

ACUMULAÇÃO IRREGULAR DE CARGOS. OPÇÃO TEMPESTIVA POR UM DOS VÍNCULOS PÚBLICOS RETIRA A TIPICIDADE DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, ADVOGADO no Rio de Janeiro- RJ-BRASIL; Autor dos Livros (dentre outros): “O Contrato Administrativo”. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; “O Limite da Improbidade Administrativa : O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92”. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005; “Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada : Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União”. 2. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005; Vice Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (Capítulo Brasileiro) – IADP; Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Membro do IFA – International Fiscal Association; Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Co-Coordenador da Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP (Órgão de Divulgação Oficial do IADP); Colaborador permanente de diversas “Revistas de Direito” Brasileiras e Estrangeiras, com artigos doutrinários jurídicos bem como, de “Revistas Eletrônicas de Direito” no Brasil e Exterior; Colaborador de Jornais de grande circulação Brasileiros; Parecerista; Conferencista/Palestrante.

SUMÁRIO: I. – O CARÁTER ABERTO DA LEI Nº 8.429/92 POSSIBILITA AO MINISTÉRIO PÚBLICO O MANEJO INDEVIDO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. II. – A REGRA GERAL CONSTITUCIONAL É A PREVISÃO DA INACUMULABILIDADE DE CARGOS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES LEGAIS. III. – DIREITO DE OPÇÃO A UM DOS CARGOS/EMPREGOS GERA BOA-FÉ DO AGENTE PÚBLICO NÃO PODENDO HAVER SUBSUNÇÃO VIA DE CONSEQÜÊNCIA, NO TIPO LEGAL DA LEI Nº 8.429/92. IV. – IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO QUE FOI RECEBIDO COMO CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. V.- CONCLUSÃO.

I. – O CARÁTER ABERTO DA LEI Nº 8.429/92 POSSIBILITA AO MINISTÉRIO PÚBLICO O MANEJO INDEVIDO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa traz em seu bojo grave defeito legislativo, tendo em vista que deixou de definir o que venha a ser o ato de improbidade administrativa,

pois preferiu apenas deixar explícito os seus três tipos: enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios da administração pública (art. 11).

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla e irrestrita da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público, fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.¹

Tal equívoco, portanto, é consequência da falta de uma definição jurídica do ato de improbidade administrativa, tornando-a uma norma de conteúdo incompleto.

A lei em questão se assemelha com a norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto,² e cujo aperfeiçoamento fica por conta de quem a interpreta.

O dever de identificar com clareza e precisão os elementos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei nº 8.429/92, que preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas os seus três tipos.

A acusação desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica é possibilitada pelo excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa.

Tal qual o ato de tipificação penal era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para após estabelecer os seus tipos.

A definição de improbidade administrativa não pode ser um conceito em aberto pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica.

A obrigação de identificar, com clareza e precisão, o que venha a ser ato de improbidade administrativa, competia à Lei nº 8.429/92. O Legislador não cumpriu o seu dever legal, fazendo com que a lei em questão permita que o intérprete estabeleça, a partir dos três tipos legais previstos nos arts. 9º, 10 e 11, o que ele acredita ser um elemento de conexão entre o ato de improbidade administrativa e os aludidos tipos legais.

¹ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2005. p. 2.

² A norma legal só gera consequência jurídica quando ela é clara e precisa, ou é conectada com outro comando legal, a fim de ter eficácia. Por isso, Fábio Konder Comparado, esclareceu: “A lei em branco, muito ao contrário, apresenta-se como norma de conteúdo incompleto, e cujo aperfeiçoamento só é alcançado mediante reenvio a outro diploma normativo, já existente ou a ser futuramente editado.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Lei Penal em Branco: Inconstitucionalidade de sua integração por Norma de Nível Infralegal ; Os Crimes de Perigo são Crimes de Resultado*. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 269).

Ora, a lei para ser eficaz deve ser clara e precisa como já dito, para alcançar a sua plena eficiência,³ não pode ser inconclusiva pois deve levar em conta o cumprimento da sua própria finalidade, que consiste na regulação de uma determinada situação jurídica.

