GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara
TC 026.116/2014-6
Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)
Recorrentes: Jorge Abou Nabhan (ex-presidente da FHISA) e Nabhan Engenharia e Construções Ltda - EPP
Unidade: Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde (FHISA)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE RECURSOS E DESPESAS. PAGAMENTO ANTECIPADO A EMPRESA AINDA NÃO CONSTITUÍDA. DESVIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS INCAPAZES DE DESCONSTITUIR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de peça 84, aprovada pelos dirigentes da unidade técnica, assim como pelo representante do MP/TCU:

"INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda. e pelo Sr. Jorge Abou Nabhan, diretor presidente da FHISA (peças 40-42, 64-69), contra o Acórdão 13.610/2016 – TCU – 2ª Câmara, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro (peça 37), com o seguinte teor:

> *'9.1. julgar irregulares as contas do Sr. Jorge Abou Nabhan e da empresa Nabhan Engenharia e Construção Ltda., com fulcro no art. 1º, inciso I, no art. 16, inciso III, alínea 'd', da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o art. 19 e o art. 23, inciso III, da mesma Lei, condenando-os, ao pagamento do valor discriminado, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento desse valor aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora calculados a partir da data indicada até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;*

Valor (R$)	*Data*
68.000,00	*10/4/2001*

> *9.2. autorizar, desde já, se requerido, o pagamento da dívida mencionada no item 9.1 em até 36 (tinta e seis) parcelas mensais consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei n.º 8.443, de 16 de junho de 1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas atualizadas monetariamente, devendo incidir, sobre cada valor mensal da dívida mencionada, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;*
>
> *9.3. alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;*
>
> *9.4. autorizar, desde logo, caso não sejam atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial dos valores acima, na forma da legislação em vigor;*
>
> *9.5. determinar à Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde que, no prazo de 180 dias, comprove a este Tribunal a regularização da situação fundiária do terreno sobre o qual foi*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

executada a obra de ampliação objeto do Convênio n.º 2.263/2000 (Siafi 407832), celebrado com o Fundo Nacional de Saúde;

9.6. remeter cópia deste Acórdão, e do Relatório e Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Paraná para adoção das providências que julgar pertinentes, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992;

9.7. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e à Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde'

HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial de responsabilidade da Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde (FHISA), do Sr. Jorge Abou Nabhan, Diretor-Presidente da fundação à época dos fatos, e da empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda., instaurada em razão da impugnação parcial de despesas pagas com recursos do Convênio 2.263/2000 (peça 2, p. 11-25), firmado entre o Fundo Nacional de Saúde e a fundação, para o apoio financeiro da ampliação e aquisição de equipamentos e materiais permanentes para a Santa Casa de Cianorte, que tinha como mantenedora a fundação, no valor de responsabilidade da União de R$ 443.040,00, sem contrapartida (peça 2, p. 15).

2.1. O ajuste vigeu no período de 30/12/2000 a 26/4/2003, e previa a apresentação da prestação de contas até 25/6/2003, conforme cláusulas do 3º Termo Aditivo Simplificado de Prorrogação de Prazo (peça 3, p. 204).

2.2. A Tomada de Contas Especial teve sua instauração motivada pela não comprovação da despesa referente ao pagamento à empresa Nabhan Engenharia e Construções, no valor de R$ 68.000,00 (peça 6, p. 4-12).

2.3. Nesta Corte, foram arrolados como responsáveis o Sr. Jorge Abou Nabhan, a empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda. e a FHISA (peças 14-19). Regularmente citados, todos apresentaram suas alegações quanto às irregularidades a eles imputadas (peças 14-19, 21, 22 e 26).

2.4. O Tribunal, após análise das razões de justificativa apresentadas, decidiu, por meio do Acórdão 13610/2016 – TCU – 2ª Câmara (peça 37), julgar irregular as contas dos responsáveis, condenando-os ao recolhimento do débito apurado, na forma transcrita na introdução acima.

