



Decisão 01733/2023-6 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01839/2023-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: HDS - Hospital Doutor Dório Silva

Relator: Márcia Jaccoud Freitas

Representante: SURGICARE TRAUMA E EMERGENCIAS LTDA

Responsável: GILMARA SOSSAI SILVA

Procuradores: ROMULLO BUNIZIOL FRAGA (OAB: 20785-ES), RODRIGO ALVES ROSELLI (OAB: 15687-ES), VICTOR DI GIORGIO MORANDI (OAB: 15463-ES)

CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR - AUSÊNCIA DE REQUISITOS AUTORIZATIVOS - INDEFERIMENTO

Não sendo observada a presença dos requisitos autorizativos para a concessão da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a tutela deve ser indeferida.

A RELATORA EXMA. SRA. CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS:

Trata-se de Representação com pedido de concessão de medida cautelar, apresentada por Surgicare Trauma e Emergências Ltda., noticiando a ocorrência de possíveis ilegalidades cometidas na contratação emergencial, por dispensa de licitação, do Hospital Doutor Dório Silva, que tinha como objeto a *contratação de 49,83 vínculos de 12 horas semanais de serviços médicos especializados em cirurgia geral*

no HEDS, sob a responsabilidade da Sra. Gilmara Sossai Silva, Diretora Geral do HEDS.

Pugnou pela concessão de medida cautelar para determinar suspensão da contratação emergencial, até ulterior manifestação da Corte. Ao final, constatadas as irregularidades, sejam retificadas as condições e sancionados os gestores eventualmente responsáveis.

Por meio da Decisão Monocrática n.º 00575/2023-2, determinei a notificação da gestora para apresentar razões prévias, no prazo de 05 (cinco) dias.

Devidamente notificada, a Sra. Gilmara Sossai Silva apresentou suas razões (Resposta de Comunicação n.º 00682/2023-5) e documentação de apoio (Peça Complementar n.º 13412/2023-1).

Encaminhados os autos ao **Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF**, o corpo técnico, por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar n.º 00058/2023-5**, sugeriu o indeferimento da tutela cautelar, em face da existência de *periculum in mora reverso*, uma vez que a contratação emergencial visa a formalização de contrato para ocupar lacuna existente, em decorrência da decisão desta Corte, que suspendeu os contratos decorrentes do Pregão Eletrônico n. 079/2022.

É o relatório.

Analisados os autos, acompanho a conclusão da área técnica, concluindo pelo **indeferimento** do pedido de concessão de tutela cautelar, adotando como razões de decidir os fundamentos expostos pelo corpo técnico na **Manifestação Técnica de Cautelar n.º 00058/2023-5**, abaixo transcritos:

“2. ANÁLISE

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13:

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 lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito e definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart¹:

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.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara²:

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 esta 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.

Como exposto na introdução desta peça técnica, a representação em apreço trata de supostas irregularidades na Contratação Emergencial - dispensa de licitação, que tem como objeto a contratação de 49,83 vínculos de 12 horas semanais de serviços médicos especializados em cirurgia geral no HEDS.

Referida contratação teria, segundo o representante, objeto idêntico ao do Pregão Eletrônico n. 079/2022, o qual encontra-se suspenso pela Decisão 921/2023-7 deste TCEES e seu prosseguimento pode, por essa razão, ensejar instabilidade jurídica.

Ainda de acordo com o representante, como os objetos são idênticos, a atual contratada da Administração – empresa COOPERCIGES se beneficiaria na apresentação de uma proposta para a contratação emergencial objeto destes autos, o que o representante entende ser incompatível com a isonomia.

