



Manifestação Técnica de Cautelar 00110/2021-1

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03203/2021-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Sector: NPPREV - Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência

Criação: 15/09/2021 21:31

UG: PMVV - Prefeitura Municipal de Vila Velha

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

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

Responsável: ARNALDO BORGÓ FILHO

1. BREVE SÍNTESE

Trata-se de Representação formulada pelo Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo (MPEC), em face do Sr. Arnaldo Borgo Filho, Prefeito Municipal de Vila Velha, apontando a 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 que configuraria ofensa ao Princípio da Impessoalidade tutelado pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Os autos foram remetidos ao Conselheiro Relator, que, por meio da Decisão Monocrática 00616/2021-1, determinou a notificação do senhor Arnaldo Borgo Filho, Prefeito Municipal de Vila Velha, para manifestação quanto às supostas

irregularidades narradas na representação, nos termos do artigo 307, §3º do RITCEES, no prazo de 05(cinco) dias.

Devidamente notificado, o Sr. Arnaldo Borgo Filho apresentou a manifestação que segue acostada no evento 8 e os documentos que seguem nos eventos 9 e 10.

No seguimento os autos foram remetidos ao Conselheiro Relator, que proferiu o Despacho 35968/2021-9, admitindo a presente Representação, com base nos arts. 94 e 99, da Lei Complementar nº 621/2012 c/c art. 177, 181 e 182 da Resolução TC 261/2013, ao final determinando a remessa dos autos à SEGEX para instrução preliminar do feito, nos termos do art. 307, § 2º da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno).

Nos termos do Despacho 36067/2021, os autos foram remetidos ao Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência - NPPREV, para a devida instrução.

2. DO TEOR DA MANIFESTAÇÃO APRESENTADA PELO REPRESENTADO

Como mencionado acima, o Sr. Arnaldo Borgo Filho, Prefeito Municipal de Vila Velha, apresentou a manifestação que segue acostada no evento 8, no seguinte sentido, no que se refere a irregularidade apontada pelo MPEC:

4. PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS – AUSÊNCIA DE GASTO DE VERBA PÚBLICA – ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO NA FORMA DO ART. 176, § 3º, INCISO I, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O primeiro ponto que urge ser abordado nesta peça, antes de qualquer passo dentro da esfera meritória, diz respeito, *concessa vênia*, quanto à incompetência deste Egrégio Tribunal de Contas para análise dos fatos narrados na inicial e dos respectivos pedidos

ministeriais, em especial acerca das supostas irregularidades da publicidade noticiada.

Impende observar, nessa senda, que os fatos narrados da inicial estão relacionados a publicações realizadas no perfil pessoal do agente público, onde ele se utiliza de recursos privados para a consecução desse fim, o que tem condão de afastar a análise e a deliberação por parte desta Egrégia Corte, dado que NÃO HÁ qualquer gasto de verbas públicas, nem prejuízo ao erário e muito menos de irregularidades das contas apresentadas pelo Prefeito.

Aliás, é digno de nota que em toda a peça apresentada pelo Heron Carlos ele deixa claro que estamos tratando de perfil pessoal e, mais do que isso, resta incontroverso o fato de que não há dispêndio de recurso público, conforme se pode extrair da própria passagem da afirmação do Sr. Procurador de Contas em sua peça. Senão vejamos:

“Conquanto o perfil nas redes sociais, da pessoa ocupante do cargo de Chefe do Poder Executivo, em hipótese, não envolva diretamente a utilização de recursos públicos...”.

(...)

Dessa forma, não se pode deixar de notar que a atribuição dos Tribunais de Contas, na forma do art. 71 da Constituição Federal, com exata simetria para os Tribunais de Contas Estaduais por força do art. 75 da Carta Magna, refere-se apenas ao exercício de um controle externo nas áreas de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional do ente da federação dentro da sua circunscrição.

(...)