2.5. Não satisfeitos com o julgado, os responsáveis Sr. Jorge Abou Nabhan e a empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda., interpuseram recurso de reconsideração, objeto do presente exame (peças 40-42 e 64-69).

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 44 e 70), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator (peças 46 e 72), que concluíram pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1 e 9.4 do Acórdão 13610/2016-Segunda Câmara em relação aos recorrentes, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso verificar as seguintes questões:

a) se é dispensável a instauração da presente TCE e se houve prejuízo à ampla defesa em razão do decurso do tempo (peça 40, p. 4-5);

b) se de fato ocorreram as irregularidades apontadas na presente TCE (peças 40, 6-7; 64, p. 4-5);

c) se ocorreu prescrição (peça 64, p. 5).

5. Da dispensa da TCE e da ampla defesa

5.1. O recorrente Sr. Jorge Abou Nabhan entende pela dispensa de instauração da presente TCE, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) de acordo com o disposto no artigo 6°, inciso II, da Instrução Normativa TCU 71/2012, salvo determinação em contrário do TCU, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência de dano e a primeira notificação do responsável pela autoridade administrativa competente;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

b) no caso em apreço, a primeira notificação válida ao ex-Presidente da Fundação Hospitalar de Saúde, Sr. Jorge Abou Nabhan, se deu por meio do Ofício 164/2016-TCU-SECEX, na data de 18/3/2016. Considerando que o fato gerador do débito ocorreu em 4/5/2001, data em que houve a contratação da empresa Nabhan Engenharia e Contruções Ltda, a notificação do Sr. Jorge Abou Nabhan se deu quinze anos após, motivo pelo qual estava dispensada a instauração da presente TCE, nos termos do artigo 6°, inciso II, da IN 71/2012, cuja inteligência é a garantia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

c) esse longo decurso do tempo compromete o exercício pleno do contraditório e dificulta o acesso aos meios e recursos inerentes à ampla defesa, não sendo razoável esperar que o responsável tenha condição de reunir documentos e outros elementos comprobatórios da regular aplicação dos recursos impugnados;

d) o longo lapso temporal observado no trâmite da presente apuração impõe prejuízo irreparável ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo responsável, questão de ordem pública a ser reconhecida a qualquer tempo;

f) imputar ao antigo presidente da FHISA, nessas condições, o ônus de demonstrar os elementos comprobatórios da aplicação correta dos recursos, sob pena de julgamento pela irregularidade, implica desconsiderar não só os já mencionados princípios do contraditório e da ampla defesa, mas, também, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Análise

5.2. Não assiste razão ao recorrente.

5.3. A dispensabilidade da TCE após 10 anos da ocorrência do dano não é coercitiva ao Tribunal, conforme caput do art. 6° da IN-TCU 71/2012: 'Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:'. No presente caso, há determinação em contrário, nos termos dos Acórdãos 426/2009 e 2.157/2010, ambos da 1ª Câmara, que determinaram a instauração da TCE em exame.

5.4. Dito isso, vale destacar que não há afronta à ampla defesa, uma vez que observa-se a existência de ofícios e notificações encaminhados pelo Fundo Nacional de Saúde (peça 2, p.107) e pela Divisão de Convênios e Gestão da Secretaria Executiva – Núcleo Estadual/PR do Ministério da Saúde, endereçadas aos responsáveis (peça 3, p. 328; peça 4, p.14 e 186; peça 5, p.15; peça 6, p. 20, 48, 80-82, 88, 120-122), em prazo muito inferior a 10 (dez) anos, com vistas a apresentação de documentação complementar de prestação de contas, ante a detecção de irregularidades, o que foi objeto de manifestação do responsável (peça 4, p. 24-26; peça 5, p.13, 65-73; e peça 6, p. 36 e 46).

