



## Decisão 01636/2022-9 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 00952/2022-1

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMSGP - Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha

**Relator:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**Interessado:** TIAGO ROCHA, VALTAMIR FARONI, FABIANO OST

**Representante:** FABIANO GUIMARAES PEREIRA MENDES

**REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO –  
GERENCIAMENTO E EXECUÇÃO DE AÇÕES E  
SERVIÇOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA  
AMBULATORIAL E HOSPITALAR E CIRURGIA  
ELETIVA – DENEGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR –  
PERICULUM IN MORA REVERSO – RITO  
ORDINÁRIO.**

A existência de *periculum in mora reverso* desautoriza a concessão da medida acautelatória, ainda que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:**

### 1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre expediente apresentado por cidadão, com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura de São Gabriel da Palha relativo ao **Edital**

**de Chamamento Público nº 002/2021** - Reedição - Processo nº 007470/2021, cujo objeto é a contratação de **Organização da Sociedade Civil**, em conformidade com o disposto na Lei Federal nº. 13.019/2014, no disposto no art. 197 da CF/88 e nas Normas do Sistema Único de Saúde; na Lei nº. 8.080/90; na Lei nº. 8.142/90 e demais disposições pertinentes à matéria, para celebrar Termo de Colaboração objetivando o *gerenciamento e execução de ações e serviços de urgência e emergência ambulatorial e hospitalar e cirurgia eletiva*, nos termos do termo de referência constante do seu **Anexo 1**, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Saúde, por intermédio dos autos do Processo nº 007470/2021.

O edital dispõe que a abertura dos envelopes deverá ocorrer até o dia 16 de fevereiro de 2022 às 13 horas, quando as empresas interessadas em participar deverão protocolar os envelopes da Proposta Técnica (Plano de Trabalho e Habilitação).

A peça inicial da notícia de irregularidade foi protocolada nesta Corte na data de 14/02/2022 às 12:35h (Protocolo 03047/2022-4), e encaminhados os autos a este Gabinete para deliberação às 15:23h na mesma data.

Informa a Representante que o **Edital de Chamamento Público nº 002/2021** - Reedição possui termo de colaboração com vigência de 12 (doze) meses (item 8 do Termo de Referência), o que seria incompatível com a exigência de comprovação de experiência prévia em período bem superior, em ofensa ao disposto no §2º do artigo 24 da Lei 13.019/14. Alega que *o uso excedente e desproporcional de cláusulas como essa prejudica a competitividade, fere os preceitos principiológicos e normativos inerentes ao chamamento público*.

Relata também ilegalidade no item 6.1.7 do Edital, onde pontua conforme proposta de realização de cirurgias eletivas, visto que *tal exigência não contém experiência e, muito menos, é um critério objetivo, pois trata-se, apenas, e tão somente, de uma proposta*.

Por fim, requer a denunciante a **suspensão cautelar do Edital de Chamamento Público nº 002/2021** - Reedição - Processo nº • 007470/2021 promovido pelo

Município de São Gabriel da Palha até que o ente elabore e republique novo instrumento convocatório, em obediência à Lei 13.019/14.

Por meio da **Decisão Monocrática 00116/2022-6** (doc. 5), procedi ao exame dos requisitos de admissibilidade e decidi pelo conhecimento da denúncia, e considerando os argumentos da petição inicial, por prudência, e diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria, deixei o exame da medida de urgência pleiteada para ser analisado após oitiva dos responsáveis. Os interessados encaminharam suas tempestivas justificativas.

Foram os autos então encaminhados à área técnica para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o que foi implementado na **Manifestação Técnica de Cautelar 00051/2022-5** (doc. 14).

O Ministério Público de Contas manifestou-se no mesmo sentido no **Parecer 01408/2022-1** (doc. 19), da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva.

É o relatório.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado.

O art. 124, *caput* e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A análise do substrato conceitual do deferimento da medida cautelar está relacionada aos requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Neste sentido opina a **Manifestação Técnica de Cautelar 00051/2022-5**, exarada pelo NOF - Núcleo de Outras Fiscalizações, nos seguintes termos:

“[...]”

**Quanto ao objeto desta análise**, o representante suscita na Petição Inicial 282/2022 (peça 2), a **suspensão cautelar do Edital de Chamamento Público 2/2021** – Reedição, que objetiva firmar termo de colaboração para o gerenciamento e execução de ações e serviços de urgência e emergência ambulatorial e hospitalar e cirurgia eletiva no Hospital São Gabriel.

