



**MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS**
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: B789B-846C3-DF4D9



3ª Procuradoria de Contas

Parecer do Ministério Público de Contas 02400/2022-7

Processo: 08040/2021-9

Classificação: Agravo

Criação: 09/06/2022 19:00

Origem: GAPC - Heron de Oliveira - Gabinete do Procurador Heron Carlos de Oliveira



SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,

Processo: [08040/2021-9](#)
Classificação: Agravo
UG: Prefeitura Municipal de Vila Velha
Responsável: Arnaldo Borgo Filho
Recorrente: Ministério Público de Contas
Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

PARECER MINISTERIAL

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, manifesta-se nos seguintes termos.

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de [Agravo](#), interposto por esta 3ª Procuradoria de Contas em face da [17 - Decisão 03079/2021-6](#), que rejeitou, por considerar ausentes os requisitos autorizativos, a concessão de medida cautelar para determinar, a um, a retirada de postagens das contas privadas do representado que constituem promoção pessoal e, a dois, que se abstenha de reiterar a conduta enquanto estiver investido no cargo público de chefe do Executivo do município de Vila Velha.

No [Agravo](#), o Ministério Público de Contas pediu, liminarmente, a concessão de medida cautelar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito e receio de grave ofensa ao interesse público, determinando-se ao Representado que, enquanto estiver investido no cargo público de chefe do Executivo do município de Vila Velha, se abstenha 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,

conduta que constitui promoção pessoal, vedada pelo art. 37, § 1º, [Constituição Federal \(CF\)](#)¹. Subsidiariamente, que a mesma medida seja concedida a título de tutela de evidência, com fulcro no art. 311, IV, [Código de Processo Civil \(CPC\)](#)². Por fim, pugnou pelo provimento do recurso, com a confirmação das liminares.

Na [15 - Resposta de Comunicação 00105/2022-8](#), o agravado sustenta, em síntese, que: no processo de referência ([Representação 03203/2021-4](#)) a Área Técnica atestou a ausência dos dois pressupostos exigidos pelo art. 376, I e II, [Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo \(RITCEES\)](#)³, para a concessão de medidas cautelares; há quebra de isonomia, pois o Procurador Especial de Contas investe apenas contra o Representado, quando outros gestores lançam mão do mesmo tipo de expediente; a tutela de evidência não pode ser concedida liminarmente quando requerida com base no art. 311, IV, CPC. Pugnou, enfim, pelo não provimento do recurso.

Na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#), a Área Técnica entendeu, grosso modo, que: **está ausente o requisito do *fumus boni iuris***, dado que o próprio Ministério Público de Contas requereu documentos complementares para corroborar as irregularidades apontadas e até mesmo estender os pontos de irregularidades para além daqueles indicados na Inicial; **está presente o *periculum in mora***, não procedendo o entendimento da decisão agravada no sentido de que houve o exaurimento do interesse público

¹ **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.

² **Art. 311.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

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.

³ **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 ofensa ao interesse público; e
II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

nas divulgações realizadas no perfil pessoal do representado e mantidas nas redes sociais, não se podendo falar em exaurimento do interesse público enquanto as divulgações estiverem disponíveis nas redes sociais do representado, porque os acessos do público não ocorrem todos ao mesmo tempo, sendo diluídos ao longo do tempo, de modo que enquanto estiverem disponíveis, as divulgações mantêm o potencial para alcançar mais pessoas e de produzir efeitos proporcionais ao público alcançado, estando correto o Ministério Público de Contas ao requerer a retirada das divulgações já publicadas (e porventura ainda disponíveis nas redes sociais) e também a abstenção de novas publicações, prevenindo um provável prejuízo decorrente da promoção pessoal indevida enquanto se discute o mérito; **o requerimento de tutela de evidência** representa inovação recursal, por isso não pode ser examinado na ITR; **informou que os mesmos fatos estão sendo apurados pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES)**, conforme dá conta notícia veiculada no sítio eletrônico daquela Instituição. Concluiu com a seguinte proposta de encaminhamento:

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do presente agravo e, no mérito, pelo **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.

Por fim, os autos aportaram ao *Parquet* de Contas para a emissão de Parecer.

É o que cumpre relatar.

2 ANÁLISE

2.1. SÍNTESE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRETENSÃO RECURSAL VEICULADOS NAS CONTRARRAZÕES E NA INSTRUÇÃO TÉCNICA DE RECURSO.

Para dar objetividade ao Parecer, como manifestação culminante à luz da participação posterior ao recurso, serão analisados e refutados os argumentos contrários à pretensão recursal presentes tanto nas **Contrarrazões** (evento 15) quanto na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19).

As **Contrarrazões** (evento 15) estão lastreadas em três grandes eixos argumentativos:

- Os pressupostos da medida cautelar estão ausentes;
- O tratamento diferenciado conferido ao Representado representa quebra de isonomia, pois vários outros agentes políticos utilizam suas contas pessoais para divulgar ações governamentais e não foram representados;
- Os pressupostos da tutela de evidência estão ausentes.

A [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19), a par de referir que os mesmos fatos estão sendo apurados pelo MPES, assenta nos seguintes eixos argumentativos:

- O pressuposto do *fumus bom iuris* (art. 376, I, RITCEES) está ausente, pois a requisição de documentos complementares pelo Ministério Público de Contas indica a concessão da medida cautelar configuraria açodamento;
- O pressuposto do *periculum in mora* (art. 376, II, RITCEES) está presente, pois os acessos das divulgações se diluem ao longo do tempo, de modo que enquanto estiverem disponíveis elas mantêm o potencial para alcançar um número de pessoas cada vez maior e de produzir efeitos proporcionais ao público alcançado;

- O requerimento de concessão da tutela com base na tutela da evidência constitui inovação recursal, não merecendo sequer exame.

2.2. REQUISITOS DA TUTELA PREVENTIVA (CAUTELAR) REQUERIDA. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

Recorde-se que a Decisão agravada (Processo TC 03203-2021-4, evento 17) aderiu sem ressalvas nem acréscimos à Manifestação Técnica de Cautelar (Processo TC 03203/2021-4, evento 14). Assim, tudo o que se atribuir a uma vale para a outra.

Pois bem.

A Decisão agravada estimou ausentes os requisitos do art. 376, I e II, RITCEES. Sobre isso, já se argumentou no Agravo. Por ora, importa se manifestar sobre o que foi dito nas Contrarrazões e na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19).

2.2.1. NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA PREVENTIVA. FUNCIONALIDADE E REQUISITOS.

Antes, porém, cumpre estabelecer algumas premissas acerca da **natureza jurídica da tutela preventiva** e sua **funcionalidade**, pois é com base neles que se deve analisar a configuração dos requisitos ensejadores.

De saída, o art. 5º, XXXV, CF⁴, consagra a tutela jurídica do Estado. Tal garantia fundamental pode ser vista sob vários prismas, importando aqui a que explica a *tutela cautelar*.

⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Quanto aos bens jurídicos que pode proteger, a tutela jurídica do Estado pode ter por objeto a *legalidade* ou a *integridade*, ou seja, ser funcionalizada contra o *ato ilícito* (ato contrário à lei) ou contra o *dano* (lesão decorrente de um ato ilícito)⁵.

Quanto a função que pode exercer, a tutela jurídica do Estado pode ser *preventiva* ou *satisfativa*, ou seja, ela pode ser funcionalizada para *impedir a ameaça* e a *lesão ao direito* (*tutela preventiva*) ou para *realizar o direito* (*tutela satisfativa*)⁶.

A *tutela preventiva* está voltada essencialmente para o *futuro*; quer *impedir a consumação* ou a *reiteração* de um *ato ilícito*, incluída a *remoção* dos seus efeitos (*tutela inibitória*), ou a *consumação* de um *dano* decorrente do ato ilícito (*tutela cautelar*).

A *tutela inibitória* tem como pressupostos a *demonstração* de um direito e o *risco* de cometimento ou *reiteração* de um *ato ilícito* contra ele caso uma medida preventiva não seja tomada, independentemente de *dano* e do elemento

⁵ “6. **Ato ilícito, fato danoso e inadimplemento.** As tutelas podem se dirigir contra o ilícito, contra o dano e contra o inadimplemento. O dano não se confunde com o ato contrário ao direito (ilícito). O fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ilícito. As tutelas inibitória e de remoção do ilícito se dirigem, respectivamente, contra a probabilidade de ilícito e contra o ilícito praticado; não contra a probabilidade de dano e contra o dano (art. 497, parágrafo único, CPC). O dano é requisito da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente ao valor do dano. Assim, a culpa nada tem a ver com as tutelas inibitória e de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC). A culpa é critério para a imputação da sanção ressarcitória. Por outro lado, a tutela específica do adimplemento requer como pressuposto apenas o não cumprimento. Não o dano. O dano e a culpa constituem requisitos para a tutela ressarcitória eventualmente cumulada à tutela específica do adimplemento” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 604). Lembrar, ademais, que os atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de direito e a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente não constituem atos ilícitos, não gerando, em princípio, dever de indenizar pelos danos deles decorrentes, como prescreve o art. 188, I e II, [Código Civil \(CC\)](#).

