

Procedimento Preparatório nº 06.2015.00005249-0

DESPACHO

I - Relatório

O presente Procedimento Preparatório (PP) foi instaurado com a finalidade de apurar possível descumprimento do encargo de que trata o art. 2º da Lei Estadual nº 12.084, de 27 de dezembro de 2001 e, em caso positivo, averiguar eventual responsabilidade dos dirigentes da Fundação de Apoio ao HEMOSC/CEPON (FAHECE), por danos patrimoniais causados a esta, decorrentes de tal descumprimento, pelas razões de fato e de direito expendidas na Portaria de p. 01 a 06.¹

Para instrução do procedimento foram, primeiramente, extraídos os documentos do PA de acompanhamento da FAHECE nº 09.2013.00000702-1 relativos à solicitação formulada pela referida Fundação de direito privado à 25ª Promotoria de Justiça da Capital, consultando acerca da necessidade/possibilidade de devolver o imóvel onde se situa o Centro de Pesquisas Oncológicas – CEPON que foi doado à Fundação em 07 de julho de 2006, os quais foram juntados aos presentes autos como fundamento da Portaria (pp. 07-329).

Em seguida foram notificados os interessados, para que apresentassem informações e juntassem documentos pertinentes ao caso (pp. 342-344).

As respostas da FAHECE e da Secretaria de Estado da Saúde vieram acompanhadas de farta documentação, à qual foram anexados outros elementos de prova obtidos por esta Promotoria de Justiça (pp. 361-1760).

No curso da análise dos documentos juntados, foi encaminhada à 25ª Promotoria de Justiça da Capital, pela Presidência da FAHECE, cópia do Ofício n. 00645/2015, datado de 29/07/2015, oriundo da Secretaria de Estado da Saúde, solicitando manifestação da Fundação, mediante deliberação definitiva de sua Diretoria Executiva, no prazo improrrogável de 20 dias, sobre possível devolução do terreno doado pelo Estado de Santa Catarina, diante da necessidade de serem encetados os trâmites administrativos imprescindíveis à renovação do Contrato de Gestão n. 002/2007 (c. p. 1109-1112).

¹ As páginas desta promoção se referem aos autos digitais (SIG n. 06.2015.00005249-0).

Havendo necessidade de deliberação acerca da determinação do despacho exarado originalmente no Procedimento Administrativo de Acompanhamento da FAHECE (pp. 107-108), mantido até o desfecho deste Procedimento Preparatório (cf. deliberação de n. 1.16, da Portaria, p. 6), foi determinada a conclusão dos autos, para novo despacho.

II – Sobre a possibilidade da anuência com a reversão da doação

O despacho de pp. 107-108, contrário à reversão, está fundado nas premissas de que: a) a doação constituiu ato administrativo válido, realizado para atendimento de interesse público; e b) a finalidade da doação, de construção de um complexo hospitalar, foi cumprida pela donatária, não havendo motivo para a reversão da doação com fundamento no art. 3º da Lei n. 12.084/2001.

A questão central deste procedimento é a possível responsabilidade dos gestores da FAHECE pelo eventual descumprimento de encargos específicos impostos quando da doação de imóvel publico, destacando-se que a alegação do Estado de Santa Catarina, através de sua Secretaria de Estado da Saúde, é de que não houve adimplemento da obrigação pelo donatário.

Sem ingressar, por enquanto, no tema do efetivo cumprimento dos encargos da doação, o que será feito em decisão final depois de análise mais aprofundada do volumoso procedimento, é preciso avaliar a oportunidade de outras possibilidades de desfazimento daquele negócio jurídico.

Essa avaliação é necessária e urgente pois está em risco a continuidade das atividades do Centro de Pesquisas Oncológicas – CEPON e, em especial, do aporte de recursos destinados às obras de ampliação do Centro Cirúrgico e do serviço de Transporte de Medula Óssea.

A Secretaria de Estado da Saúde, em sua resposta, afirmou que

[...] diante do término iminente da vigência do Contrato de Gestão 002/2007, previsto para 31 de dezembro de 2015, é imperioso que essa Fundação se manifeste, por meio de sua Diretoria Executiva, sobre o encaminhamento da regularização patrimonial mencionada, mediante devolução do terreno ao Estado, a fim de que a Secretaria de Estado da Saúde possa dar início aos trâmites administrativos necessários ao processo de renovação do contrato de gestão em vigor, em tempo hábil para que não haja interrupção na prestação do serviço (p. 1111).

