/2016. *In verbis*:

> *Com isso, após a prolação do Acórdão 347/2016-Plenário, é possível afirmar que a vedação à realização de financiamento a sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário dos municípios que estivessem sob contrato de prestação de serviço com empresa privada, contida nas diversas portarias da Funasa, constitui matéria superada. Tanto é assim que essa Corte de Contas determinou a modificação dos normativos internos da entidade para que incluísse as providências estabelecidas no decisum, por ocasião da elaboração dos termos de convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres, bem assim do exame das respectivas prestações de contas. (grifei)*

31. A fim de que não paire dúvida acerca do entendimento atual dos Ministros da Corte acerca da possibilidade de transferência de recursos, ainda que a concessionário seja de capital privado, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao proferir o voto revisor, critica os normativos da FUNASA, que estabelecem tal vedação. *In verbis*:

> Quanto às restrições contidas nas "condições específicas" dos anexos às Portarias n. 106/2004, 151/2006 e 723/2007, da Presidência da Funasa, quais sejam: *"não serão passíveis de financiamento os sistemas de abastecimento de água dos municípios que estejam sob contrato de prestação de serviço com empresa privada"* e *"não serão passíveis de financiamento os sistemas de esgotamento sanitário dos municípios que estejam sob contrato de prestação de serviço com empresa privada"*, não se coadunam com o dever constitucional do Estado de promover a saúde pública e o saneamento básico.
>
> O art. 6º da Constituição Federal estabelece a saúde como um dos direitos sociais. O art. 23, inciso IX, dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de saneamento básico. (grifei)

32. Quanto ao tema, destaca-se que a Procuradoria vem se manifestando que, embora não se identifique vedação legal à transferência de recursos, quando houver concessão a ente de capital 100% privado, haja vista que a proibição trazida no art.50, §1º, da Lei nº 11.445/2007 é referente apenas à concessão onerosa, a FUNASA, em face da escassez de recursos e pela necessidade de fazer as denominadas "escolhas trágicas", pode estabelecer tal restrição de acesso aos recursos, como forma de selecionar os entes menos favorecidos economicamente, ou seja, nos moldes do art.50, §1º, da Lei nº 11.445/2007 devem ser priorizadas as ações e empreendimentos que visem ao atendimento de usuários ou Municípios que não tenham capacidade de pagamento compatível com a auto-sustentação econômico-financeira dos serviços.

33. Com efeito, nos processos em curso, haja vista que houve a restrição desde a seleção, tendo, inclusive, sido estabelecido nos ajustes que o descumprimento durante a execução, ensejaria a extinção, por uma questão de segurança jurídica e para preservar a isonomia dos convenentes, devem ser aplicadas as consequências daí advindas para aqueles que descumprirem a previsão normativa e consensual, expressa no convênio.

34. Abordando a questão da gestão patrimonial dos bens decorrentes dos recursos federais transferidos, dando continuidade ao voto, conclui nos seguintes termos:

> 44.Segundo o art. 38 da Lei 8.987/1995, a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, ao final da concessão, está relacionada aos bens que tenham sido realizados pelo concessionário com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Com isso, considerando que os bens foram construídos com os recursos da União, fato reconhecido pelas partes, e que não houve alienação ou doação destes à concessionária, até então, não há espaço para que a concessionária obtenha indenização por esses investimentos, a menos que haja uma posterior violação à lei e à determinação de que trata o item 42 supra. Também por esse argumento, julgo desnecessária essa determinação trazida pelo ilustre Revisor.
>
> 45.A despeito disso, julgo adequado que o poder concedente regularize a situação patrimonial dos bens construídos por meio dos aludidos convênios. Considerando que a matéria é de interesse da União, pois envolve a gestão patrimonial de bem construído com recursos do convênio, cabe fixar prazo para que o Município de Porto Nacional/TO e o Estado de Tocantins, juntamente com a concessionária, alterem o inventário de bens reversíveis vinculados à concessão, listando os bens móveis e imóveis resultantes dos investimentos promovidos com os recursos federais repassados por meio dos convênios em análise como investimentos realizados por conta do Poder Concedente não sujeitos à

remuneração e indenização. Tal proposta contempla o sugerido no item 9.3.3 da minuta de deliberação trazida pelo ilustre Revisor.

35. Retornando os autos ao Relator, foram acolhidas as manifestações dos Ministros Walton Alencar e Benjamin Zymler, *"mormente face ao deliberado no Acórdão 347/2016 - TCU - Plenário, que fixou procedimento a ser observado pela Funasa referente à titularidade dos bens construídos ou adquiridos com recursos federais oriundos de transferências voluntárias sob a sua responsabilidade, de modo a evitar que os investimentos efetuados pelo poder público venham a propiciar ao concessionário acréscimo de receita ou incremento patrimonial."*

36. Após o intenso debate, prolatou-se o **Acórdão 914/2017-TCU-Plenário**, e no que diz respeito à FUNASA, foram produzidos os seguintes excertos:

> 9.6. determinar à Funasa que, para a assinatura de futuros convênios com objetivo de promover ações atinentes a esgotamento sanitário e abastecimento de água, com entes federados que tenham outorgado esses serviços a entidade privada com fins lucrativos, é imprescindível o atendimento aos dispositivos do Acórdão 347/2016 – Plenário, sob pena de as futuras avenças serem consideradas irregulares;
>
> 9.8. recomendar à Funasa que, previamente à celebração de ajustes que prevejam repasses de recursos para obras de saneamento de água e captação de esgoto a município, nas condições tratadas neste processo, dê conhecimento e requeira manifestação da agência reguladora incumbida da regulação econômica da respectiva concessão a respeito do impacto do aporte de recursos federais no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em especial quanto ao resultado dos investimentos para o fluxo de caixa do contrato e para a modicidade da tarifa;

37. Embora não direcionado à FUNASA, no acórdão em comento, o TCU deliberou acerca da forma de comprovação da integração dos bens gerados ao patrimônio do Município, consoante item abaixo transcrito:

> 9.3. determinar ao Município de Porto Nacional/TO que:
>
> (...)
>
> 9.3.3. no prazo de 120 dias, promova as medidas necessárias para assegurar que:
>
> 9.3.3.1. o registro dos bens móveis e imóveis resultantes dos investimentos promovidos com os recursos federais repassados por meio dos Convênios 2697/2005 (Siafi 557370), EP 3054/2006 (Siafi 594481), EP 3055 (Siafi 591948), EP 0361/2007 (Siafi 620517) e EP 1187/2007 (Siafi 620556) seja realizado incorporando-os ao patrimônio do Município;

1.2. Da Necessidade de Adoção de Providências Administrativas

38. Diante do exposto, a FUNASA deve cumprir de imediato às determinações da Corte de Contas, procedendo-se à modificação dos instrumentos de convênios, termos de compromisso e congêneres, nos processos nos quais houver a concessão de serviço de saneamento básico.

39. Considerando que as determinações do TCU foram evoluindo ao longo do tempo, é recomendado que se promova uma uniformização dos processos, mediante a celebração de termos aditivos, com as seguintes providências:

a) Inclusão de Município e concessionária como partícipes no ajuste, na qualidade de interveniente ou unidade executora de acordo com a qualificação cabível em cada processo, quando a avença ter sido firmada com o Estado;

b) Inclusão da concessionária, na qualidade de interveniente ou unidade executora de acordo com a qualificação cabível em cada processo, quando a avença ter sido firmada com o Município;

c) Inclusão das seguintes obrigações dirigidas aos mesmos:

- nos casos em que o capital da concessionária não seja 100% público, no aditivo deve constar que: a) os bens resultantes da aplicação dos recursos federais não onerosos integrarão o patrimônio do ente federativo titular do serviço público; b) os investimentos realizados com recursos federais não onerosos: não componham a base tarifária das concessionárias, a título de depreciação, amortização e exaustão; não gerem direito a indenização ao término da concessão; sejam registrados pelo ente federativo titular do serviço público e pela concessionária, em item patrimonial específico e, por fim, sejam excluídos do plano de investimentos da concessionária, com a correspondente compensação mediante substituição por investimentos da mesma monta ou dedução da base tarifária e c) deve ser promovido o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões sempre que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos propiciem aumento significativo do lucro da concessionaria como resultado da ampliação de sua capacidade de atendimento;

nos casos em que o capital da concessionária seja 100% público, no aditivo deve constar que: a) os investimentos realizados com recursos federais não onerosos: não componham a base tarifária das concessionárias, a título de depreciação, amortização e exaustão; não gerem direito a indenização ao término da concessão; sejam registrados pelo ente federativo titular do serviço público e pela concessionária, em item patrimonial específico e, por fim, sejam excluídos do plano de investimentos da concessionária, com a correspondente compensação mediante substituição por investimentos da mesma monta ou dedução da

base tarifária e b) deve ser promovido o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões sempre que os investimentos realizados com recursos federais não onerosos propiciem aumento significativo do lucro da concessionaria como resultado da ampliação de sua capacidade de atendimento;

-incluir cláusula condicionando a aprovação da prestação de contas à comprovação da efetivação do aditivo no contrato de concessão, assim como da efetiva incorporação ao Municipio dos bens resultantes da aplicação dos recursos federais transferidos, mediante os registros competentes.

40. Quanto às demais determinações, sugerem-se as seguintes providências:

a) Incluir, nas Portarias de seleção para financiamento de sistemas de abastecimento de água e esgoto, que o titular do serviço de saneamento e a concessionária deverão necessariamente participar do ajuste e assumir obrigações nos termos do Acórdão 347/2016-TCU-Plenário;

b) Incluir, nas normas internas da FUNASA concernente à prestação de contas que a aprovação, havendo concessão do serviço de saneamento, deve se sujeitar à comprovação das obrigações contidas no Acórdão 347/2016-TCU-Plenário;

c) Identificar os processos constantes da lista (peças 36 e 37 referidas no Acórdão 347/2016-TCU-Plenário), de modo a separar os que ainda estão em fase de execução e os que já se encontram na fase de prestação de contas. Naqueles em que o ajuste ainda estiver em execução, deverá haver a celebração dos aditivos já mencionados nos itens anteriores. Já os que estiverem em fase de prestação de contas, é recomendado que, na maior brevidade possível, seja oficiado o Município titular do serviço de saneamento, dando-lhe ciência das obrigações impostas pelo TCU no Acórdão 347/2016 e fixando-lhe prazo para cumprimento, sob pena de rejeição das contas. Após tais providências, deve ser produzido relatório e encaminhado ao TCU para demonstração do cumprimento da decisão, no prazo de 180 dias.