⁶ “4. **Classificação. Quanto à sua função. Tutela preventiva e tutela satisfativa.** Quanto à função do provimento fundado em cognição sumária, costuma-se abordar a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, esta vinculada à realização do direito posto em discussão e aquela destinada a assegurar um risco iminente de dano. Entendemos, todavia, que há um gênero que abarca a tutela cautelar. Por isso, a adequada contraposição está entre a tutela preventiva (segurança para execução) e a tutela satisfativa (execução para segurança). A tutela preventiva diz respeito ao ‘direito subjetivo de prevenção’. Cuida-se de direitos que estão em função de outros (também de situações ou interesses jurídicos), concebidos com a finalidade de proteção. Enquanto a tutela satisfativa realiza um direito que é um fim em si mesmo, a tutela preventiva realiza um direito que visa dar proteção a outra situação juridicamente tutelável. Na primeira, a satisfação – que é o próprio termo que a nomina – é o fim; na segunda, apenas um meio. Em termos classificatórios, três espécies de tutela preventiva podem ser apontadas: (i) a tutela inibitória; (ii) a tutela cautelar; (iii) a tutela preventiva pura ou *stricto sensu*” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Orgs. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro et al. São Paulo: Editora Lualri, 2017, p. 456). O corpo do Parecer não faz referência à tutela preventiva pura por ser irrelevante *in casu*.

subjetivo *dolo* ou *culpa*, como deixa claro art. 497, parágrafo único, CPC⁷. Pede-se *tutela inibitória*, *v. g.*, para impedir a introdução (ilícito) ou a retirada (remoção dos efeitos do ilícito) de circulação de medicamento não homologado pela autoridade competente, pouco importando se ele chegou a ser consumido, tampouco se causou danos aos seus usuários. A comercialização sem autorização, por si só, constitui ato ilícito a ser impedido (obstar a circulação dos medicamentos) ou, já tendo se consumado, a ter os seus efeitos removidos (retirar os medicamentos de circulação)⁸.

A *tutela cautelar* tem como pressupostos a demonstração de um direito provável e do risco de sua lesão caso uma medida preventiva não seja tomada. Pede-se *tutela cautelar*, *v. g.*, para impedir que os atos de dilapidação patrimonial perpetrados pelo sujeito passivo da relação obrigacional venham a comprometer a satisfação futura do direito de crédito do sujeito ativo daquela relação.

Lado outro, a *tutela satisfativa* (ou *ressarcitória*) está funcionalizada para o *passado*; quer a reparação de efetivas lesões a patrimônio material ou imaterial decorrentes de atos ilícitos consumados. Seus pressupostos são a demonstração de um *ato ilícito* praticado (em regra) com *dolo* ou *culpa* pelo sujeito passivo e que tenha causado danos ao sujeito ativo. Pede-se *tutela satisfativa*, *v. g.*, quando o credor alega que o devedor não pagou o valor devido a tempo e modo.

Diga-se que tais modalidades de tutela jurídica do Estado convivem entre si e que apenas contextualmente se saberá se um direito de proteção alcançará *prevenção* e/ou *satisfação*. Ilustrativamente, descobrindo o credor de soma em dinheiro que o devedor está praticando atos de dilapidação patrimonial que

⁷ **Art. 497.** Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

⁸ “Em síntese, é possível dizer que se trata de uma espécie de tutela que tem por função impedir a prática (inibitória pura), a continuação (inibitória continuada) ou a repetição (inibitória da repetição) de um ilícito, entendendo-se este como a ‘contrariedade a direito imputável a alguém’” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Orgs. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro et al. São Paulo: Editora Lualri, 2017, p. 457).

poderão frustrar a satisfação do seu crédito, poderá pleitear *tutela preventiva* para impedir o dano (*cautelar*); obtendo-a e vindo o devedor a pagar, o credor estará dispensado de pleitear *tutela satisfativa* do direito de crédito; se, contudo, o devedor mesmo assim não pagar, então o credor carecerá de tal tutela. Ainda, quem está em vias de sofrer inscrição indevida nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito pode pedir *tutela preventiva* para impedir o ilícito (*inibitória*); obtendo-a, e não sobrevindo a anotação indevida, estará dispensado de pleitear *tutela satisfativa* para ser indenizado pelo dano moral; se, contudo, sobrevier a anotação indevida, então carecerá também de tal tutela – não, porém, se preexistir inscrição devida, quando haverá direito apenas ao cancelamento do registro⁹.

Em suma: a tutela jurídica do Estado pode ser *preventiva* ou *satisfativa*; a *tutela preventiva* está funcionalizada para o *futuro*, com vistas a *prevenir* a consumação ou reiteração de um *ato ilícito* (*tutela inibitória*) e a consumação de um *dano* (*tutela cautelar*); a *tutela satisfativa* está funcionalizada para o *passado*, com vistas a *reparar* danos decorrentes de ato ilícito consumado; a *tutela preventiva* e a *tutela satisfativa* convivem harmoniosamente e apenas contextualmente se saberá se a completa proteção jurídica do direito exigirá o manejo de uma, outra ou ambas.

Pois bem.

Estando a *tutela preventiva* voltada para o *futuro* a fim de *impedir* a ocorrência de algo – a consumação ou reiteração de um *ilícito* (*tutela inibitória*) ou a consumação de um *dano* decorrente de um ato ilícito já consumado (*tutela cautelar*) – é totalmente sem sentido negá-la sob o argumento que o que se queria prevenir já foi consumado. Primeiro, porque a consumação do que se deveria ter evitado não impede a sua reiteração no futuro, servindo a *tutela preventiva* para impedir que isso ocorra. Segundo, porque a consumação do que se deveria ter evitado não dispensa a remoção dos seus efeitos, servindo

⁹ STJ, **súmula n. 385**: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

também para isso a *tutela preventiva*. Portanto, negar peremptoriamente a *tutela preventiva* sob o argumento de que já se consumou o que se deveria ter evitado pode representar a negação da existência da *tutela preventiva*.

Quando se pede *tutela preventiva*, o que importa é a presença da plausibilidade do direito e do risco de consumação ou reiteração do ilícito (*tutela inibitória*) ou do dano (*tutela cautelar*). Presentes tais pressupostos, a concessão dessa modalidade de tutela jurídica do Estado é de rigor.

2.2.2. A PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS

Passa-se, agora, ao exame do requisito do *fumus boni iuris* (art. 376, I, RITCEES).

Nas Contrarrazões (evento 15), articulam-se dois argumentos para negar a presença de tal requisito: **(a)** o fato de o Ministério Público de Contas ter requerido a complementação das informações demonstraria a ausência do fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e **(b)** o fato de o mesmo órgão ter requerido a instauração de prejulgado, para se definir se divulgação de ações e programas de governo por meio do perfil pessoal estão sujeitas à legislação de publicidade institucional realizada pelo ente público, evidenciaria incerteza sobre a aplicação do art. 37, § 1º, CF, *in casu*.

Na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19) articula-se o mesmo argumento **(a)**: a requisição de documentos complementares, para corroborar as irregularidades apontadas e até mesmo estender os pontos de irregularidade para além daqueles já indicados na Inicial, interfere na adoção de medidas cautelares, no sentido de configurar uma precipitação. Cita-se a Decisão TC 9051/2014, que seria um precedente do Plenário do TCE-ES nesse sentido.

Quanto ao argumento (a) – a requisição de documentos complementares pelo Ministério Público de Contas aniquila o *fumus boni iuris* –, sobressaem dois equívocos de monta: **(a.1)** o desprezo a categorias básicas da intersecção entre a teoria da cognição e os requisitos para a concessão de medidas antecipatórias (tanto preventivas quanto satisfativas); **(a.2)** a ausência de cotejo adequado entre o caso precedente e o caso atual, que revela a incompatibilidade entre eles.