Passa, por isso a considerar outras hipóteses de desfazimento da doação que poderiam ser acionadas para solução do impasse gerado pela alegação de descumprimento de encargos da doação.

Estatui o Código Civil, em seu art. 538 que a doação é "[...] o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".

São quatro os elementos essenciais da doação: 1º) a contratualidade; 2º) ânimo do doador de fazer uma liberalidade ("animus donandi"); 3º) transferência de bens ou de direitos do patrimônio do doador para o do donatário; e 4º) a aceitação do donatário.²

Quando se tratar de bem público, o segundo elemento – "liberalidade" – é substituído por outro, característico dos regimes de bens públicos: o interesse público. Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, "A administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado".³ Toda doação de bem público, quando permitida por lei (pois casos há em que ela é vedada), somente é possível houver esta demonstração.

No caso em apreço, estão presentes os quatro elementos indicados, sendo que o requisito "interesse público" viria representado de forma geral pelo pelo objetivo indicado na Lei autorizadora da doação: a finalidade de construção de um complexo hospitalar.

Pela natureza do interesse envolvido, deve a Administração Pública, sempre que optar pela doação, tomar providências que assegurem que o ente público ou particular⁴ que receberá o bem, não se desvie do fim proposto.

Enquanto no Direito Civil a imposição dos encargos é uma possibilidade, no Direito Administrativo é uma obrigação, ou seja, a pessoa jurídica de direito público doadora não poderá realizar este negócio jurídico sem a imposição de encargos compatíveis com a finalidade indicada na lei da doação.

Doação com encargo, também denominada de "modal" ou "onerosa", é "Aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência em seu benefício, em proveito de terceiro ou de interesse geral".⁵ No caso de doação de bem público os encargos devem sempre guardar uma relação de correspondência com a finalidade pública almejada com o negócio jurídico.

²Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3. p. 251-258.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1180.

⁴ O art. 17, I, "b", da Lei das Licitações (Lei n. 8.666/1993) dispõe que a doação de bens imóveis das pessoas jurídicas de direito público somente possam ser feitas a outro órgão da Administração Pública, qualquer que seja a esfera de governo. Esta, no entanto, é uma vedação que não se aplica às doações feitas pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios (cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1180).

⁵ Doação com Encargo. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3. p. 234.

O encargo ou modo, consoante o Código Civil, não suspende o exercício do direito, salvo quando for imposto no negócio jurídico como condição suspensiva (CC, art. 136).

Vale, aqui, trazer à colação a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Entre as limitações da vontade, na categoria de elemento acessório, está o encargo, também chamado *modo* ou *modus*, que se apresenta como restrição à vantagem criada para o beneficiário de um negócio jurídico, quer estabelecendo o fim a que se destina a coisa adquirida, quer impondo uma obrigação ao favorecido em benefício do próprio instituidor, ou de terceiro, ou da coletividade anônima. Mas não constitui, nem pode constituir uma *contraprestação*; não é nem pode ser uma *contrapartida* da prestação recebida, e quando se institui em um contrato bilateral, e a obrigação se configura como correlata da prestação devida pela outra parte, não está caracterizado o *modus*. Menos, portanto, do que um correspectivo do recebido, é mais do que uma recomendação ou um conselho ao beneficiado, porque feito com caráter impositivo, e sancionado pela exigibilidade a que o obrigado se sujeita. Ninguém pode ser compelido a aceitar uma liberalidade (doação ou legado), mas indo esta acompanhada de um encargo, a sua aceitação implica em subordinação do benefício recebido ao dever imposto sob a forma do *modus*.⁶

As obrigações estipuladas como encargos podem ser: obrigações de dar (coisa certa ou incerta), de fazer, de não fazer (CC, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo I, Seções I e II e Capítulos II, e III). Esta é uma classificação das modalidades de obrigações quanto aos seus objetos.

Na obrigação de dar a prestação de coisa é aquela que possui por objeto imediato uma coisa certa ou determinada (CC, arts. 233 a 242) ou incerta ou indeterminada (CC, arts. 243 a 246). Na obrigação de fazer o devedor está vinculado à prestação de um ato positivo, que pode ser material ou imaterial, seu ou de terceiro, em proveito do credor ou de terceiro. Por fim, na obrigação de não fazer o devedor se compromete a abstenção de algum ato para atender a um interesse jurídico do credor ou de terceira pessoa.⁷

Analisando a doação feita pelo IPESC à FAHECE constata-se que foram impostas pelo doador quadro obrigações que se caracterizam, quanto ao seus objetos, como prestações negativas, isto é, cada uma delas é um *non facere*.

