



Decisão Monocrática 00861/2023-9

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 03232/2022-9, 05071/2022-7, 04950/2022-8, 04187/2022-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: HMSA - Hospital e Maternidade Silvio Avidos, SESA - Secretaria de Estado da Saúde

Relator: Marco Antônio da Silva

Representante: COOPERATIVA DOS ORTOPEDISTAS E TRAUMATOLOGISTAS DO
ESPIRITO SANTO - COOTES

Responsável: ELZIANA PEREIRA DA SILVA DOS SANTOS, ALMIRO SCHIMIDT

Procurador: CLAUDIO VASCONCELOS (OAB: 202893-RJ)

CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR – INDEFERIMENTO – INSTRUÇÃO DO FEITO NO RITO ORDINÁRIO.

1. A presença do *periculum in mora reverso*, bem como a ausência do *fumus boni iuris* afastam a pertinência de deferimento da medida cautelar pleiteada, impondo-se a realização de oitiva da parte representada, nos ditames do art. 307, § 3º do Regimento Interno, dando-se prosseguimento ao feito no rito ordinário.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos da **REPRESENTAÇÃO** formulada, pela Cooperativa dos Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Hospital Maternidade Sílvio Avidos, aduzindo supostas irregularidades na condução do certame: Pregão Eletrônico nº 001/2022, nestes autos incidindo o instituto da conexão, nos termos do art. 277, § 1º do Regimento Interno, estando apensos os autos dos processos TC 04187/2022-9, TC 04950/2022-8, bem como o TC 05071/2022-7.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Do compulsar a matéria em voga, vê-se que **o objeto** do sobredito certame fora a obtenção de menor preço com o propósito de “*contratar empresa para serviços médicos especializados em anestesiologia; ortopedia e traumatologia; neurocirurgia; terapia intensiva e cirurgias vasculares.*”.

Alega a Representante, em síntese, que a condução do certame em voga deixou de observar as normas que regem a atuação da administração pública implicando, com isto, na obrigatoriedade de sua anulação.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da Representação em voga, fora expedida a Decisão Monocrática 00631/2022-4 conhecendo da mesma, bem como determinando a notificação dos Representados com a consequente instrução do feito pelo corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas.

Submetido o feito à análise, a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, nos termos das Manifestações Técnicas de Cautelares 00118/2022-5 e 00171/2022-5, concluiu que não foram devidamente preenchidos os requisitos autorizados de concessão da medida cautelar, aqui pleiteada, opinando pela submissão da matéria em voga ao rito ordinário.

A questão a ser decidida comporta decisão monocrática, nos termos do art. 288, da Resolução 261/2013.

É o sucinto relatório.

DECIDO.

Cuida, pois, a presente Representação de pretensa irregularidade, sendo juntados aos presentes autos documentos que devem ser analisados, a fim de firmar convicção.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



O juízo de admissibilidade da Representação em comento fora realizado, por este Relator, nos termos da Decisão Monocrática 00631/2022-4, cuja fundamentação reitero nesta ocasião.

Da análise dos autos, vislumbra-se que o corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas ao compulsar as informações e documentações aqui constantes, nos termos da Manifestação Técnica de Cautelar 00118/2022-5, apresentou a seguinte conclusão, vejamos:

[...]

Entende-se, pois, que não restou cumprido o primeiro requisito para a concessão da medida pleiteada.

Destaca-se que esta manifestação técnica se limitou a analisar as supostas irregularidades apontadas na petição inicial (evento 2), não abrangendo outros elementos que possam ser futuramente questionados nesta Corte de Contas, bem como, em eventuais fiscalizações ao jurisdicionado.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 - **Indeferir** a medida cautelar visto que não restaram demonstrados os requisitos autorizadores previstos no art. 376 do RITCEES, bem como em razão de comprovada a presença do *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;

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

Vislumbra-se da análise realizada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, nos termos da Manifestação Técnica supra transcrita, que no caso em voga além da presença do *periculum in mora reverso*, tem-se, também, a ausência do *fumus boni iuris* implicando, com isto, na impertinência de deferimento da medida cautelar pleiteada.

À vista disto, passa-se à análise dos pressupostos para concessão da medida cautelar.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



2. DOS REQUISITOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA:

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar 621/2012, em seus artigos 108 e 124, estabelece a competência para concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas, *verbis*:

[...]