Começando por (a.1), a cognição judicial¹⁰ pode ser visualizada desde vários prismas, comumente discernida a partir do plano horizontal e do plano vertical. No plano horizontal, a cognição é classificada segundo a extensão sobre os elementos objetivos do processo, podendo ser *plena* ou *limitada*. No plano vertical, é classificada segundo o grau de profundidade, podendo ser *exauriente* (completa) ou *sumária* (incompleta)¹¹.

Nos termos do art. 5º, LIV, CF¹², ninguém será privado dos seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. Assim, entre a postulação e o julgamento desdobra-se um procedimento saturado por atos que concretizam as inúmeras garantias processuais constitucionais, notadamente o contraditório e a ampla defesa, o que invariavelmente consome um período maior ou menor tempo. De fato, a tutela jurídica do Estado nunca é nem pode ser instantânea.

Idealmente, entre a postulação inicial e o julgamento sempre desdobrariam todos os atos procedimentais necessários ao mais abrangente conhecimento da contenda para que a decisão se proferisse sem nenhuma ou sob a menor margem possível de dúvida, até mesmo para que a decisão se torne legitimamente imutável e indiscutível, conciliando devido processo legal e

¹⁰ “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67).

¹¹ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

¹² **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

segurança jurídica. Nesse espaço a tutela jurídica do Estado se concede sob cognição plena e exauriente, e a sede, por excelência, desse tipo de atividade é o procedimento comum ordinário.

Todavia, isso nem sempre é possível. Quando o direito está sob risco de violação (ato ilícito) ou de lesão capaz de fazê-lo perecer (dano), a tutela jurídica do Estado deve ser concedida em tempo curto, sob mero juízo de probabilidade, incompatível com a inteira observância das garantias processuais. Por isso mesmo, esse tipo de decisão, em regra, não terá legitimidade para se tornar imutável e indiscutível. O valor segurança jurídica cede pontualmente ao valor efetividade, sem ser substituído por ele. É assim, sob cognição sumária, que se decidem as medidas antecipatórias (tanto preventivas quanto satisfativas), mormente quando apreciadas *inaudita altera parte*.

Ademais, tais modos de cognição podem se cumular quando a tutela do direito reclamar prevenção e satisfação. Nesses casos, ocorre um aprofundamento gradativo do conhecimento sobre o direito: a tutela preventiva se aprecia sob cognição sumária, examinando, no mais das vezes, apenas as alegações e provas coligidas pelo autor na petição inicial; já a tutela satisfativa definitiva se aprecia sob cognição exauriente, com a consideração das alegações e provas apresentadas também pelo réu e aprofundadas pelo autor no curso do procedimento.

Em suma, a tutela jurídica do Estado destinada à definição incontestada da (in)existência do direito, exige certeza e opera sob cognição plena e exauriente; porém, quando visa apenas a prevenir a consumação, reiteração ou remoção dos efeitos de um ilícito ou de um dano, contenta-se com a probabilidade e opera sob cognição sumária.

Quando for necessário prevenir e satisfazer o mesmo direito, a sua cognição experimenta uma maturação gradativa: começa com o exame perfunctório, sob

cognição sumária, para a prevenção, e se aprofunda amplamente, sob cognição exauriente, para a satisfação definitiva¹³.

Pois bem.

Salvo disposição legal em sentido contrário, o exame do direito na tutela preventiva não exige o mesmo padrão probatório da tutela satisfativa definitiva. Afinal, uma coisa é apurar a probabilidade do direito; outra, a sua certeza.

Daí a decisão em sede de tutela preventiva não selar o destino da decisão sobre a tutela satisfativa definitiva. Um direito que, sob cognição sumária, parecia provável pode, sob cognição exauriente, confirmar-se existente ou revelar-se inexistente – e vice-versa: um direito que, sob cognição sumária, parecia improvável pode, sob cognição exauriente, confirmar-se inexistente ou revelar-se existente.

Portanto, quando o Ministério Público de Contas pleiteia medida cautelar o que se deve averiguar é se ele conseguiu demonstrar que o direito é provável, não que ele é incontestável.

E a concessão da medida cautelar não predefine o resultado da tutela satisfativa definitiva. Somente o aprofundamento da cognição, respeitadas amplamente as garantias processuais, permitirá formar o juízo sobre a certeza do direito, confirmando ou não o direito inicialmente provável.

¹³ Se a tutela definitiva é demorada e exauriente cognitivamente, a tutela provisória é o inverso, com a busca do imediatismo e, conseqüentemente, de um juízo sumário, baseado em probabilidades de uma análise inicial e superficial sobre o que narra. Logo, a cognição sumária é um juízo de probabilidade. A abertura para que a cognição seja exercida é a necessidade de alteração no curso do tempo do processo, com a viabilidade, pela existência da conjunção entre probabilidade do direito e, em alguns casos, aliado a um risco ao resultado útil do processo, com o perigo do dano ou necessidade de prevenir ou remover ilícito. Se uma parte comprovar, perfunctoriamente, que não consegue aguardar a tutela definitiva nos moldes procedimentais comuns, é possível que seja antecipada a tutela ou acautelado o direito, sempre numa cognição sumária, numa análise de probabilidade. Não se discute o direito como existente nessa cognição sumária, mas a possibilidade de existência deste naquele momento, com a perspectiva de depois, proceduralmente, discutir profundamente este direito. A tutela jurisdicional trabalha, como vimos, no plano da verticalidade cognitiva, almejando um grau de profundidade da análise judicante sobre o que se decidirá no processo de modo definitivo. O intuito é ser o mais profundo, cognitivamente, para exaurir a discussão sobre o assunto posto em jurisdição. Quanto mais exaurido, mais profunda a cognição e a melhor jurisdição, e, de maneira inversa, quanto menos profundo, mais superficial a análise e, conseqüentemente, maior a sumariedade da cognição, com um juízo de probabilidade. A tutela provisória não almeja exaurir a jurisdição, mas uma tutela com eficácia imediata, possibilitando uma antecipação ou acautelamento de um direito (ARAÚJO, José Henrique Mouta. LEMOS, Vinicius Silva. **Procedimento Comum no Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 962).



É exatamente por isso que **não há a menor contradição quando o Ministério Público de Contas requer, além da concessão de medida cautelar, o complemento das informações para aprofundar a apuração da conduta do representado. Ao formular tal requerimento, ele não quer atender ao estândar probatório da tutela sumária cautelar, mas apurar o quanto necessário para lastrear o estândar probatório da tutela satisfativa definitiva. Dito de outro modo, ele não quer demonstrar a probabilidade do direito, mas a certeza do direito.**

Trata-se, ademais, de postura alinhada à proibição processual. Consciente da diferença do estândar probatório da tutela sumária cautelar (probabilidade do direito) e do estândar probatório da tutela satisfativa definitiva (certeza do direito), ao requerer a complementação das informações o Ministério Público de Contas demonstra que litiga de maneira séria e responsável, deixando inequívoco que persegue a tutela jurídica do Estado com o intuito de proteger o interesse público de maneira objetiva, e não de modo aleatório e frívolo.

Em suma, **negar a medida cautelar com base no fato de o Ministério Público de Contas ter requerido a complementação das informações equivale a ignorar a diferença entre o estândar probatório da tutela preventiva cautelar e o da tutela satisfativa definitiva.** Agir assim é desdiferenciar o estândar probatório de uma e outra, nivelando-os pelo da tutela satisfativa definitiva. **No limite, significa aniquilar a tutela preventiva cautelar,** o que feriria não só o art. 376, I, RITCEES, como o próprio art. 5º, XXXV, CF¹⁴.

Dito isso, **é inegável que, ao secundar irrestritamente a Manifestação Técnica de Cautelar, a Decisão agravada reconheceu a probabilidade do direito.** Afinal, ela concordou, sem ressalvas, com a afirmação de que

De fato, o teor das postagens coletadas nos perfis sociais pessoais do representado e mostradas acima (postagens), constata-se que as

¹⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



divulgações, associam a figura do chefe do executivo municipal a uma ação da Prefeitura Municipal de Vila Velha, constituindo nítida promoção pessoal.

É exatamente aqui que importa o argumento (a.2) – a ausência de cotejo adequado entre o caso precedente e o caso atual, que revela a incompatibilidade entre eles.

De saída, precedentes só promovem a segurança jurídica e a igualdade quando são aplicados criteriosamente. Para tanto, em suma, é necessário, a um, identificar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente e, a dois, comparar os fatos materiais (juridicamente relevantes) do caso paradigma e do caso atual. Então, se os fatos materiais forem os mesmos, o precedente incide no caso atual; mas se os fatos materiais forem distintos, o precedente não incide no caso atual. A comparação deve ser cuidadosa tanto para impedir que o precedente seja aplicado a um caso por ele não regulado quanto para impedir que ele não seja aplicado a um caso por ele regulado, evitando discriminações espúrias e a perpetuação da insegurança jurídica¹⁵.

Faz-se o registro porque a **Decisão agravada invocou como precedente** para o caso concreto a **Decisão TC 9051/2014**, extraída do **Processo TC 11185/2014-4** (págs. 78-87 do **004 - Volume Digitalizado 02524/2018-7**).

De fato, a decisão paradigma e a decisão recorrida versam o mesmo tema: apurar, para fins de concessão de medidas cautelares, se agentes políticos utilizam a divulgação de ações e programas governamentais com intuito de promoção pessoal.

¹⁵ “É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido, fala-se, no *common law*, em *distinguishing*. O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. [...] Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm. [...] Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer justificativa que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. Note-se que, exatamente pela circunstância de que o *distinguishing* depende de justificativa, há que se ter uma pauta racional uniforme na identificação dos seus critérios” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 326-325).

Além disso, é verdade que um dos motivos pelos quais a decisão paradigma negou a concessão das medidas cautelares foi o fato de o Ministério Público de Contas haver requerido a complementação das informações. Veja-se:

Entretanto, entendo aodada a adoção de qualquer das medidas propostas na inicial em sede de cognição sumária próprio 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. (evento 004, p. 84)

À primeira vista, isso poderia conduzir à conclusão de que a decisão recorrida está em linha com a decisão paradigma. **Mas isso não deve conduzir, passivamente, à conclusão de que a decisão do caso paradigma deve ser aplicada *in casu*.**

Primeiro, porque, se o caso paradigma e o caso atual fossem idênticos, a rigor estaríamos diante de uma oportunidade de corrigir o erro do passado. Afinal, como se viu, a tutela preventiva cautelar exige o estândar probatório da probabilidade do direito e a tutela satisfativa definitiva exige o estândar probatório da certeza do direito, não se podendo examinar aquela pelo prisma desta – erro cometido na decisão paradigma e na decisão recorrida.

Segundo, e principalmente, **porque a aplicação da decisão paradigma ao caso atual é fruto de uma análise aodada, incapaz de identificar falsas equivalências. Deixou-se de dar a devida importância ao argumento lançado na decisão paradigma, fundamental para a conclusão ali esposada, de que a apuração da promoção pessoal dos agentes públicos ainda seria objeto de debate, após a oitiva dos envolvidos e da Área Técnica.** Veja-se:

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.

Ora, **diferentemente do caso paradigma**, **no caso atual** o exame da cautelar foi precedido da oitiva do representado e da **Área Técnica do TCE-ES**, que **reconheceu, sob juízo de cognição sumária** – exigida para o exame de medidas preventivas cautelares – **que as publicações do representado constituem nítida promoção pessoal**. Trata-se de uma **diferença fundamental para fins de exame da tutela preventiva cautelar**, que impõe o afastamento da decisão paradigma neste caso concreto.

Definitivamente, a Decisão agravada – assim como a Manifestação Técnica de Cautelar e, também agora, a **19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4** (evento 19) – obrou em manifesto equívoco ao desprezar tais nuances reputadas fundamentais no caso paradigma, o que a levou a aplicar ao caso um precedente que não trata de caso igual.

Rechazados, portanto, os argumentos **(a.1)** e **(a.2)**.

Passando ao argumento (b) – o requerimento de instauração de Incidente de Prejulgado evidenciaria incerteza sobre a aplicação do art. 37, § 1º, CF, *in casu* – **não se sustenta**.

Os requisitos do Incidente de Prejulgado são **a relevância e a transcendência da matéria de direito** (art. 174, **Lei Complementar 621, de 08 de março de 2012 – LC 621/2012**¹⁶).

A finalidade do Incidente de Prejulgado é **constituir provimento vinculante** no âmbito do TCE-ES, a ser obrigatoriamente aplicado aos casos futuros que versarem a mesma questão de direito (art. 352, § 1º, RITCEES¹⁷).

¹⁶ **Art. 174.** Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, **reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral**, observada a forma estabelecida no Regimento Interno. (Destacou-se).

¹⁷ **Art. 352.** Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quorum qualificado previsto no art. 180 da Lei Orgânica do Tribunal, os autos serão devolvidos àquele que suscitou a matéria incidental, para apreciação do mérito do processo.
§ 1º O julgamento que deliberar sobre o incidente processual solucionará a questão levantada, constituindo prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

Ele tem caráter normativo e será aplicado sempre que invocado (art. 355, RITCEES¹⁸), só podendo ser reformado ou revogado pela maioria absoluta dos Conselheiros do TCE-ES (art. 354, *caput*, RITCEES¹⁹) no julgamento de tese, nunca no âmbito de um caso concreto (art. 353, RITCEES²⁰).

Portanto, nada na legislação indica que a existência de dúvida seja requisito para a instauração do Incidente de Prejulgado – seja em termos de dúvida objetiva (divergência entre os órgãos do TCE-ES acerca do tema), seja em termos de dúvida subjetiva (necessidade do arguente de que a sua ignorância seja aplacada pelo TCE-ES).

Aliás, sendo tais os efeitos da formação do Prejulgado, é pouco crível que a sua instauração seja requerida por alguém despido de convicção acerca da questão de direito que constituirá o seu objeto; principalmente se o arguente for Conselheiro ou membro do Ministério Público de Contas, que necessariamente terão de se pronunciar – decidindo ou se manifestando, respectivamente – no julgamento da tese (art. 350, parágrafo único, RITCEES²¹). Na prática, o mais provável é que o legitimado suscite o Incidente de Prejulgado com o fito de fazer com que a sua posição sobre o tema passe a ser, também, a do TCE-ES.

Portanto, não há incompatibilidade lógica em requerer, simultaneamente, a concessão de medida cautelar e a instauração do Incidente de Prejulgado. Pelo contrário. Estando o Ministério Público de Contas convencido do regime jurídico da questão de direito relevante e dotada de transcendência e, também, de que estão presentes os requisitos necessários à concessão de medida preventiva

¹⁸ **Art. 355.** O prejulgado tem caráter exclusivamente normativo e será aplicado sempre que invocado no exame processual.

¹⁹ **Art. 354.** Somente pela maioria absoluta dos Conselheiros poderá o Tribunal estabelecer, reformar ou revogar prejulgado.

²⁰ **Art. 353.** O prejulgado poderá ser revogado ou reformado sempre que o Tribunal, pronunciando-se em tese, firmar nova interpretação, hipótese em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

²¹ **Art. 350.** Uma vez admitido pelo Plenário, o incidente de prejulgado será processado em autos apartados e encaminhado ao Relator, que poderá determinar a remessa do processo ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula para os fins do disposto no art. 445, inciso III, deste Regimento, e, após, à unidade técnica competente para manifestação, no prazo de quinze dias.

Parágrafo único. O Relator remeterá ao Ministério Público junto ao Tribunal para manifestação, no prazo de quinze dias.

cautelar – como ocorre no caso concreto – a formulação dos dois requerimentos é possível e deve ser vista com desassombro.

Permeando o argumento (b), é possível falar nestes desdobramentos: (b.1) a reforma do art. 77 da [Lei Orgânica do Município de Vila Velha \(LOMVV\)](#) e (b.2) da violação da isonomia representada pelo manejo da presente Representação.

Quanto ao argumento (b.1), o representado/recorrido argumenta que há uma zona cinzenta acerca da aplicação ou não do art. 37, § 1º, CF, às contas pessoais do agente político nas redes sociais. Assim, prossegue, a Câmara de Vereadores de Vila Velha, por iniciativa própria, deu nova redação aos parágrafos do art. 77 da LOMVV, para disciplinar o tema, distinguindo a publicidade institucional da publicidade custeada com recursos privados pelo agente público, haja vista que a redação original dos §§ 2º, 3º e 4º violavam a CF, o princípio da simetria, a separação dos poderes e da liberdade de expressão.

Veja-se a redação do dispositivo antes e depois da Emenda nº 60, de 13 de dezembro de 2021, à LOMVV:

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE VILA VELHA	
REDAÇÃO DO ART. 77 E SEUS PARÁGRAFOS AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA REPRESENTAÇÃO.	REDAÇÃO DO ART. 77 E SEUS PARÁGRAFOS APÓS A EMENDA Nº 60, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2021, POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA REPRESENTAÇÃO
Art. 77 A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública direta, indireta ou fundacional, ainda que custeada por entidades privadas, deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social e será realizada de modo a não abusar da confiança do cidadão, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.	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 a utilização de nomes, símbolos, sons e imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades, servidores públicos ou partidos políticos.	§ 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 a que se refere este artigo somente poderá ser realizada após aprovação, pela Câmara Municipal, do plano anual de publicidade, que conterá previsão dos seus custos e objetivos, na forma da lei.	§ 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 A veiculação da publicidade a que se refere este artigo será toda publicidade de administração municipal, inclusive as inseridas nos meios de comunicação a nível	§ 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

estadual e nacional.	homenagem aos princípios da liberdade de expressão, da transparência e do dever de prestar contas à população.
§ 4º O Poder Executivo publicará e enviará ao Poder Legislativo e ao Conselho Comunitário, no máximo trinta dias após o encerramento de cada trimestre, relatório completo sobre os gastos publicitários da administração pública direta, indireta ou fundacional, na forma da lei.	Revogado.

A reforma legislativa não produz o menor impacto no exame da probabilidade do direito para fins de concessão das medidas cautelares pleiteadas. Vejamos.

Com efeito, o § 1º do dispositivo é essencialmente o mesmo antes e depois da Emenda nº 60 à LOMVV. Dispensa, pois, considerações. E a revogação do **§ 4º**, que nada dizia sobre a natureza das publicações, é ainda mais irrelevante para o exame ora realizado, conquanto o novel dispositivo represente inegável retrocesso civilizatório ao desobrigar o Poder Executivo municipal de Vila Velha de publicar e enviar ao Poder Legislativo e ao Conselho Comunitário, no máximo trinta dias após o encerramento de cada trimestre, relatório completo sobre os gastos publicitários da administração pública direta, indireta ou fundacional, tal qual previsto anteriormente.

O § 2º sofreu alterações textuais: antes da Emenda nº 60, ele condicionava a publicidade institucional, qualquer que fosse a sua fonte de custeio (pública ou privada), à aprovação da Câmara de Vereadores; depois, supriu a exigência de aprovação prévia do Legislativo e explicou que a publicidade referida 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.

Há duas formas de interpretar a nova redação do dispositivo, no que concerne às publicações de ações governamentais nas redes sociais: **(i)** a publicidade de ações governamentais só precisa ter caráter institucional quando custeada com recursos públicos e veiculada nos sítios e perfis oficiais do ente público, sendo lícita a publicidade de ações governamentais com intuito de promoção pessoal quando custeada com recursos privados e veiculada nos sítios e perfis pessoais do agente público; ou **(ii)** a publicidade deve ter caráter institucional

independentemente de ser custeada com recursos públicos ou privados e de ser veiculada nos sítios e perfis do ente público e/ou do agente público.

Como o art. 37, § 1º, CF, proíbe a publicidade de ações governamentais que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, fica claro que a fonte de custeio da publicidade e o local da sua divulgação, por si sós, não são critérios determinantes da avaliação do seu caráter institucional, mas o seu **conteúdo** (que deve ser educativo, informativo ou de orientação social). Assim, fica afastado, por sua manifesta inconstitucionalidade, o sentido (i).

Sobrando apenas o sentido (ii), conclui-se que **a nova redação do § 2º do art. 77 da LOMVV não elimina a análise do conteúdo da publicidade** custeada com recursos privados e veiculada pelo agente público em seus sítios eletrônicos e/ou perfis pessoais nas redes sociais, para saber se está em conformidade ou não com o art. 37, § 1º, CF.

O § 3º experimentou, igualmente, modificações textuais: antes da Emenda nº 60, ele prescrevia que a veiculação da publicidade a que se refere o dispositivo seria toda publicidade de administração municipal; depois, deixou explícita a possibilidade de os agentes políticos e servidores públicos darem publicidade às ações governamentais *lato sensu* por meio de seus sítios e perfis pessoais nas redes sociais, como exigência de liberdade de expressão, transparência e dever de prestação de contas à população.

No essencial, valem aqui as mesmas considerações tecidas acima, sobre o § 2º, no que concerne às publicações de ações governamentais nas redes sociais: (i) a publicidade de ações governamentais só precisa ter caráter institucional quando custeada com recursos públicos e veiculada nos sítios e perfis oficiais do ente público, sendo lícita a publicidade de ações governamentais com intuito de promoção pessoal quando custeada com recursos privados e veiculada nos sítios e perfis pessoais do agente público; ou (ii) a publicidade deve ter caráter institucional independentemente de ser custeada com recursos públicos ou

privados e de ser veiculada nos sítios e perfis do ente público e/ou do agente público.

E onde há a mesma razão, incide o mesmo direito. Assim, porque o art. 37, § 1º, CF, proíbe a publicidade de ações governamentais que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, fica claro que a fonte de custeio da publicidade e o local da sua divulgação, por si sós, não são critérios determinantes da avaliação do seu caráter institucional, mas o seu **conteúdo** (que deve ser educativo, informativo ou de orientação social). Fica afastado, por sua manifesta inconstitucionalidade, o sentido (i).

Destarte, sobrando apenas o sentido (ii), conclui-se que **a nova redação do § 3º do art. 77 da LOMVV não elimina a análise do conteúdo da publicidade** custeada com recursos privados e veiculada pelo agente público em seus sítios eletrônicos e/ou perfis pessoais nas redes sociais, para saber se está em conformidade ou não com o art. 37, § 1º, CF.

É bem de ver que o art. 37, § 1º, CF, não fez referência a uma sede específica de publicação. E onde o texto constitucional não restringiu, não é dado ao intérprete fazê-lo. Daí o dispositivo dever ser interpretado extensivamente para considerar contrária aos **princípios da publicidade institucional e da impessoalidade administrativa** toda e qualquer publicação do agente público com intuito de promoção pessoal, sejam elas veiculadas em uma revista, em um *outdoor*, na televisão, em sítio eletrônico ou em perfis nas redes sociais, sejam estes dois últimos de titularidade do ente público ou do agente público, e, em todos os casos, sejam elas custeadas com recursos públicos ou privados.

Bem vistas as coisas, é diversionismo tentar problematizar a questão em razão do advento de novas tecnologias e formas de comunicação. O problema real é apenas impedir que a dinamicidade das redes sociais venha a servir de alibi para relativizar os **princípios da publicidade institucional e da impessoalidade administrativa. Constitui falso problema** perquirir se tais

princípios governam ou não as publicações que o agente público venha a fazer em seus sítios particulares na rede mundial de computadores ou em seus perfis pessoais nas redes sociais quando custeadas com recursos privado – é óbvio que governam!

E nada disso contraria a **liberdade de expressão** nem os **deveres de transparência e prestação de contas à população**.

No que concerne à liberdade de expressão, normas constitucionais originárias – que, por definição, não podem ser inconstitucionais – inserem inúmeras restrições à liberdade de expressão de integrantes do Estado. Magistrados e membros do Ministério Público, *v. g.*, são proibidos de exercer atividade político-partidária, no que se inclui a participação em eventos dessa natureza e a veiculação de opiniões de igual teor²²⁻²³. Agentes públicos em geral estão proibidos de se aproveitar de ações governamentais *lato sensu* para veicular publicações com intuito de promoção pessoal. Em âmbito infraconstitucional, mas em linha com a Constituição, o [Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002](#), que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências, proíbe o militar da ativa a se manifestar publicamente, sem que esteja autorizado, a respeito de assuntos de natureza político-partidária, e condutas semelhantes²⁴.

²² **Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias:

[...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

[...]

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

²³ **Art. 128.** O Ministério Público abrange:

II - as seguintes vedações:

[...]

e) exercer atividade político-partidária;

²⁴ Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

[...]

ANEXO I

RELAÇÃO DE TRANSGRESSÕES

[...]

56. Tomar parte, em área militar ou sob jurisdição militar, em discussão a respeito de assuntos de natureza político-partidária ou religiosa;

57. Manifestar-se, publicamente, o militar da ativa, sem que esteja autorizado, a respeito de assuntos de natureza político-partidária;

58. Tomar parte, fardado, em manifestações de natureza político-partidária;

As atividades realizadas por integrantes do Estado envolvem certos ônus, um dos quais a restrição à sua liberdade de expressão. Quem não quer ou não consegue seguir esse padrão de autocontenção têm a opção de se ligar a outros ramos da vida social, tão importantes quanto os quadros do Estado, mas sujeitos a regimes jurídicos menos restritivos das liberdades individuais. Definitivamente, o integrante do Estado não pode se conduzir pela ética patrimonialista, funcionalizando o espaço público para o atingimento de seus interesses privados.

E os deveres de transparência e prestação de contas à população, corolários do princípio da publicidade institucional, tampouco dependem, para o seu cumprimento, de exploração maciça em vias particulares do gestor. A publicação em mídias tradicionais, sítios eletrônicos oficiais e perfis do ente público nas redes sociais cumprem, satisfatoriamente, o dever de comunicar as ações governamentais *lato sensu* à população. Afinal, quem deve comunicar ações governamentais à população é a Administração, não o administrador.

Em tempo, apenas a título de curiosidade, **neste caso até os números revelam que os perfis oficiais da Prefeitura Municipal de Vila Velha têm mais alcance que os perfis pessoais do representado/recorrido:** no **Instagram**, o perfil oficial da Prefeitura Municipal de Vila Velha tem 123.000 (cento e vinte e três mil) seguidores, já o representado/recorrido tem 63.800 (sessenta e três mil e oitocentos); no **Facebook**, o perfil oficial da Prefeitura Municipal de Vila Velha tem 97.768 (noventa e sete mil setecentos e sessenta e oito) seguidores, já o representado/recorrido tem 21.267 (vinte um mil duzentos e sessenta e sete seguidores); no **Twitter**, o perfil oficial da Prefeitura Municipal de Vila Velha tem 2.287 (dois mil duzentos e oitenta e sete) seguidores, já o representado/recorrido tem 3.121 (três mil cento e vinte e um) seguidores. Em números absolutos – e sabendo que uma mesma pessoa pode estar inscrita em todas essas contas – são 223.055 (duzentos e vinte e três mil e cinquenta e cinco) inscritos nos perfis

59. Discutir ou provocar discussão, por qualquer veículo de comunicação, sobre assuntos políticos ou militares, exceto se devidamente autorizado;

oficiais do Município de Vila Velha contra 88.188 (oitenta e oito mil cento e oitenta e oito) inscritos nos perfis pessoais do representado/recorrido, o que depõe a favor da publicidade institucional, não do apelo à imagem do representado/recorrido.

Independentemente disso – o argumento é um reforço para evidenciar o intuito de promoção pessoal das publicações do representado/recorrido – é um equívoco supor que o cumprimento da transparência e prestação de contas à população suplica o apelo a publicações prioritária ou exclusivamente veiculadas nas contas pessoais do agente público ou que deem protagonismo à sua pessoa. Pensar assim é confessar, ainda que por vias oblíquas, a incapacidade de desatrear a ação governamental *lato sensu* da figura pessoal do agente público, ou seja, de assimilar o que há de mais elementar no conteúdo jurídico do **princípio da impessoalidade administrativa**.

O **princípio da impessoalidade** exige que a atuação do agente público se baseie na ausência de subjetividade, ficando impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, próprios ou de terceiros²⁵. E o art. 37, § 1º, CF, do qual emanam um dever – informar à coletividade como estão sendo realizados os gastos públicos – e uma proibição – o dever de informar não pode ser cumprido trazendo proveito pessoal ao agente público – pode ser assim detalhado:

Algumas observações a respeito do **princípio da impessoalidade** podem ser colacionadas: a) o princípio **objetiva não permitir que o administrador se privilegie**, pois deste privilégio nasce o prejuízo de toda a sociedade; b) o princípio traduz a orientação finalística de toda e qualquer atividade da Administração, **impedindo a mera intenção de privilegiar ou prejudicar qualquer cidadão ou qualquer grupo, assim como qualquer proveito pessoal do agente público**; c) essa orientação finalística – ou primado da finalidade – **faz com que as vontades pessoais sejam irrelevantes na composição na “vontade da Administração”**. Bem por isso, as ações e omissões praticadas são imputadas à estrutura da Administração (pessoas políticas, órgãos e entidades), admitindo-se, contudo, a responsabilização pessoal regressiva por eventuais danos causados (art. 37, § 6º).

[...]

²⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76.



A informação a respeito de todas estas situações **também deve ser impessoal**, ampla e irrestrita; **seu conteúdo** deve ser claro, transparente e direto, **evocando com primazia o que está sendo feito, e não quem o está fazendo**. O dever de informação não pode ser alvo de manipulação para privilégio de uns, tampouco para a glória de outros²⁶.

A propósito, vale conferir o seguinte aresto do **Supremo Tribunal Federal**:

PUBLICIDADE DE ATOS GOVERNAMENTAIS. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. ART. 37, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja **qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam**. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é **incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos**. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. 2. Recurso extraordinário desprovido. (RE 191.668, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. em 15/04/2008, DJe 29/05/2008).

Portanto, é muito claro que **toda publicidade veiculada pessoalmente pelo agente público sobre ações governamentais lato sensu deve ter conteúdo exclusivamente institucional**, qualquer que seja a sede da publicação e a sua fonte de custeio (pública ou privada).

No mais, **aqui não se trata de vedar totalmente a publicação em sítios eletrônicos particulares ou em perfis pessoais nas redes sociais**. Para bem ou para mal, estamos atrelados à comunicação expedita da rede mundial de computadores. Responder prontamente à maledicência pode ser uma forma efetiva de proteção da reputação. E, em princípio, a publicação com tal escopo não configura promoção pessoal. Tampouco seria vedado replicar naquelas sedes publicidade com teor efetivamente institucional.

²⁶ MOTTA, Fabrício Macedo. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. científica J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet. Coord. Executiva Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 887 e ss.

É claro que toda publicação pessoal do agente público terá o seu conteúdo escrutinado à luz dos princípios constitucionais da publicidade institucional e da impessoalidade da Administração. E não há aqui nada de leonino. Veiculações em sítios eletrônicos particulares ou em contas pessoais nas redes sociais não são a única forma de reagir a acusações indevidas nem de dar vazão a publicidades efetivamente institucionais. Vão aí vantagens e desvantagens, não podendo o agente público desejar o melhor dos dois mundos. Ele pode optar por adotar medidas judiciais de notificação e até de responsabilização dos denunciadores inescrupulosos, bem como deixar de veicular publicidade institucional. Se opta por agir no ambiente da rede mundial de computadores, então fica sujeito ao escrutínio casuístico da sua adequação ao art. 37, § 1º, CF.

Em resumo, **é falacioso diferenciar publicidade institucional de publicidade custeada com recursos privados pelo agente público.** O argumento pressupõe que o critério definitivo é a fonte de custeio da publicidade, quando, em verdade, é o seu **conteúdo**. É lícito que ações de publicidade sejam custeadas pelo ente público ou pelo próprio agente público. É ilícito, porém, que a ação de publicidade veicule promoção pessoal do agente público.

Assim: **(i)** se uma ação de publicidade é custeada pelo agente público e não veicula promoção pessoal, ela é lícita; **(ii)** se uma ação de publicidade é custeada pelo agente público e veicula promoção pessoal, ela é ilícita; **(iii)** se uma ação de publicidade é custeada pelo ente público e não veicula promoção pessoal do agente público, ela é lícita; e **(iv)** se uma ação de publicidade é custeada pelo ente público e veicula promoção pessoal do agente público, ela é ilícita. Nota-se que o elemento invariável da ilicitude é a promoção pessoal do agente público.

Portanto, a referida mudança legislativa não é capaz de criar uma zona livre para publicações custeadas com recursos privados com intuito de promoção pessoal do agente público. De modo que, para a caracterização do intuito de promoção pessoal, **nada é mais igual do que o regime jurídico das publicações das**

ações governamentais *lato sensu* antes e depois da reforma do art. 77, LOMVV.

Em face de todas essas considerações, está refutado o argumento **(b.1)**.

No que tange ao argumento (b.2), que não é diretamente pertinente ao exame das medidas cautelares, cabe tecer breves considerações.

O representado/recorrido argumenta que vários agentes públicos (prefeitos de Serra, Viana, Vitória, além do Governador do Estado) fazem o mesmo tipo de publicidade que ele, mas o Ministério Público de Contas investe apenas contra ele. A seu juízo, cuida-se de ação direcionada que “*demonstra de forma clara e incontestemente uma quebra eloquente dos princípios da isonomia e impessoalidade*”.

Os argumentos são fragilíssimos.

De saída, em nenhum momento o Ministério Público de Contas afirma que outros agentes públicos realizam condutas idênticas às do representado/recorrido.

De fato, o representado/recorrido e outros agentes públicos realizam publicações relacionadas ao exercício do cargo em seus perfis pessoais nas redes sociais. Tais condutas não são ilícitas por si só, mas apenas quando o conteúdo desborda das balizas do art. 37, § 1º, CF.

