

Ofício nº 253/2013-89ªPJ

Goiânia, 27 de junho de 2013.


A Sua Excelência o Senhor  
Dr. Fernando dos Santos Carneiro  
Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás  
Praça Dr. Pedro Ludovico Teixeira, nº 332, Centro, Goiânia

Assunto: Promoção de Arquivamento de Inquérito Civil Público

Senhor Procurador,

Remeto-lhe cópia da decisão de arquivamento do Inquérito civil nº 005/2012, referente a representação nº 201100017110, cientificando-o de que poderá interpor recurso dessa decisão, **caso haja interesse**, mediante apresentação de razões escritas, nos termos do artigo 24, § 6º da Resolução nº 009/2010 do MPGO<sup>1</sup>, o que poderá ser feito até a sessão em que o Conselho Superior do Ministério Público apreciará a promoção de arquivamento

Solicito acusar o recebimento após a constatação da peça anexa, que contém 14 (quatorze) páginas.



Marlene Nunes Freitas Bueno  
Promotora de Justiça

<sup>1</sup>Art. 24, § 6º da Resolução nº 009/2010: Até a sessão em que o Conselho Superior do Ministério Público apreciará a promoção de arquivamento, poderão os co-legitimados ou legítimos interessados apresentar razões escritas ou documentos que serão juntados aos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório.

12143 28/06/2013 09:17:59 TRIB. DE CONTAS-TOGO / PROTOCOLO CENTRAL

---

Procedimento nº.: 201100017110

Representação: Ministério Público de Contas junto ao TCE

Representado: Bruno Garibaldi Fleury

Objeto: Cooperação para cessão de empregado público

**PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO Nº 005/2012**

Instaurou-se Inquérito Civil com base em representação realizada pelo Ministério Público de Contas junto ao TCE. Apontou-se para a existência de ilegalidade na nomeação do empregado público Bruno Garibaldi Fleury na Secretaria de Estado de Gestão e Planejamento - SEGPLAN.

Narra o Procurador de Contas que em 21/09/11 foi publicado no Diário Oficial do Estado de Goiás o extrato do termo de cooperação firmado entre o Estado Goiano e o SEBRAE, pelo qual o Bruno Garibaldi Fleury, então empregado público da paraestatal, foi cedido à SEGPLAN ao custo anual de R\$ 287.234,80, desembolsado pelo cessionário, fl. 04.

Dentre outros documentos e informações trazidas aos autos, apontou o Procurador que:

- em 07/05/11 houve publicação pelo SEBRAE, de que Bruno Garibaldi Fleury deixou de pertencer ao quadro de pessoal do órgão, fl. 04 e 11/12;

- quando da cessão do funcionário pelo SEBRAE o empregado já ocupava cargo comissionado de Superintendente de Suprimentos e Logística da SEGPLAN, para o qual foi nomeado pelo Decreto de 26/01/11, DOE-GO 21.031, de 28/01/11, com posse em 03/02/11, fl. 04 e 14/18;

---

- o Estado de Goiás se incumbiria de ressarcir o SEBRAE pelas despesas com a cessão do servidor (Cláusula Primeira do Convênio n. 01/2011, doc. 05 da peça de representação, fl. 04 e 33);

- a vigência do convênio de cessão retroagiu a 1º de fevereiro de 2011, apesar de ter sido firmado em 16/09/11; o valor “devido” foi pago em 31/08/2011, portanto, sem embasamento documental. As parcelas referentes ao pagamento do período de 1º/02/11 a 1º/05/11 já se encontravam liberadas desde 31/05/11, segundo a Programação de Desembolso Financeiro nº 201127000114, sem qualquer documento que respaldasse essas liberações, fl.05 e 41/45.

- Por fim, afirma o representante: a) que a Resolução CDE/GO n. 51, de 1º de fevereiro de 2011 indica “a edição de norma para atender ao interesse específico do funcionário BRUNO GARIBALDI FLEURY, em detrimento do interesse institucional; b) que o Of. Sup. nº. 62, de 25 de fevereiro de 2011, se traduz em “o desrespeito a regras comezinhas de legalidade e de gestão administrativa, porquanto o multicitado funcionário já se encontrava empossado no cargo em comissão da SEGPLAN, recebendo pelo desempenho das funções (...)”, conforme fl. 05 dos autos.