5.5. Ora, em março de 2003, antes de finalizado o prazo de vigência do convênio 2263/2000, o órgão concedente enviou ofício ao convenente solicitando complementação de informações com o fim de regularizar as pendências detectadas no Parecer Gescon nº 1948, o qual identificou pagamentos em finalidades diversas à pactuada no termo de convênio, utilização de recursos para pagamentos de taxas bancária, juros, IOF e multa, divergência no número de cheque constante da relação de pagamentos e do constante no extrato, entre outras irregularidades (peça 3, p. 328-336).

5.6. Em agosto de 2008, a concedente solicitou mais informações em relação à prestação de contas, uma vez que, nos termos do Parecer Gescon n. 2804, considerou insuficientes as justificativas e documentação apresentadas e o informou da irregularidade no pagamento à empresa Nabhan Engenharia e Construção no valor de R$ 68.000,00 (peça 4, p. 186-194). Tal situação repetiu-se em outubro de 2008 quando o concedente, por meio do Ofício 2214/MS/SE, encaminhou o novo Parecer Gescon n. 4261, solicitando a devolução da referida quantia (peça 6, p. 20-33). O recorrente Jorge Nabhan teve plena ciência dessa documentação, conforme resposta que apresentaram (peça 6, 36-40).

5.7. Diante da análise empreendida, conclui-se que não merece guarida as alegações apresentadas. Não houve violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o responsável foi devidamente cientificado das irregularidades encontradas, momento o qual lhe foi dada a oportunidade de demonstrar a regularidade na aplicação dos recursos federais repassados.

6. Da ocorrência de irregularidades

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

6.1. Os recorrentes entendem que não houve irregularidade na execução do Convênio 2.263/2000, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o saque da conta corrente do convênio destinou-se à execução das obras. É temerário exigir do ora recorrente que apresentasse qualquer documentação relativa à descrição das etapas da obra e destinação do valor sacado tendo em vista o lapso temporal entre a execução das obras e a notificação do recorrente;

*b) a inspeção **in loco** teve por finalidade a comprovação da legalidade da conclusão do objeto do convênio, até porque a prestação de contas foi posteriormente aprovada;*

c) tanto o recibo emitido em 10/4/2001 quanto a nota fiscal emitida em 8/11/2001 atestam que o valor ora cobrado do requerente, foi destinado ao pagamento da execução de obras de ampliação do edifício Hospitalar de Tratamento Intensivo e Centro Cirúrgico da FHISA, não havendo desvio da finalidade do objeto do Convênio 2263/2000 e, consequentemente, não há que se falar em utilização indevida dos recursos públicos;

d) a TCE não aponta, objetivamente, a participação direta do Sr. Jorge Nabhan, nem a presença de dolo ou de má-fé;

e) demonstrado e cumprido o objeto do Convênio 2.263/2000, não há que se falar em irregularidade, impondo-se o julgamento das contas como regulares com ressalva, uma vez que demonstrada a boa e regular aplicação dos recursos;

f) por se tratar de medida de urgência, o procedimento da ampliação das instalações com a construção de UTI e centro cirúrgico, ante a inexistência de leitos de UTI e de centro cirúrgico com condições de atender as necessidades de Cianorte e região, o pagamento foi feito via recibo para que pudesse dar início às obras o mais breve possível, pois a Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde estava sendo pressionada inclusive pela Vigilância Sanitária, que havia concedido prazo exíguo para a ampliação sob pena de interdição, com posterior regularização através da nota fiscal nº 6, no valor de R$ 68.000,00 (sessenta e oito mil reais);

g) o serviço foi prestado, ainda que com a precariedade de um recibo, pela Nabhan Engenharia e Construções Ltda., que deu início à obra e prestou o serviço a contento, tendo recebido pelo serviço executado de forma normal e na forma combinada em conformidade com a evolução da obra, que foi concluída a contento, conforme parecer técnico anexo, elaborado por profissional qualificado, que atesta a qualidade da obra, bem como o cumprimento de especificações técnicas do projeto;

h) o referido parecer foi dado por profissional credenciado junto ao TCU e seus pagamentos foram fiscalizados pelos analistas da divisão de convênios e gestão, que puderam observar que a obra foi efetivamente concluída dentro do prazo e com todas as especificações técnicas do projeto.

