



Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 08040/2021-9

Classificação: Agravo

Sector: NRC - Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas

Criação: 17/02/2022 19:07

UG: PMVV - Prefeitura Municipal de Vila Velha

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: ARNALDO BORGIO FILHO

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público de Contas (MPC) em face da Decisão 3079/2021-6 – Plenário, proferida nos autos da Representação que originou o Processo TC 3203/2021-4, na parte que indeferiu os pedidos cautelares constantes da Petição Inicial 1088/2021-1, nos seguintes termos:

1. Decisão 3079/2021-6 – Plenário

Vistos, relatados e discutidos, estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, em:

1.1. INDEFERIR a medida cautelar pleiteada, uma vez que ausentes os requisitos autorizativos;

1.2. SUBMETER o feito ao rito ordinário;

1.3. NOTIFICAR o senhor **ARNALDO BORGIO FILHO**, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhe:

1.3.1. Cópia do Plano Anual de Publicidade de 2021, aprovado pela Câmara Municipal de Vila Velha, conforme previsão contida no § 2º do



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

art. 77 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha, incluindo a publicidade institucional realizada por meio de redes sociais, bem como a descrição das respectivas despesas e fontes de recursos;

1.3.2. Cópia dos relatórios trimestrais completos sobre os gastos publicitários realizados no exercício 2021, bem como comprovação de suas publicações e envios ao Poder Legislativo e ao Conselho Comunitário, conforme preceituam o §§ 4º e 5º do art. 77 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha;

1.3.3. Informações sobre servidores, empresas ou pessoas contratadas responsáveis pela criação e pela divulgação da publicidade institucional do Município nas redes sociais, apresentando, conforme o caso, os respectivos contratos;

1.3.4. Informações sobre a utilização de servidores públicos municipais no processo de produção e postagem do conteúdo divulgado à sociedade por meio do perfil pessoal do Prefeito do Município de Vila Velha nas redes sociais.

1.4. CIENTIFICAR o representante da presente decisão, nos termos do art. 307, §7º, do RITCEES;

1.5. ENCAMINHAR, após cumpridas as formalidades, os autos à SEGEX para instrução.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 07/10/2021 - 53ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (relatora/em substituição)

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

[...]

O Processo TC 3203/2021-4 trata de Representação proposta pelo MPC em face do Sr. Arnaldo Borgo Filho, Exmo. Prefeito Municipal de Vila Velha, apontando violação ao princípio da impessoalidade tutelado pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal, pelo § 1º do art. 32 da Constituição Estadual e pelo art. 77 da Lei Orgânica de Vila Velha, em razão da realização de promoção pessoal por meio da associação de sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas oficiais do município, mediante utilização de seu perfil pessoal em redes sociais.

O MPC se insurgiu contra a decisão, postulando sua reforma para que sejam deferidos



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

os seguintes pedidos:

a) **Liminarmente**, com fundamento no preenchimento dos requisitos autorizativos para concessão da **medida cautelar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito e de receio de grave ofensa ao interesse público**, **determine ao Sr. Arnaldo Borgo Filho que, enquanto se encontrar no exercício do cargo público de Chefe do Poder Executivo do Município de Vila Velha, para o qual é remunerado pelos cofres públicos, abstenha-se de prestar contas à sociedade por meio de seu perfil pessoal nas redes sociais, associando sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas oficiais do município**, por constituir tal conduta uso indevido do cargo público para **promoção pessoal** de seu ocupante, conforme constatado pelo Área Técnica do TCE-ES por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1**, considerando, para tanto, o fato de que a utilização de meios de comunicação privados por parte do Prefeito para promover sua imagem e logomarca pessoal não descaracteriza a violação do **Princípio da Impessoalidade** tutelado pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal;

b) **Liminarmente**, na hipótese de não acolhimento do pedido anterior, com fundamento no preenchimento dos requisitos autorizativos para concessão da **medida cautelar fundada no instituto da Tutela da Evidência**, aplicável à proteção do interesse público no âmbito dos tribunais de contas como desdobramento natural do Poder Geral de Cautela, **determine ao Sr. Arnaldo Borgo Filho que, enquanto se encontrar no exercício do cargo público de Chefe do Poder Executivo do Município de Vila Velha, para o qual é remunerado pelos cofres públicos, abstenha-se de prestar contas à sociedade por meio de seu perfil pessoal nas redes sociais, associando sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas oficiais do município**, por constituir tal conduta uso indevido do cargo público para **promoção pessoal** de seu ocupante, conforme constatado pelo Área Técnica do TCE-ES por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1**, considerando, para tanto, o fato de que a utilização de meios de comunicação privados por parte do Prefeito para promover sua imagem e logomarca pessoal não descaracteriza a violação do **Princípio da Impessoalidade** tutelado pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal;

c) **Ao final**, confirme os pedidos liminares na forma em que foram propostos.

Após autuação, o Gabinete do Conselheiro Relator, por meio do Despacho 51625/2021-7 (Evento 05), solicitou à Secretaria Geral das Sessões (SGS) que certificasse acerca da tempestividade do recurso. E em resposta, a SGS, por meio do Despacho 45/2022-1 (Evento 06), informou que o prazo do MPC para interposição do agravo venceu em 14/12/2021.

Na sequência, e por meio da Decisão Monocrática 15/2022-9 (Evento 10), o Conselheiro Relator ordenou a notificação do Sr. Arnaldo Borgo Filho para apresentação das contrarrazões, as quais foram apresentadas na Resposta de



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Comunicação 105/2022-8 (Evento 15), com a tempestividade certificada pela SGS (Evento: Juntada).

