VOTO

I – Introdução

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde - FNS em desfavor da Fundação Rubens Dutra Segundo e da Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra, diretora presidente dessa entidade, em razão da não consecução dos objetivos pactuados no Convênio 209/2002, celebrado pelo Ministério da Saúde e pela referida instituição privada, com o intuito de concluir as obras do bloco destinado ao ambulatório do Hospital Memorial Rubens Dutra Segundo, visando fortalecer o atendimento oncológico prestado pelo SUS.

2. A referida avença foi celebrada no dia 17/6/2002. Sua vigência foi originalmente estipulada até o dia 12/6/2003, tendo sido prorrogada até 1º/2/2004. O valor a ser transferido pela União foi fixado em R$ 436.610,00 (quatrocentos e trinta e seis mil seiscentos e dez reais). Não foi prevista a contrapartida da entidade convenente.

3. Os recursos do FNS foram tempestivamente disponibilizados para a convenente por intermédio de quatro ordens bancárias.

4. O acompanhamento da execução físico-financeira do objeto pelo concedente incluiu quatro verificações **in loco**. Naquelas oportunidades, foi constatado que:

1) os recursos financeiros foram regularmente empregados no objeto e a obra foi integralmente executada com ótima qualidade técnica; e

2) entretanto, os objetivos propostos não foram alcançados, pois a unidade hospitalar não se encontrava em funcionamento em razão de não ter sido obtido o credenciamento junto ao SUS.

5. Diante disso, a Diretoria Executiva do Fundo Nacional de Saúde não aprovou a prestação de contas e determinou a restituição do montante repassado.

6. Após ter sido notificada, a Fundação Rubens Dutra Segundo apresentou ao Ministério da Saúde informações sobre o termo de ajuste de conduta que havia celebrado com a Fundação Pedro Américo, com o fito de doar para essa última instituição a infraestrutura construída com os recursos da avença em tela, bem como os materiais permanentes que foram adquiridos com os referidos recursos. Esse procedimento permitiria instalar um Hospital de Ensino e Pesquisa que seria utilizado pelos alunos dos cursos ministrados pela Faculdade de Ciências Médicas de Campina Grande. Contudo, o referido TAC não foi concluído, porque o conselho da Fundação Rubens Dutra Segundo não concordou com seus termos.

7. Tendo em vista o insucesso das medidas administrativas adotadas visando sanear as irregularidades ou obter o ressarcimento do dano, o Fundo Nacional de Saúde instaurou a presente tomada de contas especial.

8. No seu relatório, o tomador de contas imputou responsabilidade solidária pelo dano ao Erário à Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra e à Fundação Rubens Dutra Segundo, devido ao não atingimento dos objetivos pactuados. A Controladoria-Geral da União concordou com esse entendimento.

9. No âmbito do TCU, foi regularmente realizada a citação das responsáveis em decorrência da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos pelo FNS por força do Convênio 209/2002 e do não atingimento dos objetivos pactuados, tendo em vista a não utilização da obra de conclusão do bloco ambulatório do Hospital Memorial Rubens Dutra Segundo para prestar serviços oncológicos no âmbito do Sistema Único de Saúde**.**

10. Apenas a Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra apresentou alegações de defesa, ainda que de forma intempestiva, após o encerramento da etapa de instrução. Em homenagem aos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, determinei que a unidade técnica analisasse essas alegações.

11. Em síntese, a responsável alegou que:

a) em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, ocorreu a prescrição quinquenal da possibilidade de ser instaurada esta TCE. Afinal, o fato ora sob apuração aconteceu no dia

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

25/5/2002 e a presente tomada de contas especial somente foi instaurada em 2017;

b) nos MS 32.201/DF e MS 35.971/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a prescrição da pretensão punitiva do TCU sujeita-se à disciplina da Lei 9.873/1999;

c) não houve fraude, malversação ou desvio de dinheiro público. Ademais, não foi apontada conduta dolosa ou má-fé da defendente;

d) foi registrada a ocorrência de falhas meramente formais, que não geraram dano ao Erário;

e) o não credenciamento do Hospital Memorial Rubens Dutra Segundo pela Secretaria de Saúde do Município de Campina Grande (PB) se deveu a questões políticas e ao argumento de que os dois hospitais existentes naquela cidade já executavam satisfatoriamente o atendimento oncológico na região;

