



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016446-15.2019.8.19.0000

AGRAVANTE : MARCUS VINÍCIUS DE OLIVEIRA PINTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR : DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS

Processo originário: 0001755-15.2019.8.19.0026

2ª Vara de Itaperuna

Juiz: Dr. Rodrigo Rocha de Jesus

A C Ó R D Ã O

Agravo de Instrumento. Direito Administrativo. Município de Itaperuna. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa imputada a Prefeito Municipal. Insurgência contra decisão proferida na origem que concedeu tutela de urgência para afastar o demandado de seu cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal. Referendo da decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Provas encartadas nos autos originários que militam em desfavor do recorrente pois sugerem indícios de inconsistências na contratação de prestador de serviço público de coleta de lixo e aquilo efetivamente executado, notadamente em relação à quantidade de veículos e à mão de obra designada para a atividade. Diligências ministeriais a revelar irregularidades em documentos que integram os autos de processos administrativos atinentes aos fatos discutidos na lide. Ausência de elementos capazes de abalar a higidez da decisão agravada, sobretudo porque a robustez da prova até então trazida pelo demandante reforça a certeza de que no atual estado de coisas não há espaço para reforma da decisão proferida na origem. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela cautelar pelo juízo originário. Possibilidade de decretação de medidas cautelares *inaudita altera pars* em sede de ação de improbidade administrativa, na medida em que se prestam a preservar o interesse público que é imanente à propositura dessa espécie de demanda. Probabilidade do direito fundada em elementos concretos a demonstrar que a permanência do agravante no cargo representa risco efetivo à instrução processual. Direito material à prova que não apenas foi vulnerado pela prática de supressão de documentos de processos administrativos, mas permanece exposto a risco de novas violações. Perigo de dano que exsurge da percepção de que o cargo de Chefe do Poder Executivo foi utilizado para mascarar condutas ímprobas por meio da cooptação de



servidores municipais a praticarem atos que, em última análise, comprometem a elucidação dos fatos investigados nestes autos e inviabilizam o alcance da verdade processual. Afastamento cautelar que, motivado pela peculiaridade fática dos autos, deve perdurar pelo tempo necessário à conclusão da instrução processual. Panorama no qual vigoram em desfavor do recorrente não apenas a pecha de mau-gestor, mas também a acusação de utilização da máquina administrativa como instrumento prejudicial ao andamento das investigações. Salvaguarda da instrução processual que se impõe. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Manutenção da decisão recorrida. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e decididos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0016446-15.2019.8.19.0000, em que é Agravante MARCUS VINÍCIUS DE OLIVEIRA PINTO e Agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

A C O R D A M os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **CONHECER O RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação civil pública, determinou o afastamento do recorrente de seu cargo de Prefeito do Município de Itaperuna, assim o fazendo com fundamento em garantia da produção idônea de provas e para evitar o cometimento de novas fraudes com prejuízo ao erário municipal.

Imputa-se ao agravante e aos demais demandados a prática de atos de improbidade administrativa no contexto da apuração, em inquérito civil, de irregularidades na contratação de prestador de serviço público de coleta de lixo e varrição de logradouros no território municipal, a cargo da sociedade empresária JL&M Construtora e Incorporadora Ltda. Na espécie, sustenta o órgão ministerial a ocorrência de superfaturamento do contrato, seja pelo indevido fracionamento do objeto licitado, seja pela execução parcial do serviço.

Decisão às fls. 259/269 dos autos originários, em que foram deferidos pelo juízo *a quo* os seguintes requerimentos liminares:

- (i) Tutela cautelar de indisponibilidade de bens dos demandados, em montante equivalente a R\$16.434.000,70 para cada um deles, no desiderato de garantir o eventual ressarcimento do dano e a possível condenação ao pagamento da multa civil;
- (ii) Tutela cautelar de busca e apreensão dos seguintes itens: (a) de processos administrativos e documentos em poder do Município; (b) livros societários e fiscais, computadores, *tablets*, aparelhos de telefonia



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível

celular e outras mídias em poder da pessoa jurídica JL&M Construtora e Incorporadora Ltda;

- (iii) Tutela cautelar de quebra do sigilo de dados e comunicações realizadas através do e-mail licitacaoitaperuna@gmail.com;
- (iv) Diligência judicial para fins de verificação a respeito do fornecimento de veículos, equipamentos e máquinas indicados no contrato administrativo por parte da pessoa jurídica JL&M Construtora e Incorporadora.

Afirma o Ministério Público que a suspeita de irregularidade foi confirmada por meio do cumprimento dos mandados de verificação e de busca e apreensão de documentos. Aduz que as diligências também revelaram fraudes praticadas pela sociedade empresária prestadora do serviço, por funcionários da Prefeitura Municipal de Itaperuna e ratificadas pelo réu Marcus Vinicius nos processos administrativos referentes ao contrato de lixo com a alteração de verdade sobre fatos juridicamente relevantes com o intuito de dificultar o esclarecimento dos fatos. Acresce que os autos revelam ainda indícios de supressão de documentos, inserção de declarações falsas em documentos e montagem de processos.