Em sede de contrarrazões, do Sr. Arnaldo Borgo Filho apresentou os seguintes pedidos:

6. DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, e por outros motivos ponderáveis que acudirem ao pronunciamento de Vossa Excelência **REQUER** o recebimento da presente Contraminuta ao Agravo para que seja negada a medida cautelar/liminar, mantendo-se a v. Decisão 3079/2021-6 - Plenário, ante a ausência dos requisitos autorizativos para a concessão da medida cautelar (art. 376 do RITCEES), **bem como seja negada a tutela liminar fundada na tutela de evidência, tendo em vista a impossibilidade jurídica do pedido, sob pena de afronta ao CPC.**

Noutras palavras, pugna-se pelo indeferimento das medidas cautelares, seja porque não há nenhuma ilegalidade – pelo contrário, a própria Lei Orgânica de Vila Velha, em seu art. 77, § 2º e § 3º, possui dispositivo legal que permite a publicidade custeadas com recursos próprios por agente público -, seja porque ausentes os requisitos autorizativos das tutelas requeridas, seja pela impossibilidade jurídica do pedido.

Ao final, pugna-se que os pleitos formulados sejam julgados improcedentes.

Em seguida, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas (NRC) para análise e manifestação.

É o relatório.

2. PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Examinando as condições de admissibilidade do recurso, observa-se que o Recorrente é parte legítima e capaz e possui interesse processual.

No que concerne ao cabimento, constata-se que o instrumento utilizado é adequado à hipótese dos autos, tendo em vista que a decisão recorrida é uma decisão interlocutória, sendo, portanto, cabível o recurso de agravo, conforme dispõe o art. 169 da Lei Complementar 621/2012.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Relativamente ao cumprimento do prazo recursal, de acordo com o Despacho 45/2022-1 da SGS, verifica-se que a entrega dos autos com vista pessoal ao MPC, para ciência da Decisão TC-3079/2021, proferida nos autos do Processo TC 3203/2021, ocorreu em 24/11/2021. Sendo o prazo de interposição do agravo de 10 dias, tem-se que o mesmo venceu em 14/12/2021. Desta forma, tendo o recurso sido protocolizado na data de 14/12/2021, tem-se o mesmo como tempestivo.

Por fim, quanto aos pressupostos específicos do agravo, entende-se que foram atendidos, conforme previsão do art. 419, do RITCEES.

Opina-se, então, pelo conhecimento do Agravo.

E no tocante às contrarrazões, conforme já mencionado, a tempestividade foi reconhecida pela SGS (Evento: Juntada). Assim, entende-se pela admissibilidade das contrarrazões apresentadas, devendo ser processadas regularmente.

3. MÉRITO

De início, é preciso ressaltar que o mérito do recurso de agravo não se confunde com o mérito do processo principal, posto que no agravo o que se busca é desconstituir decisão interlocutória proferida nos autos do processo principal. Com efeito, assim estatui o art. 169 da Lei Complementar 621/2012:

Art. 169. Das decisões interlocutórias caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.

E acrescenta o art. 142, § 2º, do mesmo diploma legal:

§ 2º Interlocutória é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal de Contas decide questão incidental, antes de pronunciar-se quanto ao mérito.

No presente caso, o recurso objetiva confrontar a Decisão 3079/2021-6 – Plenário, proferida nos autos do Processo TC 3203/2021-4, a qual indeferiu as medidas cautelares requeridas pelo MPC.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Trata-se, portanto, de decisão interlocutória, por resolver questão incidental no processo principal (indeferimento de provimento cautelar) e, dessa forma, passível de agravo.

O indeferimento das medidas cautelares requeridas pelo MPC teve como fundamento a análise técnica constante da Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1, a qual foi acolhida pela Decisão 3079/2021-6 – Plenário. Na aludida manifestação técnica está registrado o seguinte entendimento:

[...]

Para efeito de concessão de medidas cautelares, mostra-se necessário observação aos requisitos dispostos no art. 376 do Regimento Interno desta Corte de Contas: o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, vejamos:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos: (destacamos)

I – fundado receio de grave ofensa ao interesse público;

II – risco de ineficácia da decisão de mérito.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

Como ocorre no presente feito, ao menos no momento, ambos os requisitos não se mostram presentes.

As publicações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais Instagram, Facebook e Twitter, com nítida promoção pessoal do agente público), perderam o interesse do público na medida em que a ação da municipalidade propagada em cada uma já foi consumada.

Já quanto ao fundado receio de grave ofensa ao interesse público, o próprio Representante requereu a complementação de informações a respeito dos fatos trazidos na inicial.

Nessa perspectiva, opina-se pela não concessão da cautelar pleiteada, que visava fosse determinado ao representado se abster de associar sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas oficiais do município nas publicações realizadas em seu perfil pessoal nas redes sociais.

[...]



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Note-se, então, que o entendimento foi no sentido de ausência dos requisitos exigidos pelo art. 376 do RITCEES para concessão de medidas cautelares, quais sejam, o *fundado receio de grave ofensa ao interesse público (fumus boni iuris)* e o *risco de ineficácia da decisão de mérito (periculum in mora)*.

Quanto ao requisito do *risco de ineficácia da decisão de mérito*, considerou-se o exaurimento do interesse do público nas divulgações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais, na medida em que as ações públicas divulgadas já haviam se consumado.

E quanto ao requisito do *fundado receio de grave ofensa ao interesse público*, considerou-se que não houve robustez de informações acerca dos fatos representados, na medida em que o próprio Representante requereu a complementação das informações.

3.1. Razões recursais

No tocante às razões de recurso, o agravante se manifesta nos seguintes termos:

[...]

4 Da presença dos requisitos autorizativos para concessão da tutela cautelar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito e de receio de grave ofensa ao interesse público

[...]