Isso está evidente na expressão empregada no art. 3º da lei autorizadora da doação, cujo *caput* merece ser novamente transcrito: "Art. 3º O donatário não poderá, sob pena de reversão: [...]"⁸ E, em seguida, em dois incisos, aparecem quatro situações que devem representar esta abstenção: o desvio de finalidade, o não uso, a alienação e a cessão.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 402.

⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2. p. 88, 117, 129.

⁸Sem sublinhado no original.

O descumprimento dos encargos da doação – que, como foi visto, podem ser obrigações de dar, de fazer ou de não fazer – acarreta a possibilidade para o credor de promoção da revogação da doação.

Podem ser quatro, segundo o Direito Civil, os motivos que autorizam o desfazimento da doação⁹: a) os motivos comuns a todos os contratos (erro, dolo, coação, simulação e fraude); b) por ser resolúvel o negócio (CC, art. 547); c) por descumprimento do encargo (CC, art. 562); e d) por ingratidão do donatário (art. 563).

Este Procedimento Preliminar trata apenas da hipótese *sub* "c", de descumprimento do encargo.

Ocorre que, relativamente aos bens públicos há também uma hipótese prevista no art. 17, § 1º da Lei das Licitações, que determina a reversão ao ente público doador no caso de cessarem os motivos que justificaram a doação.

José dos Santos Carvalho Filho, quanto a este dispositivo, anota: "A norma exige interpretação conforme a Constituição de modo a alcançar apenas as doações efetuadas pelo governo federal, tendo em vista seu caráter de *norma específica*. Por via de consequência, podem os demais entes federativos dispor, em legislação própria, sobre a reversão dos bens doados e outros aspectos relacionados à doação de seus imóveis.¹⁰

Deve-se atentar, nesse aspecto, que toda doação feita pelo Estado (e o mesmo se aplicaria ao Distrito Federal e aos Municípios) é sempre motivada e justificada em função da consecução de uma finalidade pública específica. Por isso, se o motivo da doação cessa é imperativa a reversão. Nesse aspecto o "interesse público" opera como condição resolutiva¹¹ tácita em todo ato bilateral em que intervém o Poder Público.

A condição resolutiva tácita (também denominada de eventual) "[...] decorre do direito que acede e não da manifestação expressa das partes".¹² A condição tácita "[...] decorre implicitamente da natureza do ato negocial, independentemente vontade expressa da parte no ato que a impõe".¹³

⁹ O Código Civil menciona apenas três destas causas no seu art. 555, que correspondem às hipóteses *b*, *c* e *d*. No entanto Silvio Rodrigues agrega a da hipótese, pois não faria sentido ao legislador voltar a referir-se aos defeitos que anulam os negócios jurídicos (vide RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 214.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1180-1181.

¹¹ Condição Resolutiva ou Resolutória "É a que subordina a ineficácia do negócio a um evento futuro e incerto. Assim sendo, enquanto ela não se realiza, vigora o ato negocial, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido, mas, verificada a condição, para todos efeitos extingue-se o direito a que ela se opõe" (Condição Resolutiva. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 865).

¹² Condição Eventual. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 863.

¹³ Condição Tácita. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 865.

No caso da doação de bem público, cessado o motivo que a ensejou (o término de um convênio ou um contrato ou uma necessidade de interesse público relevante que justifique a providência, por exemplo), ficando o donatário impossibilitado de cumprir a cláusula que determinada a perseguição de um fim público, a solução não poderá ser outra que não o retorno do bem ao Patrimônio Público.

Assim sendo, a hipótese de reversão, quando cessados os motivos que ensejaram a doação de bem público, decorre da natureza do próprio ato negocial: o atendimento de um interesse público de determinado modo.

Em outras palavras, a razão de ser da doação não é a liberalidade para com um ente público ou privado, mas sim o atendimento de fim social específico. Por isso, o patrimônio disponível do Estado, afetado a uma destinação especial declarada em lei e no ato de doação, mantém permanentemente o vínculo com o interesse público que foi originalmente declarado. Se por qualquer razão este interesse público não puder mais ser atingido porque findaram as razões determinaram a doação, o bem doado deve reverter ao Patrimônio Público.