Decisão ora recorrida lançada às fls. 2211/2225 dos autos originários, na qual foi analisado o requerimento de afastamento do agravante nos seguintes termos, *in verbis*:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcus Vinicius de Oliveira Pinto, ocupante do cargo de Prefeito Municipal, Waldriano Terra, ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente, e JL&M Construtora e Incorporadora Ltda, na qual o Parquet estadual imputa aos demandados a prática de atos de improbidade administrativa. Figura também no polo passivo da demanda o Município de Itaperuna.

(...)

Ressalto que o afastamento pretendido é medida séria e excepcional, a ser deferida, ainda que em juízo de cognição rasa, apenas quando presentes os requisitos autorizadores, na presença de elementos que justifiquem a mitigação da vontade popular resultante na sua posse.

Alega o autor na inicial o superfaturamento do contrato de coleta de lixo realizado através de dois modos: o primeiro deles fracionando indevidamente o objeto licitado, pois o mesmo prestado pela empresa Vieira Stones até fevereiro de 2017, a partir da nova gestão do Sr. Marcus Vinicius foi dividido entre as empresas JPG Empreendimentos, Renovo Empreendimentos e a JL&M Incorporadora.

Afirma que os valores apresentados pela JL&M no comparativo de serviços acostado às fls. 10 do agravo de instrumento (doc. em anexo) não correspondem à realidade.

O segundo meio de execução empregado para prática voluntária e consciente do superfaturamento do contrato administrativo de coleta de lixo foi a execução parcial do serviço. Essa suspeita levou o MP a requerer a expedição de mandado de verificação para apurar se o maquinário, veículos, pessoal e equipamentos.



Segundo o autor, a suspeita foi confirmada no cumprimento dos mandados de verificação e de busca e apreensão de documentos. Ademais, as diligências também revelaram fraudes praticadas pela empresa, por funcionários da Prefeitura Municipal de Itaperuna e ratificadas pelo réu Marcus Vinicius nos processos administrativos referentes ao contrato de lixo com a alteração de verdade sobre fatos juridicamente relevantes com o intuito de dificultar o esclarecimento dos fatos. Também há indícios de supressão de documentos.

E do que veio aos autos é possível verificar que a razão está com o autor.

O contrato celebrado a partir do que o TCE/RJ qualificou como emergência fabricada teve como objeto os seguintes serviços: 1. Coleta de resíduos sólidos; 2. Varrição, e; 3. Coleta seletiva.

O memorial descritivo do contrato emergencial prevê, para o serviço de coleta de lixo (RSU) 51 funcionários coletores, 1 encarregado de turma, 12 motoristas de caminhão basculante e 5 motoristas de caminhão compactador. A carga horária máxima permitida pelo memorial descritivo e também pela legislação trabalhista (Art. 58 CLT) seria de 44 horas semanais, ou seja, um coletor não poderia trabalhar em dois turnos diários.

Ainda de acordo com o termo de referência, no item 2. "Serviço Contratado" há expressa previsão de que cada caminhão contratado deveria contar com uma equipe de 3 coletores mais motorista e ferramentas indispensáveis para execução do serviço. Há autorização para o serviço ser divididos em turnos, tendo duração de 09 horas (de 7h30m a 16h30m) o turno diurno (manhã e tarde) e 06 horas (19h30 a 1h30) o noturno.

Segundo a memória de cálculo do procedimento administrativo impugnado, o de nº 3.853/2017, no serviço de coleta de resíduos sólidos, para os 17 caminhões (12 basculantes e 5 compactadores) contratados, seriam necessários 51 (3 x 17) coletores. Além disso, houve expressa previsão para mão de obra e um caminhão para coleta seletiva ao custo de cerca de R\$ 23.000,00 mês.

Afirma o autor, com razão, que os réus Marcus Vinicius e Waldriano tinham plena ciência de que o valor seria pago e o serviço não seria prestado, uma vez que a coleta seletiva era realizada pela associação de catadores de lixo, o que é notório na comarca.

Demonstra o autor, documentalmente, que dos processos de pagamentos de março de 2017 a janeiro de 2019 do contrato emergencial de lixo, percebe-se que a execução se deu de forma completamente distinta da previsão contratual, não havendo nenhuma autorização expressa ou tácita para tanto nem no contrato nem nas 09 prorrogações.

O descumprimento do contrato administrativo foi a maneira usada pela JL&M para superfaturar e cobrar por serviços não prestados. Os réus Waldriano e Marcus permitiram o descumprimento se omitindo deliberadamente na fiscalização contratual e autorizando pagamentos ilegais, o que não pode ser admitido.

Em relação à coleta de resíduos sólidos, constata-se a maior fraude na execução do contrato. O valor previsto no contrato e cobrado pela JL&M na planilha orçamentária (fl. 87 PA 3853/2017) pela coleta de RSU era de





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível



R\$ 490.614,17. Em todos os meses de execução contratual foram pagos valores bem maiores pelo serviço variando de R\$ 620.000,00 a R\$ 630.000,00. Os documentos que vieram aos autos, a princípio, demonstram um superfaturamento total de R\$ 2.978.724,80.

Do que veio aos autos, até o momento, nota-se a ausência de qualquer medição e comprovação dos serviços prestados do período de março de 2017 a fevereiro de 2018, ou seja, o serviço prestado não só não foi comprovado por documentos como o de "Distribuição de Serviços de Coleta Domiciliar" e o BDO (Boletim Diário de Operação), como também não foi medido pelo Município de Itaperuna. Há, conseqüentemente pagamento ilegal de serviços não prestados e não medidos no valor total de R\$ 6.871.132,79 (seis milhões oitocentos e setenta e um mil, cento e trinta e dois reais), por mais espantoso que pareça. Isso está documentado nos autos.

Os pagamentos eram feitos nos exatos moldes da planilha orçamentária apresentada pela JL&M. Esta planilha, por sua vez, não contemplava serviços que deveriam ser prestados pela empresa de acordo com o contrato emergencial como fornecimento de caminhão e retroescavadeira para varrição e o serviço de coleta seletiva de lixo.

O que a JL&M fez para receber por serviços não prestados, segundo o autor, foi aumentar, de forma discricionária, as horas de trabalho do item com o valor de aluguel mais caro do contrato: o caminhão compactador. Aliás, nesse ponto, foram constatadas duas fraudes.

Afirma ter ocorrido a inclusão fictícia de mais caminhões do que realmente era utilizado no serviço. Demonstra que no dia 23 de janeiro a guarda ambiental Nathália Costa Ferreira a inseriu (fl. 63) declaração falsa no processo de pagamento do referido mês ao indicar a existência de 14 caminhões no serviço de coleta, sendo certo o mandado de verificação constatou a existência de apenas 10 caminhões prestando o serviço em Itaperuna. A inclusão de caminhões que não prestavam serviço foi prática criminosa reiterada em todos os meses em que o Município teria medido o serviço, ou seja, a partir de março de 2018.

Aliás, o serviço realizado por 10 caminhões (5 compactadores e 5 basculantes) já tinha sido declarado pelo gerente Marcelo em depoimento prestado ao MP/RJ em 31/07/2018 (fl. 1004 do IC 85/2017).

A segunda fraude foi o aumento unilateral e sem qualquer espécie de justificativa ou autorização do Município, de aproximadamente 80% das horas do caminhão compactador, conforme se constata de todas as planilhas orçamentárias lavradas pela empresa. Ocorre que não foi feito o respectivo aumento de número de funcionários: se um caminhão compactador pode prestar serviços em dois turnos, um trabalhador não pode, tendo em vista a jornada máxima de 44 horas semanais, ser considerando o executor da medida.

O fato comprova ainda mais o dolo de aproveitamento dos réus em pagar (Waldriano e Marcus) ou receber (JL&M) por serviços materialmente inexecutáveis. Em outras palavras, o autor demonstra que houve pagamentos por serviços que, simplesmente, não teriam como ser executados, ou justificados, diante da simples confrontação do tempo e material destinados à finalidade prevista no contrato.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível

Esclarece o autor, instruído pelos documentos que vieram aos autos, que o valor integral (R\$747.411,66) do contrato foi pago em todos os meses de execução por serviços materialmente inexecutáveis por falta de funcionários.

A Secretaria Municipal de Meio Ambiente, que deveria fiscalizar a prestação adequada do serviço, não só não o fez de efetivamente durante a execução do contrato como também permitiu que uma empresa sem licença de operação emitida pelo INEA realizasse a atividade potencialmente poluidora.

Além disso, na inicial foi mencionado o fracionamento indevido do objeto (que deveria ser) licitado. A empresa JL&M rebate a alegação no agravo de instrumento interposto contra a decisão anterior deste feito apontando a existência de serviço de capina, roçada, recuperação de calçamento e limpeza de esgoto sendo executado pela empresa Renovar durante a vigência do contrato da Vieira Stones, entre 2014 e 2017.

De acordo com o que veio aos autos a empresa Vieira Stones apresentou planilha de rerratificação ao Município incluindo os seguintes serviços: 1. coleta seletiva; 2. varrição; 3. manutenção de vias; 4. apoio à secretaria de obras; 5. coleta de RSU e; 6. manutenção de esgotos sanitários (v. fls. 08 e 09 do IC 85/2017). Na planilha citada ainda consta uma retroescavadeira para realização de serviços no lixão.

Todos os serviços custariam ao Município a quantia de R\$ 790.030,60 por mês. Entretanto, resolveu-se pagar pelos mesmos serviços a quantia de R\$ 1.299.931,53, ou seja, superfaturamento mensal de R\$ 509.900,93 com o fracionamento indevido.

Continua o autor: para simular a dispensa de licitação e para amparar pagamentos ilegais, declarações falsas foram inseridas, documentos foram suprimidos e processos foram montados.