Em sua resposta, a responsável esclarece que como a Decisão 921/2023-7 suspendeu a execução dos contratos oriundos do Pregão Eletrônico n. 079/2022, a Administração se viu obrigada a buscar a contratação emergencial como forma de atendimento à população necessitada de cirurgia geral e ainda de evitar o contínuo pagamento de serviços na forma de indenização, senão vejamos:

Desta feita, objetivando obter segurança jurídica, e observar os princípios da isonomia e imparcialidade na contratação, bem como não pretendendo ficar com o pagamento da contratação por muito tempo na modalidade de pagamento por indenização nos moldes do enunciado 15 da Procuradoria Geral do Estado, posto que em detrimento da ausência de

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

qualquer instrumento para a exigência da continuidade dos serviços, gera insegurança jurídica e conseqüentemente, fragilidade da eficiência na prestação do serviço.

Nesse sentido, por motivo de força maior, com base em fato superveniente, faz-se necessária a contratação emergencial com base no artigo art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993, em virtude da caracterização de urgência de atendimento a uma situação que pode ocasionar prejuízos irreparáveis a população, em caso de descontinuidade dos serviços médicos que são essenciais e contínuos para a população.

A responsável explica, em relação à identidade de objetos:

O motivo de possuir o mesmo objeto, se deve ao fato de que o que se necessita formalizar é exatamente os contratos que foram suspensos com a referida decisão de suspensão, devendo se realizar uma contratação mais célere até que se finalize o processo da representação que gerou a referida decisão, o qual já fora solicitado celeridade no Agravo interposto por esta direção, tendo em vista a importância do objeto (prestação de serviços médicos).

Observa-se que a contratação emergencial questionada nos presentes autos tem como fundamento o cumprimento de uma decisão deste próprio Tribunal, cumprimento este que por resultar na suspensão de contratos da área de saúde acabou por gerar uma demanda de urgência de contratação de serviços de cirurgia geral no Hospital Doutor Dório Silva.

Pelo que se compreende da situação em apreço, a contratação emergencial visa suprir uma lacuna deixada pela suspensão dos contratos, enquanto durar a referida suspensão e/ou restar finalizada a discussão nos autos TC 10334/2022-6.

O objeto da contratação emergencial corresponde ao do Pregão Eletrônico 079/2022 porque a demanda de serviços é a mesma. Impende observar que serviços de saúde configuram matéria de sensível interesse social, cujo atraso na prestação pode gerar prejuízos incalculáveis à população.

Assim sendo, dois pontos merecem ser considerados: primeiro, a motivação para a contratação *sub examine* enquadra-se, em uma análise perfunctória própria do rito cautelar, adequada ao conceito de emergência estabelecido na Lei 8.666/93, senão vejamos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, **quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas**, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Segundo, deve-se considerar que a matéria em apreço trata, repise-se, de serviço de saúde cujo atraso na prestação pode gerar prejuízos incalculáveis à população, identificando-se assim o **periculum in mora reverso**. Em outras palavras, a concessão da medida cautelar solicitada pelo representante poderia acarretar um **desatendimento ao interesse público** tutelado pela Administração Pública Estadual.

Quanto à questão de um suposto favorecimento à empresa COOPERCIGES, não se percebe, em uma análise sumária, liame lógico que vincule um suposto favorecimento ao fato de uma empresa ser vencedora de um certame semelhante no mesmo órgão. Não há vedação legal para que uma empresa já contratada pela Administração em uma licitação prévia (vigente ou não) participe de novo certame ou de processo de dispensa de licitação.

Tendo em vista que os requisitos cautelares são cumulativos, a presença do **periculum in mora reverso**³ já é suficiente para desautorizar a concessão da medida pleiteada.

Por fim, sugere-se em caso de prosseguimento deste processo, que seja notificada a gestora para que encaminhe cópia integral do processo administrativo de Contratação Emergencial - dispensa de licitação, que tem como objeto a contratação de 49,83 vínculos de 12 horas semanais de serviços médicos especializados em cirurgia geral no HEDS.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – **Indeferir a medida cautelar**, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão.