Art. 108. **O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar**, o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.

[...]

Art. 124. 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, o Tribunal de Contas poderá**, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, **determinar medidas cautelares**.

Parágrafo único. Em caso **de comprovada urgência**, as medidas cautelares poderão ser **determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno**. – g. n.

Neste sentido, quanto à concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, o Excelso Pretório já pacificou o entendimento quanto à competência dos Tribunais de Contas para concessão de medidas cautelares, vez que se mostra atividade intrínseca à consecução da competência constitucionalmente estabelecida aos Tribunais de Contas, conforme precedente materializado no MS 24.510 do Plenário da Suprema Corte.

Os pressupostos de concessão da medida cautelar são aqueles dispostos no artigo 376, I e II do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/13:

[...]

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal **podará, 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 lesão ao erário ou a direito alheio; e**

II - **risco de ineficácia da decisão de mérito**. – g.n.

O inciso I trata, pois, do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



doutrina de fumaça do bom direito, definido como sendo o juízo de probabilidade de existência do direito, sendo esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart, *verbis*:

[...]

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente. – g.n.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito, sendo esse o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, veja-se:

[...]

Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de *periculum in mora*, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do *periculum in mora*, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar. – g.n.

Assim, os requisitos que autorizam a concessão da medida de cautelar são denominados pela doutrina como *fumus boni iuris*, medidas estas reconhecidas como de urgência pelo Novo Código de Processo Civil, que é a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a medida, e, o *periculum in mora*, onde se deve observar um dano potencial, um risco que decorre da delonga do processo, sob pena de se tornar inútil o provimento final do interesse demonstrado pela parte interessada.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



A análise do *periculum in mora* em sede cautelar não se reveste na certeza jurídica, situação que se verifica na decisão de mérito, de outro modo, o momento processual atual se traduz na necessidade de se averiguar, em cognição sumária, se a situação objetivamente concreta, trazida nos autos, enseja a necessidade de ser acobertada pela proteção do bem jurídico ameaçado em face do dano iminente.

Do compulsar as informações constantes dos presentes autos, e em especial, o entendimento exarado pelo corpo técnico desta Egrégia Corte, extraímos que em nenhum dos mais de 20 itens suscitados como irregulares, no bojo do Edital objurgado, restou satisfeito o primeiro requisito, qual seja, o *fumus boni iuris*, para fins de concessão da medida cautelar pleiteada.

Inobstante a isto, tem-se, também, no caso em tela, a presença do *periculum in mora reverso*, visto que, dada a natureza do objeto em voga - saúde pública - a suspensão dos efeitos decorrentes do Pregão Eletrônico nº 001/2022 resultaria, indubitavelmente, em grave prejuízo aos pacientes que necessitam de atendimento dos serviços oferecidos pela Representada.

Ante o exposto, entendo assistir razão ao posicionamento da área técnica pelo indeferimento da medida cautelar, motivo pelo qual acolho o seu entendimento, adotando-o como razão de decidir.

3. DO DISPOSITIVO:

Deste modo, considerando que a presente Representação já foi conhecida, nos termos da Decisão Monocrática 00631/2022-4, firmado nos fundamentos retro mencionados, **INDEFIRO A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA**, tendo em vista a ausência do preenchimento dos requisitos autorizadores de sua concessão, previstos no art. 376, incisos I e II, do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas, aprovado pela Resolução TC 261/2013, promovendo-se a instrução uníssona deste feito junto aos processos em apenso, quais sejam, TC 04187/2022-9, 05071/2022-7 e 04950/2022-8, conforme determinado nas Decisões Monocráticas 00752/2022-9 e 00631/2022-4;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

DETERMINO, ainda, que o Representante seja cientificado dos termos desta decisão, conforme disposto no § 7º, do art. 307 da Resolução TC 261/2013.

À Secretaria Geral das Sessões – SGS para providências quanto ao decidido, na sequência, dê-se ciência ao Ministério Público Especial de Contas, encaminhando-se os presentes autos ao Núcleo de Controle Externo competente, a fim de que promova a instrução regular, **seguindo-se o rito ordinário**, nos termos do art. 295 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, em face dos atos e fatos constantes destes autos.

É como decido.

Vitória/ES, 8 de junho de 2023.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913