Sendo inexistente a definição do que venha a ser ato de improbidade administrativa, pode ocorrer uma interpretação ampla, irrestrita e abusiva dos tipos legais, levando o intérprete a cometer excessos. Sendo certo que é arbitrário e ilegal permitir a possibilidade da interpretação excessivamente aberta no campo sancionatório, visto que nesta esfera do direito se verifica o sistema de punições e de perda de prerrogativas que trazem consequências graves para a vida do agente público ou de terceiros, quando eles são condenados nas penas estabelecidas no artigo 12, da Lei nº 8.429/92.

Por isto é que há necessidade da Lei de Improbidade Administrativa estabelecer uma definição legal do respectivo ato, visto que nem sempre um ato ilegal é ímprobo.

Em nossos comentários à Lei nº 8.429/92⁴ tivemos a preocupação de estabelecer na tipicidade do ato de improbidade administrativa uma violação da moralidade pública, através do elemento subjetivo do tipo o dolo, caracterizado pela devassidão.

Isto porque, como a lei em questão apenas discriminou três espécies de atos de improbidade administrativa, omitindo-se quanto ao conceito do gênero criou a possibilidade do manejo excessivamente desproporcional deste tipo de ação.

Neste sentido, o Ministério Público freqüentemente tem ingressado com ações de improbidade administrativa para combater atos ilegais em tese, enquadrando-os em um dos três tipos da referida lei.

Sucede que nem todo ato ilegal é ímprobo, visto que para a sua devida tipificação deve ser identificada a imoralidade e a devassidão do ato tido como infringente de um dos tipos elencados na Lei nº 8.429/92. Meros equívocos ou atos desastrados, mesmo que causem lesão ao erário, sem que sejam precedidos de dolo específico, não caracterizam atos de improbidade administrativa.

Os atos culposos, previstos nos artigos 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, não podem ensejar a subsunção na lei em questão, pelo fato de não serem precedidos da devassidão e nem da imoralidade. Defendemos a inconstitucionalidade da expressão culposa em nossos comentários a lei em questão, quando da análise ao art. 10,⁵ pelo fato do agente público, que involuntariamente pratica uma lesão ao erário ou aos princípios da administração pública, por ação ou omissão, de boa-fé, não poderá ser caracterizado como ato devasso. É sabido que a devassidão causada pela imoralidade do ato deve ser precedida de dolo

³ “Uma Lei geralmente é uma fórmula para a previsão. Desse ponto de vista, a Lei deixa de ter a necessidade que a primeira e a segunda interpretações lhe atribuíam. Sua validade é medida pela sua eficiência, e essa eficiência é medida pela possibilidade de obter com ela previsões suficientemente corretas”. (ABBAGNARIO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de: Alberto Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 604).

⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit. ant., p. 7 e ss.

⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit. ant., p. 253.

específico, sendo que a ausência deste elemento subjetivo do tipo, retira a tipicidade dos tipos *sub oculis*.

É mais do que sabido que a improbidade administrativa é classificada como uma espécie do gênero imoralidade administrativa, estabelecida a partir da desonestidade de conduta do agente público.

Assim sendo, somente uma conduta consciente (dolosa)⁶ é que deve ser considerada, em tese, como uma possível improbidade administrativa, sob pena de vulnerar-se o princípio da razoabilidade.

A devassidão a que nos referimos, caracterizadora da improbidade administrativa, por certo, deverá vir contida na índole da conduta do agente público, ou na vontade de lesar ao erário, pois do contrário faltará tipicidade para subsumir o ato em ímprobo. Nem toda lesão ao patrimônio público pode ser tida como caracterizadora de uma improbidade administrativa, pelo fato da conduta do agente público ser o elemento configurador do ilícito.

A ausência de comportamento desonesto do agente público, mesmo que ele pratique um ato ilegal, não dá ensejo à ação de improbidade administrativa, pois é abstraído o gênero imoralidade da conduta tida como ilícita.

Nesse sentido, Aristides Junqueira ALVARENGA,⁷ esclarece: “Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conjunto de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto, por mera culpa, em sentido estrito, já que, ao sendo taxadas de desonestidade, estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a demonstrar a presença do dolo.”

Este equívoco da lei acontece pela ausência de uma clara e precisa definição do que o legislador entendeu como ato de improbidade administrativa, independentemente dos seus tipos, que deveriam ser compreendidos a partir da idéia central de ato ímprobo.