Não se cuidaria, nesse caso, de descumprimento de encargos (o qual motivaria a revogação e não a reversão da doação) e sim de implemento de cláusula resolutiva, (pela impossibilidade de se continuar a perseguir a finalidade pública que afeta o bem da maneira proposta pelo ato de doação).

Observando os motivos, já mencionados, que poderiam autorizar o desfazimento da doação do terreno por autarquia do Estado (Instituto de Previdência) à FAHECE, percebe-se que não estariam configurados os defeitos mencionados na letra "a" (erro, dolo, coação, simulação e fraude) nem a motivação da letra "d" (ingratidão do donatário), pois esta não é aplicável ao caso. No tocante ao descumprimento de encargos, já se afirmou alhures que será considerada na decisão final deste Procedimento, não sendo prudente, agora, sem apreciar toda a documentação colacionada, anuir com o reconhecimento de que as obrigações assumidas pela FAHECE teriam sido descumpridas. Resta, somente, a hipótese de implemento de cláusula resolutiva implícita na natureza do ato negocial.

Sob esse prisma é possível a reversão.

O ato de doação foi realizado em 07/07/2006, data da escrituração da doação. Naquela ocasião, embora já estivesse em vigor a Lei Estadual n. 12.929, de 4 de fevereiro de 2004, a qual instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, e o Decreto n. 4.272, de 28 de abril de 2006, que regulamentou o referido Programa, a FAHECE ainda não obtivera a sua qualificação como Organização Social (OS) pelo Poder Executivo Estadual, o que somente veio a ocorrer em 5/09/2006, por meio do Decreto nº 4.700/2006. Com a assinatura do Contrato de Gestão, em

19/12/2007, produziu-se uma situação jurídica distinta das anteriores, que determinou a adoção de um modelo de gestão que perdura até o presente, para o qual não se faz mais necessário a propriedade do terreno em nome da Fundação.

O Estado de Santa Catarina sustenta que a transferência do terreno para a Fundação revelou-se prejudicial à execução do próprio contrato de gestão, pois estaria impossibilitando obras importantes de ampliação do Centro de Pesquisas Oncológicas necessárias à execução do serviço transferido.

Esta, evidentemente, é uma situação que pode e deve ser avaliada pelo Poder Público e nada obsta que, para solução do problema, seja realizado um acordo com o donatário.

Diante disso, entende-se como possível a anuência com reversão proposta pelo Estado de Santa Catarina, desde que:

a) o fundamento do ato não seja o descumprimento de encargos da doação pela FAHECE, pelos motivos já expostos; e

b) o ato de reversão seja precedido de sua motivação, assim entendida a explicitação das razões que ensejam o reconhecimento da cessão dos motivos que justificaram a doação, bem como a necessidade de atendimento de uma finalidade de interesse público com esta providência.

Frise-se que nesse caso, o retorno do bem imóvel ao patrimônio público não configuraria alienação indevida de bem da Fundação, porquanto terá sido realizada com um interesse público, por uma necessidade social e exatamente no cumprimento da principal objetivo da FAHECE que é o de apoiar o HEMOSC e o CEPON.

Segundo a doutrina, a inalienabilidade dos bens das fundações de direito privado não possui caráter absoluto.¹⁴ No caso em tela, com efeito, existe uma proibição em lei de alienar o terreno doado a terceiros, estabelecida na lei da doação (nesse sentido a inalienabilidade é absoluta), inexistindo restrição, contudo, à devolução do bem à pessoa jurídica de direito público doadora quando cumpridamente justificados os motivos que levaram à cessação da doação.

Ante o exposto, mantenho parcialmente a deliberação do item 1.16, que acolheu o despacho de pp. 107-108, da Portaria que instaurou este Procedimento Preparatório para possibilitar ao Conselho Curador da FAHECE, delibere acerca da possibilidade de reversão se preenchidas as condições das letras "a" e "b" supra, devendo submeter tal deliberação à 25ª Promotoria de Justiça da Capital (Curadoria das Fundações).

¹⁴ PAES, José Eduardo Sabo Paes. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 324.

MPSC MINISTÉRIO PÚBLICO
Santa Catarina
25ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DA CAPITAL

Do presente despacho, notifiquem-se: a Presidência da FAHECE, a Secretaria de Estado da Saúde, a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina e a 33ª Promotoria de Justiça da Capital (Promotoria de Defesa da Saúde).

Florianópolis, 12 de agosto de 2015

Davi do Espírito Santo
Promotor de Justiça