Assim, de acordo com a fundamentação coligida pelo corpo técnico, o “risco de ineficácia da decisão de mérito” estaria afastado em razão do fato de que “as publicações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais Instagram, Facebook e Twitter”, apesar da “nítida promoção pessoal do agente público”, “perderam o interesse do público na medida em que a ação da municipalidade propagada em cada uma já foi consumada”.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a tutela cautelar tem por objetivo evitar uma conduta futura e não pretérita, de modo que a consumação do fato reconhecido pela Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14) como “promoção pessoal” não guarda pertinência lógica com o pleito cautelar formulado pelo Parquet de Contas.

Explica-se. O risco de ineficácia da decisão de mérito decorre da possibilidade de que a irregularidade praticada no passado, a qual fora devidamente reconhecida pela Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14), possa ocorrer novamente no futuro.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Destarte, sob esse prisma, não faz sentido o Tribunal de Contas, reconhecendo a ocorrência de violação à Constituição Federal, eximir-se de expedir determinação para que o representado se abstenha de associar sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município sob o fundamento de que as postagens passadas estariam “consumadas”, como se este Órgão Ministerial tivesse requerido a esse Sodalício que voltasse no tempo e impedisse a publicação de cada uma das aludidas publicações.

Ora, ao se reconhecer que o representado praticou – e continua a praticar, conforme demonstrado neste recurso de Agravo – nítida promoção pessoal por meio das postagens realizadas em seu perfil pessoal, se está a requerer que, em uma visão prospectiva, se lance um olhar para o futuro – e não para o passado, logicamente – e assim, se possa avaliar a possibilidade de o representado ser contumaz em seu comportamento, fato facilmente verificável, por exemplo, ao se visitar o seu perfil pessoal na rede social Instagram:

[...]

Note-se que essas esmeradas produções poderiam ser realizadas sem serem estreladas pelo Chefe do Poder Executivo, ou seja, sem a associação de sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município. Nessa hipótese, não haveria prejuízo algum para a compreensão do conteúdo informativo da publicidade institucional.

De acordo com a inferência ao final apresentada pela Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14) jamais seria possível demonstrar a presença do risco de ineficácia da decisão de mérito com fundamento em fato pretérito, hipótese que, se porventura admitida, inviabilizaria qualquer pretensão de se tutelar o interesse público a partir da demonstração de que a irregularidade vem se consumando há dias, semanas, meses ou anos.

Diante dessa nítida contradição, questiona-se: como é possível reconhecer que as postagens realizadas pelo representado em seu perfil pessoal constituem “nítida promoção pessoal”, violando frontalmente a Constituição Federal, e, ao mesmo tempo, opinar pelo indeferimento do pleito cautelar? Quem assegura que o representado não continuará violando a Carta Magna, como de fato vem ocorrendo?

Indubitavelmente, a consumação do ato de realizar postagens nas redes sociais ocorre de forma instantânea, não sendo possível prever em que momento ela se dará novamente, razão pela qual mostra-se rigorosamente cabível a determinação para que o representado, no exercício do cargo público de Prefeito do Município de Vila Velha, abstenha-se de prestar contas à sociedade por meio de novas postagens em seu perfil pessoal nas redes sociais que associem sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município.

Por sua vez, o requerimento de “complementação de informações a respeito dos fatos trazidos na inicial”, formulado pelo Parquet de Contas, utilizado como único argumento pelo corpo técnico para elidir o fundado receio de grave ofensa ao interesse público, também não se sustenta. Isso porque a própria Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14) constatou que o representado, por meio de suas postagens em redes sociais, realizou promoção pessoal mediante violação da Constituição Federal.

Se a violação reiterada da Lei Maior, constatada pela Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14), e exaustivamente demonstrada no presente



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

recurso de Agravo, não representa grave ofensa ao interesse público, o que mais poderia ser considerado como tal?

Imagine-se, por exemplo, que o Tribunal de Contas constate a existência de nítida fraude à licitação a partir da análise da documentação juntada à Representação aviada pelo Parquet de Contas, na qual, naturalmente, o Órgão Ministerial subscritor requerera a ampliação do acervo probatório. Se a própria Área Técnica considerou suficientes os elementos probatórios coligidos pelo MPC para constatação da fraude, por qual motivo seriam necessários novos documentos para se determinar a suspensão cautelar do certame ou do contrato?

Como se percebe, o argumento de que o requerimento de documentos, formulado pelo Parquet de Contas mostra-se suficiente para afastar o receio de grave ofensa ao interesse público, não guarda qualquer relação lógico-dedutiva com o que fora expresso no corpo da Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14), porquanto não vincula ou condiciona a análise empreendida pela Área Técnica.

Logo, sob o ponto de vista dos requisitos autorizativos da tutela cautelar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito e de receio de grave ofensa ao interesse público, e considerando que os dois únicos fundamentos lançados pela Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 (evento 14) para concluir pela sua denegação não se encontram lógica e legalmente amparados, reitera-se os pedidos cautelares formulados na inicial.

[...]

5 Da presença dos requisitos autorizativos para concessão da tutela cautelar fundada na tutela da evidência

A Tutela da Evidência encontra-se prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, sendo aplicável ao caso em tela a hipótese normativa contida no inciso IV do mencionado artigo, combinado com seu parágrafo único:

TÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Observe-se que a Tutela da Evidência deve ser concedida independentemente da demonstração de perigo de dano (representada no feito em tela pelo requisito de receio de grave ofensa ao interesse público) ou de risco ao resultado útil do processo (caracterizado no caso vertente pela ineficácia da decisão de mérito).

Consoante preconiza o inciso IV do art. 311, adaptado ao rito processual desta Corte de Contas, a Tutela da Evidência será concedida, após realização do contraditório e da ampla defesa, quando a petição inicial da Representação for instruída com prova documental suficiente dos atos reputados irregulares, a que o representado não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Conforme constatado pela Área Técnica do TCE-ES e assentado na Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1, a petição inicial da Representação TC 3203/2021 foi instruída com prova documental suficiente (postagens nas redes sociais) para se chegar à seguinte conclusão:

De fato, pelo teor das postagens coletadas nos perfis sociais pessoais do representado e mostradas acima (postagens), constata-se que as divulgações, associam a figura do chefe do executivo municipal a uma ação da Prefeitura Municipal de Vila Velha, constituindo nítida promoção pessoal. [...]

Já por uma linha mais consentânea com os objetivos e fins buscados pelo legislador constitucional ao prever os contornos do § 1º do art. 37 da CF1988, ao serem atualizados para o atual momento tecnológico, certamente se mostra vedada a conduta praticada pelo representado, de fazer divulgação de atos, programas, serviços e campanhas de órgãos/entes públicos, associando a sua figura pessoal, independente do meio utilizado, eis que, na prática, fez as vezes de publicidade oficial, valendo-se da própria credibilidade ostentada pelo agente político, na qualidade de prefeito do município.

(NPPREV - Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência do TCE-ES)

Perceba-se que nem mesmo os argumentos trazidos pelo representado em sede de defesa técnica foram suficientes para dissuadir o entendimento do corpo técnico do Tribunal de Contas e descaracterizar a promoção pessoal, motivo pelo qual também se acham presentes os requisitos autorizativos da concessão dos pleitos cautelares fundada na Tutela da Evidência.

3.2. Contrarrazões

No tocante às contrarrazões, o Sr. Arnaldo Borgo Filho se manifesta nos seguintes termos:

[...]

3. DA CONSTATAÇÃO DO NÚCLEO TÉCNICO DO TCEES – AUSÊNCIA DE AMBOS OS REQUISITOS AUTORIZATIVOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

[...]



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Colhe-se da Manifestação Técnica do NPREV que, *in casu*, encontram-se ausentes ambos os requisitos autorizativos para concessão da medida cautelar.

A hermenêutica do art. 376 do RITCEES advoga de forma incontestável que a concessão da medida cautelar depende da cumulação de ambos os requisitos autorizadores. Assim, se ausente inclusive apenas um deles, inconcebível a concessão da medida cautelar.

A despeito disso, como bem salienta o Corpo Técnico, o requerimento de complementação das informações a respeito dos fatos trazidos na inicial pelo Parquet de Contas já é demonstrativo da ausência de fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Ademais, no rol de pedidos constantes na exordial (01088/2021-1), consta requerimento do Ministério Público de Contas a esta Egrégia Corte da necessidade de se instaurar incidente para formação de prejudgado, tendo por escopo definir, mediante decisão normativa, se a divulgação de ações e programas de governo por meio do perfil pessoal do ocupante do cargo público se submetem aos mesmos limites impostos pela legislação à publicidade institucional realizada pelo ente público.

Esse questionamento suscitado pelo Parquet de contas evidencia a incerteza no que tange a aplicação do dispositivo constitucional ao caso concreto.

Assim, o fato do próprio Ministério Público Especial de Contas pedir a instauração do incidente de prejudgado afasta o *fumus boni iuris*, uma vez que reconhece, ainda que tacitamente, inexistir argumentação jurídica consolidada que justifique a concessão de uma medida liminar nos termos postulados.

Aliás, o corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas ao citar doutrina e jurisprudência elenca que o conceito de publicidade institucional exige para sua configuração a presença de alguns elementos, a saber:

- a) conteúdo consistente na divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos/entes públicos;
- b) produção e/ou divulgação da publicidade custeados com recursos públicos e;
- c) ato administrativo de publicidade autorizada por agente público (Decisão 3079/2021-6 – Plenário)

Conforme se vê, o próprio NPREV demonstra dúvida quanto ao preenchimento dos elementos caracterizadores da publicidade institucional, já que inexistente no presente caso dispêndio de recursos públicos para o financiamento da publicidade veiculada no perfil pessoal do Instagram do ora Recorrido.

Assim, resta demonstrada a zona cinzenta sobre a qual a presente lide se debruça, vez que o texto da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 veda a presença de nomes, símbolos ou imagens apenas nas publicidades institucionais veiculadas pelos órgãos públicos. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A interpretação é clara e não deixa dúvidas a respeito do que se pretende coibir, motivo pelo qual, por razões óbvias, o próprio Parquet de Contas nutrido de dúvidas a respeito do tema, requer a formação de prejudgado a respeito do mote sub examine, o que afasta, por si só, a concessão da cautelar pleiteada, conforme já deixou demonstrado o Corpo Técnico desta estimada Corte.

Soma-se a isso que a Câmara de Vereadores de Vila Velha - CMVV por iniciativa própria, mediante proposta de emenda à Lei Orgânica de Vila Velha, aprovou no ano de 2021 a Emenda nº 60/2021, que dá nova redação ao artigo 77 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha, senão vejamos inteiro teor da Emenda:

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE VILA VELHA - EMENDA Nº 060, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2021.

Dá nova redação ao artigo 77 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VILA VELHA, Estado do Espírito Santo, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo parágrafo 2º do artigo 33 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha, faz saber que o Plenário aprovou e ele promulga a seguinte Emenda à Lei Orgânica:

Art. 1º O artigo 77 da Lei Orgânica do Município de Vila Velha passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 77. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública direta, indireta ou fundacional, deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social.

§ 1º É vedada nas publicidades institucionais a utilização de nomes, símbolos, sons e imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades, servidores públicos ou partidos políticos.

§ 2º A publicidade retratada no caput é definida como publicidade institucional, e não se confunde com a publicidade custeada com recursos privados do agente público e/ou servidores públicos.

§ 3º É lícita a publicidade, através das redes sociais privadas dos agentes políticos e servidores públicos, das ações, obras, serviços, entregas e feitos oficiais, em homenagem aos princípios da liberdade de expressão, da transparência e do dever de prestar contas à população.” (NR)

Já em vigor a Emenda nº 60/2021 revogou os antigos §§ 2º, 3º e 4º do art. 77, por violação à Constituição Federal, ao princípio da simetria e ao princípio da separação de poderes, bem como deu nova redação aos §§ 2º e 3º para distinguir a publicidade institucional, da publicidade custeada com recursos privados do agente público.

Vale acentuar, que da leitura de seu art. 2º depreende-se que os efeitos da Emenda nº 60/2021 retroagem a 01 de janeiro de 2021, motivo pelo qual, não subsiste razão na Lei Orgânica do Município de Vila Velha que dê suporte as razões postuladas pelo Parquet de Contas, o que afasta o *fumus boni iuris*.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

É preciso insistir também, que a presente alteração da Lei Orgânica não traz qualquer violação ao princípio da transparência ou ao dever de prestar contas pelo Poder Executivo, tendo condão apenas de amoldar a Lei Orgânica à Constituição Federal em consonância ao princípio da simetria e da separação de poderes.

4. DA QUEBRA DA ISONOMIA - DO TRATAMENTO DESIGUAL DISPENSADO PELO PROCURADOR DE CONTAS – AUSÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE GRAVE OFENSA AO INTERESSE PÚBLICO E RISCO DE INEFICÁCIA DA DECISÃO DE MÉRITO

[...]

A partir das informações aqui apresentadas, evidente que estão ausentes os pressupostos autorizativos para concessão da medida cautelar, nos moldes do art. 376 do RITCEES, quais sejam, *(i)* fundado receio de grave ofensa ao interesse público, e *(ii)* risco de ineficácia da decisão de mérito.

Isso porque, se houvesse qualquer receio de grave ofensa ao interesse público ou até mesmo de risco de ineficácia da decisão de mérito, sem a menor sombra de dúvidas, o Parquet de Contas apresentaria denúncia a este Egrégio Tribunal de Contas em face de todos os agentes políticos, agentes esses cuja prática de idêntica conduta é admitida pelo Órgão Ministerial.

Utilizando-se da mesma analogia ilustrada no Agravo - 00319/2021-7 pelo Douto Procurador de Contas imagine-se, por exemplo, que o MPC/ES acredite estar diante de hipótese de fraude à licitação, no qual várias pessoas estejam envolvidas. Considerando que o próprio MPC/ES achou suficientes os elementos probatórios para apresentação da denúncia em face de todos os investigados, decerto não subsistiria motivo idôneo para a apresentação da denúncia pelo Douto Promotor de Contas perante apenas um investigado.

Como se percebe não é apenas o argumento de requerimento de documentos complementares pelo Parquet de Contas, que por si só, fundamenta o afastamento do receio de grave ofensa ao interesse público, mas também o fato de que diante do cenário atual, no qual diversos agentes políticos praticam o mesmo ato, conforme admitido pelo próprio MPC/ES na peça recursal, a denúncia foi apresentada perante apenas uma pessoa.

Nessa esteira, depreende-se por uma linha de raciocínio lógico-dedutiva que o receio de grave ofensa ao interesse público inexistente por ato tácito do Parquet de Contas em deixar de apresentar denúncia em face de todos os outros agentes políticos, que ele mesmo admite estarem praticando condutas com idêntica similaridade as praticadas pelo ora recorrido.

Portanto, se existe de fato receio de grave ofensa ao interesse público, conforme alega o Parquet de Contas pelas condutas praticadas pelo Prefeito Municipal de Vila Velha, conseqüentemente deveria persistir o mesmo receio pelas condutas realizadas pelos outros agentes políticos.

O raciocínio que deve ser adotado no presente caso é o seguinte: ou existe receio de grave ofensa ao interesse público para todos os agentes políticos que praticam a conduta de mesma natureza, ou não subsiste tal argumento, sob pena de nítida quebra da isonomia.

Assim, ausentes os requisitos autorizativos da tutela cautelar, conforme decidido pelo Plenário deste Egrégio TCEES (Decisão 3079/2021-6 – Plenário), pugna pela manutenção da decisão.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

5. DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS PARA CONCESSÃO DE TUTELA CAUTELAR FUNDADA NA EVIDÊNCIA

À luz do artigo 311, IV, do Código de Processo Civil – CPC a tutela de evidência será concedida, independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando a exordial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. *In verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Nessa vereda, ao final da peça recursal (00319/2021-7) requer o Parquet de Contas que no caso de não acolhimento da liminar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito e de receio de grave ofensa ao interesse público, seja concedida liminarmente medida cautelar fundada no instituto da Tutela da Evidência.

Ocorre que, o requerimento formalizado pelo Ministério Público de Contas não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual, não deve ser acolhido por este Egrégio TCEES, sob pena de afronta ao CPC.

Embora seja possível a concessão de Tutela de Evidência com fulcro no art. 311, IV, é inconcebível que seja deferido a medida cautelar liminarmente, já que o objeto pleiteado é contrário ao próprio texto do dispositivo.

Isto pois, o parágrafo único do art. 311, do CPC, dispõe que apenas nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. Assim, impossível a concessão do pleito ministerial.

Pelas razões aqui expostas, o pedido do Parquet de Contas se dá ao arrepio da legislação processual, haja vista que o parágrafo único do art. 311 não prevê hipótese que abarque o inciso IV do mesmo artigo em sede de liminar, configurando, pois, impossibilidade jurídica do pedido, não devendo ser apreciado por esta Egrégia Corte de Contas.

[...]

3.3. Análise

Em relação à questão do *periculum in mora*, a decisão agravada considerou inexistente



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

o requisito, ao entendimento de que houve o exaurimento do interesse do público nas divulgações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais, na medida em que as ações públicas divulgadas já haviam se consumado.

O agravante alega que a tutela cautelar tem por objetivo evitar uma conduta futura e não pretérita, de sorte que o risco de ineficácia da decisão de mérito decorre da possibilidade de que a irregularidade praticada no passado, possa ocorrer novamente no futuro.

Assim, entende que não faz sentido a não expedição de cautelar determinando que o representado se abstenha de associar sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município, sob o fundamento de que as postagens passadas estariam consumadas, como se o MPC estivesse pleiteando uma volta no tempo para impedir a divulgação de cada uma das publicações.

Segue afirmando que o representado praticou e continua a praticar, conforme demonstrado no instrumento recursal, nítida promoção pessoal por meio de postagens publicadas em seu perfil pessoal, sendo contumaz em seu comportamento. E pondera que o representado poderia ter feito as divulgações sem a associação de sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município, hipótese na qual não haveria prejuízo algum para a compreensão do conteúdo informativo da publicidade institucional.

Aduz que jamais seria possível demonstrar a presença do *periculum in mora* com fundamento em fato pretérito, de acordo com a tese defendida na Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 e acolhida na decisão agravada, situação que, caso admitida, inviabilizaria qualquer pretensão de se tutelar o interesse público a partir da demonstração de que a irregularidade vem se consumando há dias, semanas, meses ou anos.

E arremata defendendo que não há dúvida que a consumação do ato de realizar postagens nas redes sociais ocorre de forma instantânea, não sendo possível prever



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

em que momento ela se dará novamente, razão pela qual mostra-se rigorosamente cabível a cautelar determinando que o representado, no exercício do cargo público de Prefeito Municipal de Vila Velha, abstenha-se de prestar contas à sociedade, em seu perfil pessoal nas redes sociais, por meio de novas postagens que associem sua imagem e logomarca pessoal às ações e programas do município.

E em relação à questão do *fumus boni iuris*, a decisão agravada considerou que não houve robustez de informações acerca dos fatos representados, na medida em que o próprio Representante requereu a complementação das informações.

O agravante alega que a Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1, a qual embasou a decisão agravada, reconheceu que o representado, por meio de suas postagens em redes sociais, realizou promoção pessoal mediante violação da Constituição Federal. Assim, defende que a violação reiterada do § 1º do art. 37 da Carta Magna, sem sombra de dúvida, representa grave ofensa ao interesse público.

E arremata ponderando que, se a própria Área Técnica considerou suficientes os elementos probatórios coligidos pelo MPC para constatação da promoção pessoal, não há que se falar na necessidade de novos documentos para se determinar a medida cautelar, de sorte que a argumentação de que o requerimento de documentos, formulado pelo MPC, mostra-se suficiente para afastar o *fumus boni iuris*, não guarda qualquer relação lógico-dedutiva com o que fora expresso no corpo da Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1.

Por sua vez, o Sr. Arnaldo Borgo Filho, em sede de contrarrazões, reforça a ausência dos requisitos necessários para a concessão de cautelar, tal como avaliado na Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1, e alega, em suma, que a Representação do MPC fere o princípio da isonomia, na medida que está dirigida apenas ao representado em questão, sendo que diversos outros agentes políticos submetidos à jurisdição do TCEES também adotam a mesma conduta. Assim, caso houvesse algum verdadeiro receio de *grave ofensa ao interesse público* ou até mesmo de *risco de ineficácia da decisão de mérito*, certamente o MPC teria oferecido



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Representação em face de todos os agentes políticos que adotam a mesma prática.

Pois bem. Como é cediço, a concessão de medida cautelar está condicionada à verificação de existência simultânea dos dois requisitos dispostos no art. 376, incisos I e II, do RITCEES, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. No presente caso, as liminares pretendidas pelo MPC foram indeferidas sob o fundamento de ausência dos aludidos requisitos, conforme análise técnica constante da Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1, acolhida pela decisão agravada.

Em suas razões recursais, o agravante entende que a Área Técnica já reconheceu a ocorrência da promoção pessoal indevida, numa espécie de antecipação da análise de mérito. Entretanto, ponderamos no sentido de que a aludido posicionamento da Área Técnica ocorreu em sede de manifestação técnica de cautelar, evidentemente, em momento anterior ao contraditório acerca do mérito da demanda. Portanto, não vislumbramos como razoável a afirmativa de que a questão da promoção pessoal já esteja liquidada sob o prisma da Área Técnica. A propósito desta ponderação, vejamos o seguinte trecho de precedente do TCEES relacionado com a matéria:

[...]

11.2 Da análise dos pedidos de cautelar:

Em análise à petição inicial, constato que o Ministério Público de Contas formulou os seguintes pedidos em sede de cautelar:

[...]

Depreende-se da inicial a intenção do Autor de zelar pela defesa do erário, objetivando evitar gastos desnecessários com publicidade irregular, em desacordo com o comando oriundo da Constituição da República.

Entretanto, entendo acoitada a adoção de qualquer das medidas propostas na inicial em sede de cognição sumária própria das cautelares, notadamente ao perceber que inclusive o próprio Parquet de Contas, em que pese tenha colacionado inúmeros documentos que demonstrem, a seu juízo, a irregularidade dos gastos públicos que descreve, solicita a este Tribunal que requisite documentos complementares que corroborem as irregularidades apontadas e que possam até mesmo estender os pontos de irregularidade para além daqueles já indicados na inicial.

Registro, por oportuno, que o exercício da administração estadual, em grande parte, se faz amparado na discricionariedade dos gestores, não cabendo ao Tribunal de Contas intervir na gestão e impor obrigação genérica de fazer ou não fazer sem uma adequada instrução processual que configure a



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

irregularidade de forma cabal.

É imperioso ressaltar que a Constituição veda apenas a utilização de símbolos que caracterizem promoção pessoal de autoridade, o que ainda haverá de ser objeto de debate nesses autos, após oitiva dos envolvidos e da própria área técnica da Corte. (grifo nosso)

[...]

DECISÃO TC-9051/2014 – Plenário, Processo TC-11185/2014
(Representação)

Neste contexto, entendemos que, no tocante à questão do *fumus boni iuris*, não procede a argumentação do agravante no sentido de que a Área Técnica considerou suficientes os elementos probatórios coligidos pelo MPC para constatação da promoção pessoal.

Conforme defendido pelo agravante, a partir da adoção da premissa de que a promoção pessoal já fora reconhecida, a desqualificação do requisito do *fundado receio de grave ofensa ao interesse público*, com base no argumento de que houve requerimento de documentos pelo MPC na inicial, não guarda qualquer relação lógico-dedutiva com o que fora expresso no corpo da Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1.

Todavia, e conforme se observa do mesmo precedente do TCEES já citado anteriormente, a requisição de documentos complementares com o intuito de corroborar as irregularidades apontadas e até mesmo estender os pontos de irregularidade para além daqueles já indicados na inicial é situação que interfere na adoção de medidas cautelares, no sentido de configurar uma precipitação. Vejamos, em destaque, o trecho do precedente que corrobora tal assertiva:

[...]

11.2 Da análise dos pedidos de cautelar:

Em análise à petição inicial, constato que o Ministério Público de Contas formulou os seguintes pedidos em sede de cautelar:

[...]

Depreende-se da inicial a intenção do Autor de zelar pela defesa do erário, objetivando evitar gastos desnecessários com publicidade irregular, em desacordo com o comando oriundo da Constituição da República.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Entretanto, entendo acoadada a adoção de qualquer das medidas propostas na inicial em sede de cognição sumária própria das cautelares, notadamente ao perceber que inclusive o próprio Parquet de Contas, em que pese tenha colacionado inúmeros documentos que demonstrem, a seu juízo, a irregularidade dos gastos públicos que descreve, solicita a este Tribunal que requirite documentos complementares que corroborem as irregularidades apontadas e que possam até mesmo estender os pontos de irregularidade para além daqueles já indicados na inicial.

Registro, por oportuno, que o exercício da administração estadual, em grande parte, se faz amparado na discricionariedade dos gestores, não cabendo ao Tribunal de Contas intervir na gestão e impor obrigação genérica de fazer ou não fazer sem uma adequada instrução processual que configure a irregularidade de forma cabal.

É imperioso ressaltar que a Constituição veda apenas a utilização de símbolos que caracterizem promoção pessoal de autoridade, o que ainda haverá de ser objeto de debate nesses autos, após oitiva dos envolvidos e da própria área técnica da Corte. (grifo nosso)

[...]

DECISÃO TC-9051/2014 – Plenário, Processo TC-11185/2014
(Representação)

Portanto, entendemos que as razões recursais relacionadas com a ausência do requisito do *fumus boni iuris* não são suficientes para acarretar a modificação da decisão agravada neste particular.

No tocante à discussão sobre o *risco de ineficácia da decisão de mérito*, entendemos que as razões recursais são procedentes. Com efeito, não vislumbramos como razoável o entendimento adotado na decisão agravada, no sentido de que houve o exaurimento do interesse do público nas divulgações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais, na medida em que as ações públicas divulgadas já haviam se consumado.

Em verdade, e s.m.j., não há que se falar em exaurimento do interesse do público enquanto as divulgações questionadas estiverem disponíveis nas redes sociais do representado, posto que os acessos do público não ocorrem todos ao mesmo tempo, sendo diluídos ao longo do tempo. Assim, enquanto estiverem disponíveis, as divulgações mantêm o potencial de alcançar um número de pessoas cada vez maior e de produzir efeitos proporcionais ao público alcançado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 | Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Neste contexto, faz todo o sentido os pedidos cautelares propostos pelo MPC para retirada das divulgações já publicadas (e porventura ainda disponíveis nas redes sociais) e também para abstenção de se promover a publicação de novas divulgações, a fim de se prevenir um provável prejuízo decorrente da promoção pessoal indevida, enquanto se discute o mérito da causa.

Assim, tem-se que as razões recursais relacionadas com a ausência do requisito do *periculum in mora* são, em tese, suficientes para acarretar a modificação da decisão agravada neste particular. Todavia, considerando-se que o objetivo do agravo é reverter a Decisão TC 3079/2021-6 – Plenário para que sejam concedidas as cautelares requeridas, é preciso ressaltar a necessidade de que estejam presentes simultaneamente os dois requisitos (*fundado receio de grave ofensa ao interesse público e risco de ineficácia da decisão de mérito*) para concessão de medidas cautelares, conforme disposto no art. 376, I e II, do RITCEES. Logo, e tendo em vista o opinamento nesta instrução acerca da ausência momentânea do requisito do *fumus boni iuris*, entendemos que as razões recursais, em seu conjunto, são insuficientes para acarretar a modificação da decisão agravada, na parte que indeferiu a concessão das medidas cautelares pleiteadas.