Partindo-se da premissa de que o elemento subjetivo da desonestidade, que implica na improbidade administrativa, é o dolo, não há como estender tal princípio para a culpa, eis que a dissociação entre uma e outra situação é insuperável.

Esse nosso posicionamento foi recepcionado pelo STJ, quando do julgamento do RESP nº 213.914-0/MG, onde foi estabelecido que: “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.”⁸

⁶ “[...] Para que seja tipificada a improbidade administrativa, faz-se necessário que tenha havido a caracterização inequívoca de dolo, ou seja, de que houve vontade deliberada do agente em fraudar a lei...” [TJ/MT, Des. Benedito Pereira do Nascimento, AI nº 8368/2002, 2ª CC, julgado em 20 agos. 2002].

⁷ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: *Improbidade Administrativa : Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88-89.

⁸ STJ. RESP nº 213.994-0/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., DJ de 27 set. 1999. Conferir também: STJ. ROMS nº 8.858/RJ, Rel. Min. Milton Luis Pereira, DJ de 19 abr. 1999.

Esta falha legislativa ocorre e o ato culposo quase sempre é tido como ímprobo pelo Ministério Público, que deixa de observar que o agente desonesto é aquele que quer fraudar. O ato administrativo irregular, praticado de boa-fé (culposamente) não guarda ponto de contato jurídico com a lei *sub oculis*. Ou, em outras palavras, o agente público que pratica ato omissivo ou comissivo culposo, sem intenção de fraudar ou de causar prejuízo ao erário, não pode ser tido como desonesto, pois inabilidade não é sinônimo de desonestidade.

Portanto, a Lei nº 8.429/92 por possuir caráter aberto, possibilita ao Ministério Público o manejo indevido de ações de improbidade administrativa. É necessário um devido amadurecimento e senso de responsabilidade do Ministério Público quando da sua faculdade de ajuizar ação de improbidade administrativa, pois o uso da jurisdição deve ser responsável, sob pena de configurar-se abuso de poder de acionar.

II. – A REGRA GERAL CONSTITUCIONAL É A PREVISÃO DA INACUMULABILIDADE DE CARGOS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES LEGAIS

A regra vigente em nosso Direito Positivo é a da inacumulatividade de cargos públicos, exceto as hipóteses taxativas estabelecidas no art. 37, XVI, CF, ou seja: “de dois cargos de professor; de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”

Pela atual regra de acumulação de cargos, o servidor público não poderá exceder o teto nacional de remuneração e proventos no serviço público federal, excluídas apenas as parcelas indenizatórias, equivalentes ao subsídio de Ministro do STF, qual seja, Vinte e Um Mil e Quinhentos Reais (R\$ 21.500,00).

Vige, portanto, a regra da inacumulabilidade de cargos e empregos públicos, sendo excepcional e taxativa a previsão constitucional já declinada, vedando-se edição de atos normativos extensivos, “sob pena de ferimento inconstitucional à amplitude do direito de livre exercício de profissão.”⁹

Semelhante é a regra na Constituição de Portugal, onde o artigo 269.4, estabelece: “Não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei.”

Não resta dúvida que “esta proibição de acumulação em nada contraria a liberdade de profissão, pois além de não atingir o conteúdo essencial do direito, é certamente uma das restrições impostas pelo interesse coletivo.”¹⁰

⁹ MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 885.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, VITAL. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 948.

A acumulação de cargos que não esteja compatível com o art. 37, XVI, da CF é ilegal, não podendo ser convalidada pelo ordenamento infraconstitucional.

Aí reside o grande problema jurídico, pois não resta dúvida de que a acumulação de cargos irregular é ilícita, por desobedecer ao que vem estabelecido na Constituição Federal.

Sendo ilícita a acumulação, por si só, será possível o ingresso de ação de improbidade administrativa por infringência ao art. 11, da Lei 8429/29.

Esta pergunta é bastante relevante, pois o artigo 11, estabelece que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole, dentre outros princípios, o da legalidade e o da lealdade das instituições.

Sendo a acumulação ilícita, em tese, violadora do princípio da legalidade e do subprincípio constitucional da lealdade às instituições, pois quando o servidor toma posse no cargo ou no emprego público, ele é obrigado a declarar se acumula outro cargo ou função pública.