41. Por fim, tendo em vista que no TC 028.116/2013-5, foi analisado o procedimento adotado pela FUNASA, visando à celebração dos convênios e no qual se identificaram algumas falhas que poderiam ocasionar responsabilidade aos servidores e gestores, é recomendado que seja feita análise pelas áreas competentes, de modo a corrigi-las.

42. De forma bem específica, foi apontado pela Corte de Contas a necessidade de melhoria quanto aos formulários que vem sendo utilizados pela área técnica, a fim de aferir a adequação das propostas, conforme se extrai do trecho a seguir transcrito:

31.Quanto à metodologia empregada no âmbito da Funasa para examinar a legalidade e conformidade normativa das propostas de convênio, observo que os formulários padronizados que compõem o processo não exigiam informação sobre o atendimento de condições específicas. Apenas os convênios firmados a partir de 2007 continham um anexo para "Declaração de Documentos das Condicionantes Legais" (peça 9, p. 2; peça 10, p. 2), que mesmo assim era omisso quanto à existência de contrato de concessão ou prestação de serviços por ente privado, limitando-se a indagar sobre outros temas condicionantes (adimplência com o Tesouro Nacional, instituição de tributos, inclusão de subprojetos ou subatividades na respectiva lei orçamentária e comunicação ao conselho de saúde local).

32.Embora os documentos de trabalho não demandassem informação específica sobre a existência de contrato de concessão de serviço público, os agentes competentes não estavam eximidos de averiguar essa circunstância, visto que esse exame devia ser obrigatoriamente realizado em decorrência de normas regulamentares.

43. Já, em outra passagem, direcionada à atuação da área técnica, assim se pronunciou o Ministro Relator:

> 47.Menciono, ainda, que o art. 50 da Lei 11.445/2007 veda a aplicação de recursos orçamentários da União na administração, operação e manutenção de serviços públicos de saneamento básico não administrados por órgão ou entidade federal, salvo por prazo determinado em situações de eminente (sic) risco à saúde pública e ao meio ambiente (§ 3º). O referido dispositivo também estabelece como critérios de alocação de recursos federais a observância às diretrizes e objetivos da Política Federal de Saneamento Básico (caput) e o alcance de índices mínimos de desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços, a eficiência e eficácia dos serviços ao longo da vida útil do empreendimento (inciso I).
>
> 48.Daí se extrai que o exame dos planos de trabalho de convênios submetidos à Funasa e a outros órgãos gestores da política federal de saneamento básico deve considerar se as concessionárias estão alcançando os índices mínimos de desempenho, cumprindo os planos de investimentos que se obrigaram a executar e em que situações se torna lícito aos entes federativos buscar, suplementarmente, o aporte de recursos da União para o custeio de investimento demandados pelos sistemas locais ou regionais concedidos.

44. Em face de tal contexto e indicações expressas do TCU, é recomendável que a área técnica (DENSP) faça a remodelação dos seus formulários, assim como estude e desenvolva mecanismos para a identificação e correção das falhas apontadas pela Corte de Contas, de modo a prevenir futuras responsabilizações.

45. Por fim, o TCU recomendou à FUNASA que procedesse à consulta prévia à agência reguladora, antes da celebração dos convênios, quando houver concessão para serviço de esgoto e/ou abastecimento de água, de modo a informar o "impacto

do aporte de recursos federais no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em especial quanto ao resultado dos investimentos para o fluxo de caixa do contrato e para a modicidade da tarifa". Apesar de se tratar de uma recomendação, é importante ressaltar que tal medida visa a prevenir problemas futuros, motivo pelo qual, havendo, no Estado ou no Município, agência reguladora relacionada ao saneamento básico, sugere-se que se cumpra, cabendo tal atribuição à Coordenação de Convênios da FUNASA, a qual deverá proceder à notificação.

46. À consideração superior.

Brasília, 23 de junho de 2017.

Cristiane Souza Braz Costa
Procuradora Federal
Coordenadora de Convênios

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA – FUNASA

Despacho de Aprovação da Orientação Jurídica nº 02/2017/PGF/PFE/FUNASA/asg

Nos termos da Portaria/PFE/FUNASA nº 03, de 31 de julho de 2017, publicada no Boletim de Serviço/FUNASA do dia 31 de julho de 2017, **APROVO** a **Orientação Jurídica Normativa nº 02/2017/PGF/PFE/FUNASA/csbc** que versa sobre as implicações das concessões do serviço de saneamento nos instrumentos que visam à transferência de recursos públicos federais, em cumprimento a Acórdãos do Tribunal de Contas da União.

Brasília, 23 de agosto de 2017.

ANA SALETT MARQUES GULLI
Procuradora-Chefe