f) nos anos de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, a fundação requereu repetidas vezes o credenciamento do Hospital Memorial Rubens Dutra Segundo, o que demonstra a boa-fé dos dirigentes da entidade privada;

g) apesar de não ter celebrado convênio com o SUS, a fundação prestou serviços na área de oncologia ao público alvo do Sistema Único de Saúde. Foram milhares de atendimentos, conforme demonstram os registros estatísticos existentes nos arquivos da instituição e no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES, que foram anexados aos presentes autos pela defesa; e

h) a Fundação Rubens Dutra Segundo cumpriu plenamente os objetivos do Convênio 209/2002, uma vez que comprovadamente foram prestados serviços de saúde, inclusive na área de oncologia, a usuários do SUS.

12. Após analisar a referida defesa, o auditor concluiu que todas as alegações deveriam ser rejeitadas, com exceção daquelas relativas à prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, tendo fundamentado essa conclusão em recentes decisões do STF, em especial naquela que foi proferida quando do julgamento do RE 636.886 (tema 899).

13. Diante do acima exposto, o auditor propôs:

a) considerar revel a Fundação Rubens Dutra Segundo, dando-se prosseguimento ao processo;

b) rejeitar as alegações de defesa da Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra, exceto quanto à preliminar de prescrição, que deve ser acolhida; e

c) julgar irregulares as contas da Fundação Rubens Dutra Segundo e da Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra.

14. O Diretor da 2ª Diretoria da SecexTCE manifestou sua discordância em relação ao acolhimento da preliminar de prescrição da pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Por outro lado, endossou os demais pontos da proposta formulada pelo auditor. Assim sendo, sugeriu:

a) considerar revel a Fundação Rubens Dutra Segundo, dando-se prosseguimento ao processo;

b) rejeitar integralmente as alegações de defesa apresentadas pela responsável Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra;

c) julgar irregulares as contas das responsáveis, condenando-as solidariamente ao pagamento das seguintes quantias:

Data de ocorrência	Valor (R$)
30/8/2002	109.152,50
7/10/2002	109.152,50
8/11/2002	109.152,50
9/4/2003	109.152,50

15. O titular da SecexTCE manifestou sua concordância com a proposta formulada pelo Diretor.

16. O Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico pronunciou-se favoravelmente ao acolhimento da proposta da unidade técnica.

II – Análise do mérito desta tomada de contas especial

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

17. Com espeque na análise realizada pela unidade técnica, que incorporo desde já às minhas razões de decidir, com destaque para as ponderações exaradas por seu diretor, manifesto minha concordância com a proposta formulada pela SecexTCE, que contou com a aquiescência do representante do **Parquet** especializado. Contudo, entendo ser necessário tecer algumas considerações adicionais, o que passo a fazer.

18. Compulsando estes autos, verifiquei que os ofícios de citação da Fundação Rubens Dutra Segundo e da Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra foram encaminhados aos endereços constantes da base de dados da Receita Federal.

19. Saliento que a validade da citação via postal não depende de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio destinatário da comunicação, o que dispensa a entrega do AR em "mãos próprias". Nesse sentido, os arts. 179 do Regimento Interno do TCU e 3º e 4º da Resolução TCU 170/2004 determinam que o Tribunal verifique se a correspondência foi entregue no endereço correto, residindo aqui a necessidade de certeza inequívoca.

20. Tendo em vista que as alegações de defesa da Fundação Rubens Dutra Segundo não foram apresentadas, cumpre considerá-la revel, dando-se prosseguimento ao processo, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

21. Friso que, ao não apresentar defesa, a mencionada entidade privada deixou de produzir prova da regular aplicação dos recursos sob sua responsabilidade, em afronta às normas que impõem aos gestores públicos a obrigação legal de, sempre que forem demandados pelos órgãos de controle, apresentarem documentos que demonstrem a correta utilização das verbas públicas. Nesse sentido, o art. 93 do Decreto-Lei 200/196 dispõe que:

"*Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes*".