Assim, a omissão ou declaração de que não acumula outra situação jurídica com determinado ente público de direito, viola o que vem estatuído na CF, que estabelece a inacumulabilidade de cargos/empregos, como a regra prevalente, criando apenas algumas exceções que já foram explicitadas

Dessa forma, teríamos uma ilegalidade manifesta e irreversível.

Sucedo, que a lei infraconstitucional criou o sistema de opção como forma de regularizar a situação até então irregular.

Ao optar por um dos vínculos públicos, a lei estabelece a boa-fé do servidor público, retirando, via de consequência, a tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa, que é a má-fé, consistente no dolo específico do servidor público em lesar ao erário, através de um ato imoral.

Mesmo sendo a acumulação de cargos/empregos ilícita, não haverá a subsunção em um dos tipos legais previstos na Lei nº 8.429/92, pela ausência de má-fé do servidor público que tempestivamente optar por um dos cargos que exerce.

III. – DIREITO DE OPÇÃO A UM DOS CARGOS/EMPREGOS GERA BOA-FÉ DO AGENTE PÚBLICO NÃO PODENDO HAVER SUBSUNÇÃO VIA DE CONSEQÜÊNCIA, NO TIPO LEGAL DA LEI Nº 8.429/92

O princípio da boa-fé incorpora-se na essência do Direito para viabilizar a justiça e a segurança das relações intersubjetivas.

Este princípio, arraigado no direito privado, visa prestigiar o indivíduo que pratica os seus atos com lealdade.

A idéia de uma conduta leal e confiável – substrato da boa-fé – incorpora-se na essência do direito público como um dogma, não só para o agente público, como também para o ente público.

A boa-fé objetiva é reconhecida e consagrada tanto na doutrina nacional quanto pela jurisprudência, cujo posicionamento se funda na idéia de que os atos privados e os públicos devem ser efetuados dentro de um padrão de lealdade e de ética.

Neste sentido, o princípio *sub oculis* é informativo dos atos públicos, não se admitindo, em hipótese alguma, que o servidor público pautе seus atos funcionais descompassados da boa-fé e lealdade.

Corroborando o que foi dito, Clóvis do Couto e SILVA,¹¹ aduz: “No Direito Brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa.”

Com o mesmo teor, M.M. Serpa LOPES¹² defende que: “... a ausência de qualquer procedimento a respeito da boa-fé não lhe retira o valor intrínseco que ela possui e que domina todas as instituições.”

Prosseguindo a corrente publicista nacional, Mário Júlio de Almeida COSTA¹³ vislumbra na boa-fé o adjetivo perfeito para a manutenção dos preceitos ético-valorativos que se contrapõem a uma teoria do ordenamento jurídico estritamente positivista, que tenha por base conceitos de tipo técnico-jurídico: “... a consagração do princípio da boa-fé implica [...] uma específica valoração jurisprudencial ético-jurídica para a solução do caso concreto. Quer dizer, o acento tônico ético-valorativo coloca-se, respectivamente, no momento da feitura da lei no momento judicial da decisão.”

Segue também a lição da emérita jurista e Juíza de Direito do Rio Grande do Sul, Agathe E. Schmidt da SILVA,¹⁴ que prestigia o princípio em tela, sublinhando a importância das decisões judiciais em matéria de boa-fé, como uma forma de interpretação da finalidade da norma legal, ligando os fins aos meios: “A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, levando na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou

¹¹ SILVA, Clóvis do Couto e. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 43.

¹² LOPES, M.M. Serpa. *Exceções Substanciais: Exceção de Contrato não Cumprido*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 305.

¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Aspectos Modernos do Direito das Obrigações. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 73.

¹⁴ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral da Boa-Fé nos Contratos de Consumo. *Revista do Consumidor*, São Paulo, nº 17, p. 156, 1996.

finalístico, na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir.”

Ultrapassada a validade do Princípio da Boa-Fé no Direito Privado, através de um verdadeiro Princípio de Direito, urge perquirir se este preceito legal transcende a relação do Direito das Obrigações (Direito Civil) para o Direito Público.

A fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre a aplicação do princípio *sub examem* no Direito Público, abra-se parêntese para registrar a opinião autorizada de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁵ que não tem dúvida em prestigiar o procedimento da Administração com lealdade e boa-fé, em respeito aos administrados: “Princípio de lealdade e boa-fé, de acordo com o qual a Administração, em todo o transcurso do procedimento, está adstrito a agir de maneira lhana, sincera, ficando, evidentemente, interditos quaisquer comportamentos astuciosos, ardilosos, ou que, por vias transversas, concorram para entravar a exibição das razões ou direitos dos administrados.”

Teresa Negreiros,¹⁶ em curtas porém sólidas palavras, também defende a lealdade e a boa-fé na atuação administrativa: “Estes deveres de lealdade e de probidade, derivados da aplicação do princípio da boa-fé, vêm merecendo uma interpretação extensiva [...] tais deveres, ademais, são considerados igualmente oponíveis à Administração Pública.”

Em brilhante estudo sobre o presente tema, Edílson Pereira Nobre Júnior, justifica a recepção do princípio da boa-fé no âmbito do Direito Administrativo, por ser um princípio geral de direito, “de forma a ser possível o reconhecimento de que não se contém nos lindes do direito civil.”¹⁷

Convergindo com o citado mestre, aduzimos que o princípio da boa-fé também é um desdobramento do princípio da moralidade, visto que ele prestigia esta diretriz constitucional na esfera do Direito Público.

A doutrina estrangeira tem tratado o tema e Fritz Fleiner,¹⁸ em 1933, já pacificava a aplicação do Princípio da Boa-Fé no Direito Administrativo: “Los principios quieta non movere y de la buena fe tienen validez también para las autoridades administrativas.”

Enrique Sayagués Laso reconhece que “el principio general de la buena fe debe regir en todas las relaciones jurídicas.”¹⁹

Finalizando, o catedrático de Direito Administrativo da Faculdade Nacional de Madrid, Jesús González Pérez,²⁰ autor de monografia específica sobre *El Principio General*

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 306.

¹⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 64.

¹⁷ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 139.

¹⁸ FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: Editorial Labor, 1933. p. 161.

¹⁹ LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: s./ ed. 1959. t. 1. p. 148.

de La Buena Fe en el Derecho Administrativo, afirma: “Admitida incuestionablemente la aplicación del principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo [...] El principio general de buena fe, que juega, como se há señalado, no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, composta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.”

Como visto, o princípio em questão encontra guarida nos Princípios da Moralidade, Legalidade e Eficiência, todos previstos no *caput* do art. 37, da CF, que é a verdadeira norma de conduta a guiar todo o serviço público.

Consoante registro feito anteriormente no nosso *Compêndio de Direito Administrativo : Servidor Público*,²¹ a boa-fé é a intenção pura, isenta de dolo ou engano, sempre alçada em um sentimento puro,²² sem malícia ou fraude.

E a boa-fé não é retirada pelo fato do servidor público não ter declarado anteriormente que acumulava ou exercia outra função pública incompatível, desde que, instado a tal fim ele faça a tempestiva opção por uma das situações jurídicas .

Ao optar, na forma da lei, por uma das situações jurídicas exercidas, o agente público ao invés de ser considerado como ímprobo, tem a seu favor a boa fé. Isto porque, a lei retira a má-fé da acumulação irregular, para declarar a boa-fé, quando o servidor público optar por uma de suas situações jurídicas no prazo legal.

Esta é, inclusive a dicção do art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90: “Art. 133 – Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos, funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143, notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: [...] § 5º - A opção pelo servidor até o último dia de prazo para a defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.”

Como visto, a opção por uma das situações funcionais retira a má-fé da acumulação de cargos que não tenha respaldo na Constituição Federal, sendo declarada pela lei como ato de boa-fé.

²⁰ PÉRES, Jesús Gonzáles. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas: 1989. p. 49.

²¹ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Compêndio de Direito Administrativo : Servidor Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 335.

²² No *Vocabulário Jurídico*, de Plácido e Silva. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 131, é definida a boa-fé como “a justa opinião , leal, sincera, que se tem a respeito do fato ou do ato, que se vai praticar, opinião esta tida sem malícia e sem fraude, porque, se se diz justa, é que está escoimada de qualquer vício, que lhe empene a pureza da intenção.” Já para Manuel Osório, “buena fé é o convencimento, en quien realiza un acto e hecho jurídico de que éste es verdadero, lícito y justo” [*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: De Palma, 1988. p. 52].