Foram juntados aos autos as fotocópias dos seguintes documentos:

- (Doc. 1) Extrato do Termo de Cooperação, fls. 08/09;

- (Doc. 2) 631ª pauta do Conselho Regional de Economia, fls. 11/12;

---

- (Doc. 3) Decreto de nomeação de Bruno Garibaldi Fleury; Ata de Registro de Preços 01/2011; notícia junto ao site da SEGPLAN; e apostila de nomeação do citado empregado, fls. 14/18;

- (Doc. 4) Decisão de Ação Popular (TRF1ª Região, AC nº 2003.01.00.018792-0/GO), proposta em face de Bruno Garibaldi Fleury e outros, fls. 20/31;

- (Doc. 5) Convênio nº 01/2011, fls. 33/39;

- (Doc. 6) Nota de empenho e da ordem de pagamento, fls. 41/45;

- (Doc. 7) Recomendação da Controladoria Geral do Estado e demais documentos, fls. 52/77;

Em síntese é o que consta dos autos.

O objeto deste procedimento se circunscreve ao aspecto de saber se a cessão do empregado público para desempenho de atividade na Secretaria de Estado de Gestão e Planejamento violou o interesse público e a legalidade, pelo fato de que o exercício das atividades e a liberação da ordem de pagamento pela cessão antecederam à firtatura da cooperação entre o SEBRAE e o Estado de Goiás.

Extrai-se dos documentos acostados que o convênio pactuado teve por objetivo agregar a experiência do empregado cedido para desempenhar as seguintes atividades:

“o planejamento, a implementação e a gestão de soluções que possibilitem ao Poder Executivo adotar políticas modernas e de sistemas corporativos, visando auxiliar no processo de estruturação de uma nova administração pública de forma transparente e

dinâmica. Para isto, o referido empregado poderá aplicar toda a sua experiência de gestão adquirida junto ao SEBRAE-GO, instituição considerada modelo em termos de gestão de processos e pessoas.

Além disso, é de grande interesse das micro e pequenas empresa, que os organismos públicos venham a se adequar a Lei Complementar 123/2006, a chamada Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, no sentido de adotar suas normas visando oportunizar a este importante segmento da economia, a participação nas compras de bens e serviços realizadas pelo Estado.

O empregado Bruno Garibaldi Fleury terá portanto a plena condição de fazer funcionar a Lei no Estado de Goiás, já que a estrutura que administrará terá ente as suas responsabilidades a de não só realizar grande parte das compras governamentais como de verificar se os órgãos do Estado estão cumprindo o que foi regulamentado por lei estadual quanto ao tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas goianas.”

Concernente à legalidade da cessão, tem-se pela possibilidade jurídica do ato, nos termos dos artigos 14 e 25 da Lei Estadual nº 17.257/2011. Veja-se:

Art.14. O servidor público, ocupante de cargo de provimento efetivo ou emprego permanente, ou o militar, titular de posto ou graduação, quando nomeado para cargo em comissão na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, poderá optar, na forma legalmente permitida, por sua remuneração ou subsídio referente ao cargo efetivo, emprego, posto ou graduação, hipótese em que perceberá a sua retribuição financeira cumulativamente com o equivalente a 60% (sessenta por cento) do subsídio fixado para o cargo em comissão que vier a exercer, assegurada complementação até o valor deste se do somatório resultar quantia inferior.

Parágrafo único. **O disposto neste artigo aplica-se, também, ao servidor de entidade paraestatal, de outros poderes ou níveis de governo, ocupante de cargo de provimento efetivo ou emprego permanente em sua origem e, temporariamente, à disposição do Governo do Estado para exercer cargo em comissão remunerado exclusivamente à base de subsídio.**

(...)

Art. 25. O Poder Executivo poderá firmar ajustes com pessoas jurídicas de direito privado, de utilidade pública e sem fins lucrativos, visando à cessão temporária de profissionais graduados para investidura em cargos em comissão de chefia, direção e assessoramento superior no contexto da administração direta, autárquica e fundacional.

(grifou-se)

Com base nos dispositivos mencionados, há que se reconhecer que a cessão do empregado Bruno Garibaldi Fleury não ofendeu a legalidade.

Por sua vez, o interesse público também não foi violado. O ingresso do profissional no Executivo para o desenvolvimento das atividades mencionadas relaciona-se à implementação da LC nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) no âmbito do Executivo Estadual. Ademais, as metas e objetivos que motivaram a respectiva cooperação têm sido devidamente cumpridas pelo empregado cedido, conforme fls. 15/17, 110/113.

Ao contrário do que consta na representação, fl. 04, Bruno Garibaldi Fleury continua vinculado ao SEBRAE, fl. 84, pois, conforme documento oriundo do Conselho de Economia, o empregado apenas deixou de responder como responsável técnico daquela paraestatal, fl. 83 e 114.

No curso do processo de cessão ocorreram duas irregularidades, ambas oriundas da antecipação da execução do objeto da cooperação.

De fato, houve antecipação da execução da cooperação antes que as formalidades fossem ultimadas.

Conquanto a cooperação tenha sido formalizada apenas em 21/09/2011, a nomeação do empregado na SEGPLAN e a liberação da ordem, Ocorreram em 26/01/2011 e 31/05/2011, respectivamente. Portanto, anteriormente à formalização efetiva do termo de cooperação.

Ainda que tenha havido a quebra da legalidade pelo fato de a cessão e a liberação da ordem de pagamento terem se antecipado à formalização do termo de cooperação, tem-se que deve ser afastada a responsabilidade do agente, pois, ficou apurado o cumprimento das metas estabelecidas.

Oportuno frisar que constitui prática ocorrente na Administração Pública a falta de pontualidade na execução de determinadas atuações administrativas e a consequência é o atropelamento de regramentos legais. Via de regra, a quebra da legalidade está ligada à falta de planejamento. Ainda que a inércia diante do dever de planejamento seja passível de responsabilização por improbidade, é certo que não se pode afirmar que toda ofensa ao rito legal possui matiz dolosa.

A nomeação do investigado e a liberação da ordem de pagamento efetivaram-se anteriormente à formalização da cooperação entre o SEBRAE e o Governo do Estado de Goiás, no entanto, tem-se que o objeto principal da cooperação não foi extrapolado.

Considerando que a cessão do servidor, de fato, se harmoniza com a legalidade e com o interesse público, conforme amplamente fundamentado em linhas pretéritas, oportuno se valer do instituto da convalidação, cuja incidência é inquestionável no presente caso.

Nesse sentido, há de se ressaltar a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>:

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existentes no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. **Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos *ex tunc*, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.** (grifou-se)

Ademais, a Lei Estadual nº 13.800/2001, prevê em seu artigo 55 que: **“Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”** (grifou-se)

No mesmo sentido é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup>:

É de notar-se que a convalidação, ou seja, **o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se incompatibiliza com o interesse público. Isto é, em nada ofende a índole do Direito Administrativo.** Pelo contrário. Exatamente para bem atender a interesses públicos, é con-

<sup>1</sup>Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 2. Ed. Rev., amp. E atual. Até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013, fl. 165

<sup>2</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 338-9



veniente que a ordem normativa reaja de maneiras díspares ante diversas categorias de atos inválidos (...) Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações, noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente tem especial relevo no Direito Administrativo. **Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição de legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalescimento dos atos administrativos. (grifo nosso)**

À guisa de conclusão, o seguinte aresto expressa de forma clara a escorreita tese da convalidação *in casu*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. IRREGULARIDADE NA LEI QUE CRIOU OS CARGOS. CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONCURSO ISENTO DE EIVAS. CANDIDATOS APROVADOS QUE FORAM EMPOSSADOS E ESTÃO A EXERCER O CARGO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA. HARMONIZAÇÃO. CONVALIDAÇÃO DO ATO TIDO COMO IRREGULAR. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. (grifou-se) (Embargos Infringentes (GR) nº 0143327-2/02, Ac. 1215, 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TAPR, Curitiba, Rel. Juiz Conv. Wilde Pugliese. j. 04.04.2002, DJ 26.04.2002)

Destarte, diante da cronologia dos fatos e da ausência de lesão, não é razoável pretender impor sanção por improbidade ao agente, pois não se vislumbra possibilidade de comprovação de dolo em ferir a legalidade. Não é dizer

que não ocorreu quebra da legalidade. Ocorreu! Mas, neste caso, não se revela juridicamente razoável buscar uma responsabilização.

Relevante registrar que o Procurador de Contas não constatou indícios de superfaturamento na cooperação.

Obtempere-se que, diante do princípio da independência das instâncias, conforme artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa, o afastamento da responsabilidade por improbidade administrativa não constitui obstáculo à aplicação das sanções administrativas previstas na legislação do Tribunal de Contas.

Acresce-se, ainda, que no plano material o Estado não sofreu prejuízo. O Procurador de Contas também não apontou qualquer elemento nesse sentido, eis que a motivação e as metas entabuladas na cooperação, conforme mencionado alhures, estão sendo cumpridas.

Na esteira do que acima ficou pontuado, houve desobediência ao rito legal, mas não há qualquer registro de que o investigado quis, deliberadamente, ofender a regra legal. Não obstante, buscar uma responsabilidade a essa altura seria ampliar o campo do desacerto jurídico. Reitere-se: não se comprovou conduta dolosa voltada à beneficiar terceiro e o erário não sofreu prejuízo.

O juízo de ponderação quanto às sanções é permitido pelo princípio da proporcionalidade, o qual, embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, é reconhecido como decorrente do sistema constitucional.