Demonstra que o processo mãe possui dezenas de folhas não numeradas ou numeradas, mas sem carimbo e sem assinatura do servidor. Não foram localizadas as fls. 98 a 151 do PA 3853/2017. Além disso, o PA que embasou a quinta prorrogação está juntado antes do que fundamentou o quarto aditivo, o documento de fls. 190 a 203 do PA 3853/17 está inserido fora da sequência lógica de folhas e estão faltando as folhas 249 e a 252, além das fls. 254 a 390. Ao que tudo indica o processo foi montado com a retirada de documentos e inserção de outros fora de ordem.

Nos processos de pagamento de 2017 e 2018 os mesmos vícios de supressão de documentos e ausência de numeração podem ser constatados. De acordo com a certidão e entrega de documentos acostada à presente peça, as maiores irregularidades estariam no PA 18581/18, onde a fl. 177 estaria faltando. Todos os outros processos de pagamento não estão devidamente numerados, o que facilita ou até mesmo indica uma possível troca de documentos.

Por último, também há indícios de inserção de declarações falsas nos processos de pagamento instaurados depois que o Município começou a medir o serviço, ou seja, a partir de março de 2018. No caso suspeita-se de inserções de declarações falsas no processo de pagamento ao se indicar a existência de 14 caminhões no serviço de coleta, sendo certo o mandado de



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível



verificação constatou a existência de apenas 10 caminhões prestando o serviço em Itaperuna.

O mesmo número de caminhões também é confirmado pelo diretor de operações Marcelo Bragança e foi constatado pelo GAP MP/RJ na diligência de cumprimento da busca e apreensão.

E não é só. A empresa JL&M, por sua vez, tenta ocultar provas pelo fato da senha do email *ilm.itaperuna@gmail.com* ter sido alterada horas depois do cumprimento da busca e apreensão dos aparelhos telefônicos e demais mídias, conforme documento em anexo.

Diante do que consta acima e de tudo o que veio aos autos é possível concluir, ainda que nesta fase de cognição rasa, mas com a profundidade necessária a atestar o risco pelo qual passa o município, diante do uso indevido das verbas públicas, que o chefe do executivo municipal vem atuando de forma, no mínimo, irresponsável, não tendo conseguido justificar a destinação de valores muito altos, milhões de reais.

De acordo com o parágrafo único do Art. 20 da lei 8.429/92:

"Art. 20 (...) Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual."

Do que veio aos autos, além das fraudes procedimentais mencionadas cometidas nos processos administrativos da coleta de lixo em Itaperuna, já foram narradas pelo MP/RJ montagem e a inserção de declarações falsas em outros procedimentos administrativos envolvendo a atual gestão municipal, especialmente naqueles de alto valor, o que reforça o risco de ocultação de provas.

Isso é relevante. Mesmo quando se manifestou nos autos, nem de longe conseguiu o réu afastar a legitimidade do que consta da causa de pedir, simplesmente trazendo aos autos elementos e informações que não traduzem, ao final, nem de longe, resultado positivo.

E veja-se, o Ministério Público traz a informação sobre a reiteração de condutas indevidas, apuradas em outros feitos, como exemplo:

"Na ACP dos kits escolares (nº 0002466-54.2018.8.19.0026), por exemplo, processos administrativos sem homologação de licitação e sem contrato administrativo foram apreendidos no mesmo dia em que foi constatado a entrega pretérita dos mesmos kits licitados em escolas municipais."

Já na ação da merenda (nº 0007293-11.2018.8.19.0026) foi identificado a utilização de empresas fictícias para superestimar o valor do contrato e direcionar a adjudicação do objeto, sem que houvesse competição pelo menor preço."

Do mesmo modo, na ação civil pública de locação dos veículos da Secretaria de Assistência Social (nº 0004934-88.2018.8.19.0026) foi revelado, dentre outras coisas, fraude na





habilitação da empresa de propriedade de sobrinho de Secretário Municipal, para qual foi direcionado o objeto.

E não é só. Na ação de improbidade de superfaturamento dos picolés na festa do dia das crianças (nº 0009864-52.2018.8.19.0026), uma das constatações realizadas foi de que o único sócio de uma empresa também constava como responsável por outra empresa que também apresentou orçamento superfaturado.”

Nesta oportunidade, este Magistrado confirmou a existência de todas estas ações e veracidade das matérias contidas nas mesmas (veracidade quanto à tramitação das ações).

Ao invés de renovar contrato com empresa local idônea que apresentou planilha de rerratificação ao Município incluindo pelo menos cinco serviços - 1. lixo (RSU, varrição e coleta seletiva); 2. capina; 3. manutenção e conservação do esgoto; 4. locação de equipamentos à Secretaria de Obras, e; 5. nivelamento do lixão - o Município de Itaperuna, sob a falsa arguição de economia, contratou três empresas amigas, a JPG, a JL&M e a Renovo para executarem 5 contratos, com os mesmos objetos. Tal situação não foi justificada com base em qualquer fundamentação lícita.