Aliás, este é o entendimento pacificado pelo STJ quando do julgamento do MS nº 11.197/RJ.

Por este julgado, o Egrégio Sodalício, pacificou que quando o servidor público é instado a fazer a sua opção para sanar uma irregularidade no acúmulo de cargos públicos, não se presume a má-fé, e sim considera-se boa-fé daquele que ao tomar ciência da ilegalidade em sua situação funcional, opta por um dos cargos, como se verifica no voto do Min. Felix Fischer: “Prosseguindo, se a acumulação é ilegal, o servidor deve fazer a sua opção (que é um direito), para sanar tal ilegalidade. Não se trata de presumir a má-fé do servidor. Trata-se apenas de considerar de boa-fé aquele que, tomando ciência da ilegalidade em sua situação funcional, exerceu o direito de permanecer no serviço público, optando por um dos cargos. Mas, se o servidor não quiser fazê-lo, aí significa que está compactuando com a ilegalidade, ou seja, insiste na permanência da acumulação ilícita dos cargos públicos, e por isso a lei considera de má-fé. Procura-se, com isso, apenas garantir ao servidor que lhe seja proporcionado o direito de opção, para que se possa escolher um dos cargos. Se, mesmo assim, não dizer fazê-la, caracterizada a má-fé, porque aí estará objetivamente a sua intenção de acumular cargos.”²³

Em abono ao posicionamento declinado, o Egrégio STJ através de outros julgados vem retirando o ato de má-fé quando o servidor público faz sua opção por um dos vínculos jurídicos até então acumulado irregularmente com outro cargo público.²⁴

Ausente a má-fé de uma acumulação ilícita de cargos/empregos é retirada a tipicidade dos artigos, 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, que estabelecem os tipos de improbidade administrativa, visto que a lei confere aos administrados a presunção de boa-fé.

Não cabe ao intérprete tentar encontrar uma indevida aplicação na Lei de Improbidade Administrativa aos atos culposos, pois, como visto, a lei em questão exige o dolo, como elemento subjetivo do tipo.

Retirada essa possibilidade jurídica, pela ausência do dolo não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

Diferente é a situação do servidor público que é cientificado de que acumula ilicitamente duas situações jurídicas e no afã de continuar a receber os seus duplos vencimentos, não adequa sua situação funcional, deixando de fazer a devida opção. Para estas situações, a lei é clara em estabelecer a má-fé, consistente na vontade do agente público em não regularizar a sua vida funcional.

Esta má-fé, em tese, poderia ser vista como um ato de improbidade administrativa, capaz de ser pretendida a devolução dos valores recebidos duplamente pelo servidor público?

²³ STJ. Rel. Min. Felix Fischer, MS nº 11197/RJ, 5ª T., *DJ* de 26 mar. 2001.

²⁴ STJ. Rel. Min. Felix Fischer, MS nº 7.127/DF, 3ª S., *DJ* de 27 nov. 2000. p. 122; STJ. Rel. Min. Felix Fischer, AROMS 14937/PR, 5ª T., *DJ* de 23 jun. 2003. p. 395.

Mesmo que seja manejada a ação de improbidade administrativa contra o servidor público que não faz sua tempestiva opção, jamais será lícito o pedido de ressarcimento ao erário, pelo fato da remuneração ser uma contraprestação ao serviço desempenhado pelo mesmo.

IV. – IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO QUE FOI RECEBIDO COMO CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Como dito anteriormente, quando o servidor público acumula duas situações funcionais incompatíveis entre si, por não ter guarida legal nas exceções previstas no art. 37, XVI, da CF, e faz a opção por uma delas, antes do encerramento do seu prazo de defesa em processo administrativo disciplinar [art. 133, § 5º, Lei nº 8.112/60], não há que se falar no cometimento de ato de improbidade administrativa.

Já para o servidor público, que mesmo cientificado em processo administrativo disciplinar que acumula irregularmente dois cargos/empregos ilicitamente e não opta por uma das situações, não existe a possibilidade jurídica de ação de improbidade administrativa para que ocorra a devolução do que foi pago pelo erário, pelo fato de ser vedado o trabalho gratuito ou escravo no Brasil.

