

Apelação Cível n. 2013.085511-3, de Camboriú
Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA IMPROCEDENTE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS DE ULTRASSONOGRAFIA ATRAVÉS DE CARTA-CONVITE.

INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFIRMAÇÃO DE QUE O CONTRATO NÃO TRAZ PREVISÃO SOBRE A FORMA EM QUE SE DARIA A FISCALIZAÇÃO DO *MUNUS* ATINENTE À REALIZAÇÃO DOS EXAMES CLÍNICOS. CLÁUSULA DE QUE A LIQUIDAÇÃO DOS GASTOS SE CONSUMARIA, VIA RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS. ACEPÇÃO QUE NÃO CONDUZ À TIPIIFICAÇÃO DE ATO ÍMPROBO, MORMENTE DIANTE DA FRÁGIL DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DOS AGENTES. TESE AFASTADA.

ALEGADA AUSÊNCIA DE REQUISIÇÕES DE EXAMES OU GUIAS DE CONHECIMENTO MÉDICO DE CADA PACIENTE. INICIAL INSTRUÍDA COM ESCASSOS DOCUMENTOS. AUSENTES QUAISQUER NOTAS DE EMPENHO OU ORDENS DE PAGAMENTO PASSÍVEIS DE PROPICIAR A PERQUIRÇÃO DA MALVERSAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. OBJEÇÃO QUE DEVE SER DIRIMIDA À LUZ DO ART. 333 DO CPC. INCUMBÊNCIA QUE COMPETIA AO *PARQUET*. PRETENSÃO ARREDADA.

APONTADA FALTA DE PUBLICIDADE DOS CONTRATOS VENCEDORES DA MODALIDADE CARTA-CONVITE. INCÚRIA QUE, CONQUANTO OFENDA O DISPOSTO NO ART. 61, § ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93, NÃO CONSUBSTANCIA ATO ÍMPROBO. DIVULGAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO EDITALÍCIO, PRECEDENTE À ASSINATURA DAS AVENÇAS, QUE, AO MENOS, RESTOU AFIXADO NO ÁTRIO DO PRÉDIO DA MUNICIPALIDADE, CONFERINDO CONTORNOS DE BOA-FÉ NA CONDUTA DOS AGENTES. COTEJO DESTAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RELUZ A EXISTÊNCIA DE DOLO DOS APELADOS. INTENTO REJEITADO.

"[...] Advirta-se que o tipo disciplinar de improbidade administrativa sub lite - em litígio - somente poderá ocorrer quando a ação de negativa de publicidade aos atos oficiais sejam perpetrados dolosamente, ou pelo menos voluntariamente, em que pretenda o agente público, ainda que por mero capricho,

embotar a cristalinidade que deve prevalecer na pública administração. [...]" (ARMANDO DA COSTA, José. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 151).

REMESSA OFICIAL. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.085511-3, da comarca de Camboriú (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados Anizete Wackernagel Plautz e outros:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, todavia negando-lhe provimento, e, de outra banda, não conhecer do reexame necessário. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça André Carvalho.

Florianópolis, 27 de outubro de 2015.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Camboriú, que nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 113.06.002320-3 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=350000TU00000&processo.foro=113> acesso nesta data), encetada contra Wilson Plautz (Prefeito do Município de Camboriú na "Administração 2001/2004", falecido em 26/07/2007 - fl. 473), e também em direção a Simoni Russi, Giseli dos Santos Leal e Nelisete de Borba Carvalho de Lima - estes integrantes da Comissão de Licitação Permanente -, julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

[...] São três as irregularidades narradas pelo Ministério Público na inicial quanto à licitação destinada a contratar prestação de serviços relacionados à realização de exames de ultrassonografia para pessoas carentes atendidas pela Secretaria da Saúde, assim como quanto à irregularidades verificadas na execução das contratações diretas de outros serviços de exames médicos.

2.1 A primeira seria que falta a comprovação da realização dos serviços decorrente de omissão contratual. Consta da exordial: *"Os contratos de prestação de serviços (FMS 11/2004 e FMS 12/2004) firmados com os prestadores de serviços vencedores do processo licitatório, são omissos quanto à prestação de contas sobre os serviços prestados para liquidação e autorização do pagamento [...] Além da liquidação nas Notas Fiscais emitidas pelos respectivos prestadores de serviço, também não localizamos nos processos de despesa 1118 e 1119 de 2004, qualquer outro tipo de comprovação da realização dos serviços"*.

