



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VITÓRIA - 2ª VARA CÍVEL

Número do Processo: **0008458-37.2020.8.08.0024**

Requerente: **LPG DIAGNOSTICO POR IMAGEM LTDA**

Requerido: **ASSOCIACAO EVANGELICA BENEFICENTE ESPIRITO SANTENSE AEBES**

DECISÃO

Recebo na forma das Resoluções nº 313, 314 e 318 e Portaria nº 79, do CNJ e Atos Normativos nº 64, 68, 71 e 76/2020 do TJES.

A parte autora alega, em síntese, que a ré, na qualidade de gestora do Hospital Estadual Jayme dos Santos Neves, passou a terceirizar algumas operações, exames e procedimentos realizados pelo nosocômio. Neste proceder, após regular certame licitatório de tipo "menor-preço", a autora sagrou-se vencedora e, então, as partes firmaram, em 15.05.2019, "Contrato de Prestação de Serviços", cujo objeto é a prestação de serviços médicos de radiologia e diagnóstico por imagem, a serem executados nas dependências do citado hospital (HEJSN).

A autora sustenta ainda que, para a prestação dos serviços, foi necessário tomar vultoso investimento antes mesmo do início da execução do contrato, para aquisição de materiais e equipamentos, contratação e treinamento de equipe e pessoal técnico especializado, tendo investido o valor de R\$ 6.382.612,76.

Por fim, quanto as despesas e investimentos tidos, aduz a autora que, por força do contrato, possui um custo médio mensal de R\$ 710.327,06 com pagamento de pessoal, serviços médicos contratados, manutenção dos equipamentos, financiamentos, gastos de administração e EPI's.

De outro lado, no que pertine a remuneração, pontua que o repasse de valores é realizado a partir da verificação das Metas Mensais alcançadas (quantitativas e qualitativas). Portanto, é necessário, para recebimento do valor total previsto, que a autora atinja um número mínimo de exames em determinado período, fazendo jus a 90% do valor contratado (meta quantitativa), sendo os 10% restantes referentes as metas qualitativas, de modo que é possível se obter um valor bruto mensal total de R\$ 945.859,64.

Todavia, alega que, após a pandemia ocasionada pelo Novo Coronavírus (COVID-19), com a edição da Portaria Nº 053-R, pelo Governo do Estado do Espírito Santo, atribuindo ao Hospital Jayme dos Santos Neves o acolhimento aos pacientes graves e potencialmente graves com suspeita e diagnóstico para Coronavírus (COVID-19), houve represamento das demandas contratualmente atribuídas à autora, impedindo a realização de exames e de diagnósticos por imagem.

Neste sentido, afirma que tais fatos ocasionaram a redução drástica da produção e do faturamento da empresa autora para os meses subsequentes, chegando a diminuição de 75% em relação a média apurada, sem que tenha havido qualquer redução de suas despesas, que estão mantidas com custos de R\$ 710.327,06 ao mês.

Por tais razões, requer seja deferida a tutela provisória pretendida, com objetivo de se determinar que a ré mantenha o pagamento não inferior a 90% do valor contratado, considerando como atingida a meta quantitativa prevista (90% x R\$ 945.859,64), ou, em caráter subsidiário, requer o pagamento de valores suficientes para manter-se os custos operacionais da empresa (R\$ 710.327,06) e a preservação do contrato, mediante comprovação de gastos por parte da autora, mês a mês, e sob a condição de que os valores serão oportunamente ajustados às metas futuras e aos exames a serem realizados.

Relatados, decido.



Este documento foi assinado eletronicamente por DANIELLE NUNES MARINHO em 04/06/2020 às 18:22:19, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-1922-3569953.

1. Da Providência Processual Pleiteada

Inicialmente, necessário enfrentar o tema para evitar futuros erros procedimentais.

É que a parte autora pleiteia em juízo procedimento de "tutela cautelar em caráter antecedente". Todavia, do cotejo dos autos, bem como da narrativa autoral, verifico que o que pretende, em verdade, é ver a satisfação de um direito pleiteado em Juízo, ou seja, manutenção contratual com repasses/pagamentos em importe mínimos a fim de manter-se os custos operacionais da empresa.

