

Ao Ilmo. Sr. Pregoeiro da Prefeitura do Município de São Vicente-SP

PROC. Nº 45984/18
FIS 02
M. de K. de A.

PREGÃO PRESENCIAL Nº 160/18
PROCESSO Nº 4722/2018

ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO A PESQUISA - AFIP, já devidamente qualificada nos autos da licitação em referência, por sua representante legal, vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar **CONTRARAZÕES** aos **Recursos** da **K & J Laboratório Clínico Ltda.-ME**, da **Biomega Medicina Diagnóstica Ltda.** e da **Multi Clínica Santa Clara Ltda.**, o que faz pelos motivos de fato e direito a seguir expostos.

INTRODUÇÃO

A Recorrida AFIP é uma associação civil fundada na década de 70, sem fins econômicos e lucrativos, constituída com o objetivo estatutário de atuar em atividades de pesquisa científica e atendimento médico à comunidade, com ênfase no serviço público de saúde. Além da sede na Capital do Estado de São Paulo, a AFIP mantém mais de 50 (cinquenta) endereços em 8 (oito) estados brasileiros, para o cumprimento de suas finalidades sociais, sendo considerada referência em serviços de saúde.



Em relação aos serviços de diagnósticos, vale destacar que a AFIP foi um dos primeiros laboratórios brasileiros a receber a certificação de Acreditado Pleno da Organização Nacional de Acreditação (ONA). Atualmente, a AFIP realiza, em uma área de 2 mil m², cerca de 4 milhões de exames por mês, com capacidade instalada para até 6 milhões. Aliás a AFIP presta serviços no Município vizinho Santos desde 2.003 e não tem absolutamente nada que a desabone. A unidade de Santos está situada na Av. Conselheiro Nébias, 445 – Encruzilhada, com área construída de 598,63m², tendo como finalidade Centro de Diagnóstico por Imagem e Coleta de Análises Clínicas.

Em razão do seu caráter filantrópico, a instituição possui titulações de Utilidade Pública Municipal (dec. 17.338/81), Estadual (Lei 2.384/80) e Federal (Dec. 95.985/88) e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (resolução no. 7 do CNAS, de 3 de fevereiro de 2009), o que lhe permite firmar parcerias com o Poder Público e Contratos Administrativos com ganho/economia em escala e eficiência, sobretudo devido ao seu poder de compra de insumos, equipamentos e manejo de recursos humanos, ainda sua experiência nas operações.

Esse modelo diversificado de atuação permitiu que, em seus mais de 40 anos de atividade, a AFIP mantivesse o equilíbrio financeiro, mesmo atuando sem fins lucrativos. Mais do que isso, possibilitou a consolidação do seu formato de pesquisa aplicada, com constante atualização tecnológica, humanização do atendimento e ampliação da base de serviços próprios e de apoio. E por fim, **com a decisão (Acórdão Anexo) da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a manutenção de sua viabilidade de competição em licitações não próprias para o Terceiro Setor, ou seja, quaisquer licitações para o firmamento de Contratos Administrativos comuns, como é o trilha de São Vicente-SP.**

CONTRARAZÕES AO RECURSO DA K & J LABORATÓRIO CLÍNICO LTDA.-ME.

Quanto ao fato arguido de que por ser Terceiro Setor a AFIP teria privilégios/vantagens em detrimento dos demais (não Terceiro Setor) e isto feriria a igualdade, conforme citaram arrimo no Tribunal de Contas da União e decisão de 1ª Instância da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, sem delongas e com o devido respeito, não passa de reclamo de diretamente interessada e forçando argumentos fora de tempo.

Conforme destacado na introdução e o mais importante, com força de entendimento de colegiado e não juízo singular, o que existe de atual e relativo a mesma ação citada é o ACÓRDÃO da Apelação nº 1042395-40.2014.8.26.0053, proferido em 27.08.2018 e publicado 25.10.2018.