Inicialmente, o representante reconhece que a experiência comprovada está prevista no art. 33 da Lei 13.019/14, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, conforme transcrito:

Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente:

(...)

V – possuir:

(...)

b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

Entretanto, passa a discutir a “razoabilidade e o caráter restritivo de competição da exigência contida no edital ora denunciado” (peça 2, p.12).

O representante informa que “há critérios de seleção que não são objetivos e, muito menos demonstram a capacidade técnica e experiência da organização da sociedade civil na execução do objeto” (peça 2, p. 2), nos itens **6.1.2.1**, letra “a” e **6.1.7** no Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição (peça 3).

O item **6.1.2.1**, letra “a” trata da pontuação da experiência comprovada pela entidade, conforme transcrito:

**6 - CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO, JULGAMENTO, PONTUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO:**

(...)

**6.1.2 EXPERIÊNCIA: (...)**

(...)

**6.1.2.1** Para finalidade de avaliação deste critério os documentos comprobatórios deverão ser **atestados ou certificados** expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem a experiência da interessada, devendo conter: a identificação da pessoa jurídica emitente, nome e o cargo do signatário, timbre do emitente, período de vigência do contrato, objeto contratual com descrição das atividades sob responsabilidade direta da interessada. Somente serão válidas a comprovação de experiência dos últimos 10 (dez) anos. Para finalidade de avaliação deste critério será considerada a experiência da Entidade em termos de tempo de atividade e volume de atividade, conforme especificação e pontuação dos três itens abaixo relacionados:

- a) Experiência em gestão de serviços de saúde em urgência e emergência ambulatorial e hospitalar e cirurgia eletiva, públicos ou privados, conforme tempo e quantidade de unidades de saúde, a qual poderá pontuar no máximo 20 (vinte) pontos (sic). Conforme quadro a seguir:**

Tempo de Atividade (em anos)	Nº de Unidades de Saúde	
	1 a 3 und	Mais de 3 und
1 – 4 anos	10 pontos	14 pontos
Mais de 4 anos	20 pontos	40 pontos

O representante alega que a pontuação em dobro (20 pontos), sem justificativa, para a comprovação de experiência prévia em período bem superior (mais de quatro anos) ao de vigência do Termo de Colaboração (doze meses) afronta o §2º, do art. 24, da Lei nº 13.019/14, que dispõe ser "vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria".

Nesse sentido, traz diversos posicionamentos do Tribunal de Conta da União (TCU) de que a exigência de comprovar experiência por prazo bem superior ao de vigência do instrumento a ser celebrado deve estar respaldada por justificativa técnica fundamentada, dos quais se destaca a seguinte publicação no Informativo Licitações e Contratos do TCU nº 395, em 4 de agosto de 2020:

#### SEGUNDA CÂMARA

1 . Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos (subitens 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-SEGES/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outro particularidade.

Os **notificados** assim se manifestaram por meio da Resposta de Comunicação 217/2022 (peça 10):

Ora, o fato de o Edital de Chamamento Público nº 002/2021 estabelecer o prazo de vigência do contrato, assim como o da execução dos serviços, em 12 (doze) meses, contados a partir da assinatura do Termo de Colaboração, não significa que o mesmo não poderá ser prorrogado. Pelo contrário, o próprio edital prevê expressamente que o Termo de Colaboração poderá “ser prorrogado conforme hipóteses legais”. E, diga-se de passagem, essa modalidade de contratação geralmente é prorrogada, se o serviço estiver sendo prestado com qualidade e se a entidade tiver interesse na prorrogação.

E ainda que a contratação se resumisse ao período de 12 (doze) meses, essa circunstância não poderia impedir a Administração Pública de, no interesse do serviço, pontuar entidades com maior experiência, o que via de regra implica em maior qualidade do serviço prestado.

Com efeito, entidade recém-criada, ainda mais a que explora o ramo de prestação de serviços médico-hospitalares, pode não ter o *know-how* suficiente para gerir um hospital público (*sic*).