Nesse aspecto, segundo a maestria do professor Daniel Amorim:

"Não há dúvidas de que em termos procedimentais o novo diploma legal aproximou de forma significativa as duas espécies de tutela de urgência. A natureza jurídica, entretanto, não pode ser definida pela vontade do legislador, restando inalterada a distinção entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada como satisfativa do direito da parte no plano fático. A lição de que a tutela cautelar garante e a tutela antecipada satisfaz seria suficiente para não confundir essas duas espécies de tutela de urgência. Ainda que não se pretenda confrontar essa distinção, é importante observar que a distinção entre garantia e satisfação não é tão simples como num primeiro momento pode parecer. (...) em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. A presença de garantia e satisfação em ambas serve para explicar a frequente confusão em sua distinção, o que inclusive levou o legislador a prever expressamente a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único, do Novo CPC)." (Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, Vol. único, 9ª edição)

Nesse contexto, o artigo 303, do CPC:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Do dispositivo legal supratranscrito, pode-se notar que não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida. Ou seja, se trata da possibilidade de antes da propositura da ação, diante de uma urgência contemporânea, requerer o futuro provimento fim de um futuro processo, contando ainda, com requisitos semelhantes para sua concessão.

A medida pleiteada pela parte autora trata-se em verdade de Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente, nos termos dos artigos 303 e seguintes do Novo CPC.

Assim, em razão da Fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência, prevista no art. 305, parágrafo único, do CPC, passo a enfrentar a medida requerida, nos termos do artigo 303 do CPC.

2. Da Tutela Antecipada Antecedente

Em sede de tutela provisória, a parte autora requer seja determinado à ré que mantenha o pagamento da remuneração contratual em valor não inferior a 90% do valor contratado, ainda que não observada a meta quantitativa, ou, em caráter subsidiário, requer o pagamento de valores suficientes para manter-se os custos operacionais da empresa e a preservação do contrato.

Como relatado, trata-se de ação ajuizada por LPG DIAGNÓSTICO POR IMAGEM LTDA em face de ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO SANTENSE - AEBE, onde sustenta que, após ganhar certame licitatório, celebrou com a ré contrato de prestação de serviços médicos de radiologia e diagnóstico por imagem a serem executados nas dependências do Hospital Estadual Jayme dos Santos Neves, sendo estipulado no contrato que o repasse dos valores seriam apurados com base em metas quantitativas e qualitativas de produção.



Este documento foi assinado eletronicamente por DANIELLE NUNES MARINHO em 04/06/2020 às 18:22:19, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-1922-3569953.

Afirma, ainda, que por força da pandemia (COVID-19), os pacientes deixaram de realizar exames junto a autora, havendo represamento da demanda contratada, o que teria ocorrido em razão de Portaria editada pelo Governo do Estado do Espírito Santo que atribuiu ao Hospital Jayme dos Santos Neves o acolhimento aos pacientes com suspeita e diagnóstico de COVID-19, motivo pelo qual não tem sido possível atingir as metas pré estabelecidas em contrato.

Pois bem.

Preliminarmente, importa ressaltar que a empresa requerida trata-se de Organização Social, gestora das atividades e serviços de saúde do Hospital Estadual Jayme dos Santos Neves, conforme Contrato de Gestão 001/2012 (fls. 13/20). Nesta toada, esclarece-se que o contrato de gestão, por sua vez, é firmado com a finalidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos públicos, com a intenção de prestar serviços de forma a *garantir o interesse da coletividade*.

Desse modo, realizado processo licitatório pela requerida do tipo "menor preço", sagrou-se vencedora a empresa autora, submetendo-se, assim, às regras estipuladas no Edital de Licitação, conforme documentos de fls. 183/213. Em seguida, as partes firmaram contrato de prestação de serviços médicos de radiologia e diagnóstico por imagem, a ser prestado nas dependências do Hospital Jayme dos Santos Neves, gerido pela requerida.

O contrato firmado pelas partes para prestação de serviços pressupõe a observância de diversas normas que a ele se aplicam, na busca da realização do interesse público, obrigando os seus signatários à verificação da aderência total dos termos do contrato à legislação vigente, ocorre que a pandemia, como até mesmo já devidamente reconhecida pelo autor, representa fortuito externo que acaba por acarretar, no caso dos autos, desequilíbrio à relação contratual.

Neste ponto, destaca-se que o hospital gerido pela requerida, como propriamente afirma a autora em sua exordial foi, posteriormente à celebração do contrato em comento, definido como centro de referência para tratamento de casos do Novo Coronavírus (COVID-19) no Estado do Espírito Santo, sendo o único hospital público de referência para o enfrentamento da pandemia no Estado.

Desta feita, não podendo lhe ser imputado a destinação dos recursos neste momento de pandemia de forma a não priorizar repasse para foco no tratamento e enfrentamento da doença, o que por si só, justifica, em tese, eventual repasse a menor a empresa autora.

É que em que pese a empresa autora prestar serviços médicos diversos, dentre eles, de diagnóstico por imagem e radiologia em geral, ao que parece neste momento apenas a radiologia pulmonar não tem sido suficiente para gerar todo o atingimento da meta necessária, não podendo ser retirado recursos de extrema importância com o objetivo unicamente de manter operacional a empresa autora, sob pena de se lesar o interesse coletivo.

Neste particular, cabe ressaltar que, em cognição rasa, resta impossível a este Juízo aferir parâmetros mínimos para o reequilíbrio contratual, uma vez que não dispõe de comprovação dos gastos atuais e até mesmo do financeiro da empresa autora, em contrapartida também não dispõe de comprovação do atual fluxo de caixa ou o movimento econômico da mesma, estando ausentes os dados referentes a atual fase de pandemia pelo coronavírus (COVID-19), prova que se revela fundamental a análise de eventual reequilíbrio contratual e que foge a cognição superficial de início desta lide, devido a aparente necessidade de perícia especializada.

Ademais, igualmente é de se afastar o direito invocado pela autora diante dos termos da Lei nº 4320/64 (Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal), que prevê que o atesto da realização de serviços é fase importante da ordenação de despesa, significando para a Administração que o serviço se encontra efetivamente realizado/prestado e em condições de ser pago, sendo descabido o adiantamento de pagamento.

Vejamos os termos da legislação:

Art. 63. (...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.



Este documento foi assinado eletronicamente por DANIELLE NUNES MARINHO em 04/06/2020 às 18:22:19, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-1922-3569953.

Pela leitura da norma legal, convém destacar que o eventual pedido, na forma como posto, tenderia a configurar repasse de valores pertinentes à Administração Pública sem a devida comprovação de serviços prestados, ou seja, sem lastro e/ou emissão de documentos fiscais, o que, em momento posterior, poderia configurar a hipótese de eventual dano ao erário, o que caracterizaria *periculum in mora inverso*¹.

Pelo exposto, em que pese os documentos colacionados pela autora, não verifico verossimilhança das alegações, ou seja, inexistem elementos nos autos que evidenciam a probabilidade do direito, a fim de configurar, em cognição rasa, revisão contratual em favor da autora, na forma do artigo 300 do CPC. Desta feita, **indefiro**, o pedido de tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

Intime-se a parte autora para proceder a emenda à inicial no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de extinção do feito, nos termos do artigo 303, § 6º do CPC.

Após a emenda determinada, cite-se o réu, observadas as formalidades legais.

Intimem-se. Diligencie-se. Cumpra-se.

¹ “Ocorre o *periculum in mora inverso*, quando o deferimento da medida de urgência, ao afastar o perigo de dano irreparável enfrentado pelo requerente, acaba por impor ao requerido que suporte risco igual ou maior, como consequência imediata da própria providência emergencial decretada.” (Teodoro, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vl 1, 57ª ed)

VITÓRIA, 04/06/2020.

DANIELLE NUNES MARINHO

Juíza de Direito



Este documento foi assinado eletronicamente por DANIELLE NUNES MARINHO em 04/06/2020 às 18:22:19, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-1922-3569953.