



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO PÚBLICO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

---

Seção de Artigos Científicos

## O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa

Marlon Andrade

**Resumo:** Análise, à luz da Constituição Federal, da regulação infraconstitucional e da jurisprudência, acerca da possibilidade de o desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo configurar afronta aos princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da exigibilidade do concurso público e, com isso, caracterizar ato de improbidade tipificado na Lei Federal nº 8.429/92.

**Palavras-chave:** Cargos Públicos; Princípios da Moralidade e Legalidade; Corrupção.

**Abstract:** Analysis, according to the Brazilian Federal Constitution, infra-constitutional laws and jurisprudence, on the possibility to characterize the deviation of public functions as a breach of the principles of administrative morality and legality and to consider such conduct improper pursuant to Law 8,429/92.

**Keywords:** Public Office; Principles of Administrative Morality and Legality; Corruption.

**Sugestão de referência:** ANDRADE, Marlon. O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa. *Revista Digital de Direito Público*, vol. 1, n. 1, 2012, p. 134 - 149. Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)

**Artigo submetido em:** 21/09/2011

**Aprovado em:** 09/12/2011

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte, como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Público".

A RDDP constitui veículo de excelência, criado pelo Departamento de Direito Público da FDRP/USP, para divulgar pesquisa em direito público em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

# **O DESVIO ILEGAL DE FUNÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO TITULAR DE CARGO EFETIVO E A POSSIBILIDADE DE SUA CARACTERIZAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

*Marlon Andrade\**

*Sumário: 1. Introdução 2. A improbidade administrativa e a Lei nº 8.429/1992 3. Desvio ilegal de função de servidor titular de cargo público 4. O dever de a Administração indenizar diferenças remuneratórias de servidor em desvio de função 5. O desvio ilegal de função e a infringência a princípios administrativos 6. O desvio de função como prática de ato de improbidade administrativa 7. Considerações finais 8. Bibliografia*

## **1. Introdução**

O denominado desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo é prática cada vez mais comum na Administração Pública, tornando-se, após tantas repetições, ocorrência considerada por alguns como natural e proveitosa.

Embora muitas vezes seja defendida sob o falso manto do melhor aproveitamento do servidor, essa conduta irregular fere importantes princípios administrativos e pode, inclusive, gerar danos ao erário.

Com base nessas premissas, analisa-se, a seguir, a possibilidade de tal prática configurar ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/1992.

## **2. A improbidade administrativa e a Lei nº 8.429/1992**

O legislador, apesar de não conceituar expressamente a improbidade administrativa, definiu, na Lei nº 8.429/92 (arts. 9º, 10 e 11), os vários atos que a caracterizam, entre os quais o enriquecimento ilícito, o dano ao erário e a violação aos princípios da Administração Pública.

Na doutrina brasileira também não é fácil encontrar definição precisa da improbidade, tal como disserta Moser Vhoss, que, após apresentar ideias propostas por José Afonso da Silva, Sérgio Monteiro Medeiros e Eurico Bitencourt Neto, defende que o melhor procedimento para conceituá-la é

---

*\* Mestre em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha), especialista em Direito Público, graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Professor de Direito Público em cursos preparatórios e de especialização. Acadêmico de Filosofia.*

extrair o sentido de probidade a partir da observância plena dos princípios que devem nortear a Administração, e, tendo em mente que a improbidade é antônima da probidade, definir aquela como o *resultado da inobservância dos princípios norteadores da Administração* [grifou-se]<sup>1</sup>.

Essa definição encontra respaldo na Lei nº 8.429/92, denominada “Lei de Improbidade”, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de dano ao erário, enriquecimento ilícito e afronta aos princípios administrativos, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

A importante lei constitui, nas otimistas palavras de Fernando Martins, "ordenamento apto a pôr cobro à corrupção desenfreada que faz parte das tratativas da Administração Pública brasileira"<sup>2</sup>.

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa foram definidos pela Lei 8.429/92 no seu artigo 1º, a seguir literalmente transcrito:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos [grifou-se].

O sujeito ativo, por sua vez, é definido no art. 2º dessa mesma Lei como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades acima citadas.

Os atos de improbidade administrativa foram agrupados pela Lei 8.429/92 em três categorias distintas, dispostas nos artigos 9º a 11.

O artigo 9º prescreve os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito do agente público, em enumeração não exaustiva. O dispositivo, ensina Fernando Martins, dilatou o conceito de enriquecimento ilícito “como qualquer vantagem

<sup>1</sup> VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 50-51.

<sup>2</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: RT, 2007, p. 111.

patrimonial, não ficando adstrito somente a valores econômicos, mas também à troca de favores, dentre outras vantagens”<sup>3</sup>.

No artigo 10 foram definidos os atos, dolosos ou culposos, que causam lesão ao erário: “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” dos sujeitos passivos acima delineados, além de outras condutas exemplificadas nos seus incisos I a XV. A noção de dano, explica Emerson Garcia, “não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida na legislação”<sup>4</sup>.

O artigo 11, por fim, delinea os atos de improbidade administrativa aptos a violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

As sanções impostas aos agentes que cometerem quaisquer dos atos preceituados nos dispositivos acima expostos são arroladas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. Possuem índole civil, administrativa e constitucional e apresentam, nos dizeres desse autor, “diversidade e intensidade suficientes para recompor a ordem jurídica lesada”<sup>5</sup>. Ademais, elas independem das sanções penais, civis e administrativas.

Entre as sanções, prevê-se reparação dos danos, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Na fixação dessas penas, o julgador deverá levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

### **3. Desvio ilegal de função de servidor titular de cargo público**

Cargo público, define Celso Antônio Bandeira Mello<sup>6</sup>, é a mais simples e indivisível unidade de competência a ser expressada por um agente.

O regime jurídico dos servidores federais – Lei nº 8.112/90 – o conceitua como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º). Essa definição, contudo, não é a mais correta, como sustenta Carvalho Filho: “cargo não é um conjunto de atribuições: cargo

---

<sup>3</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: RT, 2007, p. 122.

<sup>4</sup> ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 251.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 410.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 242.

é uma célula, um lugar dentro da organização; além do mais, as atribuições são, isto sim, *cometidas* ao titular do cargo”<sup>7</sup>.

Ao titular de um cargo, assim, devem ser cometidas funções específicas, aqui entendidas como sinônimo de atribuições a serem exercidas por um servidor público<sup>8</sup>.

A todo cargo, explica Helly Lopes Meirelles<sup>9</sup>, corresponde uma função. A alguns cargos, aliás, registra José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup>, são atribuídas funções tão específicas que a própria Constituição Federal (art. 37, § 7º) prescreve a edição de lei em que sejam dispostas restrições e requisitos ao seu ocupante.

Por conseguinte, ao entrar em exercício, o servidor já deve saber quais as atividades que deverão ser por ele exercidas, cabendo ao seu superior hierárquico designá-lo para desempenhar exatamente aquelas previstas no rol legal.

Apenas em situações excepcionais e devidamente motivadas é que o servidor poderá, de forma transitória, executar funções inerentes a outro cargo.

Não em vão a Lei 8.112/90 estabelece como proibição “cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias”, punindo com pena de suspensão a infringência a essa regra (arts. 117, XVII, e 130).

O estatuto dos servidores federais excepciona, portanto, apenas as “situações de emergência e transitórias”.

É o caso, por exemplo, de circunstância em que, após pedido de exoneração de servidor especializado lotado em repartição pública prestadora de atividades essenciais, com quadro já reduzido, determinado funcionário é temporariamente designado para suprir as atribuições correspondentes ao cargo vago, diversas das relativas ao por ele ocupado, com a percepção da diferença remuneratória, se cabível for.

Nessa hipótese, o exercício de outras atividades, com a devida motivação, ocorre de maneira excepcional e transitória, com o objetivo de assegurar a observância do princípio da continuidade do serviço público, não havendo, portanto, ilegalidade.

---

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 528.

<sup>8</sup> Há ainda o conceito de residual de função: "o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 517). São exemplos as funções autônomas.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 419.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 529.

Obviamente, o servidor também poderá desempenhar atribuições não pertinentes ao seu cargo efetivo quando designado para função de confiança ou nomeado para cargo em comissão, em relação aos quais perceberá contraprestação específica.

Infere-se, desses apontamentos, que o desvio ilegal de função de servidor público consiste no exercício, de forma não excepcional, não transitória e/ou sem contraprestação específica, de atividades diversas das inseridas no rol legal das atribuições previamente determinadas que devem ser acometidas ao titular do cargo efetivo em que ele foi provido.

#### **4. O dever de a Administração indenizar diferenças remuneratórias de servidor em desvio de função**

O servidor que trabalhou em desvio de função faz jus à retribuição igual à diferença entre a remuneração de seu cargo e a do que se relaciona com as atividades por ele efetivamente exercidas, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

São diversas as decisões proferidas com análogo raciocínio, em todas as instâncias, consoante ilustram os excertos a seguir transcritos:

O inciso XIII do art. 37 da Constituição veda a equiparação ou vinculação entre a remuneração de dois cargos, *não a percepção dos vencimentos de um deles pela circunstância de haver o servidor exercido as funções correspondentes* (STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário 222656 PR, Rel. Octavio Gallotti. Brasília, 28/06/1999. DJ, 16/06/2000) [grifou-se].

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. Funcionário público. Atribuições. Desvio de função. Direito à percepção do valor da remuneração devida como indenização. Reenquadramento funcional. Impossibilidade, dada a exigência de concurso público. Agravo regimental não provido (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 314973, Rel. Maurício Corrêa. Brasília, 24/03/2003. DJ, 25/04/2003).

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. DESVIO DE FUNÇÃO. Comprovado o desvio de função, o servidor tem direito à percepção das diferenças remuneratórias (TRF 4ª Região. Apelação 7101 RS 0001849-17.2008.404.7101. Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia. Curitiba, 26/01/2011. D.E., 04/02/2011).

Cuida-se de pedido de diferença salarial decorrente de desvio de função proveniente do cargo do autor (técnico administrativo do MPF), pelo exercício efetivo das atribuições inerentes ao cargo de analista processual, daquele mesmo órgão federal, no período compreendido entre os meses de janeiro a julho de 2005, data em que o autor se licenciou para o exercício de mandato sindical.

Alega que no referido período exerceu atribuições pertinentes ao cargo de analista processual, minutando pareceres administrativos e judiciais, além de peças processuais, em assessoramento ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República do Ministério Público Federal no Estado do Acre [...].

Examinando a portaria descrita na inicial, observa-se que as atribuições conferidas ao cargo de técnico administrativo, em que pese lhe impor a tarefa de prestar informações jurídicas, levantamento de dados, instrução de processos, pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência, informações em processo, não especifica a natureza destes, vale dizer, não faz qualquer referência se se tratam de processos administrativos ou judiciais, o que não permite admitir, diante de tal omissão, entre tais atribuições, aquela pertinente ao alegado assessoramento jurídico prestado pelo autor àquele membro do MPF. [...]

Por outro lado, pelo teor daquela mesma portaria, citadas atribuições enquadram-se perfeitamente àquelas destinadas aos analistas processuais, aos quais incumbia a análise de processos administrativos e judiciais; o processamento de legislação, doutrina e jurisprudência, bem como a execução de trabalhos de natureza técnica-administrativa, tais como: elaboração de despachos, informações, relatórios, ofícios, petições, etc.

Conforme se pode ver, as principais atribuições acometidas ao autor no citado período se inserem naquelas que deveriam ser desempenhadas por analista processual, embora o autor ocupasse o cargo de técnico administrativo. Cumpre também observar, que referidas atribuições eram por ele desempenhadas sem o exercício de qualquer função comissionada, o que permite concluir que a contraprestação por tais serviços se limitavam à sua remuneração ordinária.

Assim, constata-se que, nos termos da citada súmula 378 do STJ e da jurisprudência aplicável à espécie (precedentes deste Juizado: processos n. 2007.30.00.906512-0 e 2008.30.00.903209-8, além da Apelação Cível do TRF5 de n. 445998/PB), *não poderia a União deixar de remunerar o autor nos termos do cargo correspondente às funções efetivamente desempenhadas pelo autor, sob pena de indevido enriquecimento da Administração em decorrência desse desvio de função.* [...]

Isso posto, julgo procedente o pedido inicial para condenar a ré a pagar ao autor a diferença de remuneração por ele percebida como técnico administrativo e aquela paga aos ocupantes do cargo de analista processual do MPF, no nível correspondente àquele por ele ocupado à época, no período de janeiro a julho de 2005 [...] (4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre, Sentença proferida nos Autos n. 2010.30.00.900380-0, Juiz Federal Waldemar Cláudio de Carvalho. Rio Branco, 21/05/2010) [grifou-se].

O STJ, aliás, assentou similar entendimento na Súmula nº 378: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

A diferença remuneratória tem natureza de indenização e deve ser proporcional aos dias em que o servidor público laborou em desvio funcional. Além disso, a pretensão indenizatória sujeita-se à prescrição quinquenal.

José Maria Madeira adverte que alguns entes políticos suscitam o próprio princípio da legalidade para fugirem do dever de pagar essa diferença. Pelo contrário, revida aquele autor, é justamente em virtude da aplicação do princípio invocado que "a Administração Pública não pode permitir que servidores exerçam atividades para as quais não foram habilitados em concurso público [..]" e "se beneficiar do esforço alheio sem a devida compensação"<sup>11</sup>.

No cálculo indenizatório devem ser considerados os valores que o servidor perceberia, de forma gradativa, se fosse o titular do cargo correspondente às atribuições que exerceu durante o período em que laborou em desvio de função, consoante decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças vencimentais decorrentes do exercício desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento sem causa do Estado (STJ, Quinta Turma, Recurso Especial 1.091.539/AP, Rel.: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 21/09/2010. DJe, 25/10/2010).

O cálculo da indenização também deve considerar, de forma proporcional, os reflexos das diferenças de remuneração no pagamento de férias e da gratificação natalina. Esse, contudo, não é entendimento jurisprudencial pacífico<sup>12</sup>.

Apenas tem direito à indenização o servidor que não receber contraprestação específica em razão das atribuições que lhe foram cometidas durante determinado período. É o caso, por exemplo, daquele que é designado para função de confiança, hipótese em que a Administração não se locupletará com a alteração das atividades funcionais, desde que não exista desvio ilegal em relação a essa própria função.

Ressalte-se, por fim, que o reconhecimento do direito à percepção da indenização não assegura o reenquadramento, conforme se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 275.840 (Rel. Maurício Corrêa. Brasília, 05/03/2001. DJ, 01/06/2001).

<sup>11</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 78.

<sup>12</sup> Conferir decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná nos autos PR 0714841-4/01 (Embargos de Declaração. Rel. Fernando César Zeni. Curitiba, 15/03/2011. DJ, 30/03/2011) e PR 0631910-6 (Apelação Cível. Rel. Ruy Francisco Thomaz. Curitiba, 18/05/2010. DJ, 01/06/2010).

## 5. O desvio ilegal de função e a infringência a princípios administrativos

Constata-se, já à primeira vista, que o desvio de função, caso não se trate de situações emergenciais, transitórias e/ou especificamente remuneradas, viola o princípio da legalidade, pois implica em cometer a servidor público atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual ele é titular.

Aqui não se pode deixar de lembrar a clássica lição de Helly Lopes Meirelles: "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza"<sup>13</sup>.

Desse modo, se um agente público comete ao seu subordinado, sem amparo normativo, o exercício de atribuições não autorizadas por lei para serem por esse exercidas, estará ferindo de morte o princípio da legalidade. E, ao cumprir a ordem, de forma consensual, o servidor em desvio de função também o afronta, porquanto estará desempenhando atividades sem respaldo legal.

Mas não é só. Assim agindo, o superior hierárquico, juntamente com o destinatário da ordem ilegal, também deixa de observar o princípio da exigibilidade do concurso público, a respeito do qual merecem atenção os seguintes dizeres:

O postulado de que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros constitui tradução do nosso direito constitucional. Já a Constituição do Império, de 1894, consagra, no seu art. 179, XIV, fórmula segundo a qual "todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes".<sup>14</sup>

Investidura em cargo ou emprego público – depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CF, art. 37, II, com redação dada pela EC n. 19/98). Os destinatários do princípio constitucional da exigibilidade de concurso público são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, inclusive as que se destinam a explorar atividade econômica (CF, art. 173, §1º), também se enquadram na obrigatoriedade de certames públicos. Apenas nas funções de confiança abre-se mão do princípio, nos termos da lei, e, mesmo assim, nada obsta que se realizem concursos para avaliar o mérito e o preparo dos ocupantes da atividade pública. Evidente que será inconstitucional o provimento de cargos diversos daquele para os quais o servidor prestou concurso público,

<sup>13</sup> MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

<sup>14</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 835.

pouco importando se houver transformação de postos ou transferência de servidores.<sup>15</sup>

[...] a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e à transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido.<sup>16</sup>

Deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria [investidura em cargo ou emprego público] ao não exigir forma alguma de seleção para a admissão às funções (autônomas) referidas no art. 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissão a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamento, de abusos e de injustiças aos concursados.<sup>17</sup>

Tamanha é a relevância desse princípio que sua aplicação foi indicada como medida preventiva na Convenção Interamericana Contra a Corrupção (art. III, nº 5)<sup>18</sup>.

De fato, disserta Mateus Bertoni, o concurso público é um elemento essencial no combate contra a vulgar cultura de corrupção, "acostumada às contratações diretas – sem concurso – ou por meio de concursos fraudados, realizados para encobrir o lesivo empreguismo, em benefício pessoal do cacique político – em maior monta –, e de seu apaniguado"<sup>19</sup>.

A violação do concurso público, completa Mateus Bertoni<sup>20</sup>, "só interessa àqueles que desejam servir-se do Estado, objetivo que se caracteriza por sua absoluta incompatibilidade com os conceitos de serviço público e de servidor público".

Nesse ponto não se pode deixar de conferir especial enfoque para a gravidade da afronta a esse princípio constitucional, responsável por assegurar a todos, mediante o cumprimento de determinados requisitos, o acesso aos cargos públicos.

É notória a competitividade, substancialmente elevada nos últimos anos, em torno dos cargos públicos. Numerosos candidatos, após árdua preparação, se submetem com

<sup>15</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 873.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 137.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338.

<sup>18</sup> "Art. III. Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: [...] 5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência".

<sup>19</sup> BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 188.

persistência a avaliações com grau cada vez maior de dificuldade, na tentativa de alcançarem um espaço na Administração Pública.

Não bastassem as árduas exigências para o acesso a determinados cargos – agravadas, conforme mencionado, pela acirrada concorrência –, após a tão almejada aprovação resta ainda ao candidato aguardar ser nomeado. Para muitos, todavia, esse momento é postergado ou mesmo nem se efetiva<sup>21</sup>.

Um dos fatores para esse lamentável fato é, sem dúvida alguma, o desvio ilegal de função.

É suficiente, para comprovar a assertiva, imaginar o hipotético caso de servidor aprovado em cargo de nível médio que desempenha atribuições correspondentes a cargo de nível superior em relação ao qual candidatos aprovados em concurso vigente aguardam nomeação.

Com efeito, para muitos gestores públicos será mais conveniente não efetuar nomeação para o cargo de nível superior enquanto houver servidor menos remunerado exercendo as atribuições daquele cargo, o que, aliás, talvez explique a cada vez mais comum existência de órgãos nos quais há considerável desproporção entre o número de cargos relacionados à atividade-meio e os correspondentes à atuação precípua do órgão.

Mais preocupante é a hipótese em que o administrador faz uso do desvio de função para favorecer apadrinhados, designando-os para atividades com grau menor de dificuldade ou de risco ou mesmo para conferir-lhes acesso a informações restritas.

Têm similar gravidade os casos em que o desvio tem por fim a futura percepção das diferenças remuneratórias entre os dois cargos, mormente se tendo em conta a prevalência das decisões judiciais favoráveis ao direito à indenização.

Há, ainda, que se fazer referência ao desestímulo à criação de cargos melhor remunerados em virtude da prática em apreço, pois os servidores em desvio de função acabam por suprir a necessidade de se contratar servidores para ocupar cargos cujas atribuições a eles relativas exigem contraprestação mais dispendiosa. Ilustra bem essa circunstância o fato, anteriormente exposto, de que é cada vez mais frequente a existência de órgãos em cujo quadro existe considerável desproporção entre o número de cargos relacionados à atividade-meio e os correspondentes à atuação precípua do órgão. Certamente, nesses casos, boa parte dos servidores contratados para

---

<sup>21</sup> Embora existam várias decisões assegurando o direito de o candidato aprovado em vagas oferecidas em concurso público ser nomeado durante o prazo de validade do certame – corroboradas pela recente decisão do STF no Recurso Extraordinário 598.099/MS (Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10/08/2011) –, sabe-se que atualmente a Administração Pública vem recorrendo cada vez mais ao emprego do denominado “cadastro de reserva”, mediante a realização de concursos públicos para a seleção de candidatos a vagas que porventura surjam após a sua realização.

desempenhar atividades administrativas, por exemplo, exercem atribuições de cargos vinculados às atividades principais do órgão.

O desvio de função de igual modo viola o princípio da moralidade administrativa, na medida em que se revela como mais um "jeitinho brasileiro", infeliz prática institucionalizada e que cria "no povo brasileiro ojeriza contra as autoridades"<sup>22</sup>.

Por isso é que o desrespeito a esse princípio, como não poderia ser diferente, é afronta qualificada que causa repulsa e compromete a já tão abalada credibilidade<sup>23</sup> da Administração, merecendo reprimenda severa e imediata.

Outra vez é imprescindível transcrição parcial de texto de Helly Lopes Meirelles:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

[...] tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confinado à sua guarda.<sup>24</sup>

Caem por terra, com essas palavras, os falaciosos argumentos adotados na defesa do desvio de função, baseados em suposta boa-fé decorrente da busca do melhor aproveitamento do servidor para a Administração Pública.

Admitirem-se escusas assim é institucionalizar o "jeitinho brasileiro" e solidificar a máxima de acordo com a qual "os fins justificam os meios".

Em semelhante rumo, adverte José Maria Pinheiro Madeira:

*Embora a movimentação de servidor esteja inserida no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, é certo que os direitos e deveres são aqueles inerentes ao cargo para o qual foi investido. Assim, mesmo levando em conta o número insuficiente de servidores, não é admissível que o mesmo exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro, para o qual fora aprovado por concurso público [grifou-se]<sup>25</sup>.*

---

<sup>22</sup> REGA, Lourenço Stelio. *Dando um jeito no jeitinho: como ser ético sem deixar de ser brasileiro*. São Paulo: Mundo Cristão, 2000.

<sup>23</sup> Pesquisas realizadas pelo Instituto DATAFOLHA (*Imagem de cartórios: sumário conclusivo segundo semestre de 2009*. São Paulo: Datafolha, 2009, p. 6), por exemplo, demonstraram que instituições privadas, imprensa e as igrejas gozam de bem mais credibilidade do que o Judiciário, o Ministério Público e o Congresso Nacional.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

<sup>25</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 76.

Obviamente, o desvio de função não fere somente os princípios acima invocados. A prática desrespeita, só para citar alguns, os princípios da finalidade, da impessoalidade e da isonomia –, decorrendo a limitação da espécie do presente texto.

## **6. O desvio de função como prática de ato de improbidade administrativa**

Ao desrespeitar, entre outros, os princípios da moralidade, da legalidade e da exigência constitucional do curso público, o desvio de função ora em análise importa na prática de ato de improbidade administrativa prescrito no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

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.

Observe-se que a previsão contida nesse inciso refere-se ao desvio de finalidade, que decorre da própria violação do princípio da legalidade, prevista no *caput*.

O agente público responsável pela prática desse ato sujeita-se à aplicação, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, das penas dispostas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, as quais independem da aplicação de sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Os sujeitos ativos serão o superior hierárquico que determinou o desempenho ilegal das atribuições e, de acordo com o exposto, o próprio servidor que se sujeitou, consensualmente, ao desvio de função, com o intuito de por meio dele se beneficiar.

Conquanto boa parte dos casos de desvio de função gere certos danos ao patrimônio público, há situações em que nenhum prejuízo material advém dessa conduta ímproba. É o caso, *e.g.*, de servidor que obtém acesso a dados privilegiados em virtude do desvio de função, mas não os utiliza nem os divulga.

Essa circunstância, porém, não o exime, nem a seu superior hierárquico, da sujeição às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, em cujo texto é expressamente disposto (art. 21, inciso I) que a aplicação das sanções independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, à evidente exceção da pena de ressarcimento.

Por outro lado, se do desvio de função advir qualquer prejuízo ao erário, a conduta do agente ímprobo responsável pela ordem ilegal ensejará, cumulativamente, o ressarcimento dos danos.

É passível de se amoldar a essa hipótese normativa, *e.g.*, os prejuízos causados a um veículo oficial conduzido por servidor titular de cargo administrativo cuja lista das atribuições a ele correspondentes não continha a previsão para tanto. Se o superior hierárquico exigiu o exercício de atividade incompatível com o seu cargo, estará sujeito à responsabilidade pelos danos causados ao erário em consequência de sua conduta ilegal.

Embora ainda um tanto tímida, a jurisprudência começa a firmar entendimentos em consonância com a possibilidade ora discutida, merecendo referência os decisórios cujos extratos são na sequência anotados:

*Transferência de professora para departamento com função diversa. Desvio de função.* Percepção cumulada de gratificação por encargos especiais e de função de confiança. Inobservância das vedações da legislação municipal. Dano ao erário e *ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.* Responsabilidade subjetiva. Improbidade caracterizada [grifou-se] (TJ/PR, Apelação Cível 7631763 PR 0763176-3, Rel.: Leonel Cunha, Curitiba, 21/06/2011. DJ,07/07/2011).

Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Preliminar de intempestividade - Afastada - Aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 - Agentes políticos - Possibilidade - Ato de improbidade administrativa - Transferência inadequada de órgão público - Desvio ilegal de função dos Agentes de Saúde [...] III - Merece reproche as condutas imputadas ao primeiro denunciado/demandado quanto à transferência da Secretaria Municipal da Saúde para sede do Comitê Partidário do mesmo, bem como a utilização indevida da mão-de-obra dos Agentes Comunitários de Saúde, durante o expediente de trabalho, e em pleno período de campanha eleitoral, isso por que as testemunhas confirmam, em juízo, a acusação do Ministério Público, fornecendo informações substancialmente contundentes [...] (TJ/SE. Apelação Cível 2008208213 SE. Rel. Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Aracaju, 27/07/2009, DJ, 27/07/2009)

Também é digna de lembrança a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação nos autos nº 2003.71.04.001296-1/RS, confirmando condenação prolatada em ação civil pública por ato de improbidade administrativa caracterizado, entre outros fatos, por desvio de função. A decisão de primeira instância foi elogiada pelo relator, que a acompanhou praticamente na sua íntegra, dela transcrevendo longos trechos em sua manifestação:

Quanto ao mérito, a fim de evitar repetições inúteis, transcrevo excertos da sentença que - como já disse - acompanho na sua inteireza, excetuando-se as partes em que a ação não gerou condenação, *verbis*: [...]

"Calca-se o MPF no documento da fl. 111 do ANEXO I, pelo qual este servidor preencheria o registro ponto "numa assentada só, sem qualquer menção aos horários não trabalhados".

Realmente, a aludida ficha-ponto está preenchida uniformemente, com os mesmos horários de entrada e saída, indicando que foi lavrada num único

momento e não dia a dia.

Ocorre, quanto a este servidor, que exerceria função (em desvio) de atendente na biblioteca no período noturno, acumulando ainda a responsabilidade pelo Setor de Assistência ao Educando, conforme dito por J.S.U., ouvida às fls. 161-162 do inquérito civil.

Com todo respeito à pessoa de L.C.O. e à sua capacitação intelectual, a designação deste para o exercício de funções situadas completamente fora do campo da marcenaria desborda de qualquer juízo de plausibilidade, mesmo que houvesse necessidade de serviço, porque as funções não são sequer similares. Ofende-se, assim, o art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112/90:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Aquele que tem qualificação profissional para o ofício de marceneiro deve exercer as funções para as quais foi aprovado no concurso, ou seja, atribuições ligadas à marcenaria. Atender na biblioteca ou no setor de assistência ao educando desbordam completamente disso, devendo-se notar que, nesse setor, recebe FG-03 como substituto do coordenador de acompanhamento ao educando (fl. 411 do ANEXO I).

Ofende-se, assim, o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, pelo desvio de finalidade.

Na linha do ponderado em relação ao servidor M.A.O., quanto a essa função comissionada nitidamente concedida por critério diverso da compatibilidade entre o cargo e a função comissionada a L. C.O., impõe-se que o réu ressarça o erário do valor respectivamente pago a título de FG no período em que o servidor recebeu o valor.

3.7 Atribuições de funções diversas aos dos cargos efetivos.

Nessa mesma linha de raciocínio, tem-se como descompassadas das atribuições dos cargos efetivos as funções desempenhadas por:

3.7.1.. V.J.S. - vigilante que atua na padaria da Escola, sem função (fl. 412 ANEXO I), ao passo que N.A. K., servente de obras, atua na vigilância (também sem função - fl. 412 ANEXO I).

3.7.2. M.E.L. - cozinheira que atua na lavanderia, ao passo que a auxiliar de cozinha L.B.T., atua em diversas atividades de preparação das refeições (o que, a rigor, estaria a cargo da cozinheira) - fl. 411. Ambas sem função.

Acerca do acometimento de funções estranhas ao plexo de atribuições dos cargos, já se disse que há o risco de a administração ser compelida a arcar com diferenças remuneratórias. Daí porque a praxe deve ser evitada.

Ofende-se, assim, nessas situações (3.7.1 e 3.7.2.), o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92.[...]"

Desta forma, a sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação (TRF da 4ª Região, Apelação Cível 1296 RS 2003.71.04.001296-1, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 20/01/2010. DJ, 09/02/2010) [grifou-se].

Constata-se, dessarte, que o desvio de função de servidor público efetivo configura ato de improbidade, porquanto viola princípios norteadores da atividade administrativa e configura desvio de finalidade, práticas tipificadas no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92.

## 7. Considerações finais

A prática do desvio ilegal de função é, sem dúvida, mais um "jeitinho brasileiro" que deve ser repellido da Administração, em conjunto com outras condutas administrativas irregulares sedimentadas no Brasil, como o abuso de cargos comissionados.

Aceitá-la passivamente é fazer coro com os que praticam e colaboram para manter as tantas ações lesivas ao patrimônio público e à moralidade administrativa, as quais, após reiteradas execuções isentas de qualquer penalidade, acabam assentadas como prática natural.

O desvio ilegal de função viola importantes princípios constitucionais de natureza administrativa e sujeita o Estado a indenizar o servidor pelas diferenças remuneratórias, devendo ser foco de especial reprimenda de maneira que possa ser refreado, tal como o foi o nepotismo.

Para tanto, imprescindível a aplicação das regras existentes no ordenamento jurídico, como as previstas na Lei nº 8.429/92, porquanto o desvio ilegal de função configura ato de improbidade e os agentes públicos nele envolvidos devem se sujeitar às sanções insculpidas no artigo 12, inciso III, daquela norma, inclusive, se for o caso, à obrigação de ressarcir o erário.

Não é necessária, portanto, a criação de mais normas para coibir essa prática, mas apenas a aplicação das que já estão em vigor.

Com isso, um dia, quiçá, o Brasil se livrará de mais um "jeitinho".

## 8. Bibliografia

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DATAFOLHA. *Imagem de cartórios: sumário conclusivo segundo semestre de 2009*. São Paulo: Datafolha, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

REGA, Lourenço Stelio. *Dando um jeito no jeitinho: como ser ético sem deixar de ser brasileiro*. São Paulo: Mundo Cristão, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Fabris, 2008.