O representante também questiona o **item 6.1.7** do referido edital, que trata da proposta de realização de cirurgias eletivas, conforme transcrito:

**6.1.7 - PROPOSTA DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS ELETIVAS: este conteúdo será avaliado através da análise do PLANO DE TRABALHO, o qual poderá pontuar no máximo 20 (vinte) pontos.**

<b>PROPOSTA</b>	<b>PONTUAÇÃO</b>
<b>11 a 20 cirurgias eletivas mensais</b>	<b>05 pontos</b>
<b>21 a 30 cirurgias eletivas mensais</b>	<b>10 pontos</b>
<b>31 ou mais cirurgias eletivas mensais</b>	<b>20 pontos</b>

O representante alega que “tal exigência não contem experiência e, muito menos, é um critério objetivo, pois trata-se, apenas e tão somente, de uma proposta” (peça 2, p. 13) e acrescenta:

Em outras palavras, uma organização poderá receber uma maior pontuação e, na prática, que é o que importa para os munícipes, não ter viabilidade financeira para o custeio de tais cirurgias, pois não está contemplado no Termo de Referência quais cirurgias eletivas deverão ser realizadas pela organização da sociedade civil selecionada. Evidente que, dentre as várias cirurgias eletivas que poderão ser demandadas, existem as que custam mais e as que custam menos à organização da sociedade civil, o que tira a objetividade do critério de avaliação, ofendendo, por consequência, o disposto no **artigo 23, da Lei nº 13.019/14, que dispõe ser obrigada a adoção de procedimentos claros e objetivos. (g.n)**

Os **notificados**, por sua vez, assim se manifestaram por meio da Resposta de Comunicação 217/2022 (peça 10):

... não há nenhuma irregularidade ou direcionamento, na medida em que é o próprio proponente quem deve indicar quantas cirurgias eletivas será capaz de executar mensalmente. Como dito pelo próprio Representante, “trata-se, apenas, de uma proposta”.

Por óbvio, para atender a demanda da população, reduzir do tempo de espera do paciente e diminuir a quantidade de pacientes transferidos a outras unidades hospitalares, é interesse desta Administração Pública que a organização da sociedade civil a ser contratada realize a maior quantidade possível de cirurgias eletivas mensalmente.

Ao pontuar a proposta do licitante, ao invés de exigir quantidade mínima de cirurgias eletivas mensais, a competitividade do certame foi ampliada, e não reduzida. Isso porque uma entidade de menor capacidade pode pontuar melhor em outros quesitos previstos no edital e vir a ser contratada, em detrimento de entidades de grande porte. E mesmo entidades de pequeno porte, mas com interesse em trabalhar, podem propor a realização de maior quantidade de cirurgias eletivas mensais e, sendo contratada por esta Administração Pública, aumentar o seu quadro de funcionários a fim de atender a demanda local.

Pois bem.

A Lei 13.019/2014, estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. No art. 33, inciso V, alíneas “a” e “b” são previstos alguns requisitos acerca do período mínimo de existência e da necessidade de experiência prévia, conforme transcrito:

Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente:  
(...)

V – possuir:

a) **no mínimo, um, dois ou três anos de existência**, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los; b) experiência prévia na realização,



com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

b) **experiência prévia** na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

**(g.n)**

O **Decreto nº 8.726/2016**, que regulamenta a Lei nº 13.019/2014, estabeleceu em seu art. 26, inciso III, o prazo mínimo de um ano de experiência prévia comprovada, conforme transcrito:

(...)

Art. 26. Além da apresentação do plano de trabalho, a organização da sociedade civil selecionada, no prazo de que trata o caput do art. 25, deverá comprovar o cumprimento dos requisitos previstos no inciso I do caput do art. 2º, nos incisos I a V do caput do art. 33 e nos incisos II a VII do caput do art. 34 da Lei nº 13.019, de 2014, e a não ocorrência de hipóteses que incorram nas vedações de que trata o art. 39 da referida Lei, que serão verificados por meio da apresentação dos seguintes documentos:

(...)

III - **comprovantes de experiência prévia** na realização do objeto da parceria ou de objeto de natureza semelhante de, **no mínimo, um ano de capacidade técnica e operacional**, podendo ser admitidos, sem prejuízo de outros:

(...)

**(g.n)**

Logo, a princípio, não se vislumbra óbice para se exigir experiência comprovada com tempo superior à vigência inicial do contrato, já que é estabelecido o mínimo de um ano, exigência essa considerada relevante principalmente pela particularidade do objeto do edital ora questionado, que envolve o gerenciamento de um

hospital público, bem como toda a prestação de serviços médico-hospitalares.