Bem lembra o autor: não se pode perder de vista que, apesar de previsto no contrato e prorrogações, a retroescavadeira e alguns caminhões basculantes não foram localizados. Para ocultar o fato, Marcus Vinicius e Waldriano deixaram de medir os primeiros 12 meses de execução do contrato (mar/17 a fev/18). Após notificado da presente inquisição, o Município de Itaperuna passou-se a medir o contrato.

Não há dúvidas de que a permanência do réu Marcus Vinicius no exercício da função de Prefeito, diante da possibilidade de prejudicar a instrução processual na medida em que outras provas (e-mails, processos, BDOs) poderão ser ocultadas ou alteradas.

E é verdade que dois secretários municipais, o de saúde e meio ambiente, foram arrolados como testemunhas, o que traduz a necessidade de preservar seus depoimentos. É certo que a permanência no poder do agente que detém pode demiti-los ad nutum, irá prejudicar a idoneidade dos depoimentos.

Não há como se adotar posição diversa. Do que veio aos autos não há a menor dúvida sobre a impossibilidade de manutenção do prefeito municipal no cargo. O risco decorrente de sua permanência é muito maior que a sua manutenção na função, não só pelo risco ao erário público mas, muito mais, pelo risco à instrução processual, diante do poder que tem ele sobre todos aqueles que atuam na prestação do serviço e que podem ser ouvidos neste feito, bem como do acesso a todos os documentos, arquivos e computadores da administração pública, pessoalmente ou por intermédio de terceiros.

Desta feita, por mais grave que possa parecer, do que veio aos autos, para garantia da produção idônea de provas e para evitar o cometimento de novas fraudes com prejuízo ao erário municipal, defiro a liminar requerida, cautelarmente, para determinar, como **DETERMINO, o imediato AFASTAMENTO DO PREFEITO DE ITAPERUNA, MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA PINTO, até ulterior decisão neste feito.**





Intimem, com urgência, por OJA de plantão. Após voltem-me para análise dos demais requerimentos e petições pendentes de enfrentamento.

Afirma o agravante que a decisão deve ser reformada, a fim de que seja determinada a recondução do agravante ao cargo de Prefeito do Município de Itaperuna, formulando nesta oportunidade pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Como fundamentos de sua pretensão, sustenta, em síntese: (i) impossibilidade de afastamento cautelar sem a prévia manifestação do agravante; (ii) inexistência de elementos concretos a autorizar a excepcionalidade da medida cautelar de afastamento; (iii) presunção de improbidade administrativa contrária à prova dos autos.

Decisão indeferindo pedido de concessão de efeito suspensivo às fls. 47/60.

Agravo interno interposto às fls. 122/139 e desprovido às fls. 320/337.

Contrarrrazões às fls. 162/216, prestigiando a decisão recorrida.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 300/313, pelo desprovimento do recurso.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Conheço o recurso uma vez que presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Na nova ordem processual, o cabimento do agravo de instrumento é regido pelas hipóteses elencadas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença





ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O caso em tela se amolda ao previsto no inciso I do dispositivo colacionado, uma vez que a decisão proferida na origem versa sobre tutela de urgência.

Da análise dos autos verifica-se que não assiste razão ao recorrente.

Analisando os autos, tem-se que a decisão que indeferiu o efeito suspensivo deve ser referendada nos termos em que proferida, cujo teor segue adiante colacionado *in verbis*:

DECISÃO

(...)

DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO

A fim de ver interditada a possibilidade de cumprimento da decisão interlocutória proferida na origem, poderá o interessado requerer ao Tribunal a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, nos termos dos dispositivos de regência no Código de Processo Civil:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Destarte, caberá ao agravante demonstrar a presença concomitante dos requisitos previstos no citado art. 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, a saber:

- (i) probabilidade de provimento do recurso; e
- (ii) risco de dano grave, de difícil ou de impossível reparação, erigido da imediata produção dos efeitos da decisão recorrida.



A **probabilidade de provimento do recurso** se verifica quando o requerimento formulado ao Tribunal está alicerçado em fatos suficientemente comprovados pela via documental e com base neles o recorrente logra êxito em inculcar no convencimento do julgador ad quem a certeza de que a decisão tomada em 1º grau deve ser revista. São dois os momentos cognitivos, portanto: no primeiro deles, tem-se a prova trazida pelo requerente gerando alguma certeza ou quase-certeza quanto ao que foi alegado na causa de pedir do recurso; no segundo momento, tem-se a fragilidade da prova do autor na origem corroborando a certeza inicial de que a decisão recorrida deve ser reformada ou reforçando essa probabilidade, a ponto de não haver espaço para dúvida razoável.

Significa dizer que se a prova do recorrente não é bastante para gerar um mínimo de convencimento a seu favor, o juízo de cognição sumária quanto ao efeito suspensivo pretendido será negativo *prima facie*, sem necessidade de ingressar no segundo momento da análise de cabimento da tutela almejada.