[assinatura]

Fique claro a decisão do juiz de 1ª Instância foi reformada e o que vale é a decisão de 2ª Instância. Nesta a maioria dos Desembargadores firmou: **o Terceiro Setor pode competir em licitações não próprias para o Terceiro Setor, ou seja, quaisquer licitações para o firmamento de Contratos Administrativos comuns, como é o trilha de São Vicente-SP.**

O mote é que os desiguais, aqueles que cumprem um papel social, devem ser tratados desigualmente (imunidade tributária) e para compensar os desequilíbrios e as necessidades sociais - aliás cuja complementação do particular filantrópico na prestação de serviço de saúde salta aos olhos -, sendo que, amplo senso, o tratamento desigual serve exatamente para compensar aquele que entrega à sociedade e ao cabo, equilibrar-se os deveres e direitos.

Do ponto de vista estritamente legal e conforme prescreveu o Acórdão, o tratamento fiscal diferenciado por si só não justificaria que se abrisse exceção à regra constitucional impositiva da licitação (art. 37, XXI, da CF). Licitar consiste na regra e inclusive com a possibilidade de participação de uma associação civil como é a AFIP, por claro tendo que comprovar, como qualquer outra não terceiro setor, a sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, quanto às alegações a Recorrente K & J LABORATÓRIO CLÍNICO no PREGÃO PRESENCIAL Nº 160/18 de São Vicente, tem-se que: a dita quebra de isonomia não é motivo para impedir a competição da Recorrida AFIP, que tem avalizada a sua participação em vista da atualidade do ACÓRDÃO da Apelação nº 1042395-40.2014.8.26.0053; pertinente à exequibilidade da proposta, explica-se que somente uma prestadora de mais de 40 anos de existência, neste tempo atuando com equilíbrio financeiro e sem fins lucrativos, pode atuar com ganho/economia em escala e eficiência, repete-se porque tem poder de barganha na compra de insumos e equipamentos, bem assim suas manutenções, porque seus recursos humanos não ficam ociosos e em algumas atividades podem ser aproveitados conjuntamente (atividades de escritório e não operação de saúde específica).

Sr. Pregoeiro. Há evidente falta de coerência no debate de mérito da Recorrente K & J LABORATÓRIO CLÍNICO. As premissas usadas são equivocadas. Não adianta mencionar que **“qualquer inobservância aos princípios citados é uma irregularidade que sujeita à licitação a nulidade”**, quando o tratamento desigual é em espécie uma imunidade **CONSTITUCIONAL** e não, p. ex., uma interpretação ou algo que a Recorrida tenha se utilizado de “brecha legal”.

A retórica não funciona porque não tem retidão com a Lei Maior e com a atualidade da decisão da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quanto à citação de decisão do TCU, existem 2 problemas e a Recorrida mais uma vez “faz de conta” não compreender: o primeiro é leve, o TCU não é competente para o caso e sim o TCE/SP; o segundo é pesado, a Recorrida AFIP é uma Associação Civil e tem, dentre outros, o título de OS e **não**



tem de OSCIP. Essas naturezas jurídicas são diferentes, o modelo de prestação é diferente (OSCIP – Termo de Parceria / OS – Contrato de Gestão) e, pois, não se aproveita o entendimento do TCU nem pela inteligência do raciocínio jurídico.

As demais citações p. ex. MP do Estado de São Paulo etc., para todos os efeitos são opiniões e a contenda tem a arena correta – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E conforme incansavelmente se coloca, o que existe de válido no mundo jurídico hoje é o ACÓRDÃO da Apelação nº 1042395-40.2014.8.26.0053, proferido em 27.08.2018 e publicado 25.10.2018, que não considera a imunidade constitucional tributária como fator impeditivo ao Terceiro Setor participar e competir em licitações para o fim Contrato Administrativo.

Pelo exposto: pede-se o não provimento do Recurso da K & J LABORATÓRIO CLÍNICO, porque o pedido de anulação do certame é desconforme ao direito atual e a Recorrida AFIP mantém responsavelmente a sua proposta quanto ao preço.

CONTRARAZÕES AO RECURSO DA BIOMEGA MEDICINA DIAGNÓSTICA LTDA.

A Recorrente BIOMEGA MEDICINA DIAGNÓSTICA LTDA. sustenta que a Recorrida AFIP deveria ter sido inabilitada porque não juntou também a Certidão Municipal relativa aos Débitos Tributários Imobiliários. Vejamos:

3.1. DA REGULARIDADE FISCAL. NÃO CUMPRIMENTO DO EXIGIDO NO ITEM 7.2.5 DO EDITAL

O item 7.2.5 do edital está inserido do capítulo da regularidade fiscal e possui o seguinte texto:

“7.2 REGULARIDADE FISCAL

(...)

7.2.5. Certidão Negativa ou, Positiva com Efeitos de Negativa, de Débitos junto à Fazenda Municipal, expedida pela Secretaria da Fazenda do Município da Sede da Licitante.”

Para atender a exigência acima colacionada a AFIP juntou **Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários**, emitida pela Secretaria Municipal da Fazenda do Município de São Paulo. No entanto, embora a certidão apresentada apresente regularidade, não possui o poder de, isoladamente, comprovar a regularidade fiscal da licitante junto à Fazenda Municipal de São Paulo, uma vez que, além da certidão juntada, o município de São Paulo disponibiliza em separado a **Certidão Conjunta de Débitos Tributários Imobiliários**, a qual não foi juntada pela AFIP em sua documentação.

[Assinatura]

Pois bem. Em que pese o respeito pela Recorrente BIOMEGA, seu argumento não merece prosperar.

Em primeiro lugar, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, porque o edital não exigia expressamente a Certidão Municipal relativa aos Débitos Tributários **Imobiliários**.

"7.2.5. Certidão Negativa ou, Positiva com Efeitos de Negativa, de Débitos junto à Fazenda Municipal, expedida pela Secretaria da Fazenda do Município da sede da licitante."

Aliás a exigência editalícia consta no singular, porém isto não é o que importa.

Em segundo lugar e o que importa, porque a omissão do edital em pedir também relativo aos Débitos Tributários **Imobiliários** não pode ser interpretada extensivamente.

A Certidão de Débitos Tributários Imobiliários não pode e não deve ser exigida em licitações, uma vez que esta visa verificar a existência de débitos do imóvel, ou seja, dívidas imobiliárias junto à Prefeitura tais como IPTU, taxa de asfalto, taxa de coleta de lixo, de conservação etc. Esses tributos não interessam à licitação à medida que o objeto consiste em prestação de serviços.

Como fundamento para a não exigência de comprovação imobiliária, pertinente a orientação de Marçal Justen Filho:

*"não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, **serviços** ou compras – **comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária** ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado".*
(g.n.)

(IN JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.562.)

O mesmo entendimento tem o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, que no Processo TC 000769/010/08, do RELATOR CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI, 32ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 22/10/2014, assentou:

[Assinatura]

"6 - neste sentido, decisão da lavra do e. Conselheiro Renato Martins Costa, acolhida por este E. Plenário, em sessão de 15-10-08, nos autos do TC-030818/026/08:....."

"A demonstração de regularidade fiscal, para fins de aplicação do artigo 29 da Lei de Licitações, é devida somente em relação ao fato gerador do tributo, ou seja, deve guardar correlação com o objeto pretendido pela Administração e, quando se tratar de vinculação a atividade em que se exija o recolhimento junto aos municípios, ainda assim não se poderá impor aos interessados prova de regularidade junto ao cadastro imobiliário municipal."

Note-se que a decisão de 2014 não é nova. Cita o processo TC-030818/026/08, pelo que o tema é incontroverso e a demonstração de regularidade fiscal, para fins de aplicação do artigo 29 da Lei de Licitações, deve guardar correlação com o objeto pretendido pela Administração. A licitação PREGÃO PRESENCIAL N° 160/18 de São Vicente tem objeto de prestação de serviços, logo é insubsistente a arguição da Recorrente BIOMEGA.

Noutro ponto a Recorrente BIOMEGA tão somente repete o argumento da também Recorrente K & J LABORATÓRIO CLÍNICO. Alega que a AFIP teria privilégios/vantagens e isto feriria ao princípio da igualdade. Diga-se rápido, a Recorrente BIOMEGA usa da opinião do TCU e também descuida-se: a Recorrida AFIP é uma Associação Civil e tem, dentre outros, o título de OS e **não tem de OSCIP**. Essas naturezas jurídicas são diferentes, o modelo de prestação é diferente (OSCIP – Termo de Parceria / OS – Contrato de Gestão) e, pois, não se aproveita o entendimento do TCU nem pela inteligência do raciocínio jurídico.

Reafirma-se. O que existe de válido no mundo jurídico hoje é o ACÓRDÃO da Apelação n° 1042395-40.2014.8.26.0053, proferido em 27.08.2018 e publicado 25.10.2018, que não considera a imunidade constitucional tributária como fator impeditivo ao Terceiro Setor participar e competir em licitações para o fim Contrato Administrativo.

Pelo exposto: pede-se o não provimento do Recurso da BIOMEGA e a manutenção da decisão do Sr. Pregoeiro.

CONTRARAZÕES AO RECURSO DA MULTI CLÍNICA SANTA CLARA LTDA.

A Recorrente SANTA CLARA, assim como as demais BIOMEGA e K & J LABORATÓRIO CLÍNICO, também alega que a AFIP teria privilégios/vantagens e isto feriria ao princípio da igualdade.

Sem demora, o que existe de válido no mundo jurídico hoje é o ACÓRDÃO da Apelação n° 1042395-40.2014.8.26.0053, proferido em 27.08.2018 e publicado 25.10.2018, que não considera a imunidade constitucional



tributária como fator impeditivo ao Terceiro Setor participar e competir em licitações para o fim Contrato Administrativo.

Pelo exposto: pede-se o não provimento do Recurso da SANTA CLARA e a manutenção da decisão do Sr. Pregoeiro.

E segue-se aparte jurídico sobre o tema que angustia tanto às Recorrentes.

Sobre o tratamento desigual a desiguais, cumpre destacar que a própria Lei de Licitação (Lei nº 8.666/93) promove no âmbito interno do processo licitatório tratamentos diferenciados entre os participantes, em razão de objetivos constitucionalmente protegidos, como o desenvolvimento social e econômico e a redução de desigualdades. Isso vem sendo denominado pela doutrina como função extraeconômica das licitações¹.

A título de exemplo, cabe fazer referência às microempresas e empresas de pequeno porte, que além do regime tributário simplificado, possuem benefícios no âmbito do próprio procedimento licitatório. A Lei Complementar n. 123/06 estabelece no seu art. 44:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§1.º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§2.º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Note-se que a própria lei de licitações e contratos administrativos (Lei federal nº 8.666/93) recepciona esse tratamento diferenciado, ao dispor em seu artigo 3º, § 14:

§14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Na mesma linha dispõe o artigo 5º-A do diploma legal:

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2012. p. 324-327.



De acordo com Marçal Justen Filho²:

“Há um equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. É da essência da licitação a adoção de tratamento diferenciado entre os particulares. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns dos potenciais interessados”. (g.n.)

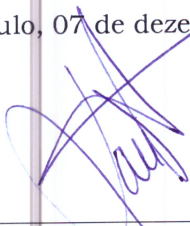
Diante de todo o exposto, límpido no ambiente jurídico que não há qualquer violação do princípio da isonomia quando ocorre a participação de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos em processo de licitação para a prestação de serviços, como é o caso concreto de São Vicente.

Satisfeitas ou não as Recorrentes, outrossim a Administração Pública, devem respeitar o ACÓRDÃO da Apelação nº 1042395-40.2014.8.26.0053, proferido em 27.08.2018 e publicado 25.10.2018 e este é o panorama jurídico.

PEDIDO

Diante de todas estas contrarrazões, requer-se o recebimento e o improvimento dos **Recursos** da **K & J Laboratório Clínico Ltda.-ME**, da **Biomega Medicina Diagnóstica Ltda.** e da **Multi Clínica Santa Clara Ltda.**, para que seja mantida a Recorrida AFIP como vencedora do PREGÃO PRESENCIAL Nº 160/18 de São Vicente

São Paulo, 07 de dezembro de 2018.



ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO A PESQUISA – AFIP
Larissa Desiderá Santo André
RG: 44.219.655-6
CPF: 323.670.618-07

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 69-70.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

45984/18
PROG Nº
Fis
[Assinatura]

Registro: 2018.0000842861

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042395-40.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO À PESQUISA - AFIP, é apelado LABCLIM DIAGNÓSTICOS LABORATORIAIS LTDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, vencido o Relator Sorteado, que declarará. Acórdão com o Segundo Juiz. Indeferiram o pedido de sustentação oral hoje formulado pelo apelante por se encontrar o julgamento em curso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, vencedor, EDUARDO GOUVÊA, vencido, COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MOACIR PERES E FERNÃO BORBA FRANCO.

São Paulo, 27 de agosto de 2018

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, liberado nos autos em 25/10/2018 às 15:07 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1042395-40.2014.8.26.0053 e código AOCF2B8.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROC. Nº 45984/18
Fls. 11
[Assinatura]

APELAÇÃO nº 1042395-40.2014.8.26.0053

APELANTE: ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO À PESQUISA - AFIP
APELADO: LABCLIM DIAGNÓSTICOS LABORATORIAIS LTDA

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 16261

AÇÃO ORDINÁRIA – Licitação – Participação de associação civil – Alegada burla ao princípio da isonomia, com ofensa à regra do art. 3º da LF 8.666/93 – Inexistência de irregularidade, haja vista que a realização de licitação é a regra, ao passo que as exceções se encontram perfeitamente discriminadas (arts. 24 e 25, ambos da LF 8.666/93), compreensão que se retira da regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal – Recurso provido.

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária movida por *Labclim Diagnósticos Ltda.* em face de AFIP – Associação Fundo de Incentivo à Pesquisa, na qual busca a autora que a requerida seja impedida de participar de qualquer licitação que tenha por objeto a prestação de serviços de exames laboratoriais, sob o fundamento de que entidades do terceiro setor, tais como a requerida, beneficiárias de isenção tributária não aplicável a sociedades empresariais, acabam concorrendo em situação de manifesta vantagem em relação aos demais participantes, o que conspira contra o princípio da igualdade dos licitantes.

A ação foi julgada procedente sob o fundamento de que a participação da requerida em licitações, por conta de suas prerrogativas fiscais, ofende o princípio da isonomia. Na oportunidade, a vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00.

A autora opôs embargos de declarações (fls. 191 e 192), os quais foram acolhidos pelo magistrado para conceder a tutela antecipada (fls. 193 e 194). A requerida também opôs embargos de declaração (fls. 197 e 209), os quais, entretanto, deixaram de ser conhecidos (fls. 236 e 237). Novos embargos de declaração foram opostos pela Associação (fls. 241 a 253), rejeitando-os o juízo, contudo (fls. 263).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROC Nº 45988/14
Fls. 100

Em apelação, a AFIP suscita a incompetência absoluta do juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, tanto quanto a ausência de interesse-adequação, por parte da autora, argumentando ainda com a generalidade da sentença, que teria se revelado, ademais, *extra petita*. No mérito, a requerida busca a reforma da r sentença, argumentando com a inexistência de afronta ao princípio da isonomia na participação de entidades do terceiro setor em licitações.

Contrarrazões a fls. 316 a 319.

É o relatório.

Não há de se falar em incompetência da Vara da Fazenda Pública, pois é certo que o fundamento da ação, relativo a licitações, encontra-se no âmbito do regime jurídico administrativo. É certo ademais, que à competência das Varas da Fazenda Pública não se revela imprescindível a presença do poder público em um dos polos da ação. Nesse sentido, colhe, por analogia, comunicado da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado em 02/06/2006, tanto quanto a norma do artigo 3º, I-3, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, em razão da instalação das Varas da Fazenda Pública em diversas comarcas do Interior do Estado, decide publicar, para conhecimento, a orientação jurisprudencial firmada em algumas das questões relativas à competência dessas varas especializadas, resguardada a livre convicção dos Magistrados de primeiro grau:

(...)

Firmada a competência territorial da respectiva comarca, pelas leis do processo, receberão as Varas da Fazenda Pública das Comarcas do Interior, entre outras:

a) ações em que as Fazendas Públicas Estadual ou Municipais, bem como suas autarquias, sejam autoras, rés ou intervenientes, excetuadas as de falência, da infância e da juventude e de acidentes do trabalho;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROC N° 45984/18
Fls 3
[Assinatura]

b) ações de desapropriação;

c) ações populares e ações civis públicas de interesse do Estado e dos Municípios que integram a comarca, bem como de suas autarquias, ressalvada a competência definida em legislação especial (por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente);

d) ações civis por ato de improbidade administrativa;

As ações em que forem parte entidades paraestatais (constituídas sob o regime jurídico de direito privado - empresas públicas e sociedades de economia mista, como CESP, CTEEP, COHAB, CDHU, COMGÁS, DERSA, EMAE, BANCO NOSSA CAIXA, ELETROPAULO, ETPE, FEPASA, METRÔ, REDE FERROVIÁRIA FEDERAL, SABESP, SANASA, entre outras) ou concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como a AUTOBAN, COMGÁS, CPFL, EBE, ECOVIAS, ELEKTRA, EPTE, VIAOESTE), e cujo fundamento de direito diga respeito a relações de direito privado (fornecimento e corte de água e coleta de esgoto, fornecimento e corte de energia elétrica, telefonia, venda e compra de imóvel, serviços bancários, contratos bancários, indenização por responsabilidade civil extracontratual, por exemplo) são de competência das Varas Cíveis. Ao contrário, se o fundamento da ação estiver no âmbito do regime jurídico administrativo (v.g. questões relativas a concessão, permissão, delegação, lavratura de auto de infração e imposição de multa, licitação), a competência é das varas da Fazenda Pública."

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
(...)

I.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos;"

Enfim, a competência se estabelece *ratione materiae* ou *ratione persona*. No caso, está-se discutindo matéria de Direito Público, razão por que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

45984/14
PROC Nº 14
Fls. 386
[Assinatura]

competente a Vara da Fazenda Pública.

Dá-se por prejudicada a análise das demais preliminares, à vista da regra do artigo 282, §2º, do Código de Processo Civil, já que, no mérito, o deslinde é favorável à recorrente, como se passará a expor.

No mérito, como já se adiantou, o deslinde é favorável à recorrente.

A participação da recorrente, associação civil sem fins lucrativos na prestação de serviços complementares do sistema único de saúde, prevista na regra do artigo 20, §§ 1º a 3º, da Lei Complementar Estadual nº 791, de 09/03/95, é assegurada pela Constituição Federal, notadamente na regra do artigo 199. §1º, que assim dispõe:

§ 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.

E, diferentemente do que sustenta a recorrida, não é certo dizer que, segundo o texto constitucional, a única forma de contratar das entidades sem fins lucrativos seria por meio de dispensa de licitação prevista na regra do artigo 24, XXIV, da Constituição Federal, afigurando-se possível a participação no sistema único de saúde tanto por meio de contrato de direito público quanto por convênio, ambos precedidos de licitação.

Enfim, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade, que valem para toda e qualquer pessoa natural ou jurídica, a regra é a contratação ou realização de convênio mediante prévia licitação, consoante o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

E não será a existência de benefícios fiscais, de que usufrui a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fls. 387

PROC. Nº 45989/18
Fls. 15
[Assinatura]

associação civil, sequer relacionados na inicial, razão suficiente para afastar, *a priori*, a possibilidade de participação da recorrente em todo e qualquer procedimento de licitação, inexistindo aqui afronta à regra do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, norma que, conquanto vede discriminações fundadas em preferência subjetivas dos administradores, admite a existência de tratamentos diferenciados vinculados a decisões políticas mais amplas, tais como os relacionados à utilização da licitação como instrumento de fomento econômico, que se dá no espectro do tratamento preferencial legalmente conferido às microempresas e empresas de pequeno porte (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., SP, RT, 2014, pp. 70 e 71).

Nesse contexto, cumpre destacar que o tratamento fiscal diferenciado de que gozam as empresas prestadoras de serviços de saúde, por si só, não justificaria que se abrisse, em relação a elas, exceção à regra constitucional impositiva da licitação (art. 37, XXI, da CF), mesmo porque tal situação não se ajusta a nenhuma das hipóteses de dispensa (art. 24, e incisos, da LF nº 8.666/93) ou mesmo da inexigibilidade de licitação (art. 25), razão por que, a interpretar a situação presente de foram diversa, estar-se-ia alargando indevidamente a ressalva aberta na Constituição da República.

Nesses termos, dou provimento ao recurso, julgando a ação improcedente.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

Relator