Nesse sentido, entende-se assistir razão aos notificados ao pontuar as entidades de acordo com o tempo de experiência e a quantidade de unidades comprovados, na busca de assegurar mais qualidade ao serviço a ser prestado.

Entretanto, nota-se que o critério “Experiência” pode representar até 40% da pontuação total, distribuída de acordo com o item 6.2 do edital (peça 3, p. 18-19), que demonstra a "Nota do PLANO DE TRABALHO", reproduzida sinteticamente a seguir:

<b>Crítérios</b>	<b>Pontuação máxima</b>
Experiência	40
Organização Técnico-Administrativa	18
Atividades Voltadas à Qualidade da Assistência Prestada	10
Disponibilidade de Recursos Humanos	2
Custos Indiretos	10
Cirurgias Eletivas	20
<b>Pontuação máxima</b>	<b>100</b>

Nota-se ainda que o agrupamento dos dados se dá em apenas dois intervalos, tanto para o tempo de atividade (de 1 a 4 e mais de 4) quanto para o número de unidades de saúde (de 1 a 3 e mais de 3), todavia, a pontuação pode variar de 10 a 40.

A título de exemplificação, as organizações que prestaram serviços em até três unidades de saúde, recebem a mesma pontuação (10), independente de terem um ou quatro anos de experiência. Ademais, o primeiro ano de experiência é condição indispensável para participar da seleção, conforme art. 26, inciso III, do Decreto nº 8.726/2016.

Portanto, cabe ao gestor, mais esclarecimentos acerca da distribuição dos pontos realizada neste edital em comento, do qual restou assentado que o critério “experiência” poderá equivaler a 40% da pontuação total, o que a princípio, demonstra ser esse o critério mais relevante, no entanto, o agrupamento de dados concentrados em dois intervalos, parece não permitir a distribuição dos pontos de modo proporcional à experiência comprovada.

Pelo exposto, numa análise perfunctória, própria de uma análise cautelar, entende-se **restar cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada**, ou seja, a presença do *fumus boni iuris* em relação ao item 6.1.2.1, letra “a” do Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição. (g.n.)

Quanto às **cirurgias eletivas dispostas no item 6.1.7**, embora o representante ter alegado que o TR não contempla quais delas deverão ser realizadas, constatou-se que o item 4.1, letra “I” do TR (peça 3, p. 33 e 35), detalha os procedimentos e quantidades desejáveis, ainda que não limitativo:

#### 4 - DOS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS

4.1 O detalhamento de cada serviço constará em item específico deste termo

(...)

I) Procedimentos cirúrgicos gerais eletivos: As quantidades abaixo não correspondem à série histórica municipal, sendo apenas quantitativos desejáveis, não limitando os procedimentos a serem pactuados neste certame.

ELETIVAS	
Procedimento	Média Mensal
Cerclagem de anus	01
...	
Laqueadura tubária	05

A respeito do alegado pelo representante de que a indicação da quantidade de cirurgias eletivas pela entidade “não contém experiência”, verifica-se que o quesito “experiência” especificado no item 6.1.2.1, letra “a” do Edital e analisado anteriormente, engloba a realização de tais cirurgias.

Em relação a “não ser um critério objetivo”, entende-se que a objetividade independe da quantidade de cirurgias eletivas a serem realizadas mensalmente ser definida pela entidade proponente ou pela administração. No edital consta a listagem dos procedimentos comumente realizados e a quantidade mínima de 11, conforme pontuação a ser atribuída, fornecendo aos participantes os elementos mínimos necessários para a formulação de uma proposta objetiva. Ademais, ainda que seja um tipo de cirurgia programada, não considerada de urgência, podendo ser agendada em ocasião mais propícia, entende-se que a demanda é estimada.

Assim, a princípio, não se vislumbra óbice ao se permitir que a entidade proponente indique quantas cirurgias eletivas será capaz de executar mensalmente, pois espera-se que seja considerada a viabilidade financeira para o custeio de tais cirurgias, bem como a efetiva prestação dos serviços nos moldes propostos.