Assim, quando o **Ministério Público de Contas compara as publicações é para deixar assente que é o representado/recorrido a usar e abusar da promoção pessoal.**

Se é verdade que o tema possui zonas cinzentas, podendo haver casos nos quais haja dúvidas razoáveis sobre a violação do art. 37, § 1º, CF, **no caso do representado/recorrido a ofensa é flagrante: as publicações referidas na Representação veiculam nítida promoção pessoal**, como reconheceu a Decisão recorrida ao aderir, sem ressalvas, à Manifestação Técnica de Cautelar.

Aproveitando o exercício de comparação do representado/recorrido, seria mesmo inimaginável que o Ministério Público de Contas, apurando fraudes a licitações praticados por vários agentes públicos, perseguisse a punição de apenas alguns deles.

Contudo, o que se tem aqui, ainda na linha da comparação proposta, é que o Ministério Público de Contas apurou fraude à licitação apenas por parte do representado/recorrido, mas não dos demais administradores.

Assim, o absurdo seria investir contra todos, indiscriminadamente, perseguindo a punição de indivíduos contra os quais inexistem indícios de irregularidades.

Ademais, e no limite, se fosse verdade que todos os demais agentes políticos praticam o mesmo ilícito ora imputado ao representado/recorrido, disso não se seguiria que as faltas deste deveriam ser relevadas, mas que as de todos deveriam ser sancionadas.

Não se deixa de punir um ilícito devidamente apurado porque outros não foram ou podem até não vir a sê-lo. O fato de que nem todos os crimes serão punidos não conduz à descriminalização de todas as condutas. O fato de que nem todas as improbidades serão sancionadas não conduz à liberalização de toda e qualquer prática administrativa.

No mais, o Ministério Público de Contas não se furtará a atuar com o fito de inibir e combater todo e qualquer agente público que incorrer nas mesmas faltas do recorrido/representado – o mesmo podendo ser dito sobre o Ministério Público do Estado do Espírito Santo que, como bem noticia a Instrução Técnica de Recurso, instaurou inquérito civil para apurar a conduta do ora representado/recorrido. Afinal, a igualdade exige a generalização da punição da improbidade, não a sua banalização.

É o que basta para refutar o argumento **(b.2)**.

Posto isso, considerando tudo o que se disse sobre **(a)** e **(b)**, conclui-se que está configurado o requisito do *fumus boni iuris* (art. 376, I, RITCEES).

2.2.3. PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA*

Passa-se à demonstração da presença do requisito do art. 376, II, RITCEES (*periculum in mora*).

O exame das Contrarrazões (evento 15) não indica nenhuma consideração específica do representado/recorrido no que concerne ao pressuposto do *periculum in mora*. Ele apenas repisa, concordando, com o argumento da Decisão agravada no sentido de que a consumação das publicações exaure o interesse público.

O exame da [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19) expõe que nesta instância recursal a Área Técnica reconheceu a presença do *periculum in mora*. São estas as considerações que ela lança sobre o tema:

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.

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.

Com razão a Área Técnica.

O equívoco da Decisão agravada e da Manifestação Técnica de Cautelar consiste em desprezar a funcionalidade da *tutela preventiva*, conforme já demonstrado no item 2.1, acima.

Ora, estando a *tutela preventiva* funcionalizada para o futuro a fim de impedir a ocorrência de algo, a saber, a consumação ou reiteração de um ilícito (*tutela inibitória*) ou a consumação de um dano decorrente de um ato ilícito já

consumado (*tutela cautelar*), é totalmente sem sentido negá-la sob o argumento que o que se queria prevenir já foi consumado.

Ora, a consumação do que se deveria ter evitado não impede a sua reiteração no futuro, e a *tutela preventiva* também serve para impedir que isso ocorra. Ademais, a consumação do que se deveria ter evitado não dispensa a remoção dos seus efeitos, possuindo igualmente tal finalidade a *tutela preventiva*.

Comparativamente, discordar do argumento aqui defendido equivaleria a negar o pedido de suspensão de uma inscrição indevida sob o argumento de que a inscrição já se consumou (*tutela inibitória*), ou negar o pedido de arresto de bens que ainda estão no patrimônio do devedor sob o argumento de que ele já dilapidou parte do seu patrimônio (*tutela cautelar*).

No limite, negar peremptoriamente a *tutela preventiva* sob o argumento de que já se consumou o que se deveria ter evitado pode representar a negação da existência da *tutela preventiva*, com pejo do art. 5º, XXXV, CF²⁷ – algo particularmente grave no âmbito do Tribunal de Contas, dada a imediata ofensa ao interesse público.

Observe-se que, na prática, o entendimento vertido na Decisão agravada reduziria substancialmente a eficácia e a efetividade da tutela preventiva, se é que não as eliminaria completamente.

Se, com efeito, a tutela preventiva (contra o ilícito ou contra o dano, tanto faz) só puder ser concedida antes da consumação daquilo que com elas se deveria ter evitado, elas só poderiam ser requeridas se agências de fiscalização **descobrissem e tivessem provas** de que tal conduta está na iminência de ocorrer e **tivessem tempo hábil** para impedir a sua consumação.

²⁷ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Em termos lógicos, isso só seria possível se os gestores anunciassem previamente que iriam realizar publicações com nítido intuito de promoção pessoal ou se agências de fiscalização tivessem poderes mediúnicos ou investissem na arapongagem. A primeira alternativa não é factível, a segunda é jocosa e a última é ilícita.

Mormente no contexto das publicações nas redes sociais, o entendimento consagrado na decisão recorrida **tornaria impossível preencher o requisito do art. 376, II, RITCEES, e representaria a aniquilação da tutela jurídica do Estado para prevenir a ofensa aos princípios da publicidade institucional e da impessoalidade administrativa, reduzindo a pó, nesse campo, o art. 37, § 1º, CF.**

Com suas palavras, a [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19) apresentada neste Agravo (evento 19) está em linha com os argumentos do Ministério Público de Contas. Ela tem razão ao afirmar, no trecho transcrito acima, que não se pode falar em exaurimento do interesse público enquanto as divulgações estiverem disponíveis nas redes sociais do representado, visto que os acessos do público não ocorrem todos ao mesmo tempo, mas diluem-se no tempo. Ora, enquanto as divulgações estiverem disponíveis subsiste o potencial para alcançar um número de pessoas cada vez maior e de produzir efeitos proporcionais ao público alcançado.

Equivale a dizer: é necessário remover os efeitos do ato ilícito já consumado, determinando a retirada das publicações com nítido teor de promoção pessoal do representado veiculadas nos perfis pessoais do representado/recorrido nas redes sociais.

Preenchido, portanto, o requisito do art. 376, II, RITCEES.

2.3. TUTELA DE EVIDÊNCIA. REQUERIMENTO SUBSIDIÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO QUE SE IMPÕE.

O Ministério Público de Contas formula requerimento subsidiário: considerados ausentes os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), então que se conceda a tutela de evidência (*fumus boni iuris*).

Sobre o ponto, nas Contrarrazões (evento 15) o representado/recorrido limita-se a dizer que não cabe a formulação do requerimento de tutela de evidência em caráter liminar. Isso porque foi requerida a concessão de tutela de evidência em caráter liminar com fundamento na hipótese do art. 311, IV, CPC, mas o parágrafo único do mesmo dispositivo prescreve que a tutela de evidência só pode ser concedida liminarmente nos casos dos incisos II e III do referido dispositivo²⁸.

A [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19), por sua vez, limitou-se a dizer que o requerimento de concessão de tutela de evidência, por ter sido formulado pela primeira vez na instância recursal, representa inovação e não pode ser examinado.

Pois bem.

Considerando que a questão invocada na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19) é prejudicial ao exame do requerimento de tutela de evidência, começa-se pelo seu exame.

Quanto ao argumento de inovação recursal, não procede.

A Área Técnica está dizendo, em outras palavras, que o exame do pedido subsidiário de tutela de evidência veicula matéria nova, não submetida ao juízo *a quo*, o que representaria supressão de instância.

Embora não tenha havido requerimento de tutela de evidência em primeira instância, descabe falar em inovação e supressão de instância.

²⁸ **Art. 311.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

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.

Caracteriza-se a supressão de instância quando se formula pedido versando matéria sobre a qual o juízo *a quo* não se pronunciou nem poderia. Não basta um nome novo; exige-se um conteúdo até então inédito.