Por fim, no tocante à tese relacionada com a tutela da evidência, prevista no art. 311 do CPC, temos que configura inovação trazida pelo agravante em sede recurso, não tendo sido aviada tal tese por ocasião da Representação que deu origem ao Processo TC 3203/2021-4, de sorte que não foi considerada na análise técnica implementada na Manifestação Técnica de Cautelar 110/2021-1 e nem na elaboração da Decisão 3079/2021-6 – Plenário. Neste contexto, entendemos que a tese em questão, por se tratar de inovação, não deve ser objeto de análise na presente instrução de recurso.

4. ADENDO

Acrescentamos como adendo nesta instrução, a informação de que a mesma demanda objeto do Processo TC 3203/2021-4 está sendo tratada pelo Ministério Público



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Estadual, em investigação de improbidade administrativa, através de inquérito civil, conforme se observa de notícia¹ veiculada no sitio eletrônico do *Parquet* Capixaba:

MPES notifica prefeito de Vila Velha para retirar atos de promoção pessoal das redes sociais

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), por meio do 3º promotor de Justiça Cível de Vila Velha, notificou o prefeito de Vila Velha, Arnaldo Borgo, para que adote as providências imediatas necessárias para remover, cancelar e/ou adequar a divulgação/publicidade de atos, programas, obras e serviços do município nas redes sociais oficiais da prefeitura e do prefeito, no Instagram, Facebook e Twitter.

Deverão ser excluídos nomes, mensagens, símbolos, slogans, vídeos, fotos e outras imagens que caracterizem promoção pessoal, em especial as que vinculem eventos e realizações da gestão municipal ao nome do prefeito, secretários e outros agentes públicos. A medida vale ainda para publicações futuras e para outros perfis e domínios eventualmente existentes e não informados na notificação, que deve ser cumprida em até 30 dias corridos, a contar do dia 22/07, data em que o documento foi recebido pela prefeitura.

O Ministério Público requer também que o município divulgue adequadamente a notificação recomendatória, para conhecimento de todos os interessados, no prazo improrrogável de até cinco dias corridos, a contar do recebimento do documento no sistema de protocolo geral da prefeitura.

Dessa forma, a notificação deverá ser afixada em local de fácil acesso ao público, além da publicação integral dela na página institucional da prefeitura municipal, na rede mundial de computadores, no Portal da Transparência e em todas as redes sociais administradas pela Prefeitura Municipal de Vila Velha. O MPES considera que, em tempos de distanciamento social decorrente da pandemia de Covid-19, a efetividade da recomendação depende da reprodução do documento em canais e mídias digitais.

Resposta

Foi fixado prazo máximo de até 30 dias corridos para que a prefeitura encaminhe resposta escrita e fundamentada ao Ministério Público quanto ao atendimento ou não da recomendação, com prova da divulgação, sob pena de serem implementadas as medidas judiciais cabíveis ao caso.

Caso o município opte pelo não atendimento ou atendimento parcial da notificação, deverá apresentar justificativa técnico-jurídica que demonstre as consequências práticas da decisão tomada, os obstáculos e dificuldades reais identificados pela gestão para cumprir a recomendação. Também deverá apresentar alternativas possíveis para o atendimento da notificação.

A notificação ressalta que o art. 37, § 1º, da Constituição da República estabelece que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Assim, o MPES salienta que é absolutamente vedada a veiculação de informações que tenham por objetivo o proveito individual do gestor público.

¹ Disponível em <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Modelos/Paginas/NoticiaComFoto.aspx?pagina=6798>



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

A notificação demonstra que no Instagram oficial da PMVV existe a indicação do endereço do Instagram pessoal/particular do prefeito (@arnaldinhoborgo), com o objetivo de fazer o direcionamento imediato de todos que consultem a rede social oficial da prefeitura, facilitando o acesso à ampla publicidade oficial com promoção pessoal existente no perfil pessoal do prefeito. Esse direcionamento para a rede social pessoal do chefe do Poder Executivo não existe no perfil oficial no Instagram de outras prefeituras nem no perfil oficial do Governo do Estado do Espírito Santo, conforme relata o MPES.

Dessa forma, o Ministério Público capixaba considera que, independentemente de ocorrer lesão ao erário, configura ato de improbidade administrativa que viola os princípios da administração pública o fato de o administrador público veicular propaganda por qualquer meio disponível em busca de promoção pessoal vinculada à publicidade de atos governamentais, nos termos do artigo 11 da Lei Federal 8429/1992.

Início

O MPES recebeu reclamações, por meio da Ouvidoria, noticiando a publicidade de atos, programas, obras e serviços públicos do Município de Vila Velha com o objetivo de promoção pessoal do prefeito Arnaldinho Borgo, na página do Instagram da Prefeitura Municipal de Vila Velha e nas redes sociais pessoais do prefeito. Após a conferência dos conteúdos veiculados, o MPES constatou diversas situações e instaurou inquérito civil para apurar o fato de que o prefeito tem utilizado a publicidade de atos governamentais com o objetivo de promoção pessoal mediante publicações em redes sociais, sobretudo Instagram e Facebook.

A notificação expedida pelo MPES tem natureza recomendatória e premonitória, no sentido de prevenir responsabilidades civis, penais e administrativas, notadamente a fim de que no futuro não seja alegada ignorância quanto à extensão e o caráter ilegal e antijurídico de suposta omissão, inclusive com a caracterização de dolo, em decorrência das irregularidades/ilicitudes indicadas.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do presente agravo e, no mérito, pelo seu **NÃO PROVIMENTO**, devendo ser mantida a Decisão 3079/2021-6 – Plenário que não concedeu as medidas cautelares requeridas pelo MPC nos autos do Processo TC 3203/2021-4.

Em 17 de fevereiro de 2022.

Cristiano Dreigenn de Andrade
Auditor de Controle Externo
Matrícula 203.094



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913