

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

Recurso re -
Tribunal STJ

ANULAÇÃO — "CONVÊNIO" PARA BURLAR À NECESSIDADE DE CONCURSO - PROCEDÊNCIA

RESUMO

DO RELATÓRIO - Em exame dois recursos especiais: o primeiro (fls.) interposto pelo Instituto Superior de Comunicação Publicitária com fulcro na alínea "a", do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal; o segundo (fls.), apresentado por Marta T.G. com fundamento na alínea "a", do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal. Ambos objetivam a anulação ou a reforma de acórdãos proferidos em sede de apelação (fls.) e de embargos de declaração (fls.), pela e. Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujas ementas restaram assim definidas (fls.): "AÇÃO POPULAR - Convênio firmado com entidade privada, envolvendo substancial soma de recursos e reconstrução de pessoal antes dispensado pela própria secretaria envolvida - Entidade que passou a dedicar-se à assistência social às vésperas do convênio - Licitação - Burla à necessidade de concurso - 1. Os autos demonstram que o Instituto Superior de Comunicação Publicitária, sem qualquer experiência prévia em ações sociais de tal amplitude, alterou seu contrato social semanas antes da assinatura do convênio para neles inserir as ações sociais, e após a assinatura reconstruiu os servidores recém dispensados ante a irregularidade de sua admissão. Continuaram eles prestando serviços nos locais de origem, em prédios e ações da própria Secretaria espalhados pelo Estado. - 2. Não se trata de um convênio mas de um contrato de prestação de serviços, em que o Instituto aparece tão-somente como contra-tante da mão-de-obra. Abstraida a forma para chegar-se ao fundo, é contrato administrativo que exigia prévia licitação nos termos do art. 2º e seu parágrafo da LF nº 8.666/93. - 3. Ainda que convênio fosse, clara está a burla à exigência de concurso público. Não podia a Secretaria, por esse meio, preencher cargos e funções de caráter permanente, reconstruindo as mesmas pessoas que, anteriormente contratadas pelo Baneser, haviam sido recém dispensadas ante a irregular admissão. - 4. Os honorários devidos ao autor popular foram fixados com excessiva modicidade. Ficam elevados para R\$ 10.000,00, a ser suportado pelos réus Marta e ISCP, solidariamente. Recursos dos réus improvidos. Recurso do autor popular provido em parte. Recurso oficial provido em parte". DO VOTO - 6. Antes de adentrar os fatos específicos do processo cabe lembrar noções básicas sobre a simulação nos negócios jurídicos. Conforme CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, 'Instituições', vol. I, 3ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1971, pág. 316, "não há na simulação um vício do consentimento, porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um defeito do ato, ou um daqueles que a doutrina apelida de 'vícios sociais' (cf. nº 88 supra), positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela, ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa... A simulação se diz 'relativa', também chamada 'dissimulação', quando o ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e.g. uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem... e é relativa em tais hipóteses porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a

consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente conseqüente ao ato... pode haver simulação inocente ou simulação maliciosa... Na segunda, há intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má-fé do agente, inquina de defeito o ato negocial... A prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, freqüentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência...". 7. O ponto fulcral da lide é saber-se se os réus firmaram um contrato administrativo de prestação de serviços (a exigir prévia licitação) ou um convênio administrativo (que dispensa a licitação). Os

EMENTA

O contrato administrativo, denominado "convênio", devia ter sido precedido de obrigatória licitação (LF nº 8.666/93, art. 2º) por envolver uma prestação de serviços, no caso a obtenção de trabalhos técnico-profissionais (art. 6º, II), nos exatos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal. Sua ausência implica na ilegalidade do ajuste e a possibilidade de sua anulação administrativa ou judicial.(Ementa trecho do acórdão)