Ressalta-se que, examinando o Regimento Interno desta Corte, o seu art. 1º não antevê a competência da Corte em examinar a ocorrência, ou não, de promoção pessoal nos casos em que não

há manejo ou dispêndio de verba pública, notadamente quando a representação do Ministério Público de Contas apenas imputa irregularidades pertinentes a publicações do Prefeito em seu PERFIL PARTICULAR.

Nessa mesma linha, a Constituição do Estado do Espírito Santo, cujo art. 71 prevê as atribuições do Eg. Tribunal de Contas do Espírito Santo, não atribui como competência do Tribunal a apreciação de atos privados e pessoais de gestores públicos que não impliquem dispêndio de recursos públicos. Eis o indigitado art. 71:

(...)

Ainda se pode apresentar a Lei Complementar Estadual 621/2012, denominada de Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, que prevê um rol de competência extenso para a referida Corte, mas sem que ali esteja previsto qualquer permissão para adentrar ao exame de atos pessoais de agentes públicos que não incorreram gastos com o erário.

Vê-se que, em linhas gerais, cabe ao Tribunal de Contas Estadual, dentre outras atribuições, exercer “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e das entidades da Administração direta e indireta dos Poderes constituídos, bem como da aplicação das subvenções e das renúncias de receitas”, apreciar contas, admissão e aposentadoria de servidores, fiscalizar a aplicação de recursos públicos, expedir recomendações etc.

Portanto, não cabe ao Tribunal de Contas o exame de qualquer irregularidade acerca das publicações narradas na representação, mas apenas, em última análise, eventual desvirtuação de verba pública. Pensar além disso é afrontar diretamente o princípio do devido processo legal administrativo, também garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso LIII, LIV e LV, da Constituição Federal:

(...)

Via de consequência, não cabe a este Egrégio Tribunal processar os pedidos relativos à retirada de material divulgado nas mídias sociais por não ser condizente com o seu papel de controle externo das finanças e contas públicas, especialmente se tratando de fato que não enseja gasto de verba pública.

(...)

Posto isso, requer-se, respeitosamente, seja acolhida a preliminar de incompetência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para análise e processamento da representação acerca de uma suposta promoção pessoal de agente público em sua rede privada, até mesmo porque não há gasto de verba pública e, assim sendo, requer-se seja extinta/arquivada a representação (art. 176, § 3º, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).

5. MÉRITO

5.1. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA À IMPESSOALIDADE–EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E DEVER DE PRESTAR CONTAS DO GESTOR PÚBLICO

Obtempera o parquet de contas, na sua representação, que as condutas praticadas pelo representado caracterizam promoção pessoal pela utilização do perfil privado do ora Subscritor para divulgação de ações e programas.

Cumpra preliminarmente sobrelevar que o art. 37, § 1º, da CF delimita o emprego da publicidade pelos órgãos públicos. Aliás, é literal em afirmar que:

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:

§ 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 exegese do texto constitucional informa que o objetivo maior é de regular a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos para evitar a utilização dessa ferramenta pública em prol da promoção pessoal de autoridades ou agentes públicos mediante publicidade institucional.

Assim, é clarividente que o presente caso não se amolda na acepção do texto constitucional, uma vez que não foi utilizado nenhum meio público de publicidade institucional para a promoção pessoal do representado.

Na realidade, as publicidades objeto da presente representação são todas derivadas do perfil pessoal do ora Representado, que o utiliza com o objetivo de trazer maior grau de transparência a sua gestão, uma vez que, de acordo com o seu pacto de lealdade com a população canela-verde, pretendeu informar, educar e orientar as pessoas de seus deveres e obrigações como cidadãos, bem como PRESTAR CONTAS de sua gestão.

(...)

Dessa forma, é inevitável a conclusão de que o representado utiliza suas redes sociais como forma de dar maior alcance aos feitos da máquina pública para que sejam “curtidos”, “compartilhados” ou “repostados” quando agradem aos munícipes, ou que sejam objetos de eventual crítica, desaprovação ou advertência, visto que também é a internet, em especial as redes sociais, ambiente aberto para o exercício da democracia e da liberdade de expressão.

(...)

Assim sendo, as novas formas de comunicação social, impulsionadas pelas redes sociais, vitrines da personalidade do usuário, não podem ser desconsideradas ao tempo da interpretação do § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

Muito pelo contrário, esse novo paradigma derivado dessas novas formas de se relacionar e de se comunicar com as pessoas precisa necessariamente fazer parte do processo interpretativo que cria as normas constitucionais, sob pena de se ler a Constituição de forma anacrônica e, via de consequência, proibir ou sancionar algo que, diante das novas formas de relação humana, é socialmente adequado e amplamente aceito.

Portanto, senão há qualquer gasto de verba pública realizado pela Prefeitura Municipal de Vila Velha com a finalidade de administrar o perfil pessoal do representado perante as redes sociais, não há que se falar em publicidade inadequada com infringência ao princípio da impessoalidade.

A propósito, para a constatação da transgressão do princípio da impessoalidade, é necessária robusta comprovação de que o órgão público, estaria utilizando-se de verba pública para promoção pessoal do ora Defendente mediante publicidade institucional, o que não é o caso.

(...)

Não deve igualmente prosperar a tese de “publicidade paralela”, suscitada na representação.

Se as ações governamentais somente pudessem ser veiculadas por meio de publicação institucional, sendo vedada a divulgação por conta própria de outros cidadãos ou de agentes políticos, ocorreria um tormentoso caso de monopólio das comunicações sociais, em que somente ao ente público seria possível fornecer informações de sua posse a seus administrados.

(...)

Ora, tratando-se, aqui, de publicidade sem o manejo de recurso público, muito mais razão deve ser dada ao fato de que o gestor está propagando os feitos da Administração Pública, sem que sua imagem ultrapassasse a importância das realizações veiculadas.

Posto isso, requer seja a representação julgada improcedente por não se fazer existente qualquer intenção de promoção pessoal por parte do representado.

5.2. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE (ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – REPRESENTAÇÃO NÃO TRATA DE PUBLICIDADE DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

O texto constitucional, em seu art. 37, § 1º, é notório ao tipificar a violação ao princípio da impessoalidade quando constatado, na publicidade realizada pelo órgão público, clara promoção pessoal do agente político.

A recíproca, portanto, não deve ser presumida, uma vez que, em primeiro plano, a publicidade no perfil pessoal não foi custeada pelo erário, e, em segundo plano a restrição constitucional assinala com clareza a vedação da promoção pessoal do agente político em publicidade promovida pelo órgão público, o que não é o caso.

Assim é o entendimento da doutrina, conforme o escólio de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹, *in verbis*:

“É relevante observar que a realização de publicidade não custeada pelo erário, ainda que se apresente dissonante do art. 37, § 1º, da Constituição, não será passível de configurar a improbidade administrativa. A exegese desse dispositivo denota que a restrição nele contida somente é aplicável à “publicidade dos

¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.240-241.

atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”, logo, não alcança informes publicitários dissociados destes. Acrescente-se, ainda, que a publicidade custeada com recursos do próprio agente não possui qualquer associação com a atividade desempenhada por ele junto ao Poder Público, já que não se prevalecera do cargo, emprego, mandato ou função para a prática do ato. Não tendo o vínculo com o Poder Público qualquer influência na prática do ato, servindo unicamente como motivo para a sua prática, não há que se falar em improbidade.”

Ademais, essencial destacar que foram encontrados diversos acórdãos (AgInt no AgInt no AREsp 1352329/RJ8, AgInt no AgInt no AREsp 1387764 / PE9, AgInt no AREsp 1342737/MG10e AgInt no AREsp 820235 / MA11),por meio dos quais o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação agentes políticos pela violação do princípio da impessoalidade quando verificada algumas premissas.

(...)

Em síntese, conforme extraído pela leitura dos acórdãos, necessária a prática de algumas condutas para que reste caracterizada a violação ao princípio da impessoalidade, dentre elas, i) publicidade institucional realizada pelo órgão público na qual haja promoção pessoal do agente público, ii) iniludível desvio de finalidade da propaganda governamental, iii) divulgação pessoal do trabalho do agente público na propaganda institucional, iv) publicação sem condão informativo, educacional ou de orientação social, v) presença de nomes, símbolos ou imagens na propaganda institucional, vi) utilização de recursos públicos para a realização de propaganda de cunho pessoal, vii) presença de dolo genérico para o fim de obter proveito pessoal.

Os julgados acima listados coadunam para o entendimento de que é pressuposto para violação do princípio da impessoalidade (art. 37, § 1º, da Constituição Federal) que a publicidade seja realizada pelo ente governamental, ou seja, publicidade institucional.

A hipótese em exame, contudo, é diversa, pois, as publicidades objeto da presente representação foram realizadas no perfil pessoal das redes sociais do agente público, financiadas com recursos privados e com único fulcro de garantir visibilidade à campanha de vacinação, o que indubitavelmente garante condão informativo e de orientação social às publicações. Importa registrar que Vila Velha, que é o segundo Município mais populoso do Estado, já vacinou uma quantidade de pessoas equivalente a população inteira de Vitória.

(...)

Esta Egrégia Corte de Contas do Estado do Espírito Santo tem entendimento similar ao esposado nos julgados acima destacados, assinalando com clareza que a hermenêutica do art. 37, § 1º, da Constituição Federal delimita a publicidade promovida por órgão governamental. Isto é, para ser constatada violação ao princípio da impessoalidade, torna-se necessário que a publicidade seja institucional.

Ademais, esta Corte de Contas vai além do entendimento assinalado pelo Superior Tribunal, tornando evidente que a regra estatuída no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, não veda, *prima facie*, a inclusão de nomes, símbolos ou imagens, desde que tais inserções não caracterizem promoção pessoal. Nesse sentido:

(...)

Assim, o primeiro ponto a ser assinalado a partir dos acórdãos reunidos é que, para que haja violação ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal, deve-se estar diante de publicidade oficial institucional promovida pelo órgão público, o que não é o caso.

Em seguida, a publicidade institucional irregular deve ser revestida pela preponderância da promoção pessoal do agente público sobre o caráter informativo, educacional e de orientação social.

De resto, esta Egrégia Corte sedimenta entendimento de que a regra constante do art. 37, § 1º, da Constituição Federal não veda de cara a inclusão de nomes, símbolos ou imagens, desde que tais inserções não caracterizem promoção pessoal.

Posto isso, requer seja a representação veiculada julgada improcedente por não haver, no caso, nenhum tipo de promoção pessoal do agente público mediante publicidade de órgãos oficiais, isso que é realmente vedado pelo art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

5.3. IDENTIDADE E SEMELHAÇA DAS PUBLICAÇÕES DO REPRESENTADO EM RELAÇÃO ÀS PUBLICAÇÕES DE OUTRAS AUTORIDADES

Diante dos fundamentos alegados ao longo desta peça, não se pode abnegar que, no caso vertente, as publicidades objeto da presente representação não possuem caráter de autopromoção do alcaide, e logicamente não violam o princípio da impessoalidade tipificado no art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Não obstante, cumpre informar a esta Egrégia Corte do panorama atual de identidade de publicações entre o perfil pessoal do Prefeito de Vila Velha com publicações noticiadas em perfis pessoais de outras autoridades do Estado do Espírito Santo e do Brasil.

Nesse diapasão, coleciona-se, a seguir, diversas publicações e publicidades institucionais de outros gestores públicos realizadas em seus perfis pessoais e por intermédio de outras ferramentas, com fulcro de garantir tratamento isonômico entre o Prefeito Municipal de Vila Velha e demais gestores.

(As publicações seguem no evento 8, fls. 26 a 34)

Com a devida vênia, as propagações feitas pelo representado são comuns e ordinárias a todos os gestores públicos de maneira geral atentos a nova realidade ofertada pelas mídias sociais.

O objetivo do levantamento retro é o de informar esta Corte de Contas de que condutas idênticas vêm sendo perpetuadas por outros gestores do Estado, as quais, desde já, defendemos, por não vislumbrar, assim como as nossas ações, qualquer tipo de promoção pessoal.

Nesta toada, impõe-se, na realidade, que haja tratamento isonômico entre todos os governantes na jurisdição deste Tribunal.

Posto isso, reconhecendo esta Egrégia Corte que as mídias sociais são instrumento a favor do cidadão e não da promoção do agente político, requer seja julgada improcedente a representação.

5.4) DA INEXISTÊNCIA DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

Para o deslinde da presente questão entendo necessário delimitar o conceito de publicidade institucional ou propaganda institucional.

A propaganda institucional tem assento constitucional (artigo 37, § 1º da CF/88) e é permitida aos administradores públicos, desde que tenha caráter educativo, informativo ou de orientação social.

O conceito de publicidade institucional encontra-se historicamente assentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que exige para sua configuração a presença de três 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

Nesse diapasão, de antemão já se percebe que a propaganda institucional, como o próprio nome já diz, é aquela realizada pela instituição, pelo órgão público e paga por ele com a finalidade de comunicar temas relevantes para a coletividade.

Segundo o atual entendimento adotado pelo Colendo TSE (17/04/2020), a veiculação de postagens sobre atos, programas, obras, serviços e/ou campanhas de órgãos públicos federais, estaduais ou municipais em perfil privado de rede social não se confunde com publicidade institucional autorizada por agente público e custeada com recursos públicos.

O Colendo TSE entendeu está protegida pela liberdade de expressão (arts. 5º, IV e IX, e 220 da Constituição Federal) tais publicações, e não configurando assim publicidade institucional.

(...)

O defendente ao veicular – EM SUAS REDES SOCIAIS PARTICULARES – suas realizações enquanto gestor público, apenas e tão somente exerceu sua LIBERDADE DE EXPRESSÃO garantida pela Lei Maior, apoiado no princípio republicano “materializado no dever de prestação de contas imposto aos agentes eleitos” de difundirem seus atos e seus projetos políticos à sociedade “e no direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as ideias, convicções, opiniões e plataformas políticas dos representantes eleitos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável.

(...)

É lícito aos cidadãos, inclusive aos servidores e agentes públicos, utilizarem-se das redes sociais particulares tanto para criticar, quanto para elogiar as realizações da Administração Pública, sem que tal conduta caracterize publicidade institucional.

Nesse sentido destaco o atual posicionamento do TSE(17/04/2020), que confirmou decisão do TRE/ES:(TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 37615, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE -Diário de justiça eletrônico, Tomo 74, Data 17/04/2020). O fato de constar na foto um brasão

ou a logomarca do município não tem a capacidade de atribuir ao mero compartilhamento da foto o caráter de publicidade institucional. Nesse sentido esclareceu o relator Ministro Luis Roberto Barroso.

(...)

Por fim, relembro que este Tribunal de Contas no Acórdão 00648/2019-1 –PLENÁRIO, Processo 06379/2018-5, em caso muito semelhante, entendeu que para os fins de promoção pessoal, o que importa é a publicidade paga com recursos públicos, sendo esta a conclusão do relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, *in verbis*:

“Assim, não há nada na propaganda veiculada nos mencionados outdoors que aponte minimamente para a pessoa do presidente da Câmara. Observe-se que para os fins de promoção pessoal, o que importa é a publicidade paga com recursos públicos. O que o agente publica em sua página pessoal, às suas expensas, não pode ser alcançado por esta Corte em uma ilação a fim de caracterizar a promoção pessoal.

Isto posto, não identificamos na situação narrada nos autos indício de irregularidade.”