22. Saliento que a não comprovação da regular aplicação do dinheiro público gera uma presunção **juris tantum** de ocorrência de prejuízo ao Erário. Essa presunção legal, por ser relativa, poderia ter sido afastada por prova idônea e inequívoca em contrário apresentada pela referida fundação, o que não ocorreu no caso vertente.

23. Aduzo que a responsabilização da Fundação Rubens Dutra Segundo pelo dano apurado nestes autos decorreu do entendimento no sentido de que, quando a pessoa jurídica de direito privado e seus administradores gerarem prejuízos, durante a execução de avença celebrada com a União com vistas à realização de uma finalidade pública, incide sobre ambos a responsabilidade solidária pelo ressarcimento do mencionado prejuízo. Nesse sentido, foi elaborada a Súmula TCU 286, a seguir reproduzida:

"A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais, feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública, responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao Erário na aplicação desses recursos".

24. Contudo, cumpre frisar que a dirigente dessa fundação encaminhou suas alegações de defesa e que o eventual acolhimento desses argumentos beneficiará a entidade privada que está sendo responsabilizada solidariamente com sua presidente.

25. Por oportuno, esclareço que, apesar de ter executado integralmente a obra, a Fundação Rubens Segundo não obteve o credenciamento para prestar serviços de tratamento oncológico no âmbito do SUS e tampouco ultimou as providências necessárias à transferência da ampliação da estrutura hospitalar para a entidade que se dispôs a assumi-la.

26. Esclarecido esse ponto, passo a analisar as alegações de defesa apresentadas.

27. A pretensão punitiva do TCU, conforme estabelecido no Acórdão 1.441/2016-Plenário, por mim relatado, subordina-se ao prazo geral indicado no art. 205 do Código Civil, que é de dez anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, em consonância com o art. 189 do Código Civil, sendo esse prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva dos responsáveis.

28. No caso em exame, constatei que ocorreu a referida prescrição, uma vez que a frustração do alcance dos objetivos do convênio ocorreu no dia 1º/2/2004, quando terminou a vigência do referido

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

pacto, e o despacho que determinou a citação foi exarado no dia 25/7/2019.

29. Quanto à prescrição do débito apurado, entendo que deve ser aplicada a jurisprudência atual desta Corte de Contas sobre a matéria, consolidada na Súmula 282. Não desconheço que recentemente o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 636.886/AL, fixou o seguinte enunciado para o Tema 899: "*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*".

30. Não obstante essa respeitável decisão, ainda pairam diversas dúvidas sobre a matéria. Afinal, é possível concluir que a deliberação não tratou da prescrição do processo de controle externo levado a cabo perante o Tribunal de Contas da União, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório emitido pelo Tribunal.

31. A decisão do STF versou sobre recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou provimento a embargos de declaração opostos contra acórdão de sua lavra, assim ementado:

"*EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA.*

1. Para fins práticos, deve-se observar quando a Fazenda Pública foi intimada a providenciar o andamento do feito. Passados cinco anos sem diligências concretas, ocorre a prescrição intercorrente. Caso haja suspensão na forma do art. 40, da Lei n. 6.830/80, ocorre a extinção se o feito permanecer paralisado por mais de seis anos.

2. Na hipótese dos autos, houve o arquivamento sem baixa do processo em 12.08.1999 e até a data da sentença extintiva do feito em 05.06.2006, a Fazenda Nacional não apresentou nenhuma medida concreta quanto à localização do devedor ou de seus bens. Revela-se, portanto, inequívoca a ocorrência da prescrição intercorrente."

32. No caso, a Fazenda Pública deixou a ação paralisada por mais de cinco anos, o que ensejou a declaração de prescrição intercorrente no aludido caso concreto. Como se vê da leitura da ementa, a questão controversa em discussão naquela deliberação era unicamente a prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório do Tribunal.

33. Com base nessa possível interpretação, a matéria decidida no aludido feito não teria nenhuma repercussão de ordem prática e jurídica na presente tomada de contas especial, cujo título executivo extrajudicial ainda não se formou. Caso a AGU, na execução de eventual decisão condenatória proferida neste feito, deixe de adotar as medidas pertinentes dentro do prazo de cinco anos, aí sim haverá a aplicação da tese emanada no RE 636.886, com o reconhecimento da prescrição intercorrente da ação de ressarcimento ao Erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (a ação de execução fiscal), pela hipotética inação da Fazenda Pública.