Pelo exposto, em sede de cautelar, entende-se que assiste razão aos representados quanto ao item **6.1.7** do Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição, **não restando cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada.**

No que tange ao ***periculum in mora***, percebe-se que não restou comprovado o requisito geral autorizador da tutela antecipada.

O *periculum in mora* consiste<sup>1</sup> no receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mencionado no art. 273, CPC, que justifica a antecipação de tutela assecuratória é aquele risco de dano: *i*) concreto (certo), e, não,

---

<sup>1</sup> DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A.; Curso de Direito Processual Civil, Volume 2, 8ª ed., Editora Juspodivm, 2013, p. 557.

hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii*) atual, que está na iminência de ocorrer, e, enfim, *iii*) grave, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

A intervenção na forma pleiteada poderia provocar um dano maior que a sua não concessão em face do objeto contratado, **restando configurado o *periculum in mora reverso***. Nesse caso, para a concessão, ou não, da medida cautelar, deve ser analisado o *periculum in mora inverso*, que abrange em sua plenitude, o dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida for superior ao que se deseja evitar.

Os notificados informaram que o hospital público municipal de São Gabriel da Palha é gerido atualmente, pelo Instituto Jurídico para Efetivação da Cidadania e Saúde – **Avante Social**, por meio do **Termo de Colaboração 5/2019**, cujo prazo de vigência findar-se-á em **11/4/2022** (peça 10, p. 3-4).

Em consulta ao sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha no dia 25/3/2022<sup>2</sup> observou-se que a situação do Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição encontra-se “aguardando abertura”, conforme figura a seguir.

CHAMADA PÚBLICA Nº 002/2021 - FMS					
Nº da Licitação:	002				
Objeto:	SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL PARA GERENCIAMENTO E EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA AMBULATORIAL, HOSPITALAR E CIRURGIA ELETIVA, PARA A PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL DA PALHA/ES				
Modalidade:	Chamada Pública	Situação:	Aguardando Abertura		
Data de Publicação:	17/01/2022	Data de Abertura:	16/02/2022	Horário de Abertura:	14:00
Local da Licitação:	DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES				
Telefone:	2737271366	Email:	saude@saogabriel.es.gov.br		

<sup>2</sup> <https://saogabriel.es.gov.br/licitacoes?page=2>

Dando continuidade à consulta, verificou-se por meio dos arquivos disponíveis para *download*, que o procedimento se encontra em andamento, e no arquivo “Laudos de julgamentos das Propostas Técnicas”, elaborado no dia 22/2/2022, três empresas apresentaram propostas (Associação de Gestão e Execução de Serviços Públicos e Sociais – **Biogesp**, Instituto Jurídico para Efetivação da Cidadania e Saúde - **Avante Social** e Instituto de Ações Sociais e Recuperação de Saúde Mental – **Instituto Novo Horizonte**), apontando-se a ordem de classificação conforme quadro a seguir:

Critérios	Biogesp	Avante Social	Instituto Novo Horizonte
	Pontuação	Pontuação	Pontuação
Experiência <sup>3</sup>	40	14	0
Organização Técnico-Administrativa	15	18	15
Atividades Voltadas à Qualidade da Assistência Prestada	10	10	10
Disponibilidade de Recursos Humanos	2	0	2
Custos Indiretos	0	0	10
Cirurgias Eletivas	20	20	20
<b>Pontuação total</b>	<b>87</b>	<b>62</b>	<b>57</b>
<b>Valor mensal proposto (R\$)</b>	<b>549.979,92</b>	<b>550.000,00</b>	<b>550.000,00</b>

O valor estimado pelo município para repasse à entidade foi de até **R\$ 550.000,00** mensais, pelo prazo de doze meses, de acordo com o item 4.6 do referido edital (peça 3, p. 8).

A concessão da tutela antecipada pleiteada, ou seja, a suspensão cautelar do Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição, até julgamento de mérito desta Representação, poderia prejudicar os serviços

<sup>3</sup> A Biogesp comprovou experiência de 4 anos e 2 meses, em 4 unidades; a Avante Social, 3 anos e 2 meses, em 5 unidades e o Instituto Novo Horizonte não pontuou por apresentar cópia simples da documentação comprobatória.

e causar grave dano aos usuários, pela possibilidade de desassistência no Hospital São Gabriel.

Ou seja, configurado o *periculum in mora* reverso significa que, na presente situação, conceder a medida cautelar pleiteada, pode provocar gravame maior que a sua não concessão.