<u>Análise</u>

6.2. Não assiste razão aos recorrentes. Vale destacar, de antemão, que a análise deste processo não se pauta na dúvida quanto ao cumprimento do objeto, mas sim, na relação causal entre as despesas efetuadas e os recursos federais repassados.

6.3. Nesse espeque, registre-se que a mera execução física do objeto, por si só, não comprova que os recursos foram aplicados corretamente, cabendo ao responsável demonstrar o nexo causal entre os recursos que lhe foram repassados e a consecução do objeto.

6.4. Diferentemente do alegado, da análise processual não foi possível demonstrar a regularidade na aplicação da totalidade dos recursos federais repassados. A simples apresentação de recibo e de documento fiscal não é condição suficiente para comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Há de serem observadas as exigências normativas que regem o convênio entre os partícipes. Além do que, a documentação balizadora deve estabelecer o nexo causal entre os recursos repassados e as despesas realizadas.

6.5. Foi identificado pagamento antecipado à empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda. antes mesmo da assinatura do contrato, e antes mesmo de a empresa ser constituída (peça 3, p.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

*10, 240, 258, 312 e 382). O recibo foi emitido em abril do ano de 2001, porém a nota fiscal balizadora do pagamento somente foi confeccionada no mês seguinte e teve seus campos preenchidos em novembro do mesmo ano (peça 3, p. 382, peça 4, p. 52, 54; peça 5, p. 23). Ademais, foi realizado saque na conta corrente do convênio, por pessoa não conhecida, sem que houvesse qualquer bem ou serviço a ser pago no âmbito do convênio, o que contraria o art. 20, **caput**, da IN/STN 01/1997. A emissão da nota fiscal, em verdade, surgiu com o fim de dissimular legalidade aos atos praticados (peça 4, p. 52).*

6.6. Por oportuno, cabe transcrever trecho do relatório fundamentador do Acórdão ora guerreado (peça 39, p. 4, item 20):

> *'20. Os recursos assim desviados foram posteriormente apropriados como pagamento devido a obras que teriam sido realizadas pela empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda., mediante recibo, e depois de apontamento nesse sentido por fiscalização realizada pelo Ministério da Saúde, emissão de nota fiscal, que especifica como serviço prestado o adiantamento irregular de recursos do convênio.'*

6.7. Nesse contexto, entende-se que o saque da conta específica de convênio compromete o estabelecimento do nexo de causalidade entre a movimentação bancária e as despesas efetuadas para a consecução do objeto pactuado, não permitindo a comprovação da regular aplicação dos recursos federais repassados, o que enseja a irregularidade das contas com imputação de débito aos gestores responsáveis, conforme dispõe o Acórdão TCU 3.451/2015 – 1ª Câmara (Relatoria - Ministro André de Carvalho) e, também, nos termos do art. 20 da Instrução Normativa STN 1/1997.

*6.8. Com efeito, há jurisprudência pacífica no âmbito desta Corte de Contas no sentido de que, **ex vi** do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 93 do Decreto-lei nº 200/1967, o ônus de comprovar a regularidade integral na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente os gastos efetuados, bem assim o nexo causal entre estes e os recursos repassados, o que não ocorreu nos presentes autos.*

6.9. A respeito do tema, transcrevo trecho do voto do Ministro Adylson Motta para a Decisão nº 225/2000 – 2ª Câmara (autos do TC-929.531/1998-1):

> *'A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão nº 176, verbis: 'Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova'. Há que se destacar, ainda, que, além do dever legal e constitucional de prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexo entre o desembolso dos referidos recursos e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto acordado (...).'*

6.10. Não merece guarida a alegação da inexistência de dolo. O exame dos fatos demonstra que seu ex-gestor agiu de modo a favorecer a si próprio ou a terceiros, e a empresa beneficiada não comprovou de que modo se dera a aplicação dos recursos a ela adiantados. Ademais, a unidade técnica destacou a presença de evidências de fraude, consubstanciada pelos fatos mencionados e por ter sido designado como fiscal da obra sócio da empresa executora da obra, que teria atestado medições de despesas mal especificadas.