34. Ainda que se interprete que a decisão do STF seja também aplicável à tramitação do processo de controle externo no âmbito do TCU, exsurgem outras diversas questões fundamentais para que esta Corte de Contas estabeleça novo tratamento acerca da prescrição do débito e da pretensão punitiva, em particular qual seria o **dies a quo** (a data de ocorrência do fato irregular ou a do seu conhecimento pelo TCU) e quais seriam as hipóteses de interrupção da prescrição.

35. Diante de todas as dúvidas ainda existentes sobre a decisão do STF no âmbito do RE 636.886 e considerando que se encontram pendentes de julgamento embargos de declaração opostos pela AGU, que deverão esclarecer as dúvidas acima relacionadas, opto por aplicar ao caso em exame a jurisprudência do TCU então existente, que se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange ao ressarcimento do prejuízo causado aos cofres públicos federais.

36. Aduzo que, ao contrário do que foi alegado pela responsável, o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 não deve ser aplicado a este caso concreto. Afinal, esse diploma legal não é observado nesta Corte, tendo em vista que a atividade de controle externo exercida pelo Tribunal, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, difere do exercício pelo Estado do poder de polícia administrativa.

37. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência do TCU, como se observa, por exemplo, no Acórdão 9.012/2020-1ª Câmara, relatado pelo Ministro Bruno Dantas.

38. Acrescento que o art. 1º da Lei 9.873/1999, suscitado pela defendente, dispõe que:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

"*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*"

39. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que ele trata da perda da pretensão punitiva da Administração Pública Federal, que não se confunde com a pretensão de ressarcimento do dano ao Erário. Note-se que a reparação desse prejuízo não constitui sanção, mas obrigação legal de recompor os cofres públicos que incide sobre o causador da perda patrimonial. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

"*Administrativo – Ação de Improbidade Administrativa – Ocorrência de dano ao Erário reconhecida pelo tribunal de origem – Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC – Acórdão recorrido que não aplicou a obrigação de ressarcimento com fundamento no princípio da proporcionalidade – Violação dos arts. 5º e 12, inciso II, da Lei n. 8.429/1992.*

(...)

2. A reparação do prejuízo causado aos cofres públicos não é medida sancionatória, mas simplesmente uma consequência civil decorrente do dano causado pelo agente ao patrimônio público." (Resp. 977.093, Relator Ministro Humberto Martins);

40. Resta patente que as normas disciplinadoras da punibilidade no âmbito do Direito Administrativo, a exemplo do art. 1º da Lei 9.873/1999, não se adéquam à disciplina da prescrição da pretensão ressarcitória manejada pelo TCU em sede de processo de contas.

41. A alegação da recorrente no sentido de que não pode ser condenada por esta Corte, uma vez que não agiu com dolo ou má-fé nem obteve vantagens indevidas, não deve ser acolhida. A uma, porque as contas podem ser julgadas irregulares sem a percepção pelo gestor público de qualquer vantagem patrimonial ilícita. Basta que tenha sido praticada uma conduta irregular ou que tenha sido provocado dano ao Erário, o que aconteceu no presente caso.

42. A duas, porque, no que concerne à inexistência da comprovação de dolo ou má-fé da recorrente, o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB dispõe que:

"*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*"

43. Importa destacar que a jurisprudência desta Corte de Contas tem se firmado no sentido de que, mesmo após o advento da Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB, não é necessária a configuração do dolo para ser determinado o ressarcimento ao Erário. Nesse sentido, no voto condutor do Acórdão 2.768/2019-Plenário, destaquei que:

"*O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao Erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal)*".

44. Cumpre destacar ser incontroverso que houve a regular e integral execução físico-financeira dos recursos federais transferidos, na forma pactuada no convênio sob exame. Até por isso, a irregularidade imputada na citação diz respeito somente à ausência de alcance dos objetivos do mencionado pacto, uma vez que não houve a comprovação da prestação de serviços oncológicos para usuários do SUS.