Constitui direito fundamental de todos os trabalhadores, independentemente de serem ou não servidores públicos, o direito de não serem explorados pelos seus tomadores de serviço, consoante o artigo 4º,²⁵ da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, que aboliu o trabalho gratuito ou forçado.

Seria considerada a devolução de valores recebidos, mesmo que de forma irregular pelo servidor público, como uma verdadeira ilegalidade e arbitrariedade, por ter sido recebida como uma contraprestação pecuniária pelo trabalho/função exercida em prol do serviço público. Ou seja, o recebimento de remuneração como uma contraprestação pecuniária é inalienável e pertence ao patrimônio jurídico de quem foi destinatário do mesmo.

Somente haveria a possibilidade jurídica de dano ao erário, e conseqüentemente a pseudo devolução do que efetivamente foi recebido, quando fosse constatado que o servidor que acumulava irregularmente dois vínculos públicos não trabalhou em um deles, apesar de ter recebido habitualmente seus vencimentos. Nesta hipótese, onde o servidor público era “fantasma”, recebendo seus estípidios sem o devido trabalho (contraprestação pecuniária), deverá haver a devolução das parcelas recebidas e não trabalhadas.

Somente nesta situação jurídica é que se admite este tipo de devolução, pois é uma situação vergonhosa o erário ser lesado de forma tão violenta e com tamanho ardil.

²⁵ “Art. 4.1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão.”

“Art. 4.2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.”

Do contrário não, pois as vantagens recebidas como uma contraprestação da função pública exercida pelo agente público não podem sofrer penhora e nem turbações.

Pensar de modo diverso é defender a locupletação do erário.²⁶

A devolução de valores correspondentes à prestação de um serviço público, mesmo que praticado de forma irregular, pelo fato de ser objeto de uma acumulação de cargos ilícita, corresponde ao enriquecimento indevido do poder público.

Exatamente nesse sentido, interessante é a situação jurídica de servidores públicos que foram admitidos sem a submissão ao concurso público de provas e de títulos, a que alude o art. 37, II, CF, onde o Ministério Público postulava a devolução dos valores recebidos pelo desempenho das aludidas funções públicas, de forma inconstitucional. Acertadamente, o STJ afastou a devolução dos valores correspondentes ao trabalho desempenhado pelos aludidos servidores públicos contratados sem o devido e necessário certame, como se verifica na seguinte ementa: “Processo Civil – Ação Civil Pública – Ato de Improbidade. 1. Ilegalidade do ato de contratação de servidores públicos sem concurso por presidente da Câmara de Vereadores. 2. Ilegalidade que não se pode imputar ao sucessor pelo só fato de manter os servidores irregularmente contratados. 3. Apesar de não ter sido o contrato precedido de concurso, houve trabalho dos servidores contratados o que impede a devolução dos valores correspondentes ao trabalho devido. 4. Recurso especial improvido.”²⁷

Como visto, indevida é a postulação de devolução de vencimentos de servidores públicos que efetivamente trabalharam para o ente de Direito Público, por constituir-se verdadeiro enriquecimento ilícito tal pleito.²⁸

²⁶ Nesse sentido segue o seguinte aresto: “Apelação cível. Acumulação de Cargos Públicos. Exegese do art. 37, XVI e XVII, da Carta Magna. Dano ao Erário Indemonstrado. Decisão Compositiva da Lide Reformada. Pleito Recursal Provido em Parte. *Ex vi* do art. 37, XVI e XVII, da Lex Mater é vedada a acumulação de cargos públicos, excetuadas as hipóteses taxativamente previstas pelo constituinte quando houver compatibilidade de horários, estendendo-se àquela a empregos e funções e abrangendo autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público. Indemonstrado o dano ao erário, não deve o Órgão Judicante determinar o ressarcimento dos vencimentos e demais vantagens percebidas pelo servidor, sob pena de a Administração Pública locupletar-se às custas daquele, visto que recebeu dele a prestação de trabalho sem lhe oferecer a devida remuneração, como contraprestação.” [TJSC, Ap. Cível nº 2001.001569-8, 6ª C.C. Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julg. em 17 jul. 2002].

²⁷ STJ. Rel. Min. Eliana Calmon, RESP nº 514820/SP, 2ª T., DJ de 6 jun. 2005. p. 261.