Concomitantemente, o requerimento de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento deve estar lastreado no fato de a permanência da decisão recorrida tal como lançada poder causar ao agravante um **dano grave, de irreversível ou de difícil reversibilidade**. Nesta senda, cabe ao requerente demonstrar que a não-interdição do provimento originário provocará alguma repercussão negativa em sua esfera jurídica por meio de determinada lesão ou violação de direito por ele titulado. Há de ser um dano que se externe de maneira significativa do ponto de vista jurídico, seja ele relevante, trágico, penoso ou de tal importância que seja apto a suprimir, sacrificar ou dificultar o exercício de alguma faculdade ou potestade atingida pela decisão proferida pelo órgão recorrido. E mais, à luz dessa alegação, caberá ao julgador avaliar se o dano dito grave, ainda que assim o seja, importa a absoluta ou difícil impossibilidade de se restabelecer o status quo anterior à prolação da decisão agravada.

Fixadas tais premissas, passa-se à análise da pretensão deduzida nestes autos.

DA ANÁLISE DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO FORMULADO PELO AGRAVANTE

No caso em tela, os argumentos trazidos pelo agravante não possuem peso suficiente a infirmar a decisão proferida na origem e tampouco se revelam adequadamente corroborados pelos documentos que acompanham o recurso.

Vejamos.

Reputam-se atos de improbidade administrativa aqueles praticados por agentes públicos que, na essência e independente da ocorrência de efetivo dano ao erário¹, importem violação aos princípios regentes da atividade estatal, mercê da tipologia prevista na Lei n. 8.429/92,

¹ Art. 21 da Lei n. 8.429/92: “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;”





que estabelece uma segmentação que distingue a configuração do ilícito segundo o enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), a lesão ao patrimônio público (arts. 10 e 10-A) e a inobservância de princípios regentes da atividade administrativa (art. 11).

A adequada subsunção da conduta do réu aos tipos legais específicos — inclusive na norma de reserva vivificada no rol exemplificativo previsto ao longo dos incisos do art. 11 — toma como ponto de partida o enquadramento da imputação na violação apriorística de um dos princípios ou deveres regentes da atividade estatal, a saber:

Constituição da República:

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: (...)

Lei n. 8.429/92:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade** no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de **honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Na hipótese destes autos, a par de interpretações mais expansivas ou mais reducionistas, porém sem olvidar um mínimo de determinabilidade dos valores que encerram, a conduta do agente público ao qual se imputa a prática de ato de malversação de verbas públicas ou que de envolvimento em atos de ocultação e adulteração de documentos públicos importa clara violação aos preceitos de legalidade, moralidade (aí incluída a honestidade), eficiência e lealdade às instituições.

As provas encartadas nos autos originários militam em desfavor do recorrente pois sugerem indícios de inconsistências entre o que



foi contratado e o que vem sendo prestado em sede de serviço público de coleta de lixo, notadamente em relação à quantidade de veículos e à mão de obra designada para a atividade (fls. 2058/2135). A isto se soma o fato de diligências haverem constatado irregularidades em documentos que integram os autos de processos administrativos atinentes aos fatos discutidos na lide (fls. 2148/2149).

Significa dizer que para além do fato de o pedido veiculado pelo ora agravante não estar corroborado por documentos que poderiam eventualmente desconstituir a narrativa autoral a ponto de abalar a higidez da decisão agravada, a robustez da prova até então trazida pelo demandante reforça a certeza de que no atual estado de coisas não há espaço para reforma da decisão proferida na origem.

DA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR DEFERIDA NA ORIGEM EM FACE DA CAUSA DE PEDIR RECURSAL

A tutela cautelar tem por escopo o asseguramento de um determinado direito material. No caso em tela, a medida destina-se a garantir a instrução processual da demanda em que se controverte acerca da prática de atos de improbidade administrativa pelo Prefeito do Município de Itaperuna e terceiros envolvidos em supostas irregularidades na contratação de prestador de serviço público de coleta de lixo e varrição de logradouros no território municipal. Assim, se a parte tem direito à tutela de seu direito material, a jurisdição tem o dever de lhe dar tutela cautelar quando esse direito se encontrar em perigo de dano.

No que concerne aos requisitos exigíveis, o provimento cautelar pressupõe que a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material estejam expostas a perigo de dano, que deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Para além da situação de urgência que lhe deve ser inerente, a tornar insuportável a demora do processo ou a espera pelo provimento final, deve ser demonstrada de forma convincente a relação de causa e efeito entre o risco de dano e o decurso do tempo.

Outrossim, em sede de fumus boni iuris, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito material que diz possuir provavelmente lhe será concedida, em convicção de verossimilhança ou, numa cognição mais rarefeita, em juízo de probabilidade. É dizer, ao emitir o provimento baseado em cognição sumária (perquirição da verossimilhança), o juiz nada declara sobre a tutela devida ao direito, limitando-se a afirmar a probabilidade da sua concessão, de modo que, ao aprofundar a cognição, poderá chegar à conclusão de que a tutela do direito que havia sido suposta como provável não deve ser concedida.