45. Nesse contexto, não procede a alegação da defendente no sentido de que não teria responsabilidade pelo insucesso no credenciamento do Hospital Memorial Rubens Dutra Segundo para atendimento de oncologia junto à Secretaria Municipal de Saúde de Campina Grande (PB). Afinal, era seu dever assegurar que os objetivos propostos no plano de trabalho do convênio apresentassem viabilidade técnica e jurídica. Contudo, não foi comprovada a realização prévia de consulta da convenente às instâncias competentes do SUS. Mais grave ainda, há nestes autos evidências de que, no exercício de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

2000, o Instituto Nacional do Câncer (Inca) já havia apontado a ausência de demanda capaz de justificar a construção de um hospital especializado em câncer na região de Campina Grande (PB).

46. Ressalto que a inexistência de demanda fundamentou a rejeição do pedido de credenciamento formulado pelo Hospital Rubens Dutra Segundo ao Conselho Municipal de Saúde e à Secretaria Municipal de Saúde de Campina Grande (PB). Portanto, a não obtenção do credenciamento decorreu de circunstância da qual a defendente tinha ou deveria ter conhecimento previamente à celebração do convênio, o que implica dizer que sua omissão concorreu para a ocorrência dos problemas apurados nestes autos.

47. Importa salientar que não foi comprovada a alegada prestação para a comunidade de numerosos serviços médico-hospitalares na área de oncologia. Aduzo que, ainda que tenham sido oferecidos serviços em outras áreas, eles não são aptos a demonstrar o alcance dos objetivos avençados, pois o FNS aportou recursos visando fortalecer especificamente as ações do SUS direcionadas para os pacientes com câncer. Dessa forma, conclui-se não ser possível estabelecer correlação entre os serviços prestados e os objetivos pactuados no convênio.

48. Em sentido oposto ao que foi alegado pela defendente, registro que, por meio de fiscalização realizada em novembro de 2010, os técnicos do Ministério da Saúde constataram que a área ampliada com recursos da avença em tela não estava sendo utilizada em atendimentos oncológicos para usuários do Sistema Único de Saúde. Naquela oportunidade, a equipe do concedente verificou que o hospital havia sido credenciado pelo SUS, por meio da Secretaria Municipal de Saúde de Campina Grande (PB), apenas para realizar exames laboratoriais e patológicos e de diagnóstico por imagem.

49. Além disso, foi comprovado que as instalações da unidade de saúde estavam sendo utilizadas pela Clínica Especializada de Serviços Médicos Campinense Ltda. - CLESMEDIC para realizar consultas nas áreas de clínica médica, ginecologia-obstetrícia, pediatria, dermatologia, geriatria e ortopedia, além de exames especializados (radiológicos, eletrocardiograma, ultrassonografia e endoscopia digestiva) e laboratoriais. As respectivas despesas estavam sendo custeadas por essa empresa, com a coparticipação dos usuários.

50. Também cabe destacar que a ausência da prestação de serviços especializados em oncologia foi corroborada pelos relatórios de serviços relativos aos exercícios de 2003 a 2009 e de produção referentes aos exercícios de 2008 a 2018, que foram juntados aos autos pela responsável.

51. Saliento que não havia a exigência de que a unidade hospitalar ampliada atendesse exclusivamente a pacientes do Sistema Único de Saúde. Entretanto, ela deveria ter comprovadamente prestado serviços a usuários do SUS na especialidade pactuada no plano de trabalho, o que não ocorreu.

52. Por fim, esclareço que a tentativa de solucionar a questão ora sob exame por intermédio da doação da estrutura para outra entidade fracassou, uma vez que a Fundação Rubens Dutra Segundo rejeitou a celebração do acordo que viabilizaria a referida transferência patrimonial para a Fundação Pedro Américo.

53. Com espeque nessas considerações e em linha de sintonia com a unidade técnica e o representante do Ministério Público de Contas, julgo que as contas da Fundação Rubens Dutra Segundo e da Sra. Crisélia de Fátima Vieira Dutra, diretora presidente dessa entidade, devem ser julgadas irregulares, sendo-lhes imputado débito solidário no valor histórico de R$ 436.610,00 (quatrocentos e trinta e seis mil seiscentos e dez reais).

Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de setembro de 2020.

BENJAMIN ZYMLER

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.

Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65737713.