Resta clara a possibilidade do sopesamento supracitado. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm considerado que o princípio da

---

STJ<sup>5</sup> - Processo civil e administrativo - Litisconsórcio facultativo: unidade (art. 509 do CPC) - Ato de improbidade - Desfalque patrimonial - Lei 8.429/92. Desfalque patrimonial irrelevante para a configuração da improbidade, considerando os valores e o comportamento da sociedade brasileira, pelo potencial ofensivo de baixa agressão à moralidade pública. DJ 26/05/2003.

TJSP<sup>6</sup> - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - Sanções a serem impostas que devem guardar proporcionalidade com a extensão do dano e o eventual proveito obtido - Individualização da pena que não é privilégio do direito penal, impondo-se, também, no campo do direito civil, administrativo e tributário - Inteligência do art. 12, par. ún., da Lei 8.429/92.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no combate à improbidade foi objeto de detida análise por Emerson Garcia, na obra Improbidade Administrativa, 4ª edição, p. 99 e seguintes. Adverte o citado autor que a interpretação literal do texto da Lei nº 8.429/92 em muitas situações levaria a flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei nº. 8.429/92.

Obtempera Garcia que deve-se evitar a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma. Nesse aspecto o doutrinador faz distinção entre improbidade formal e improbidade material. Com essa distinção, pretende o autor ressaltar um diferencial em relação às situações enquadráveis na

<sup>5</sup> RECURSO ESPECIAL N.º 324.730 – SP (2001/0066242-1), Relatora Ministra Eliana Calmon.

<sup>6</sup> RT 781/219

---

tipologia da Lei nº.: 8.429/92 e aquelas que permitirão o efetivo acionamento do seu sistema punitivo.

Do texto a seguir transcrito constata-se que a conduta apurada nestes autos deve ser avaliada sob o comando do princípio da proporcionalidade e da teoria da improbidade formal. Vejamos a lição do autor mencionado:

(...) A prática de atos que importem em insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta a delinear o perfil do ímprobo, isto porque, afora a insignificância do ato, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ao agente acarretaria lesão maior do que aquela que ele causara ao ente estatal, culminando em violar a relação de segurança que deve existir entre o Estado e os cidadãos.

Determinadas condutas, não obstante a flagrante inobservância da norma, não podem ser objeto de valoração isolada, hermeticamente separadas do contexto em que surgiram e se desenvolveram. Em essência, a norma, qualquer que seja ela, visa preservar o equilíbrio e a estabilidade sociais, terminando por cominar determinadas sanções àqueles que causem alguma mácula aos valores tutelados. Identificados os fins da norma, torna-se tarefa assaz difícil sustentar sua aplicação ao agente que manteve uma conduta funcional compatível com os valores que se buscou preservar, ainda que formalmente dissonantes de sua letra.

Verificado que a aplicação da Lei nº 8.429/92 é desnecessária à preservação da probidade administrativa, a qual não fora sequer ameaçada pela conduta do agente, não deve ser ela manejada pelo operador do direito. Eventualmente, ao agente poderão ser aplicadas



sanções outras, desde que compatíveis com a reprovabilidade de sua conduta e com a natureza dos valores porventura infringidos (v.g.: aplicação de advertência ao servidor que tenha descumprido o seu horário de trabalho).

À improbidade formal deve estar associada a improbidade material, a qual não restará configurada quando a distorção comportamental do agente importar em lesão ou enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor; bem como quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles elementos, importar em erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum (art. 3º, IV, da CR/1988).

Tais circunstâncias devem ser aferidas a partir da natureza do ato, da preservação do interesse público e da realidade social, o que permitirá uma ampla análise do comportamento do agente em cotejo com o fim perseguido pelo Constituinte com a edição dos arts. 15, V, e 37, § 4º, qual seja, que os agentes públicos respeitem a ordem jurídica, sendo justos e honestos, tudo fazendo em prol da coletividade. (destaques acrescentados)

No presente caso - antecipação do objeto da cooperação - seria demasiado dizer e qualificar o agente como indigno ou ímprobo.

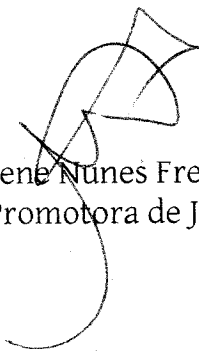
Destarte, pela natureza do ato, cuja reprovabilidade - ainda que reconhecida - não é de elevada gravidade, não se mostra razoável buscar a atividade jurisdicional, porquanto a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 revelar-se-iam desproporcionais à conduta descrita, até porque não se reconheceu prática dolosa.

---

Assim, por todo o exposto, e nos termos do artigo 24 da Resolução nº 009/2010 do MP/GO, promovo o arquivamento dos presentes.

Após as cientificações devidas, remetam-se os autos ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público para exame e deliberação.

Goiânia, 19 de junho de 2013.



Marlene Nunes Freitas Bueno  
Promotora de Justiça