O terceiro requisito da tutela cautelar é a não-satisfatividade, pois a circunstância de a tutela ser fundada em perigo e baseada em cognição sumária não é suficiente para caracterizá-la como cautelar. Assim, para se definir a natureza da tutela lastreada em cognição sumária e perigo é necessário investigar a sua função, que pode ser satisfativa ou de segurança, sendo certo que apenas esta última possui natureza cautelar, ao passo que a primeira constitui tutela antecipatória. Assim, não se admite que, ao arremedo de uma pretensão dita cautelar, a parte obtenha prematuramente a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda,



realizando plenamente o direito material posto em causa, ainda que sob forma provisória.

A pretensão autoral no caso em tela se amolda a tais requisitos.

A tutela cautelar em análise foi deferida na origem com fundamento no art. 20, parágrafo único da Lei n. 8.429/92, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 20. (...)

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

De início, há de ser averbada a possibilidade de decretação de medidas cautelares inaudita altera pars em sede de ação de improbidade administrativa, na medida em que se prestam a preservar o interesse público que é imanente à propositura dessa espécie de demanda. Nessa esteira, colha-se pertinente doutrina, *in verbis*:

“A busca de preservação dos “resultados úteis do processo principal” vai demandar, em hipóteses excepcionais, a concessão, pelo magistrado, de medidas cautelares independentemente da prévia oitiva do demandado, ...quando verificar que este, sendo citado, poderá torna-la ineficaz (art. 804 do CPC [de 1973]).”²

A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA segue em idêntico compasso, conforme se colhe adiante:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. (...) AFASTAMENTO DO CARGO. DANO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA.

(...)

5. A possibilidade de afastamento in limine do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, porquanto medida extrema, exige prova incontroversa de que a sua permanência poderá ensejar dano efetivo à instrução processual, máxime porque a hipotética possibilidade de sua ocorrência não legitima medida dessa envergadura. Precedentes do STJ: REsp 604.832/ES, DJ de 21.11.2005; AgRg na MC 10.155/SP, DJ de 24.10.2005; AgRg na SL 9/PR, DJ de 26.09.2005 e Resp 550.135/MG, DJ de 08.03.2004.

6. É cediço na Corte que: “Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto

² GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 889.



no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. Nesta hipótese, aquela situação de excepcionalidade se configura tão-somente com a demonstração de um comportamento do agente público que, no exercício de suas funções públicas e em virtude dele, importe efetiva ameaça à instrução do processo" (AgRg na MC 10155/SP, DJ 24.10.2005).

7. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de deferimento de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC), apenas, para a decretação de indisponibilidade (art.

7º, da Lei 8429/92) e de seqüestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92).

(REsp 929.483/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008)

Da análise da decisão recorrida, sem embargo da prática de atos sugestivos de utilização indevida de verbas públicas, asseverou o juízo a quo a probabilidade do direito à tutela cautelar está fundada na ocorrência de montagens e inserção de declarações falsas em procedimentos administrativos envolvendo a atual gestão municipal, especialmente naqueles de alto valor, o que reforçaria o risco de ocultação de provas.

De fato, na decretação da medida excepcional há de ser ter como norte que a manifesta indispensabilidade da providência deve ser valorada num cenário em que a prova seja suficiente a revelar que o agente público, direta ou indiretamente, pode dificultar a instrução processual.

E nesse contexto não se deve descurar da possibilidade de a relevância ou posição estratégica do cargo consistir no instrumento a viabilizar que o agente, por meio de funcionários, colaboradores ou outra sorte de parceiros, logre êxito em interferir na instrução processual, ordenando sejam escondidas provas e ocultados vestígios acerca de supostos atos de improbidade a ele atribuídos.

No caso em tela, há elementos concretos a revelar que a permanência do agravante no cargo representa risco efetivo à instrução processual e são duas as evidências encartadas nos autos que levam a tal convencimento.

A primeira delas funda-se na comunicação encartada às fls. 2192/2193 dos autos originários, por meio da qual, em 21 de dezembro de 2016, o coordenador da transição para o futuro governo do Prefeito eleito (de nome Oliver Trajano Silva Barros, mais tarde empossado no cargo de Secretário de Saúde), comunica ao adido do governo em curso que determinados contratos de serviços públicos — dentre eles o de coleta de lixo — serão descontinuados.

Observa-se que ora recorrente, antes mesmo de ser empossado Prefeito, já se valia de sua posição no futuro cargo para ordenar



expedientes preparatórios de novas contratações, que no bojo da presente demanda estão sendo questionadas em sua legalidade.

Isoladamente considerado, o ato de o novo gestor, por meio de seus colaboradores, comunicar a extinção de contratos em curso não necessariamente poderia ser apontado como reprovável, afinal poderia promover novo processo licitatório a bem do interesse público.

Nada obstante — e esta é a segunda evidência de que o agente público deve ser afastado do cargo que ocupa — a prova dos autos dá conta de que processos administrativos relacionados a pagamento justamente para a sociedade empresária prestadora do serviço de coleta de lixo estão incompletos (fls. 2148/2149) e que servidores estariam realizando inserções de dados falsos em documentos, ao arripio de outras informações coletadas em autos de verificação.