No caso acima foi questionado que o presidente da Câmara Municipal de Vitória replicou em seu “site” e nas mídias sociais particular propaganda institucional publicada em outdoor pela Câmara, sendo que esta Corte entendeu que houve qualquer irregularidade em replicar propagandas institucionais em site particular ou mídias sociais particular.

6. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES POSTULADAS

6.1. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO

Assinala o Parquet que há clara promoção pessoal do alcaide nas referidas publicações, acarretando violação ao princípio da impessoalidade.

Ocorre que, no rol de pedidos, 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, por intermédio do Dr. Heron Carlos, evidencia a incerteza no que tange a aplicação do dispositivo constitucional ao caso concreto.

Assim, o fato de o próprio Ministério Público 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 liminar nos termos postulados.

(...)

6.2. AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO OU DE RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO

Para concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas, informa o art. 376 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que é necessária a verificação de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, nestes termos:

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:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito

No caso, como já extensamente aduzido na presente peça, não há nenhuma lesão ao erário verificável, tendo em vista que as publicações na rede social particular do representado NÃO são custeadas por verba pública, mas sim pelo próprio subscritor.

3. ANÁLISE DA DEMANDA FRENTE AO ARTIGO 177-A DO RITCEES

Inovação trazida com a Emenda Regimental nº 11, de 19/12/2019, atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, conforme disciplinado no artigo 177-A do RITCEES (Regimento Interno desta Corte de Contas):

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco. (destacamos)

§ 1º Para o disposto neste artigo, considera-se:

I - risco: critério pelo qual se avalia a possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada ou de programas ou atividades governamentais, frustrando as expectativas da sociedade, sendo medido em termos de consequências e probabilidades;

II - relevância: critério pelo qual se avalia se o objeto de controle é atual, importante no âmbito do órgão ou entidade jurisdicionada e se envolve questões de interesse da sociedade, ainda que não seja material ou economicamente significativo;

III - materialidade: critério pelo qual se avalia o valor associado ao objeto de controle de modo, indicando o volume de recursos envolvidos e assegurando que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros;

IV – oportunidade: critério pelo qual se avalia se a ação de controle está sendo proposta no momento adequado, considerando a disponibilidade de recursos humanos, de dados e de sistemas de informações confiáveis, bem como de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para sua execução. (destacamos)

§ 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

I - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a avaliação de que trata este artigo revelar, em alto grau, o risco, a materialidade ou a relevância do objeto e desde que seja constatada a

oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou (destacamos)

II – quando a avaliação indicar baixo risco, materialidade e relevância ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante. (destacamos)

§ 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de fiscalização.

Como sabido, ainda que permeado por relativo subjetivismo, o “objeto de controle” avaliado, aqui assumido como suposto beneficiamento indevido de agente político, por meio de promoção pessoal com a associação de imagem e logomarca pessoal às ações e programas oficiais do município em seu perfil pessoal em redes sociais, embora não revele diretamente materialidade, possível dispêndio expressivo de recursos públicos, revela relevância, na medida em que envolve questão de interesse da sociedade, o bom uso da máquina pública, com possível afronta ainda a direito estabelecido na Constituição Federal (§ 1º do art. 37 da CF 1988), contando ainda com risco, na medida em que a irregularidade apontada tem aptidão para frustrar expectativas da sociedade, no que tange a esperada impessoalidade da Administração Pública.

Extrai-se relevância ainda da proposição do Representante (MPEC), que, mediante a instauração de incidente para formação de Prejulgado, pretende seja definido, mediante decisão normativa, se a divulgação de ações e programas de governo em redes sociais, realizada em nome próprio e em ambiente público por meio do perfil da pessoa ocupante do cargo de Chefe do Poder Executivo, submete-se aos mesmos limites impostos pela legislação à publicidade institucional realizada pelo ente público, considerando a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, nos termos do art. 174 da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Nessa perspectiva, **na forma do inciso I do § 3º do art. Art. 177-A**, revela-se a hipótese de **prosseguimento da instrução processual** e instrução do feito.

4. AVALIAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA

Segundo trazido na inicial, colheu-se de matéria veiculada no sítio eletrônico “Folha Vitória” que pesquisadores integrantes do Observatório da Mídia: Direitos Humanos, Políticas, Sistemas e Transparência, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Territorialidades da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) ofereceram Representação ao Ministério Público Federal – MPF, requerendo a apuração de possível promoção pessoal em atos praticados pelo Sr. Arnaldo Borgo Filho, Prefeito do Município de Vila Velha, por ocasião da divulgação de ações relacionadas ao Plano Nacional de Imunização (PNI) contra a Covid-19

Consta registrado na inicial que o Sr. Arnaldo Borgo Filho, Prefeito Municipal de Vila Velha, desde o início de sua gestão estaria realizando 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, mantido nas seguintes redes sociais: Instagram, Facebook e Twitter.

Que desde o início de 2021, vários seriam os exemplos, culminando, mais recentemente, na postagem de 1º de julho de 2021, onde o representado se mostra convidando os cidadãos com mais de 35 anos para agendarem a vacinação contra o Covid-19:



Que a mesma espécie de fato também teria ocorrido em dias anteriores, em 24 e 25 de junho, com destaque de sua imagem e seu nome (como uma logomarca) associados a uma ação da Prefeitura Municipal de Vila Velha:



De acordo com o representante, mesmo em se tratando de postagens no perfil pessoal do Chefe do Executivo municipal, ainda assim configuraria ofensa ao Princípio da Impessoalidade tutelado pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, já que a conduta se traduziria em propaganda institucional/publicidade oficial.

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.

O art. 37 da Constituição Federal especifica, dentre outros princípios aplicáveis à Administração Pública, a observância do Princípio da Publicidade como prática obrigatória a ser adotada pelo gestor público com o objetivo de conferir transparência a todos os atos administrativos, dela não podendo constar, no entanto, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, sob pena de violação do Princípio da Impessoalidade:

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:

[...]

§ 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.

Regra geral, como se infere do § 1º do art. 37 da CF 1988, é permitida a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos; desde que tenha caráter educativo, informativo ou de orientação social; não podendo mencionar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A partir desses elementos, doutrina e jurisprudência tem consignado que o conceito de publicidade institucional exige para sua configuração a presença de três 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

No caso em tela, não se tem por certo se houve, ainda que indiretamente, o custeio com recursos públicos.

De acordo com o Representante, seria necessário verificar quem seria o responsável pela produção e postagem das mensagens de propaganda institucional/publicidade oficial para o ente público; se haveria pessoa física (servidor público ou não) ou jurídica contratada para tal finalidade para prestar serviços ao Município de Vila Velha, remunerada com recursos públicos; se sim, o esclarecimento se pessoa prestaria equivalentes serviços privados, a partir do mesmo material informativo realizado para o ente público.

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.

Próximo dessa linha, a Lei Orgânica do Município de Vila Velha prevê no art. 77 que a os atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública, **ainda que custeada por entidades privadas**, deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, **sendo vedada a utilização de nomes, símbolos, sons e imagens que caracterizem promoção pessoal**, bem como que a publicidade somente poderá ser realizada após aprovação pela Câmara Municipal, do plano anual de publicidade, que conterà previsão dos seus custos e objetivos, na forma da lei.

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.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Com base na análise realizada e avaliação do objeto de controle, **opina-se pelo prosseguimento da instrução processual**, na forma do inciso I do § 3º do art. Art. 177-A; **bem como pela não concessão da cautelar pleiteada pelo representante**, em face da ausência dos requisitos ensejadores trazidos no art. 376 do Regimento Interno desta Corte de Contas;

Opina-se, conforme proposto pelo Ministério Público Especial de Contas, seja solicitado ao chefe do Poder Executivo do Município de Vila Velha:

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

- 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 Velha⁴²;
- 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;
- 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;

À consideração superior.

Vitória, 15 de setembro de 2021.

Ricardo Echeverria Groberio
Auditor de Controle Externo
Matrícula 203.536