Ora, a tutela provisória é gênero que abrange a tutela provisória de urgência, subdividida em tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência satisfativa, e tutela provisória de evidência (art. 294, CPC²⁹). Todas exigem o requisito do *fumus boni iuris*; apenas a tutela provisória de urgência exige *também* o requisito do *periculum in mora*.

Portanto, tanto a tutela provisória cautelar, pleiteada desde a Representação, e tutela provisória de evidência, pleiteada pela primeira vez neste Agravo, vertem o mesmo requisito: o *fumus boni iuris*.

Acrescente-se que **não há diferença ontológica** entre o *fumus boni iuris* exigido na tutela de evidência e o *fumus boni iuris* exigido na tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa).

Também **não há diferença em termos de padrão probatório** do *fumus boni iuris* na tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa) e na tutela provisória de evidência.

A diferença é comparativa: na tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa) as hipóteses do autor e do réu podem ser equivalentes, mas a presença do elemento urgência justifica a antecipação dos efeitos da tutela; na tutela provisória de evidência, por outro lado, é necessário que a hipótese do autor seja considerável e comparativamente melhor que a do requerido, considerados seus argumentos e provas até então coligidos aos autos³⁰.

²⁹ **Art. 294.** A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

³⁰ “O patamar de suficiência probatória da hipótese do autor, de um ponto de vista isolado, não precisa ser maior do que aquele exigido para a tutela provisória de urgência. No entanto, a diferenciação entre elas, no que se refere à probabilidade do direito está no elemento comparativo, pois não basta apenas que ela seja provável, mas que a hipótese fática do réu seja comparativamente mais frágil infundada. Na tutela de urgência, mesmo que as hipóteses divergentes tenham uma probabilidade assemelhada, basta que a hipótese do requerente seja um pouco melhor, sendo o adiantamento da tutela final justificado na presença do elemento urgência, elemento não presente na tutela de evidência” (PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Standards de Prova no Direito Processual Brasileiro**. Tese (doutorado em Direito). 323/f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 285).

Note-se que o *fumus boni iuris*, em si, não precisa ser mais robusto na tutela provisória de evidência do que na tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa); o que a tutela provisória de evidência exige é, simplesmente, que a hipótese do autor seja mais provável que a hipótese do réu.

Portanto, o *fumus boni iuris* analisado na Representação é o mesmo apreciado neste Agravo, seja em relação ao requerimento de tutela provisória de urgência cautelar, seja em relação ao requerimento de tutela provisória de evidência.

Logo, **não há inovação recursal nem supressão de instância.**

Quanto ao argumento vertido nas Contrarrazões, note-se que **está limitado** à impossibilidade de concessão de tutela de evidência **em caráter liminar**.

De fato, o art. 311, parágrafo único, CPC, prescreve que somente nos casos dos seus incisos II e III o juiz poderá decidir liminarmente sobre a tutela provisória de evidência.

Por decidir liminarmente entenda-se **decidir sem prévia oitiva da parte contrária**. Assim, o dispositivo está dizendo que a tutela provisória de evidência só pode ser concedida *inaudita altera parte* nos casos dos incisos II e III.

Mas ainda é necessário precisar o que caracteriza o contraditório prévio, indispensável à concessão da tutela de evidência sem oitiva da parte contrária.

A exigência pode ser interpretada nestes sentidos: (i) configura-se o contraditório quando, por qualquer modo, a parte contra a qual a tutela de evidência é pleiteada já teve a oportunidade de se manifestar nos autos sobre o direito (tendo ela se manifestado ou não); (ii) configura-se o contraditório quando, requerida a tutela de evidência, dá-se à parte a oportunidade de se manifestar a respeito (mesmo que já tenha podido discutir, por qualquer outro modo, o direito de, intimada sobre o requerimento de tutela de evidência, ter se manifestado ou não).

Como a tutela de evidência é técnica de inversão do ônus do tempo do processo, por meio da qual, de um lado, se permite que o bem da vida seja imediatamente fruído por aquele que comparativamente parece ter o melhor direito e, de outro, se onera, com a demora necessária à produção das provas necessárias a derruir o direito que parece provável³¹, parece correta a solução (i).

Ora, a tutela de evidência é resultado da soma de duas garantias fundamentais, quais sejam, a tutela jurídica do Estado e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF³²), devendo prevalecer a interpretação que lhe confere a maior efetividade e eficácia. Daí a primazia da solução (i).

Assim, **neste caso concreto seria perfeitamente possível conceder a tutela de evidência apenas com base nos argumentos lançados no Agravo, afinal o contraditório acerca do direito que se afirma evidente já havia sido exercido**: o Agravo foi interposto em 14/12/2021 (evento 1 deste Processo TC 8040/2021-9), sendo que o representado/recorrido já havia se manifestado sobre o direito, no processo de origem, em 03/08/2021 (evento 08 do Processo TC 03203/2021-4).

Portanto, seria perfeitamente possível conceder a tutela de evidência, no Agravo, sem prévia oitiva do representado/recorrido no âmbito deste recurso.

Seja como for, mesmo que se se concordasse com a interpretação do representado/recorrido – do que se diverge e se considera apenas para fins argumentativos – disso se não se seguiria a impossibilidade de concessão de tutela de evidência no julgamento final do presente recurso.

³¹ “A premissa desse raciocínio está em que *quem deve suportar o tempo que o processo normalmente leva para o seu desenvolvimento e desenlace é aquele litigante que dele necessita para mostrar que tem razão*. Só aí a tutela jurisdicional será realmente adequada à maneira como o direito material se apresenta em juízo. *Aquele litigante que desde logo apresenta uma posição de maior evidência com relação à situação litigiosa, sendo provavelmente o titular do direito litigioso, deve fruir do bem da vida enquanto o seu adversário busca provar que a sua posição é merecedora de tutela jurisdicional*” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 134).

³² **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Em verdade, o entrave está totalmente sanado: como o representado/recorrido já se manifestou, em contrarrazões, sobre o requerimento de tutela provisória de evidência, **houve exercício efetivo do contraditório em todos os sentidos possíveis** ventilados nas soluções (i) e (ii), acima.

Superado o ponto, é o caso de conceder a tutela de evidência.

Com efeito, já foi demonstrado parágrafos acima que o *fumus boni iuris* não precisa ser maior na tutela provisória de evidência do que na tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa). Portanto, à demonstração do requisito, para fins de concessão da tutela provisória de evidência, valem aqui todas as considerações lançadas no item **2.3.2**, acima.

De fato, a referida seção demonstra que o direito suscitado pelo Ministério Público de Contas é evidente. Cumpre insistir: a Decisão agravada e a Manifestação Técnica de Cautelar reconheceram, explicitamente, que as publicações no perfil pessoal do representado/recorrido nas redes sociais contêm nítida promoção pessoal. E o mesmo foi reconhecido na [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#) (evento 19). O direito é evidente, portanto.

Não há dúvida: comparadas as razões do Agravo, as contrarrazões e o que consta no item **2.3.2**, acima, fica claro que a hipótese do Ministério Público de Contas se apresenta mais consentânea que a do representado/recorrido, tornando imperiosa a concessão da tutela de evidência.

Posto isso, a tutela provisória de evidência deve ser concedida.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas **anui parcialmente** à [19 - Instrução Técnica de Recurso 00078/2022-4](#), apenas no que concerne ao



reconhecimento do requisito do *periculum in mora*, e, nos termos da argumentação acima, **pugna** pela:

3.1. Reforma da decisão recorrida e a consequente concessão de **tutela provisória de urgência cautelar fundada na existência de risco de ineficácia da decisão de mérito de receio de grave ofensa ao interesse público**, determinando ao Sr. Arnaldo Borgo Filho que, enquanto se encontrar no exercício do cargo público de Chefe do Poder Executivo do Município de Vila Velha, 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 pela 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.

3.2. Subsidiariamente, rejeitado o requerimento referido no item **3.1**, acima, pela **concessão de tutela provisória de evidência**, aplicável à proteção do interesse público no âmbito do Tribunal de Contas como desdobramento natural da tutela jurídica do Estado contra ameaças de lesão a direito, **determinando ao Sr. Arnaldo Borgo Filho que, enquanto se encontrar no exercício do cargo público de Chefe do Poder Executivo do Município de Vila**



Velha, 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 pela 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.**

Por derradeiro, com fulcro no art. 41, III, [Lei nº. 8.625/93](#)³³, bem como no art. 53, parágrafo único, [LC nº. 621/2012](#)³⁴, este *Parquet* de Contas reversa-se no direito de manifestar-se oralmente na sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Vitória, 10 de junho de 2022.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador Especial de Contas

³³ **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;

³⁴ **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.