

**EXCELENTÍSSIMOS MEMBROS DA DOUTA COMISSÃO DE LICITAÇÕES  
DO MUNICÍPIO DE FAZENDA RIO GRANDE – ESTADO DO PARANÁ**

**REFERÊNCIAS: CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 004/2023 - PROTOCOLO Nº. 3003/2023 -  
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 127/2023**

**ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO  
MARCOS**, associação civil de direito privado sem fins lucrativos,  
inscrita no CNPJ sob o nº. 97.448.708/000-41, com sede à Rua dos  
Imigrantes, Nº 715, Centro, Segredo/RS, vem, à presença de Vossas  
Excelências, por seu representante legal, apresentar **RECURSO  
ADMINISTRATIVO**, com base no art. 109, inciso I, alínea ‘a’, da Lei  
8.666/93, bem como no item 13 do Edital em face da decisão que  
julgou a **ASSOCIAÇÃO SÃO MARCOS INABILITADA**, pelos  
fundamentos de fato e de direito abaixo destacados.

---

**I – TEMPESTIVIDADE**

---

Consoante dispõe o instrumento convocatório, no item 13, o prazo para  
interposição de recursos administrativos – bem como de contrarrazões – é de cinco dias  
úteis.

O mesmo dispõe o art. 109, inciso I, alínea ‘a’ da Lei 8.666/1993.

Desse modo, a contagem dos cinco dias úteis se dá a partir do primeiro dia útil posterior ao conhecimento do julgamento impugnado, desde que o início não ocorra em dia não útil. Essa é a disposição do art. 110 da Lei 8.666/93<sup>1</sup>.

A ora recorrente tomou conhecimento do julgamento, por e-mail, no dia 29 de agosto do corrente ano, conforme abaixo se demonstra:



O conhecimento se deu no mesmo dia em que ocorreu o julgamento pela comissão:

Resulta INABILITADA a licitante **ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICIANTE SÃO MARCOS**, não atendendo o item 2.2 alínea "b" do edital.

A presente decisão se dá com base na Ata da sessão, parecer jurídico emitido por procurador da Divisão de Compras e Licitações e parecer contábil emitido por contador, ambos servidores municipais.

Os documentos de habilitação, a ata da sessão pública, pareceres e demais documentos pertinentes encontram-se fixados nos autos do processo com vistas franqueada junto a Comissão Permanente de Licitações, bem como disponibilizados junto ao edital no endereço eletrônico [www.fazendariogrande.pr.gov.br](http://www.fazendariogrande.pr.gov.br), a partir da publicação do presente julgamento.

Fazenda Rio Grande, 29 de agosto de 2023.

Documento assinado digitalmente  
ROZANA APARECIDA DA SILVA  
Data: 29/08/2023 16:42:49-0300  
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Rozana Aparecida da Silva  
Presidente Comissão Permanente de Licitação  
Portaria 110/2023

<sup>1</sup> Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

---

Pode-se perceber, portanto, a tempestividade do presente recurso até o dia 5 de setembro de 2023, sendo o dia 30 de agosto de 2023 o primeiro dia útil na contagem do prazo.

---

## II – PROLEGÔMENOS

---

A Associação São Marcos – ora recorrente – é partícipe do certame licitatório que visa contratar uma entidade para prestar serviços de saúde no Município de Fazenda Rio Grande, no Estado do Paraná. O edital dispõe que seu objeto é a *“concessão de uso das dependências e equipamentos do Hospital e Maternidade Nossa Senhora Aparecida, com vinculação à gestão, operacionalização e execução dos serviços de saúde a serem prestados no objeto desta concessão. **Sendo a detentora da concessão de uso das dependências e equipamentos da Hospital e Maternidade Nossa Senhora Aparecida – HMNSA, a única prestadora de serviços apta a assumir a gestão, operacionalização e execução dos serviços de saúde a serem prestados exclusivamente através do Sistema Único de Saúde – SUS**”*.

O objeto descrito no edital é bastante evidente, e independente da forma de contratualização – ou dos seus termos –, serão prestados serviços de saúde **exclusivamente através do Sistema Único de Saúde – SUS**. Ou seja, não é uma concessão de um serviço próprio de particulares, cujo vencedor da licitação explorará o contrato e será remunerado com a cobrança de valores de tarifa ou qualquer outra remuneração específica. Trata-se de contrato a ser firmado para prestação de serviços exclusivamente SUS.

Portanto, intenta o Edital a contratação de uma entidade nos termos das legislações próprias a firmar contratos administrativos, excluindo-se hipóteses de relação entre o poder público e os particulares de natureza convergente, como seria o caso dos Termos de Fomento, Parceria ou Acordo de Cooperação – descritos pela Lei 13.019/2014

– Contratos de Gestão ou qualquer outra nomeação de instrumentos relevadas pelas legislações descritas no item 2.2, alínea ‘b’ do Edital.

Por isso, e como introito relevante, é necessário afirmar que a presente manifestação não se trata de desconhecer ou desconsiderar os termos do julgamento da impugnação apresentada por um interessado em participar da licitação antes da abertura da sessão pública, ou discutir novamente questão cuja posição da administração já se conhece. É que a dita comissão julgadora cometeu circunspecto equívoco ao partir de um pressuposto inexistente, inabilitando a entidade por não ter fins lucrativos, concluindo que esta razão tão somente lhe poria na condição de ter sua criação ou funcionamento regulamentados pelas Leis Federais 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014.

Quando da apresentação da impugnação, a impugnante propôs à Administração uma alteração substancial, requerendo, o que não fora atendido, que fossem celebrados instrumentos nos moldes insertos nas Leis 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014. A Administração respondeu, em suma, arguindo pela impossibilidade de contratação por estas legislações, considerando um passado recente de fracasso com este tipo de contratação. Dadas suas razões, explicou que o tipo de relação que pretende ter com o privado é de contraprestação, com contrato administrativo.

Há muito se discute no Brasil o melhor modelo de contratação para prestar serviços das mais diversas naturezas. Dadas as peculiaridades locais e regionais, a solução tem sido híbrida ou mesmo diversa para muitas localidades. Compreende-se que o Município intente por reduzir os seus riscos, dadas as experiências que revelam verdades as quais não se pode abdicar. Ocorre que estas verdades, independente da localidade, não podem transcender os limites de **legalidade**, mas acima de tudo, de **constitucionalidade**.

Isso porque, em que pese o edital tenha ceifado a participação de entidades que são **regidas** pelas legislações supra referidas, não impossibilitou –

tampouco poderia – as entidades filantrópicas regidas pelo código civil, como no caso da recorrente.

Veja-se, afora a discussão da **inconstitucionalidade patente** do edital, por não ter incluído em seus termos cláusula de preferência para entidades sem fins lucrativos, o edital comete o equívoco – ou ilegalidade – de inabilitar a proponente, que não tem seu estatuto regido por nenhuma das legislações proibidas.

Não é preciso dizer que esta Administração tem o poder de decisão nos atos administrativos que pratica, os quais a lei permite ou autoriza limites de discricionariedade. Todavia, convém recordar que cumprir a legislação, quando não há margem de conveniência ou oportunidade – o mérito do ato administrativo –, torna o ato vinculado. É o dever legal que o agente público tem de cumprir a lei. Neste caso, cumprir a lei à compita revela atitude diversa da inconstitucional e ilegal inabilitação da recorrente, Associação São Marcos.

O julgamento realizado pela douta comissão de licitações não poderia ter ocorrido com base num *equívoco interpretativo*, porque o Edital não veda a participação de entidades sem fins lucrativos, mas sim aquelas regidas pelas Leis descritas no item 2.2, alínea 'b'. Fosse assim, o Edital traria cláusula inconstitucional, nos termos do art. 199, parágrafo primeiro da Carta Magna – que se diga, além da recomendação de seu conhecimento integral, não há o que se falar de proferir ato ou julgamento contrário ao seu texto.

**Não há que se falar que a entidade, ora inabilitada, quedou-se silente quando da impugnação do edital. Repete-se, o edital não veda a participação de entidades sem fins lucrativos! O que impugnaria, se a ora recorrente não tem seu estatuto, sua constituição ou seu funcionamento regido pelas legislações proibitivas de participação? Haveria a Associação São Marcos que adivinhar que esta douta comissão cometeria o despautério de descumprir um texto constitucional, ou mesmo interpretar EQUIVOCADAMENTE o seu próprio edital?**

Marçal Justen Filho<sup>2</sup> revela – ou revelou, há muito tempo, um tema tão atual que agora reverbera ainda em 2023 – que a administração deve combater ilegalidades, mesmo de ofício, sem que haja necessidade de licitantes terem que trazer à tona assuntos que não contribuem para uma sociedade mais digna – como é o caso da discussão presente que revela uma ilegalidade patente:

**Há um dever da Administração Pública de pronunciar, mesmo de ofício, as nulidades dos atos administrativos. Daí se segue que o silêncio ou, mesmo, a concordância dos particulares é insuficiente para tornar válidos atos administrativos defeituosos.** Suponha-se então que exista uma nulidade invencível na licitação. (...) Se existia a nulidade insanável, não seria a concordância do particular que produziria o saneamento do vício. Nem a Administração poderá transformar em válido o ato absolutamente nulo. **Ora, a Administração não poderá escusar-se de cumprir seu dever de invalidar os próprios atos nulos mediante o argumento de que o particular renunciara ao direito subjetivo de impugnação.** Ainda que invoque a renúncia, a Administração tem o dever de rever seu próprio ato e, em identificando a nulidade, estará obrigada a pronunciar o defeito e desfazer o ato defeituoso. Assim se impõe, inclusive por força do art. 49 da Lei 8.666, que estabelece que a autoridade administrativa tem o dever de pronunciar a ilegalidade, inclusive de ofício.

No mesmo caminho Hely Lopes Meirelles externa que a Lei exaure valores outros que aqueles simplificados em suas palavras. Por isso, devem ser adentrados à questão os valores erigidos pela Constituição Federal – como no caso, onde se cumpre

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.668.

no provimento do presente recurso, uma garantia constitucional. É por isso que Hely<sup>3</sup> explanou:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito.

Com isso, a verdade coerente do caso concreto não deixa dúvida quanto à ilegalidade – e mais, inconstitucionalidade – da inabilitação da ora recorrente, razão pela qual tem esta motivação e espírito o presente Instrumento Técnico-Jurídico de satisfação plena do direito de petição aos órgãos públicos contra ilegalidade e em defesa de direitos, qual seja, Recurso Administrativo.

---

### III – DAS RAZÕES DE DIREITO QUE SUSTENTAM A REVISÃO DA INABILITAÇÃO DA RECORRENTE ASSOCIAÇÃO SÃO MARCOS

---

Conforme adiante se demonstrará – mais ainda –, o julgamento que inabilitou a recorrente não encontra respaldo legal – e até mesmo constitucional –, porquanto o Edital não veda a participação de entidades sem fins lucrativos, mas tão somente aquelas cuja criação e funcionamento sejam regulados pelas Leis Federais 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014. A entidade São Marcos tem seu estatuto regido pelo código civil, e é uma entidade capaz de executar serviços para os quais se destina essa licitação, e como prova há sua administração de outros dois hospitais em Sobradinho/RS e Segredo/RS, fora outras unidades que entrarão em operação tão logo trâmites burocráticos e jurídicos finalizem.

---

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20.ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.83.

Ademais disso, não ter fins **lucrativos** não exclui a entidade de realizar atividades econômicas, não fosse assim, a própria Lei de Licitações – ou mesmo a do SUS – excluiria a hipótese de firmar **contratos administrativos – e não convênios – com entidades desta natureza.**

Ademais, o edital sequer poderia intentar alguma vedação no sentido de proibir a participação de qualquer entidade sem fins lucrativos, porquanto estaria transformando a cláusula editalícia em inconstitucional, com afronta direta ao texto inserto no art. 199, §1º da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

É neste sentido que serão os tópicos abaixo, com mais explicações e demonstrações que visam esclarecer a os equívocos interpretativos que levaram à decisão de inabilitação pela comissão, bem como dar luz às questões inerentes das entidades sem fins lucrativos que lhe permitem firmar contratos administrativos e prestar serviços de natureza contraprestativa.

### **III.1 – DA ANÁLISE DO ITEM 2.2 DO EDITAL E SEU REFLEXO NO JULGAMENTO – NÃO HÁ PROIBIÇÃO ALGUMA DA PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS.**

O edital, em seu item 2.2., dispõe de algumas vedações, as quais se compreende dadas as razões de explicação demonstradas quando do julgamento da impugnação apresentadas por um possível licitante.

É preciso dizer, contudo, que se equivoca a Comissão de Licitação quando – baseada em um parecer jurídico – proferiu julgamento inabilitando a Associação São Marcos por, simplesmente, ser uma entidade sem fins lucrativos, calcando a decisão no item 2.2, alínea ‘b’ do edital.

O edital é claro quando dispõe de vedações específicas, e para melhor elucidar a questão, rememoramos o item copiando-o:

## **2. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO**

**21.** Poderão participar desta Concorrência pessoas jurídicas, constituídas do ramo que atenderem a todas as exigências quanto à documentação constante neste Edital e seus anexos, **devendo ser previsto no objeto ou objetivo social, atividade que permita a operação de serviços no ramo de atividades hospitalares.**

**22.** Não poderão participar desta Licitação:

- a) Empresas estrangeiras que não funcionem no país;
- b) As pessoas jurídicas **cuja criação e funcionamento sejam regulados pelas Leis Federais 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014.**
- c) Estejam cumprindo suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública.
- d) Tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública.

- e)** Estiver sob decretação de falência, em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, dissolução, liquidação ou insolvência civil.
- f)** Empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- g)** Não poderão participar os envolvidos no processo de forma tanto direta como indireta, para finalidade de julgar participação direta e indireta:
- I. Considera-se participação direta, a dos membros das Comissões de Licitação, Comissão de Avaliação e de todos os envolvidos no processo de quaisquer forma, inclusive de seus parentes, em linha reta e colateral até 2º grau, ou por adoção.
- II. Considera-se participação indireta, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre os envolvidos no processo, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.
- h)** As observâncias das vedações aqui previstas são de inteira responsabilidade do licitante que, pelo descumprimento, se sujeita às penalidades administrativas, cíveis e criminais cabíveis.

O evidente equívoco da Administração, ao proferir o julgamento, é acreditar que a Associação São Marcos foi criada ou tem seu funcionamento regido por algumas daquelas legislações, o que não é verdade. É uma entidade sem fins lucrativos regida pelo Código Civil, nos termos de sua criação e seu estatuto.

ESTATUTO SOCIAL

ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO MARCOS

CAPITULO I

DENOMINAÇÃO, FINS, SEDE, FORO E DURAÇÃO.

1. A ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO MARCOS é uma associação sem fins lucrativos, beneficente, de assistência social, constituída por tempo indeterminado.

Parágrafo Único: Neste estatuto a ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO MARCOS é simplesmente designada por ASSOCIAÇÃO.

2. A Associação tem sede no município de Segredo/RS, na Rua dos Imigrantes, 715, CEP 96910-000, e tem foro na comarca de Sobradinho/RS.

Parágrafo Único: A critério da Assembleia Geral, e nos termos desta Estatuto, a Associação poderá abrir, fechar e transferir filiais e outros estabelecimentos em qualquer parte do território nacional.

3. A ASSOCIAÇÃO tem por finalidades:
  - a) Promover assistência social a pessoas em situação de vulnerabilidade social em especial à infância, à adolescência, aos idosos e às pessoas portadoras de deficiências.

- b) Manter e administrar o HOSPITAL SÃO JOÃO EVANGELISTA, estabelecido a Rua dos Imigrantes, 715, na cidade de Segredo/RS, bem como demais filiais ou estabelecimentos vinculados a Associação.
- c) Prestar assistência médica hospitalar, ambulatorial e emergencial aos enfermos, em especial aos carentes.

## CAPITULO II

### CONSTITUIÇÃO E ORGANIZAÇÃO

4. A ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO MARCOS, foi fundada em 30 de janeiro de 1957 e seu estatuto original encontra-se registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoa Jurídica

1

continua na próxima folha

de Sobradinho/RS, no Livro A-1 de Pessoas Jurídicas – sob nº de ordem 09, fls. 04f, datado de 10/09/1957 sob denominação de "ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICENTE SÃO MARCOS".

- CNPJ (MF): 97.448.708/0001-41

- Registro no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS pelo processo nº 261.632/72

- Utilidade Pública Federal – Decreto de 15/01/1997

- Utilidade Pública Estadual – Decreto 17.342

5. A ASSOCIAÇÃO conduz suas ações segundo as diretrizes e princípios que emanam de sua finalidade eminentemente assistencial, prevista neste estatuto. Isto implica em respeito e acolhimento à pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação, acolhendo, amparando e atendendo a saúde dos necessitados, para que estes possam melhorar sua qualidade de vida e de seus familiares.

Observe-se, pelo seu próprio Estatuto, que a entidade inabilitada, **criada em 1957** – portanto muito antes das legislações cuja vedação está no item 2.2 do Edital –, tem suas finalidades bem definidas e seu funcionamento abrangido pelo código civil brasileiro, nos exatos termos dos artigos 44 a 61, cujo texto não se cometerá a impropriedade de apresentar porque presume-se ser de conhecimento desta Administração, haja vista seu caráter público.

Mas ao contrário do que dispõe o Edital e o Estatuto da entidade, a Comissão de Licitações, repete-se, calcada numa manifestação jurídica, decidiu por inabilitar a ora recorrente num julgamento que beira ao despautério, associando a entidade – ou mesmo definindo seu funcionamento –, numa presunção sem qualquer fundamento, nas Leis proibitivas de participação pelo Edital.

Senão vejamos o que aduziu inapropriadamente e sem qualquer razão lógica a Comissão:

Resulta INABILITADA a licitante **ASSOCIAÇÃO CULTURAL RECREATIVA E BENEFICIANTE SÃO MARCOS**, não atendendo o item 2.2 alínea “b” do edital.

A presente decisão se dá com base na Ata da sessão, parecer jurídico emitido por procurador da Divisão de Compras e Licitações e parecer contábil emitido por contador, ambos servidores municipais.

Os documentos de habilitação, a ata da sessão pública, pareceres e demais documentos pertinentes encontram-se fixados nos autos do processo com vistas franqueada junto a Comissão Permanente de Licitações, bem como disponibilizados junto ao edital no endereço eletrônico [www.fazendariogrande.pr.gov.br](http://www.fazendariogrande.pr.gov.br), a partir da publicação do presente julgamento.

Fazenda Rio Grande, 29 de agosto de 2023.

Documento assinado digitalmente  
 **ROZANA APARECIDA DA SILVA**  
Data: 29/08/2023 16:42:49-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Rozana Aparecida da Silva  
Presidente Comissão Permanente de Licitação  
Portaria 110/2023

O julgamento demonstra profundo desconhecimento quanto a natureza e de criação e funcionamento da entidade inabilitada. Mesmo que inconstitucional, talvez fosse a intenção da Administração, quando elaborou o item 2.2. do Edital, excluir do certame **todas as entidades sem fins lucrativos**. Todavia, conforme se percebe da leitura do item, ela apenas excluiu do certame “*As pessoas jurídicas cuja criação e funcionamento sejam regulados pelas Leis Federais 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014*”. **Eis o equívoco, repete-se, porquanto não há no estatuto da entidade qualquer vinculação na sua criação ou seu funcionamento atrelado às Leis 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014.**

É bem verdade que as entidades sem fins lucrativos podem se qualificar nos termos das legislações acima, ou mesmo participar de licitações para firmar instrumentos consoante estas leis, todavia, presumir que todo o universo das entidades sem fins lucrativos está descrito em três legislações é um equívoco grosseiro, que sustenta uma ilegalidade e até mesmo uma inconstitucionalidade patente.

Este item já bastaria para esta Administração, neste caso representada pela Douta Comissão de Julgamento, rever seu julgamento, declarando habilitada a ora recorrente. Contudo, ainda existem mais pontos a se reforçar, cuja conclusão não será outro senão a revisão do julgamento.

## **II.2 – DA POSSIBILIDADE DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS FIRMAREM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .**

No tópico anterior restou evidente que a ora recorrente é uma entidade sem fins lucrativos, mas que não foi criada e tampouco tem seu funcionamento regido pelas Leis descritas no item 2.2. Isso porque, conforme se demonstrou, a entidade Associação São Marcos tem seu funcionamento regulamentado pelo Código Civil, e não pelas Leis 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014.

Talvez, por alguma impressão evidenciada pelo julgamento que inabilitou a recorrente, a Administração possa elucubrar ser impossível as entidades sem fins lucrativos desempenharem o papel de executoras de serviços de natureza contraprestativa.

Ocorre que tal engano interpretativo não pode deixar de ser evidenciado num tópico específico, que visa tão somente apagar qualquer aresta que possa levar à Administração a uma compreensão contrária à Lei ou mesmo Constituição.

Isso porque a possibilidade de entidades sem fins lucrativos firmarem contratos administrativos com a Administração está descrita na própria Lei 8.666/93. Num exemplo apenas, o que serve para demonstrar de modo mais direto, temos uma das possibilidades de contratação direta, um caso de dispensa de licitação, onde entidades sem fins lucrativos são chamadas pela Administração para firmarem contrato Administrativo. Senão vejamos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e **não tenha fins lucrativos**;

Observa-se que neste exemplo – dentre outros decorrentes de licitações – é possível compreender que entidades sem fins lucrativos possam firmar contratos Administrativos, nos termos da Lei 8.666/93.

O recurso da entidade São Marcos não se presta a incluí-la no certame para firmar Termo de Fomento, parceria, Acordo de Cooperação, Contrato de Gestão, ou

qualquer instrumento que remeta às Leis citadas no item 2.2. Compreende-se os termos da contratação pretendida pela Administração, e compreende-se que houve exemplos pretéritos que lhe frustraram, porém o fracasso de uma experiência não pode lhe conferir o direito de descumprir o texto constitucional, que também é tema do próximo tópico.

### II.3 – DA NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO ART. 199, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS.

O edital dispõe que seu objeto é a *“concessão de uso das dependências e equipamentos do Hospital e Maternidade Nossa Senhora Aparecida, com vinculação à gestão, operacionalização e execução dos serviços de saúde a serem prestados no objeto desta concessão. Sendo a detentora da concessão de uso das dependências e equipamentos da Hospital e Maternidade Nossa Senhora Aparecida – HMNSA, a única prestadora de serviços apta a assumir a gestão, operacionalização e execução dos serviços de saúde a serem prestados exclusivamente através do Sistema Único de Saúde – SUS”*.

O objeto descrito no edital é bastante evidente, e independente da forma de contratualização – ou dos seus termos –, serão prestados serviços de saúde **exclusivamente através do Sistema Único de Saúde – SUS**. Ou seja, não é uma concessão de um serviço próprio de particulares, cujo vencedor da licitação explorará o contrato e será remunerado com a cobrança de valores de tarifa ou qualquer outra remuneração específica. Trata-se de contrato a ser firmado para prestação de serviços exclusivamente SUS. E para tais serviços, não é possível descurar do que dispõe a Constituição Federal e demais legislações.

A Constituição Federal prevê a forma de participação de instituições particulares na prestação de serviços complementares no Sistema Único de Saúde:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Veja-se que inicialmente, dentre as regras, está a preferência para as entidades sem fins lucrativos, e a proibição de subvenções às entidades privadas com finalidade lucrativa. Mas não é só a Constituição que traz estas regras, que são mais bem explicitadas pela Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre “*as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços*”:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

**Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.**

**Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).**

A Portaria nº 2.567/2016 do Ministério da Saúde regulamentou estas normas:

Art. 3º Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada.

§ 1º Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis.

**§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos.**

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios:

I - Convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e

**II - Contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.**

Evidente, portanto, que as entidades sem fins lucrativos **podem firmar contratos para venda de serviços de saúde, bem como terão preferência ante as entidades que detêm fins lucrativos.**

E é neste sentido que compreende a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE PREFERÊNCIA PARA ENTIDADES FILANTRÓPICAS E SEM FINS LUCRATIVOS. ANULAÇÃO DE EDITAL. ISENÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. Caso dos autos em que o impetrante alega que houve violação ao disposto no artigo 199, § 1º, da Constituição Federal e nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), no processo licitatório na modalidade Pregão Presencial, Edital nº 039/2017, realizado pela Prefeitura Municipal de Novo Hamburgo, ao deixar de prever o direito de preferência das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para gerenciamento e execução de serviços complementares de saúde para usuários do SUS. A Portaria nº 2.567/2016 do Ministério da Saúde prevê que, embora seja possível a contratação de serviços ofertados pela iniciativa privada, primeiro se deve observar a preferência das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, por meio de chamamento público para, após, abrir o credenciamento para licitação. Mantida a sentença que anulou o Edital de Pregão Presencial. Aplicabilidade da Lei nº 13.019/2014 no campo da saúde, conforme estudo elaborado pelo Ministério da Saúde, que reconhece que os projetos e atividades com o objetivo de fomentar a saúde serão regidos pelas disposições da legislação, por não se enquadrarem no regime de participação complementar da entidade privada no âmbito do SUS. Custas processuais. Os entes públicos são isentos do pagamento das custas processuais, na forma do inc. I do art. 5º da Lei 14.634/2014, ressalvado o direito de reembolso das custas pagas pela impetrante. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70078755659, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 31-10-2018)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 049/2017. SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS PARA ATUAR NAS UNIDADES DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE ELDORADO DO SUL. PREGÃO

PRESENCIAL. 1. O mandado de segurança é o remédio constitucional apto a proteger direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, consoante dispõem os artigos 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, e 1º, da Lei nº 12.016/2009. Para a concessão da segurança se faz necessária a prova escrita, inequívoca e pré-constituída dos fatos, bem como o relevante fundamento jurídico a ensejar tal pretensão. 2. In casu, pretende o município de Eldorado do Sul a seleção e contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços médicos para atuar nas unidades de saúde do município. Todavia, ao realizar o Pregão Presencial nº 049/2017, deixou de observar o disposto no art. 199, §1º da CF, e na Lei nº 13.019/2014, em seu art. 2º, incisos I, alínea 'a', e XII, que determina a realização de Chamamento Público, a fim de oportunizar, num primeiro momento, que apenas as entidades filantrópicas e empresas sem fins lucrativos participem do ato. Assim, mantém-se a concessão da ordem, para o fim de declarar nula a licitação prevista no Edital de Pregão Presencial nº 049/2017. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70080018229, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em: 27-02-2019)

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. NULIDADE. ART. 199, §1º, DA CF. O art. 199, § 1º, da Constituição Federal prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, com preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Caso concreto em que o direito de preferência foi ignorado pela autoridade municipal quando da publicação do Edital na modalidade pregão presencial menor preço global, para contratação de empresa para prestação de serviços especializados em saúde. Precedentes. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSARIA. (Reexame Necessário, Nº 70076068287, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 13-07-2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA. GESTÃO DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA. SAMU. SUS. CONCURSO DE PROJETOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE QUE AS ENTIDADES PARTICIPANTES SE QUALIFIQUEM COMO ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (LEI 9.970/99). RESTRIÇÃO INDEVIDA. VIOLAÇÃO À NORMA DO ART. 199, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREFERÊNCIA ÀS ENTIDADES FILANTRÓPICAS. MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. - A Constituição da República assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no Sistema Único de Saúde, por meio de contrato ou convênio, “tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (art. 199, §1º, parte final, da CF/88). - Caso em que deve ser mantida a decisão de suspensão de procedimento licitatório que, para selecionar o responsável pela gestão do serviço de atendimento móvel de urgência, no âmbito do SUS, previa que os participantes se qualificassem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP’S. Ao exigir tal qualificação, o Município agravante estaria limitando o que a Constituição Federal não limitou, isto é, o direito de preferência assegurado às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos - e não apenas àquelas qualificadas como OSCIP - na celebração de contratos e convênios para no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 70076310630, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 12-04-2018)

REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM SAÚDE. NULIDADE DOS EDITAIS. O art. 199, § 1º, da Constituição Federal prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades

filantrópicas e as sem fins lucrativos. Tal preferência, porém, foi ignorada pela autoridade municipal quando da publicação dos editais, na modalidade pregão presencial menor preço global, para contratação de empresa para prestação de serviços especializados em saúde. Se não bastasse, além da inexistência da previsão da preferência, foi expressamente vedada a participação de entidades do Terceiro Setor, conforme se verifica no item 3.6 dos editais, ou seja, houve restrição de participação na licitação para quem a própria Constituição Federal outorga preferência. Mantida a sentença que concedeu a segurança, ao efeito de declarar a nulidade dos editais. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Reexame Necessário Nº 70071848923, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 29/03/2017)

A vasta jurisprudência, aliada aos termos da Constituição Federal, demonstra que a contratação de serviços de particulares para garantir a cobertura assistencial à população demanda a necessidade de que o edital prevesse a preferência para entidades filantrópicas e ou sem fins lucrativos.

E não se trata de cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação, decorrendo de determinação legal. O que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93 veda é a inclusão de privilégios não determinados por Lei ou pela Constituição.

Todavia, considerando o equívoco do Edital em não ter, explicitamente, previsto uma regra de preferência para entidades sem fins lucrativos, nos termos da Constituição e demais legislações e regras demonstradas acima, admite-se que a preferência possa ser dada em caso de empate entre as proponentes, caso uma delas seja uma entidade sem fins lucrativos.

#### II.4 – CONCLUSÕES

Consoante se observou pelos tópicos acima, o Edital não vedava a participação de todas entidades sem fins lucrativos, que podem firmar contratos com natureza de contraprestação, e mais, entidades sem fins lucrativos têm preferência na contratação frente às demais, nos termos da Constituição Federal.

Por isso, dadas as circunstâncias reveladas, a inabilitação da Associação São Marcos torna-se um erro grosseiro, cujo recurso impõe à Administração o dever de revisar seus atos – o que poderia ter sido feito de ofício, pela autotutela.

Importante atentar-se para os efeitos práticos descritos no Direito Administrativo Sancionador, mormente pela Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual o cuidado, a atenção, e o dever funcional de imiscuir-se na legalidade estrita – e constitucionalidade – pode evitar a lesão ao erário, ou mesmo a prática de qualquer conduta ímproba capaz de gerar responsabilizações de diversas ordens.

Portanto, consoante os termos tratados pelos tópicos acima, é medida de direito a revisão de julgamento para declarar habilitada a ora recorrente, com as seguintes considerações:

- 1- Nos termos do item 2.2, alínea ‘b’, o edital veda tão somente as pessoas jurídicas cuja criação e funcionamento sejam regulados pelas Leis Federais 9.790/1999, 9.637/1998 e 13.019/2014;
- 2- A entidade São Marcos foi inabilitada, e a motivação para tanto se deu **exclusivamente** por este item, em que pese tenha sua criação e seu funcionamento regidos pelo Código Civil brasileiro, nos termos dos artigos 44 a 61;
- 3- As entidades sem fins lucrativos podem firmar contratos cuja natureza é a contraprestação, nos termos da Lei 8.666/93, e executar

serviços com remuneração própria, não podendo, apenas, distribuir lucros dentre seus associados;

- 4- O edital não poderia JAMAIS intentar excluir as entidades sem fins lucrativos da participação de uma licitação para prestação de serviços vinculados ao SUS – como é o caso desta licitação – sob pena de estar incorrendo em inconstitucionalidade por afronta ao Art. 199, § 1º da Constituição Federal;
- 5- Admitir, aceitar, coadunar ou mesmo sustentar ilegalidade e inconstitucionalidade, depois de provocada, como no caso das revelações do presente recurso constitui conduta ímproba passível das sanções descritas na Lei de Improbidade Administrativa – e demais legislações do Direito Administrativo Sancionador.

---

#### IV – DOS PEDIDOS

---

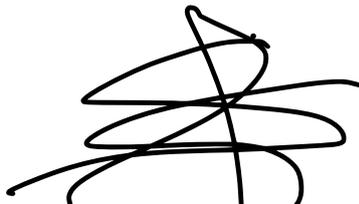
##### ANTE O EXPOSTO, REQUER:

- A) Pelas razões de fato e direito apresentadas, o provimento do recurso para o fim de declarar a recorrente Habilitada no certame, reconsiderando a sua decisão de inabilitação;
- B) Caso não seja este o entendimento da Douta Comissão Julgadora, que seja o recurso encaminhado imediatamente para a autoridade superior, vinculando sua decisão ao presente, para que, caso não reverta o julgamento, possa também ser enquadrado nas penalidades descritas no Direito Administrativo Sancionador

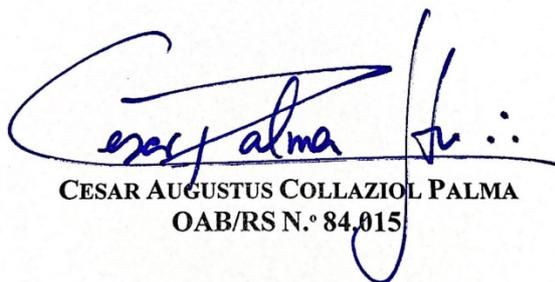
C) requerer a juntada do Instrumento de Procuração do Advogado  
CESAR AUGUSTUS COLLAZIOL PALMA, OAB/RS n.º 84.015,  
sob pena de nulidade,

Nesses termos, pede deferimento.

De Sobradinho/RS para Fazenda Rio Grande/PR, 05 de setembro de 2023.



SHAUAN PEREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR  
PRESIDENTE



CESAR AUGUSTUS COLLAZIOL PALMA  
OAB/RS N.º 84.015