³ Sobre *periculum in mora reverso* na área da saúde:

Decisão 00577/2017-7

[Processual. Representação. Licitação. Assistência à saúde. Medida cautelar. Periculum in mora reverso]

DECISÃO 577/2017 – SEGUNDA CÂMARA

Trata o presente de representação com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Baixo Guandu, apresentada pela Empresa Viação São Gabriel Ltda., noticiando a ocorrência de possíveis ilegalidades no Pregão Presencial nº 055/2016, que teve por objeto o registro de preços para contratação de empresa prestadora de serviços de transportes de passageiros, conforme solicitação da Secretaria de Saúde.

(...) O Edital de Pregão Presencial nº 055/2016, teve por objeto o registro de preços para contratação de empresa prestadora de serviços de transporte de passageiros, assim estabeleceu em sua cláusula 6.5.3:

6.5. Qualificação Técnica Obrigatória (...) 6.5.3 – A licitante deverá apresentar cópias dos DPVAT e CRLV devidamente registrados em nome da empresa, de pelo menos 03 (três) veículos assim distribuídos: 01 (um) Ônibus Rodoviário com capacidade para 44/46 passageiros sentados e ano de fabricação de 2012 ou acima; 01 (um) Micro Ônibus com capacidade para 24 passageiros sentados e ano de fabricação de 2012 ou acima e 01 (uma) Van com capacidade para 15 passageiros sentados e ano de fabricação de 2012 ou acima.

Verifica-se que houve exigência de que cada licitante apresentasse documentação de que possui pelo menos três veículos registrados em seu nome. Ocorre que a licitação é do tipo menor preço por item e com isso, ao exigir que os licitantes apresentassem comprovação de que possuem todos os três veículos, frustra o caráter competitivo do certame, já que as empresas com capacidade para atender apenas um item ficaram impedidas de participar da licitação, violando assim o inciso I, §1º do art. 3º da Lei 8.666/93.

Destacando ainda, que segundo o representante, essa exigência teria afastado possíveis competidores do certame, visto que somente uma empresa se credenciou para o Pregão Presencial nº 055/2016, tendo sido declarada vencedora.

Entendo que restou comprovado a presença do *fumus boni iuris*, um dos requisitos autorizadores da cautelar

Ocorre que a intervenção na forma pleiteada poderia causar um dano maior que a sua não concessão em face do objeto contrato que é serviço de transporte de passageiros, restando configurado o *periculum in mora reverso*. Já que uma possível suspensão do contrato poderia causar dano grave ao ente público e a população local, já que estamos diante de um serviço essencial (prestação de serviços de transportes de pacientes em tratamento médico continuado de média ou alta complexidade, exames especializados ou cirurgias que são realizados em outras cidades ou Estados).

Assim, ficou caracterizado o *periculum in mora reverso* que impede a concessão da medida cautelar pleiteada. Razão pela qual indefiro a medida cautelar pleiteada.

(TCE-ES. Controle Externo > Fiscalização > Representação. Decisão 00577/2017-7. Processo 10477/2016-2. Relator: Domingos Augusto Taufner. Órgão Julgador: Ordinária/2ª Câmara. Data da sessão: 22/02/2017, Data da Publicação no DO-TCES: 08/03/2017).

3.2 – Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

3.3 – Notificar a responsável para que encaminhe a este TCEES cópia integral do processo administrativo de Contratação Emergencial - dispensa de licitação, que tem como objeto a contratação de 49,83 vínculos de 12 horas semanais de serviços médicos especializados em cirurgia geral no HEDS”.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

Em 26 de maio de 2023.

MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Conselheira Substituta

1. DECISÃO TC-1733/2023-6

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 medida cautelar pleiteada;

1.2. SUBMETER o feito ao rito ordinário;

1.3. NOTIFICAR a senhora **GILMARA SOSSAI SILVA**, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhe cópia integral do processo administrativo de Contratação Emergencial - dispensa de licitação, que tem como objeto a contratação de 49,83 vínculos de 12 horas semanais de serviços médicos especializados em cirurgia geral no HEDS;

1.4. CIENTIFICAR o representante da presente decisão, nos termos do art. 307, §7º, do RITCEES;

1.5. ENCAMINHAR os autos à SEGEX para instrução.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 23/06/2023 - 22ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (relatora)

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

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente