

O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo como prática atentatória aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade

MARLON BRUNO DE ANDRADE*

Resumo

O objetivo do presente estudo é analisar, à luz da Constituição Federal, da regulação infraconstitucional e da jurisprudência, a violação aos princípios administrativos da legalidade, da moralidade e da impessoalidade em decorrência da prática do desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo, apresentando, ao final, implicações e instrumentos de controle relacionados a essa conduta.

Palavras-chave: Cargos Públicos; Moralidade; Legalidade.

Abstract

The objective of this study is to examine, according to Federal Constitution, infra-constitutional laws and jurisprudence, the violation of administrative principles of legality, morality and impartiality as a result of the possibility of the diverting the public server role, presented at the end, implications and control instruments related to this conduct.

Key words: Public Office; Morality; Legality.



* **MARLON BRUNO DE ANDRADE** é Mestre em História, Direitos Humanos, Território e Cultura no Brasil e América Latina, ênfase em Direito, pela Universidade Pablo de Olavide, especialista em Direito Público e acadêmico de Filosofia.



1. Introdução

A Constituição Federal, no seu art. 37, *caput*, consagrou expressamente os princípios administrativos basilares da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Tais princípios têm por objetivos, entre outros, assegurar a honestidade e a correta e eficiente gerência na Administração Pública, impondo-se sanções em relação às condutas que os infringirem.

Nos últimos anos, lamentavelmente, tornaram-se públicas as práticas de inúmeras dessas condutas, destacando-se

nos noticiários casos envolvendo, por exemplo, dilapidação do erário e nepotismo.

Diante dessas circunstâncias, analisa-se, a seguir, o desvio de função como uma das condutas passíveis de configurar afronta a princípios administrativos e as suas implicações, propondo-se, na sequência, alguns instrumentos aptos a refrear sua prática.

2. Desvio de função de servidor titular de cargo público

À autoridade competente do órgão ou entidade onde o servidor público for lotado incumbe a tarefa de dar-lhe exercício, designando-o para o efetivo

desempenho das atribuições do respectivo cargo e/ou função.

Considerando que ao administrador público cabe agir somente de acordo com o que estiver, de forma expressa, permitido na lei, formal e material (BULOS, 2009, p. 865), ele deverá designar o servidor para exercer atividades que correspondam às legalmente previstas.

Apenas em circunstâncias excepcionais – e também preceituadas na lei –, transitórias e devidamente motivadas, poderá o servidor público desempenhar atividades diversas das pertinentes ao seu cargo.

Diante dessas premissas, constata-se que o desvio ilegal de função ocorre quando o servidor é designado para exercer, de forma não excepcional, não transitória e/ou sem contraprestação específica, 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.

3. O desvio de função como infringência a princípios administrativos

Os princípios administrativos previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal constituem o núcleo orientador da conduta administrativa.

Na teoria jurídica contemporânea, como destaca BITENCOURT NETO (2005, p. 117), diante da maior amplitude conferida ao princípio da juridicidade, assentou-se a força normativa dos princípios, superando-se a legalidade formalista. De fato, como ensina MELLO (2008, p. 943), "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento

obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

No caso dos princípios administrativos, suas observâncias são imprescindíveis para a correta gestão da “coisa pública” e para manutenção das estruturas responsáveis pelo Estado Democrático de Direito.

As inúmeras ocorrências de corrupção trazidas à tona ultimamente – em grande parte provocadas pela prática de atos que afrontam aludidos princípios, como o desvio de recursos públicos e o nepotismo –, certamente são responsáveis, ao menos em parte, pela fragilidade das instituições públicas brasileiras¹.

Tal como o nepotismo, prática imoral que vem sendo combatida cada vez mais nos últimos anos, inclusive com a aprovação da Súmula Vinculante nº 13², o desvio de função é conduta que atenta contra diversos princípios da administração pública, alguns dos quais a seguir tratados³.

1 Pesquisas realizadas pelo DATAFOLHA (2009, p. 6), por exemplo, demonstraram que instituições privadas, imprensa e as igrejas gozam de bem mais credibilidade do que o Congresso Nacional, o Judiciário e o Ministério Público.

2 "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

3 Ressalte-se que a conduta em tela também fere outros princípios, como o da igualdade, centrando-se o presente estudo, por razões metodológicas, nos três expostos, quais sejam, legalidade, moralidade e impessoalidade.

3.1. Afronta ao princípio da legalidade

O desvio de função viola, de forma inequívoca, o princípio da legalidade, pois implica em cometer a servidor público, sem amparo legal, atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual ele é titular.

O servidor, ao entrar em exercício, já deve saber previamente quais atribuições que, por força de lei, deverá desempenhar. Aliás, no próprio termo de posse, no caso dos servidores públicos federais, deverão estar relacionadas as atribuições e os deveres inerentes ao cargo (Lei nº 8.112/90, art. 13).

As atribuições, portanto, devem "preceder a investidura do agente público", como leciona Caio Tácito, lembrado por MELLO (2008, p. 106).

Atenta a esse princípio, a Lei nº 8.112/90 estabeleceu como proibição "cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias" (art. 117, XVII).

Não fosse desse modo, ao agente público se estaria conferindo perigosa margem de liberdade para atuar segundo sua conveniência.

Por isso é que o administrador, além de sempre atentar para a finalidade de todas as leis – o interesse público –, deve obedecer à finalidade específica preceituada legalmente.

Nesse aspecto, MELLO (2008, p. 106) defende que está contido no princípio da legalidade o princípio autônomo da finalidade⁴, o qual impõe ao agente

público atuar com obediência às finalidades, inclusive a específica, da lei.

TÁCITO (2001), acerca do desvio de finalidade, afirma com precisão que entre as formas ilegais "que podem gerar a corrupção administrativa figura a conduta funcional caracterizada pelo desvio de poder, segundo o qual, sob a aparência de legalidade, o servidor público viola essencialmente o princípio da finalidade".

O dever imposto à Administração Pública de agir estritamente de acordo com a lei tem por objetivo, justamente, proteger os administrados do desvio de poder, não cabendo, portanto, ao agente público, sem permissivo legal, designar subordinado para desempenhar atividades em desvio funcional.

3.2. Violação ao princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, também previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, é consectário tanto do princípio da legalidade quanto do da igualdade.

Por um ângulo, visa obrigar a prática dos atos segundo as finalidades da lei, seja para evitar promoções pessoais, seja para combater o abuso de poder.

De outro norte, objetiva que os administrados sejam tratados sem preferências ou discriminações, configurando-se, nas palavras de BULOS (2009, p. 866), "desdobramento do pórtico geral da igualdade (art. 5º, *caput*), espraiando sua força centrípeta sobre outras normas constitucionais, a exemplo daquelas insculpidas nos arts. 37, II e XXI, e 175 da Carta de 1988".

O desvio de função atinge um dos campos de aplicação do princípio da

4 Segundo o autor, "só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete" (MELLO, 2008, p. 107-108). Em consonância

com esse entendimento, a Lei nº 9.784/99 mencionou expressamente o princípio da finalidade no art. 2º, *caput*.

impessoalidade exemplificado por BULOS no excerto acima transcrito: o da exigibilidade do concurso público, previsto expressamente no art. 37, II, da Constituição.

O concurso público, disserta BERTONCINI (2007, p. 187), é um elemento essencial no combate à vulgar cultura de corrupção, "acostumada às contratações diretas – sem concurso – ou por meio de concursos fraudados".

Os principais efeitos do desvio funcional em relação aos concursos públicos podem ser verificados basicamente em dois aspectos: adiamento de nomeações e desincentivo à criação de novas vagas.

Observam-se esses pontos na existência, cada vez mais comum, de órgãos nos quais há considerável desproporção entre o número de cargos relacionados à atividade-meio e os correspondentes à atuação precípua do órgão. Enquanto for possível "aproveitar" servidores qualificados, será mais cômodo ao administrador público valer-se do desvio de função, postergando nomeações ou optando pela criação de cargos que, embora prescindam de qualificação específica, certamente serão providos, diante da notória concorrência, por profissionais especializados que posteriormente serão aproveitados com baixo custo.

Também transgredir o princípio da impessoalidade, agora de modo imediato e mais grave, a conduta do agente que faz uso do desvio de função para exercer ou demonstrar poder sobre seus subordinados ou para favorecer a si, mediante a inclusão de mais um servidor para desempenhar as atividades que antes estavam sob sua responsabilidade, atenuando sua carga de trabalho.

O atinge, ainda, quando esse artifício é adotado para beneficiar apadrinhados, designando-os para funções com grau

menor de dificuldade ou de risco ou que permitam acesso a informações restritas ou, ainda, com maior *status*.

Algumas dessas hipóteses têm origem em uma característica humana mencionada por WEBER (2007, p. 107) na obra "Ciência política: duas vocações", em que ele diferencia o político que vive "da" política do que vive "para" a política:

A vaidade é um traço comum e, talvez, não haja pessoa alguma que dela esteja inteiramente isenta. Nos meios científicos e universitários, ela chega a constituir-se numa espécie de moléstia profissional. Contudo, quando se manifesta no cientista, por mais antipatia que provoque, mostra-se relativamente inofensiva, no sentido de que, via de regra, não lhe perturba a atividade científica. Coisa inteiramente diversa ocorre, quando se trata do político. O desejo do poder é algo que o move inevitavelmente. O "instinto de poder" – como habitualmente se diz – é, com efeito, uma de suas qualidades normais.

Comprovam-se facilmente essas considerações nas não raras ocorrências em que servidor, ocupante de cargo não dependente de formação específica, após a conclusão de nível superior correspondente a outro cargo passa, em comum acordo com seu superior hierárquico, a desempenhar as atividades a esse pertinentes.

É hipótese o caso de policial responsável por patrulhamento ostensivo que, embora sem respaldo legal, desempenha as atribuições de delegado, presidindo, informalmente, inquéritos policiais. Esquecendo-se da importância das atribuições próprias de seu cargo, oferece-se, movido por vaidade, para desempenhar atividades inerentes a outro, para o qual, obviamente, exige-se concurso público e preparação

específica. O delegado de polícia, por outro lado, beneficia-se com o compartilhamento de sua carga laboral, além de também sustentar seu poder sobre o subordinado, que dele dependerá ainda mais para a manutenção de seu *status*. Tudo isso, obviamente, em prejuízo de seus colegas e da própria sociedade, que deixa de contar com mais um agente externo responsável pela segurança.

3.3. O desvio funcional e o princípio da moralidade

Ao atingir os interesses de inúmeros candidatos e ao intencionar a satisfação de interesses pessoais em detrimento coletivo, entre outras consequências, evidentemente o desvio funcional fere o princípio da moralidade.

Não se pode conceber que tais implicações – e que são apenas algumas – do desvio de função sejam compatíveis com a honestidade e o respeito aos demais cidadãos, elementos que devem sempre acompanhar as condutas dos agentes públicos.

De fato, consoante o princípio da moralidade, o administrador público deve, além de atuar estritamente norteado pela lei, cumprir seu mister com honestidade.

Ao agir, portanto, deve não só observar se sua conduta é harmônica com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, mas se seu mister está sendo exercido com ética e respeito aos demais cidadãos (MEIRELLES, 2004, p. 89).

Não é aceitável que o agente, *e.g.*, invoque a “necessidade de serviço” ou outro subterfúgio – como o “número insuficiente de servidores”, citado por MADEIRA (2010, p. 76) –, para se valer do desvio funcional. Ao optar pela modificação das atividades funcionais de seu subordinado, além de se sustentar em

respaldo legal, deve avaliar os reais motivos que o levaram a essa postura, sopesando os benefícios com as consequências da sua medida em relação aos demais administrados e à coletividade.

4. Algumas consequências do desvio de função de servidor público

Ao configurar afronta, além de outros, aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, o desvio ilegal de função importa na prática de ato de improbidade administrativa prescrito no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92⁵.

As condutas ímprobas, obviamente, geram inúmeras consequências, como o já mencionado comprometimento da credibilidade das instituições públicas.

No caso peculiar em apreço, além dos prejuízos aos candidatos em virtude de óbices mediatos ao acesso aos cargos públicos – o que, por conseguinte, também provoca nos cidadãos o senso de injustiça em relação às instituições –, há a possibilidade de dano direto aos cofres públicos, diante de entendimento jurisprudencial pacífico, sintetizado na Súmula do STJ nº 378⁶, no sentido de que a Administração Pública deve indenizar o servidor em desvio função.

Na mesma linha, são dignas de nota as seguintes decisões:

O inciso XIII do art. 37 da Constituição veda a equiparação ou vinculação entre a remuneração de dois cargos, *não a percepção dos*

⁵ "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 [...]".

⁶ "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes."

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].

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.

[...] 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 [...] (4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre. Sentença Autos n. 2010.30.00.900380-0. Juiz Federal Waldemar Cláudio de Carvalho. Rio Branco, 21/05/2010).

Obviamente, os gastos públicos não se limitarão, nesses casos, à compensação pelos serviços prestados, mas abrangerão as despesas processuais e a movimentação do Judiciário e, em alguns casos, a responsabilidade por danos morais.

Além disso, por vezes o desvio funcional compromete a própria prestação do serviço público, como no citado exemplo do agente público que, em prejuízo do policiamento ostensivo, passa a desempenhar atividades internas.

É injustificável, destarte, que o gestor, diante do referido entendimento jurisprudencial e das implicações do desvio de função, mantenha essa prática.

5. Principais medidas de controle

As condutas que afrontam a moralidade administrativa podem ser combatidas judicial ou extrajudicialmente, nas searas administrativa, penal e cível.

No que se refere ao desvio funcional destacam-se, como medidas extrajudiciais, a recomendação, o exercício do direito de petição e, ainda, a aplicação de sanções administrativas.

A recomendação, prevista no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, e no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93, possui como vantagens, relacionadas por GAVRONSKI (2010, p. 375), a rapidez, o baixo custo, a resolutividade e a satisfação dos envolvidos, inclusive podendo ser empregada, com efeito psicológico e moral, nas circunstâncias passíveis de discricionariedade (MAZZILLI, 2009, p. 337).

O direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV) também possibilita o requerimento de imediatas providências em decorrência do desvio de finalidade, impondo a correção da ilegalidade. O servidor federal, por exemplo, pode dele se valer para requerer o retorno às atividades funcionais próprias de seu cargo. Mesmo não obtendo deferimento, seu pedido, além de manifestar discordância com a prática, eximindo-o de eventuais responsabilidades, poderá embasar futura ação judicial.

Há, ainda, na esfera extrajudicial, a possibilidade da aplicação de sanções administrativas para o servidor que imponha o desvio de função a seu subordinado. Na Lei nº 8.112/90 tem-se expressa previsão da penalidade de suspensão àquele que cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias (arts. 117, XVII, e 130).

No âmbito judicial é relevante instrumento para reprimir o desvio funcional a ação de improbidade, prevista na Lei nº 8.429/92. O agente público responsável pela prática desse ato, que configura conduta ímproba prevista no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92, sujeita-se à aplicação, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, das penas dispostas no art. 12, III, daquela lei.

Embora tímida, a jurisprudência caminha nesse sentido, consoante demonstram as decisões cujos excertos são a seguir transcritos:

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 [...] (TJ/SE. Apelação Cível 2008208213 SE. Rel. Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Aracaju, 27/07/2009, DJ, 27/07/2009).

O servidor que trabalhou em desvio de função também pode ajuizar ação indenizatória para postular a diferença entre a remuneração de seu cargo e a do que se relaciona com as atividades por ele efetivamente exercidas, encontrando respaldo na já mencionada Súmula do STJ nº 378.

Além disso, considerando que o desvio de função pode ser caracterizado como abuso de poder, na modalidade desvio de finalidade, é possível ainda a impetração de mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX, e Lei nº 12.016/09).

Igualmente, por se tratar de forma de desvio de finalidade e, ainda, por violar a moralidade administrativa, é cabível a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei nº 4.717/65), notável instrumento de participação democrática.

A participação popular, aliás, é imprescindível para o aperfeiçoamento das instituições públicas e a modificação dos históricos desvios éticos nelas existentes, como é ilustrativa a denominada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/10), originada dos anseios populares pela probidade na Administração Pública.

A democracia, embora possa ser deturpada por agentes que dela se aproveitam para usufruir do poder, como lembra GARCIA (2008, p. 9), propicia ao povo o controle sobre os atos dos que exercem a representatividade.

Mas, para isso, é imprescindível a contínua participação social na busca da mudança dos desvios éticos na Administração Pública. O primeiro passo

para tanto talvez seja o seguinte: melhor compreender os contextos envolvendo os atos de improbidade, inclusive o desvio ilegal de função, identificando, como propõe FLORES (2005, p. 119), o processo ideológico envolvido, e, a partir daí, iniciar as transformações necessárias para se atingir a emancipação.

6. Considerações finais

A prática do desvio ilegal de função configura afronta, além de outros, aos princípios administrativos basilares da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, ferindo interesses coletivos e contribuindo para fragilizar ainda mais a credibilidade das instituições públicas.

Assim como tantos outros desvirtuamentos morais ainda existentes na Administração Pública, como o abuso de cargos comissionados, a conduta analisada é frequente e muitas vezes justificada sob aparente legalidade.

Contudo, da mesma forma como vem acontecendo com o nepotismo, cuja ocorrência foi refreada nos últimos anos, é possível também coibir o desvio funcional.

Impõe-se, para tanto, a aplicação dos princípios analisados, com o reforço das previsões legais específicas, como as contidas nos arts. 117, XVII, e 130 da Lei nº 8.112/90, e do respaldo jurisprudencial, com destaque para a Súmula do STJ nº 378.

Como exposto, não são poucos os instrumentos, judiciais e extrajudiciais, disponíveis para prevenir e reprimir o desvio ilegal de função, havendo, assim, mecanismos suficientes para eliminar ou reduzir mais essa prática contrária ao interesse público.

Para isso, faz-se necessária a compreensão do fenômeno e,

principalmente, da possibilidade de mudança, abandonando-se os condicionamentos e buscando-se as transformações possíveis com a obstrução dos fatores de manutenção dessa conduta.

Referências

- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DATAFOLHA. *Imagem de cartórios*. São Paulo: Datafolha, 2009.
- FLORES, Joaquín Herrera. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconchagua Libros, 2005.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2010.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro Madeira. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2008.
- TÁCITO, Caio. *Improbidade administrativa como forma de corrupção*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2007.