6.11. Não prospera a alegação de que o pagamento foi realizado em conformidade com a evolução da obra, uma vez que o pagamento efetuado à empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda. ocorrera antes mesmo da celebração do termo de contrato (peça 6, p. 130 e 264, peça 4, p. 18 e 52), o que contraria as disposições da Lei 4.320/1964, da Lei 8.666/1993, da IN/STN 1/1997, e ainda, do art. 38 do Decreto 93.872/1986.

6.12. No tocante à medida de urgência ante a inexistência de leitos de UTI e de centro cirúrgico, tal situação não legaliza a realização de pagamento antecipado e sem previsão contratual à

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

empresa Nabhan Engenharia e Construções Ltda., que ainda não estava legalmente constituída (peça 3, p. 382).

6.13. A aprovação da prestação de contas pelo Fundo Nacional de Saúde (peça 3, p. 360-364), não vincula o TCU. De acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada. Destaque-se, entretanto, que em decorrência da solicitação de auditoria emitida pela Controladoria Geral da União, o FNS/MS procedeu à reanálise da mencionada prestação de contas, concluindo pela impugnação de despesas no valor de R$ 68.000,00 (peça 6, p. 22-28, 50-56, 124-132).

6.14. Assim, diante da ausência, nestes autos, de documentos que comprovem o nexo causal entre a movimentação bancária e a despesa realizada no valor de R$ 68.000,00, entende-se que as alegações de defesa não devem ser acolhidas, visto que é dever do gestor público, sobretudo em tomada de contas especial, trazer elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes, que demonstrem, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes, consoante enunciado do Acórdão TCU 2.435/2015 – Plenário (Relatoria – Ministra Ana Arraes).

7. Da prescrição

7.1. A empresa recorrente requer a aplicação da prescrição, alegando que os fatos ocorreram em 2001, ou seja, há mais de 15 anos (peça 64, p. 5).

Análise

7.2. Sem razão a recorrente.

7.3. Primeiramente, no que concerne ao débito imputado à recorrente, a jurisprudência desta Corte é pacífica, tendo se manifestado por meio do verbete sumular número 282, no sentido de que 'as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis', interpretação baseada no disposto na parte final do artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

7.4. Com relação à pretensão punitiva, por sua vez, o TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (10 anos), consoante recente uniformização da jurisprudência realizada por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário. Registre-se que, no caso concreto, já houve o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (item 3.1 do voto à peça 38, p. 1), tendo a condenação contida no acórdão recorrido se resumido ao ressarcimento do débito.

CONCLUSÃO

8. Em face das análises promovidas, conclui-se que:

*a) a dispensabilidade da TCE após 10 anos da ocorrência do dano não é coercitiva ao Tribunal, conforme **caput** do art. 6° da IN-TCU 71/2012;*

b) não houve violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o responsável foi devidamente cientificado das irregularidades encontradas, momento o qual lhe foi dada a oportunidade de demonstrar a regularidade na aplicação dos recursos federais repassados;

c) inexiste nos autos elementos que comprovem o nexo causal entre a movimentação bancária e a despesa realizada no valor de R$ 68.000,00;

d) é imprescritível o débito objeto da condenação ao ressarcimento.

8.1. Assim, os elementos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Diante do exposto, com fundamento no artigo 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU, propondo-se:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) comunicar aos recorrentes e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59042473.