Dessa forma, em sede de manifestação preliminar, em que pese a presença do *fumus boni iuris* haja vista o *periculum in mora reverso*, sugere-se indeferir a medida cautelar em face do grave risco de lesão à ordem pública.

**Ante todo o exposto, sugere-se a não concessão da medida cautelar pleiteada.**

### **3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Pelo exposto, submete-se a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 - **Indeferir** a medida cautelar visto que restou demonstrado o *periculum in mora reverso*;

3.2 - **Determinar** que os autos caminhem sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos do art. 306 do RITCEES;

3.3 - **Notificar** a autoridade competente para que se pronuncie no prazo de até 10 dias quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES e **encaminhe a cópia do Processo 7470/2021**, referente ao **Edital de Chamamento Público 2/2021 – Reedição**, bem como os esclarecimentos necessários quanto à pontuação proposta no **item 6.1.2.1, letra “a” do referido edital**;

3.4 - **Cientificar** o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do art. 307, §7º do RITCEES.

[...]

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/2013:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts.306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I- fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito

O inciso I trata do *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito. Cuida-se de juízo de probabilidade da existência do direito, admitido em razão da urgência apresentada no caso concreto, não havendo aprofundamento do contraditório. Para que se possibilite a concessão da medida acautelatória, é necessário que se demonstre também outro requisito, qual seja, o *periculum in mora*: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que se apresenta em razão do tempo necessário para que haja decisão definitiva de mérito.

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento decisório final.

Tem-se, conforme anotou a equipe técnica, em uma primeira fase da análise, o indicativo da existência do *fumus boni iuris* tão somente quanto ao item 6.1.2.1, letra “a” do Edital de Chamamento Público nº 002/2021 – Reedição.

Em se tratando de medida extrema, ainda que provisória, é preciso que se passe a uma segunda fase de avaliação, mormente em razão de o objeto contratual referir-se ao gerenciamento e execução de ações e serviços de urgência e emergência ambulatorial e hospitalar e cirurgia eletiva no Hospital São Gabriel, e em última análise ao próprio direito fundamental à vida.

Desta forma, a meu ver, a concessão da medida cautelar neste momento apresenta risco da configuração de *“periculum in mora reverso”*, por esta razão entendo que a



**opção mais prudente é de não conceder neste instante processual a medida cautelar**, visto que há grave risco da ocorrência de dano irreparável, como consequência direta da concessão da medida acautelatória, podendo, com ela, causar resultado pior do que aquele que se visa evitar.

Assim, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados os fundamentos fáticos e de direito até aqui apresentados, em consonância com o posicionamento exarado pelo NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, voto por **INDEFERIR a cautelar requerida**, eis que existente, no caso concreto, o *periculum in mora reverso*.

Pelo exposto, entendo que devam os autos tramitar sob o rito ordinário, e sejam remetidos à equipe técnica para regular instrução com tramitação preferencial, de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, em consonância com o entendimento da equipe técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

### **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Conselheiro Relator.

#### **1. DECISÃO TC-1636/2022-9**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

**1.1. INDEFERIR a cautelar** requerida, em razão da presença de “*periculum in mora reverso*”;

**1.2. DETERMINAR que os autos passem a tramitar sob o rito ordinário**, a fim de que esta Corte possa analisar o mérito, e sejam remetidos à área técnica para

regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES;

**1.3. NOTIFICAR** a autoridade competente para que se pronuncie no prazo de até **10 dias** quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do artigo 307, §3º, do Regimento Interno;

**1.4. NOTIFICAR** a autoridade competente para que **encaminhe a cópia do Processo 7470/2021**, referente ao **Edital de Chamamento Público 02/2021 – Reedição**, bem como os esclarecimentos necessários quanto à pontuação proposta no **item 6.1.2.1**, letra “**a**” do referido edital;

**1.5. NOTIFICAR** o Representante na forma do art. 307, §7º do RITCEES.

**2. Unânime**

**3. Data da Sessão: 20/05/2022 – 19ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara**

**4. Especificação do quórum:**

**4.1. Conselheiros:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Rodrigo Coelho do Carmo.

**5. Membro do Ministério Público de Contas:** Procurador de contas em substituição ao procurador-geral Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Presidente**