Quanto às especificidades necessárias na elaboração do contrato administrativo decorrente de licitações, a Lei nº 8.666/93 prevê: [...].

Com efeito, os contratos administrativos firmados entre a administração pública do município de Camboriú (fls. 08/11) não atendem, especificamente, às especificidades no tocante aos incisos III, VI, X e XIII, até porque algumas dessas são ineficazes e despiciendas na espécie. Contudo, os referidos pactos observam, estritamente, à necessidade de clareza de seu conteúdo, nos termos da Lei de Licitações: [...].

Ainda que assim não fosse, é importante destacar que, consoante o que dispõe a Lei nº 8.666/93, a elaboração do "contrato administrativo" em casos de licitação na modalidade Carta-Convite é dispensável, podendo-se fazê-lo substituir por outros instrumentos hábeis.

Neste caso, optaram os administradores por elaborar o referido contrato, ainda que de forma mais simplificada, característica esta marcante das licitações na modalidade convite.

Assim sendo, verifico que os contratos firmados estabeleceram, satisfatoriamente, o objeto da licitação, a contraprestação, o preço unitário, o modo de pagamento (em parcelas), o prazo (60 dias da entrega), a dotação orçamentária, o regime de execução e a forma de fornecimento, não havendo que se falar em insuficiência de clareza.

Assim, em que pese a omissão específica acima mencionada, observo que o contrato derivado da licitação levada a cabo pelos réus atendeu aos princípios da

supremacia do interesse e público e às finalidades do procedimento licitatório: [...].

Além disso, não é possível esclarecer se houve qualquer dano ao erário decorrente da conduta dos requeridos, porquanto não foram juntadas aos autos as Notas de Empenho ou as Ordens de Pagamentos que comprovem a liquidação da despesa sem a prestação do serviço por parte dos contratados, como quer fazer crer o Ministério Público.

Diante do exposto, é de se reconhecer a infringência ao princípio da legalidade, materializada na espécie como irregularidade na elaboração do contrato administrativo. A subsunção da conduta à norma (constituição de ato de improbidade administrativa) será analisada em item posterior.

2.2 O Ministério Público ainda sustentou: *"em análise às Notas Fiscais relacionadas a contratações diretas, não localizamos menção às requisições de Exame ou conhecimento de cada paciente pelo Fundo Municipal de Saúde, e também, verificamos que a descrição dos serviços não é precisa, pois é de conhecimento que a realização de exames de ultrassonografia em diferentes partes do corpo humano possui preços diferenciados"*.

No tocante à questão relativa à ausência de precisão na descrição dos serviços, entendo que não é possível (pelo menos não a partir do escasso conteúdo probatório trazido aos autos) esclarecer as condições em que se dera a contratação direta de serviços de exames de ultrassonografia.

Ora, foram acostadas aos autos tão somente cópias de autorização de fornecimento, desacompanhadas dos pedidos que lhes deram origem, NÃO ASSINADAS pelo responsável pelo setor de compras (fls. 12/16).

Assim, não há como concluir sequer que referidos serviços tenham sido autorizados e custeados pelo município de Camboriú.

Superada esta questão, no tocante à verificação da execução dos mencionados serviços (se é que eles foram realmente autorizados), insta registrar que os atos referentes à execução ou aceitação do contrato em muito se afastam das competências atribuídas à Comissão de Licitação Permanente do município de Camboriú para o exercício de 2004, da qual faziam parte as requeridas Nelisete, Simoni e Giseli.

Quanto ao réu Wilson, na condição do Ordenador Primário das despesas da administração pública do município de Camboriú, poderia este ser responsabilizado por eventual pagamento irregular, porém não é o caso dos autos.

Isto porque, não há qualquer evidência nos autos de que este tivesse concorrido para eventual pagamento por serviço prestado à municipalidade sem a regular verificação de sua execução. Como visto, além de não existir provas de que o pagamento a que se refere a inicial tenha sido irregular, não há sequer elementos a apontar que, de fato, HOUVE algum pagamento.

Desta feita, tenho que os elementos acostados aos autos (ou a ausência destes) implica na conclusão de inexistência de qualquer irregularidade na condução dos referidos procedimentos.

2.3 Por fim, descreveu o Ministério Público na exordial que os contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e as empresas vencedoras do certame na modalidade convite não foram devidamente publicados.

Constou da inicial: *"ano [sic] localizamos evidência da publicação resumida do instrumento de contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Camboriú e os fornecedores Joel Rogério Pires Júnior e José Mariz Costa [...]"*.

Com efeito, trata-se de fato incontroverso nos autos, porquanto as defesas dos requeridos sustentaram que, de fato, os instrumentos de contrato firmados no âmbito da Administração Municipal não eram publicados em jornal, sendo tão somente fixados em local apropriado, qual seja o Mural da Prefeitura.

3 DA SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA

Pois bem, constatadas as irregularidades (omissão de cláusulas necessárias e ausência de publicação do contrato) em uma das fases do certame, importa verificar se estas se consubstanciam em atos ímprobos por parte dos réus.

No caso do art. 10, conforme alhures mencionados, exige-se para configuração do ato de improbidade a comprovação do resultado danoso ao erário, consistente em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens; nexos de causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o resultado danoso; e o elemento subjetivo, neste caso admitindo-se dolo e culpa.

Verifico que os fatos anteriormente constatados não importam, ou pelo menos não se comprovou no decorrer da presente ação, em lesão concreta ao erário, passível de enumeração e restituição.

Não se olvida que qualquer ilegalidade no âmbito da Administração Pública implica em lesão ao interesse público, porquanto fere os princípios norteadores do exercício da função pública. Contudo, o que a norma estabelece é a necessidade de dano patrimonial possível de aferição - *"o art. 10, caput, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente"* - o que não houve na hipótese.

Por outro lado, os atos irregulares tomados pelos administradores (requeridos), igualmente, não podem ser enquadrados nas hipóteses do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Isto porque, não se descarta o que dispõe a Lei nº 8.666/93 quanto à necessidade de existência de determinadas cláusulas no contrato administrativo e à publicação do contrato como condição de eficácia do instrumento, de modo que a ação dos agentes públicos se deu, efetivamente, em contrariedade ao explicitado pela norma.

Todavia, consoante se verificou no item 1, o dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que para a configuração daquela espécie de ato de improbidade, exige-se a conjugação da ilegalidade e da demonstração do dolo dos agentes públicos em agir em evidente confronto aos princípios da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade e da publicidade.

Na hipótese, quanto à ausência de publicidade do contrato não se cogita sequer de ausência de provas quanto ao dolo, ao contrário está demonstrado que os agentes não agiram com a intenção manifesta de atentar contra os princípios da administração até porque a afixação do contrato no mural da Prefeitura era praxe da Administração.

Logo, houve publicidade parcial do contrato, o que afasta, inclusive, o dolo dos agentes públicos.

Importante frisar que se tratava de praxe na administração antecedente e à época dos fatos.

Já a inexistência de determinadas cláusulas no contrato administrativo pode ser justificada pelo despreparo e inexistência de instrução quanto aos procedimentos licitatórios em relação aos agentes públicos e pela ausência de planejamento de um município pequeno.

Aliás, a boa-fé dos requeridos, neste caso, está demonstrada nos autos. Ora,

embora a Lei nº 8.666/93 sequer exija a elaboração de contrato administrativo decorrente de licitação na modalidade convite, podendo os administradores, a seu critério, substituí-lo por outros documentos hábeis, optaram os réus por redigi-lo (ainda que simplificada) dando ao procedimento certa formalidade e segurança aos contratantes.

Pois bem, além das meras irregularidades apontadas, os autos demonstram que todas as fases do procedimento licitatório foram estritamente observadas, com o envio de convite aos interessados, publicação do aviso, averiguação da habilitação e propostas.

Em síntese, há, portanto, tão somente pequenas e irrelevantes irregularidades que não geraram consequências de grave monta, até porque não implicaram em qualquer alteração na disputa entre as empresas licitantes.

[...]

Assim sendo, como consequência advinda do descumprimento do encargo probatório atribuído ao Ministério Público, que não provou parte dos fatos narrados na inicial, bem assim por entender que a outra parte da conduta dos réus não se amolda a quaisquer das hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a absolvição dos mesmos se impõe.

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito da questão e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos veiculados na exordial.

[...]

Sentença sujeita à reexame necessário. Após o decurso de prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça (TJSC, Reexame Necessário n. 2012.079897-5, de Capinzal, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 02/07/2013) (fls. 1.000/1.016).

Fundamentando a insurgência, o Ministério Público aduz que a instrução processual confirma a tese noticiada na exordial, consubstanciada em *"irregularidades constantes no Processo Licitatório nº 14/2004 e contratações diretas de serviços FMS nº 28 e outros, referente à prestação de serviços médicos - ultrassonografia - a pessoas carentes [...]"* (fl. 1.020).

Reitera os argumentos lançados na inicial e demais peças, garantido, assim, a falta de publicação dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 que exsurgiram dos certames realizados, a omissão na prestação de contas dos serviços realizados; e a existência de imperfeições nos pagamentos, por falta de indicação da parte do corpo onde teriam sido realizados os respectivos exames médicos.

Garante, assim, que tais circunstâncias implicam *"na prática de atos de improbidade administrativa [...]"* (fl. 1.024), termos em que clama pelo conhecimento e provimento da insurgência (fls. 1.018/1.026).

Recebido o recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo (fl. 1.028), sobrevieram as contrarrazões, onde Anizete Wackernagel Plautz, viúva do falecido Prefeito, refutou as teses manejadas pelo *parquet*, clamando pelo conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 745/774).

Os demais réus, por sua vez, também apresentaram contrarrazões, rechaçando as teses ventiladas pelo *parquet* (fls. 1.048/1.063).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos por sorteio originalmente distribuídos ao Desembargador Newton Trisotto (fls. 1.066/1.067). Após, por transferência, remetidos ao Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi, vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara.

Em Parecer de lavra do Procurador de Justiça Sandro José Neis, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 1.068/1.075).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Muito embora o magistrado sentenciante tenha ordenado a remessa oficial, declino deste mister, já que, nas ações de improbidade administrativa, "*não há que se falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente; [...] (Resp 1220667/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04-09-2014) [...]*" (Reexame Necessário n. 2015.015311-8, de Criciúma, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 12/05/2015).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina intentou a subjacente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra Wilson Plautz (Prefeito do Município de Camboriú na "*Administração 2001/2004*", falecido em 26/07/2007 - fl. 473), e também em direção a Simoni Russi, Giseli dos Santos Leal e Nelisete de Borba Carvalho de Lima - estes integrantes da Comissão de Licitação Permanente -, por irregularidades decorrentes da contratação, por intermédio de Carta-Convite, da prestação de serviços para realização de exames médicos.

Pois bem.

Por norma de organização e método, impõe-se a análise individual de cada uma das questiúnculas:

1.- Da alegada ausência de prova da realização dos exames clínicos e da falta de previsão contratual sobre a fiscalização pela tomada destes serviços:

[...] 2.1 Consta da exordial: "*Os contratos de prestação de serviços (FMS 11/2004 e FMS 12/2004) firmados com os prestadores de serviços vencedores do processo licitatório, são omissos quanto à prestação de contas sobre os serviços prestados para liquidação e autorização do pagamento [...] Além da liquidação nas Notas Fiscais emitidas pelos respectivos prestadores de serviço, também não localizamos nos Processos de Despesa nºs 1118 e 1119 de 2004, qualquer outro tipo de comprovação da realização dos serviços*" [...] (fl. 1.008).

O excerto dimana a averiguação de duas vertentes: a primeira correspondente à incúria do Município de Camboriú em estabelecer exigência acerca do cumprimento do ajuste; a segunda condizente com a efetiva realização dos serviços contratados.

Do acervo probatório constante nos autos, infere-se que após deflagrar o Edital de Convite nº 13/2004 (fls. 18/58), em decorrência da "*Solicitação de Abertura de Licitação*" pela Secretaria de Saúde (fl. 19), o Município de Camboriú expediu Carta-Convite aos concorrentes cadastrados (fls. 30/32), o que culminou na adjudicação das propostas vencedoras e na elaboração dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004, respectivamente, que, na Cláusula 4ª (quarta) de ambos, previam que:

[...] OBRIGAÇÕES DO CONTRATANTE: Constituem obrigações do

CONTRATANTE, dentre outras insertas ou decorrentes deste Contrato:

a. Liquidar os documentos de cobrança.

b. Dar o devido recebimento dos serviços. [...] (fls. 08 e 10 - grifei).

Com efeito, o referido indicativo, ainda que singelo, torna tangível a predisposição da municipalidade em chancelar uma modalidade de exigência dos serviços ajustados, de modo que, muito embora não esclareça pormenorizadamente o *modus operandi* de tal averiguação, é suficiente para rechaçar a pretensão do Ministério Público de ser exigido o esgotamento de todos os meandros e particularidades do art. 54 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que haveria de constar no instrumento "*expressamente as condições de pagamento [...]*" (fl. 04).

Não desconheço que a incúria dos administradores em registrar maior esclarecimento sobre tal dispêndio pavimenta ampla discussão sobre a necessidade de serem revistos seus procedimentos. Contudo, dizer que há, só por isso, conduta ímproba, constitui um axioma que inspira cautela.

É que, segundo Waldo Fazzio Júnior, o "*ato de improbidade administrativa é a exteriorização da vontade do agente público, portanto ato humano e, assim, expressa um querer. Daí a necessidade de se perquirir sobre seu elemento subjetivo. [...]*" (*Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79).

Ora, ressei pertinente cotejar se o ato reprovável - desacerto na elaboração do contrato -, ostenta efetivamente a pecha de reprovação necessária para aplicabilidade da Lei de Improbidade de Administrativa.

A respeito, trago à lume o raciocínio professado por Marçal Justen Filho, de que "*o conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outro ato que se funde o contrato). [...]*" (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 708).

Sob esta perspectiva, o exame da validade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 não se encerra nele mesmo, e que sua compreensão pode ser dilatada ao conjunto de todo o processo licitatório, donde a obtenção e a inspeção de elementos pragmáticos de sua validade podem reluzir materializados em outras peças.

É o caso da Solicitação de Abertura de Licitação (fl. 19), que em seu quadro "*Quantidade e Especificação*" delinea a demanda da municipalidade, com valores unitários para cada exame, bem como a indicação anatômica de cada consulta, desvelando que não houve propósito doloso dos réus em turvejar o processo licitatório.

Aliás, nesta toada, bem pontuou o togado singular que:

[...] Ainda que assim não fosse, é importante destacar que, consoante o que dispõe a Lei nº 8.666/93, a elaboração do "*contrato administrativo*" em casos de licitação na modalidade Carta-Convite é dispensável, podendo-se fazê-lo substituir por outros instrumentos hábeis.

Neste caso, optaram os administradores por elaborar o referido contrato, ainda que de forma mais simplificada, característica esta marcante das licitações na

modalidade convite.

Assim sendo, verifico que os contratos firmados estabeleceram, satisfatoriamente, o objeto da licitação, a contraprestação, o preço unitário, o modo de pagamento (em parcelas), o prazo (60 dias da entrega), a dotação orçamentária, o regime de execução e a forma de fornecimento, não havendo que se falar em insuficiência de clareza. [...]. (fls. 1.009/1.010).

Portanto, *"da mera prática do ato não exsurge, presumidamente, o intuito malsã do Agente Público, competindo ao membro do Parquet, parte autora da ação, trazer aos autos provas que atestem haver o dolo do Agente (art. 333, I, do CPC). [...]"* (STJ, REsp 1253368/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 21/08/2014).

De outra banda, quanto à efetiva prestação dos serviços contratados, entendo que o embate recai nas diretrizes estabelecidas pelo art. 333 do Código de Processo Civil, que trata da distribuição do ônus da prova entre as partes.

2.- Alegada ausência de requisições de Exame ou Conhecimento de cada paciente:

[...] 2.2 O Ministério Público ainda sustentou: *"em análise às Notas Fiscais relacionadas a contratações diretas, não localizamos menção às requisições de Exame ou conhecimento de cada paciente pelo Fundo Municipal de Saúde, e também, verificamos que a descrição dos serviços não é precisa, pois é de conhecimento que a realização de exames de ultrassonografia em diferentes partes do corpo humano possui preços diferenciados"*. [...] (fl. 1.010).

Como visto, a presente capitulação reclama a mesma interpretação afeiçoada ao campo de provas.

Dito isto, trago à baila o ensinamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, de que:

Como já dito, nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC).

[...]

Sucedo que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído - em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de prova diabólica (prova impossível). E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).

É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação pode conduzir a julgamentos injustos. [...] (*Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2. 6ª ed. Bahia: Juspodvim, 2011, p. 95).

Voltando ao conteúdo lançado nos autos, constato uma escassa prova no sentido de que o Município de Camboriú tenha efetivamente despendido verbas públicas para os tais serviços objetados, o que confirma os fundamentos pontuados

pelo julgador *a quo*, quais sejam:

[...] Além disso, não é possível esclarecer se houve qualquer dano ao erário decorrente da conduta dos requeridos, porquanto não foram juntadas aos autos as Notas de Empenho ou as Ordens de Pagamentos que comprovem a liquidação da despesa sem a prestação do serviço por parte dos contratados, como quer fazer crer o Ministério Público.

[...]

No tocante à questão relativa à ausência de precisão na descrição dos serviços, entendo que não é possível (pele menos não a partir do escasso conteúdo probatório trazido aos autos) esclarecer as condições em que se dera a contratação direta de serviços de exames de ultrassonografia.

Ora, foram acostadas aos autos tão somente cópias de autorização de fornecimento, desacompanhadas dos pedidos que lhes deram origem, NÃO ASSINADAS pelo responsável pelo setor de compras (fls. 12/16).

Assim, não há como concluir sequer que referidos serviços tenham sido autorizados e custeados pelo município de Camboriú.

Superada esta questão, no tocante à verificação da execução dos mencionados serviços (se é que eles foram realmente autorizados), insta registrar que os atos referentes à execução ou aceitação do contrato em muito se afastam das competências atribuídas à Comissão de Licitação Permanente do município de Camboriú para o exercício de 2004, da qual faziam parte as requeridas Nelisete, Simoni e Giseli.

Quanto ao réu Wilson, na condição do Ordenador Primário das despesas da administração pública do município de Camboriú, poderia este ser responsabilizado por eventual pagamento irregular, porém não é o caso dos autos.

Isto porque, não há qualquer evidência nos autos de que este tivesse concorrido para eventual pagamento por serviço prestado à municipalidade sem a regular verificação de sua execução. Como visto, além de não existir provas de que o pagamento a que se refere a inicial tenha sido irregular, não há sequer elementos a apontar que, de fato, HOUVE algum pagamento.

Desta feita, tenho que os elementos acostados aos autos (ou a ausência destes) implica na conclusão de inexistência de qualquer irregularidade na condução dos referidos procedimentos. [...] (fls. 1.010/1.011).

Superado pois este ponto de insurgência, já que ausente a efetiva comprovação dos fatos articulados pelo *parquet*.

3.- Da apontada falta de publicidade dos Contratos vencedores da modalidade Carta-Convite:

[...] 2.3 Por fim, descreveu o Ministério Público na exordial que os contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e as empresas vencedoras do certame na modalidade convite não foram devidamente publicados. [...] (fls. 1.011/1.012)

Rendendo ensejo à discussão, afigura-se plausível citar excerto doutrinário de Marçal Justen Filho, no sentido de que:

[...] O procedimento licitatório "*convite*" pressupõe a ausência de necessidade de especificações detalhadas ou de complexidade no objeto a ser contratado. O convite é adequado quando o objeto a ser contratado é simples o suficiente para ser realizado por qualquer profissional de uma determinada área. Por isso, o convite

pode ser dirigido também a pessoas que não estejam cadastradas, como exposto acima. [...] (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 269).

É certo que este abrandamento da rigidez pertinente à Carta-Convite não isenta o agente público de observar os princípios basilares inerentes à *res publica*, notadamente o da publicidade, que, nas palavras de Volnei Ivo Carlin, "exterioriza a democracia de um país que tem a transparência como regra básica e o segredo como exceção. Esse princípio torna obrigatória a divulgação oficial dos atos praticados pela Administração Pública, para conhecimento, controle e início de seus efeitos [...]" (Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 71).

Tal altercação é meritória, mas convém dividi-la em duas etapas: a primeira diz respeito à veiculação de notícias acerca do início do certame, ato que tem por escopo garantir a amplitude desta informação, ainda que na modalidade Convite esta seja direcionada basicamente aos concorrentes cadastrados na municipalidade; já a segunda providência, o contrato e sua publicação - termo pelo qual o particular e a administração selam o ajuste -, é volvido mais ao aspecto da fiscalização, já que tem o condão de conferir elementos para que a coletividade inspecione a faina de quefazeres da municipalidade.

Nesta solfa, o ápice da publicidade é alcançado pela anúncio de que o processo editalício encontra-se em aberto, conclamando os interessados a participarem da chamada pública.

Portanto, este protagonismo relega para um segundo plano - mas não menos dispensável -, a averiguação da adequada publicidade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004.

No caso em rusga, as partes não dissentem que houve publicidade quanto ao chamamento dos concorrentes ao Processo Licitatório nº 13/2004. Até porque consta a expressa menção de que este, "para os fins da lei nº 8.666/93, foi publicado e afixado no mural oficial desta instituição, a partir das 14:00 horas do dia 24/09/2004, até as 17:00 horas do dia 04/10/2004. Camboriú, 24 de setembro de 2004 [...]" (fl. 33).

A controvérsia sobrepára quanto à publicidade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 em si, ou seja, se o produto final do certame veio à tona para a coletividade.

A respeito, os réus aduziram que "era prática reiterada da administração, posteriormente definida por Lei Municipal, a publicação dos atos oficiais no Mural da Prefeitura, inclusive o resumo de todas as licitações, os contratos e compras diretas. [...]" (fls. 279/280 e 356).

Em contraponto, não desconheço da subsunção do caso ao disposto no § único do art. 61 da Lei nº 8.666/93, de que,

[...] A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua

assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Ocorre que entre a negligência de um comando normativo, e a efetiva constatação da proposital vontade do agente em partilhar este caminho, subsiste - em estado latente -, a necessidade de se averiguar o seu dolo, nexos causal próprio da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, José Armando da Costa adverte que é preciso cotejar o viés subjetivo dos réus para que o constante no art. 11, inc. IV da Lei nº 8.429/92 ("*negar publicidade aos atos oficiais*") ganhe repressivo contorno, senão vejamos:

[...] O tipo disciplinar de improbidade administrativa *sub lite* - em litígio - somente poderá ocorrer quando a ação de negativa de publicidade aos atos oficiais sejam perpetrados dolosamente, ou pelo menos voluntariamente, em que pretenda o agente público, ainda que por mero capricho, embotar a cristalinidade que deve prevalecer na pública administração. [...] (*Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 151).

Dito isto, apesar da falta de prova concreta acerca da afixação dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 no mural do paço municipal de Camboriú - mas, em razão da infrutífera demonstração do dolo dos agentes perante esta incúria, aliado ao fato de que estes instrumentalizaram uma mínima publicidade para os atos de convocação do certame (satisfazendo o teor de publicidade de um dos momentos mais importantes do *iter* licitatório da modalidade Convite) -, entendo como equânime o apontamento vertido pelo togado singular, qual seja, do abrandamento da conduta atribuída aos réus, o que culmina na consequente absolvição destes, visto que,

[...] Na hipótese, quanto à ausência de publicidade do contrato não se cogita sequer de ausência de provas quanto ao dolo, ao contrário está demonstrado que os agentes não agiram com a intenção manifesta de atentar contra os princípios da administração até porque a afixação do contrato no mural da Prefeitura era praxe da Administração.

Logo, houve publicidade parcial do contrato, o que afasta, inclusive, o dolo dos agentes públicos.

Importante frisar que se tratava de praxe na administração antecedente e à época dos fatos.

[...]

Pois bem, além das meras irregularidades apontadas, os autos demonstram que todas as fases do procedimento licitatório foram estritamente observadas, com o envio de convite aos interessados, publicação do aviso, averiguação da habilitação e propostas.

Em síntese, há, portanto, tão somente pequenas e irrelevantes irregularidades que não geraram consequências de grave monta, até porque não implicaram em qualquer alteração na disputa entre as empresas licitantes. [...] (fl. 1.013).

Dessarte, manifesto-me no sentido de conhecer do apelo, todavia negando-lhe provimento. De outro vértice, pronuncio-me pelo não conhecimento da remessa oficial.

É como penso. É como voto.