Com efeito, o fumus boni iuris na espécie revela-se através da percepção de que o direito material à prova — garantia inarredável da autoridade ministerial enquanto titular da ação civil pública (art. 129 da Constituição da República) — não apenas já foi vulnerado pela prática de supressão de documentos de processos administrativos como permanece exposto a esse risco, haja vista que se encontram em poder da Administração uma gama de outros documentos potencialmente relevantes para a apuração dos fatos da causa.

O perigo de dano inerente à situação que se pretende ver tutelada exsurge da percepção de que a continuidade do Prefeito Municipal no cargo durante o curso da presente demanda representa risco concreto à instrução processual, na medida em que pode continuar a praticar, indiretamente por meio de seus subordinados, outros atos tendentes a mascarar supostas condutas ímprobas e, ao final, inviabilizar o alcance da verdade processual.

À luz do panorama desenhado, determinar o afastamento do agente público de seu cargo no presente estado de coisas outorgando ao requerente a tutela cautelar almejada, mais do que um reclamo da ciência jurídica — porque enquanto litigante faz jus ao asseguramento do direito material à produção da prova — é medida que bem se alinha à prudência jurídica como mecanismo de proteção do próprio interesse público na prova, na esteira do magistério de EROS ROBERTO GRAU, in verbis:

“[...] a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência.”³

No mais, não se conhece do argumento do recorrente no sentido de que o agente público foi afastado de seu cargo com base em presunção de improbidade administrativa contrária à prova dos autos,

³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 150.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível

argumento por meio do qual pretende a análise da celebração do contrato administrativo que deu azo à investigação ministerial.

Trata-se de argumento diretamente ligado ao fundo do mérito, razão pela qual desborda dos limites cognitivos do presente recurso e que, caso eventualmente enfrentado nesta sede no presente momento, importaria supressão da instância originária.

*Forte nestas considerações, **INDEFIRO o efeito suspensivo, permanecendo a decisão recorrida tal como lançada.***

Demais disso, à luz das peculiaridades fáticas verificadas no contexto em que erigida a decisão guerreada, é de se considerar que o afastamento cautelar do recorrente deve perdurar — salvo convicção diversa por parte do juízo de origem — pelo tempo necessário à conclusão da instrução processual.

Isto porque, conforme assentado na decisão que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo, os autos noticiam que a figura do recorrente se encontra associada a fatos como a adulteração e ocultação de documentos públicos de alta relevância e pertinência para a investigação dos atos que lhe foram imputados, bem como a interposição de subordinados nas práticas ditas ímprobas.

Para além disto, não se pode descuidar que pesam contra o gestor municipal pelo menos outras 04 imputações de improbidade administrativa deflagradas no curso de seu mandato, nas quais se investigam fatos relacionados à compra de kit escolares, fornecimento de merenda, locação de veículos destinados à Secretaria Municipal e superfaturamento de picolés distribuídos em evento destinado a infantes.

A particularidade deste cenário impõe ao julgador reconhecer a excepcionalíssima necessidade de prolongar o período de afastamento pelo tempo que baste a salvaguardar a instrução processual, haja vista que militam em desfavor do recorrente não apenas a pecha de mau-gestor, mas também porque a acusação revela a utilização da posição estratégica de Chefe do Poder Executivo como instrumento de cooptação de servidores municipais a praticarem atos que, em última análise, comprometem a elucidação dos fatos investigados nestes autos. Nesta mesma linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado adiante transcrito, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. INDEVIDA UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. PRAZO DE AFASTAMENTO DE PREFEITO SUPERIOR A 180. PECULIARIDADES CONCRETAS. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

IV - Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este eg. Superior Tribunal de Justiça para se manter o afastamento cautelar de prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, **excepcionalmente, as peculiaridades fáticas, como a existência de inúmeras ações por ato de improbidade e fortes indícios de utilização da máquina**



administrativa para intimidar servidores e prejudicar o andamento das investigações, podem sinalizar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.

V - A suspensão das ações na origem não esvaziam, por si só, a alegação de prejuízo à instrução processual, porquanto, ainda que a marcha procedimental esteja paralisada, mantêm-se intactos o poder requisitório do Ministério Público, que poderá juntar novas informações e documentos a serem posteriormente submetidos ao contraditório, bem assim a possibilidade da prática de atos urgentes pelo Juízo, a fim de evitar dano irreparável, nos termos do art. 266 do CPC.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg na SLS 1.854/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 21/03/2014)

Nesta ordem de ideias, tem-se por atendidos os requisitos da probabilidade do direito autoral e do perigo de dano como substratos da tutela de urgência deferida na origem, uma vez que as provas encartadas corroboram de forma suficiente, *primo ictu oculi*, a veracidade da alegação de que a garantia da instrução processual e a prevenção da prática de outras condutas deletérias ao erário por parte do investigado reclamam a concessão do afastamento cautelar do agente público envolvido na imputação.

Diante do acima exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER O RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

Rio de Janeiro, 24 de julho de 2019.

PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Desembargador Relator