²⁸ Nesse sentido seguem os seguintes precedentes: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Servidor que acumulava cargos públicos – Não cabimento – Nulidade da nomeação e dos atos que determinaram os pagamentos – Prefeito municipal que devolverá ao erário os vencimentos percebidos pelo servidor, arcando, ainda, com multa prevista no art 12, da Lei Federal nº 8429/92, indevida a devolução dos valores por parte do servidor, eis que este prestou serviços pelos quais recebeu, sob pena de enriquecimento ilícito fazendário – Apelo do servidor parcialmente provido, improvidos os demais recursos” [Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Civil nº 101.104-5 – Presidente Epitácio – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Nelson Schiesari – 19 ago. 1999 – V.U.] – “AÇÃO POPULAR – Nomeação de servidores sem concurso – Ilegalidade – Decreto de anulação das portarias – Restituição dos valores recebidos – Inadmissibilidade – Serviços que foram efetivamente prestados – Restituição dos valores que caracterizaria enriquecimento ilícito da Câmara Municipal – Recursos de ofício e do então Prefeito parcialmente providos – Recurso dos servidores desacolhidos” [Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Civil n. 054.889-5/4 – Guarulhos – 4ª Câmara de Direito Público – Relator Climaco de Godoy – 29 nov. 2001 – V.U].

Em assim sendo resta indevida a devolução das quantias percebidas pelo servidor público, desde que correspondam a uma contraprestação pelo exercício de uma função pública mesmo que ela tenha sido exercida de forma irregular.

V. – CONCLUSÃO

A Lei de Improbidade Administrativa tem sido deturpada no curso dos anos, pela verificação do ajuizamento de natimortas ações, que mesmo não possuindo supedâneo jurídico, são manejadas para constranger a vida de pessoas probas e ilibadas.

É bem verdade, que tal situação jurídica em grande parte se deve ao fato da lei ser imprecisa e falha, possuindo um caráter aberto, por não ter estabelecido a definição de ato de improbidade administrativa. A lei em tela partiu apenas dos três tipos previstos de improbidade administrativa, que são espécies do gênero da improbidade administrativa.

Ao ficar em branco o gênero (definição de improbidade administrativa), os tipos (espécies) são interpretados de forma elástica, com uma amplitude bem dilatada, possibilitando, via de conseqüência, o manejo indevido de ações.

A improbidade administrativa consiste na prática de um ato desonesto e devasso, causando lesão ao princípio da moralidade (CF, art. 37).

Dessa forma, somente o ato doloso, consistente na vontade de lesar o erário é que poderá, em tese, ser tido como um ato ímprobo.

Como a lei permite que o servidor público opte por uma das situações jurídicas que seja objeto de uma acumulação de cargos ilícita, considerando tal ato opção de boa-fé, ficam eliminadas as condições para a propositura da ação de improbidade administrativa, por ausente inclusive a tipicidade necessária.

Este tipo de ação é voltada para outras situações jurídicas e não para aquelas que mesmo ilegais não são ímprobas. Nem todo ato omissivo ou comissivo ilegal do servidor público pode ser considerado como ato de improbidade administrativa, por não comportar a conduta culposa neste tipo de ação.

Por outro lado, a restituição de valores recebidos pelo servidor público como contraprestação pecuniária é impenhorável e não será objeto de devolução ao erário, por ter sido recebida pelo labor da função exercida.

O presente estudo é desenvolvido por termos tomado conhecimento de que o Ministério Público do Estado de São Paulo tem ajuizado inúmeras ações contra servidores públicos que mesmo acumulando ilegalmente dois cargos públicos, ao serem cientificados de tal fato, optaram por um só vínculo com o estado paulista.

Mesmo tendo praticado ato de boa-fé (opção), o Ministério Público solicita a demissão/exoneração do agora único e permitido vínculo, além da devolução ao erário do que foi recebido como contraprestação pecuniária no período do acúmulo dos dois cargos públicos.

Não concordamos com este tipo de ação de improbidade administrativa pelo fato de não haver ato de devassidão e nem ato tipificado na Lei nº 8.429/92.

Portanto, objetiva o presente estudo resgatar a dignidade de zelosos servidores públicos que estão sendo vítimas do manejo indevido de ações de Improbidade Administrativa.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS