

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

**(IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA: VIOLAÇÃO AO
REGIME JURÍDICO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO
MAGISTÉRIO SUPERIOR.**

Uberlândia, MG

2018

Clayton Korb Jarczewski Junior

**(IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA: VIOLAÇÃO AO
REGIME JURÍDICO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO
MAGISTÉRIO SUPERIOR.**

Monografia apresentada na Universidade Federal de Uberlândia, na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, no departamento da Faculdade de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof.º Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia, MG

2018

Clayton Korb Jarczewski Junior

**(IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA: VIOLAÇÃO AO
REGIME JURÍDICO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO
MAGISTÉRIO SUPERIOR.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”,
da Universidade Federal de Uberlândia, MG, como exigência para a
conclusão da graduação em Direito.

Uberlândia, MG, _____ de _____ de 2018.

Nota: _____

Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo

Professora Doutora Shirlei Silmara de Freitas Mello

Professor Jean Carlos Barcelos Martins

A Deus, por estar sempre ao meu lado,
iluminando meus passos e auxiliando-me
na tomada de decisões.

À minha mãe, Alessandra, e ao meu pai,
Clayton, que sempre me indicaram o
caminho do bem e da honestidade, e muito
se orgulham desse momento.

À Luísa, meu amor, que me incentivou
incondicionalmente a realizar este
trabalho e pelo apoio em todos os
momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter permitido concluir este trabalho jurídico. Sem a presença do Senhor, nada me é possível.

Muitos foram aqueles que, de forma direta ou indireta, colaboraram para o surgimento e aperfeiçoamento do presente trabalho. Uma obra não começa nem termina sem o incentivo de muitas pessoas.

Por isso, agradeço ao caro professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo, professor da Universidade Federal de Uberlândia, pela serenidade e sabedoria na orientação, que me encorajou a realizar essa pesquisa e sempre se mostrou disposto ao bom debate.

Da Universidade Federal de Uberlândia, agradeço aos meus colegas e amigos da sexagésima sétima turma de direito, pelo apoio e pela convivência agradável e fraterna durante estes 5 anos.

Da mesma forma, agradeço aos professores e servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, pela presteza com que sempre me atenderam nas mais diversas solicitações durante minha jornada acadêmica.

Do Ministério Público Federal, meu muito obrigado às notáveis pessoas com quem tive a honra e a felicidade de trabalhar nos últimos anos, especialmente Leonardo Andrade Macedo, pelos ensinamentos transmitidos e comentários que em muito contribuíram para o meu aperfeiçoamento como profissional.

Toda a lei se resume num só
mandamento: Ame o seu próximo como
a si mesmo - Gálatas 5:14.

RESUMO

O tema da monografia é o regime de dedicação exclusiva por parte dos docentes nas Instituições de Ensino Superior. Este regime foi inspirado no sistema *full-time-norte-americano*, que remunera a mais aqueles que trabalham além das 40 horas semanais já pré-estabelecidas. No Brasil, considera-se que o regime de dedicação exclusiva foi regulamentado pela lei n. 5.539/68 que dispõe sobre o Estatuto do Magistério Superior; pelo Decreto 94.664/87, que aprova o plano único de classificação e retribuição de cargos e empregos de que trata a Lei n. 7.596/87, e, por fim, pela Lei 12.772/2012 que dispõe sobre a estruturação do Plano de carreiras e cargos do magistério federal. Dessa forma, o presente trabalho estuda se o desrespeito ao regime de Dedicação Exclusiva, no qual o professor fica impedido de exercer qualquer atividade senão o magistério, importa em ato de improbidade administrativa, haja vista a possível violação dos comandos normativos insertos no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, todos da Lei n. 8.429/1992, assim como a possibilidade de aplicação das sanções capituladas, respectivamente, no artigo 12, incisos I, II e III, da referida Lei. O principal método de procedimento a ser utilizado no presente trabalho científico consiste na pesquisa bibliográfica, haja vista que realizou-se ampla busca doutrinária, assim como análise legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Princípios Administrativos; Lei de Improbidade Administrativa; regime de dedicação exclusiva; magistério superior.

ABSTRACT

The theme of the monography is the regime of exclusive dedication on the part of the teachers in the University. This scheme was inspired by the full-time-north American system, which remunerates those who serve more than forty hours already pre-established. In Brazil, it is considered that the regime of exclusive dedication was regulated by law n. 5.539/68 which provides for the Statute of the Higher Magisterium; by Decree n. 94.664/87, which approves the single plan for the classification and remuneration of posts and posts referred to in law n. 7.596/87, and finally, by Law 12.772, which provides for the structuring of the career plan and positions of the federal teaching profession. Thus, the present study prevented from practicing any activity other than the teaching profession, matter of an act of administrative improbity, in view of the possible violation of the normative commands insert in the caput of the articles 9, 10 and 11, all of law n. 8.429/92, as well as the possibility of applying the sanctions capitulated, respectively, in article 12, items I, II and III, of said law. The main method of procedure to be used in the present scientific work consists of bibliographical research, which will be done doctrinal search, as well as legislative and jurisprudential analysis.

Keywords: Administrative law; Administrative Principles; Law of Administrative Improbity; Exclusive dedication regime; Higher Education.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O NASCIMENTO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	16
2.3 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	20
3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA)	23
3.1 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	24
3.2 SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	28
3.2.1 Sujeito Passivo	28
3.2.2 Sujeito Ativo	31
3.3 DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	34
3.3.1 Teoria do Ato Improbo.....	34
3.3.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa em espécie	37
3.4 COMINAÇÕES LEGAIS – SANÇÕES.....	44
4 CAUSUÍSTICA.....	47
4.1 O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA.....	48
4.2 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS – 1ª FASE	51
4.3 DA PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO – 2ª FASE.....	54
4.4 OCORRÊNCIA DE OUTROS EFEITOS – 3ª FASE	58
4.5 DA VERIFICAÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS E ATIVOS DO ATO – 4ª FASE..	59
4.5.1 Sujeito Passivo Do Ato De Improbidade	59
4.5.2 Sujeito Ativo do Ato de Improbidade Administrativa	61
4.7 DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CORRESPONDENTES.....	64
4.8 DO DESEMPENHO DE OUTRAS ATIVIDADES	69
4.9 OUTRAS QUESTÕES	73

4.10 PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA.....	74
4.11 POSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL AOS CASOS DE VIOLAÇÃO À “DE”	77
4.12 DO ERRO DE PROIBIÇÃO	79
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará o Regime Jurídico do instituto da dedicação exclusiva aplicável as atividades de magistério e os requisitos para que o descumprimento se torne uma violação a probidade administrativa.

A constituição deste trabalho introduz o estudo do instituto da improbidade administrativa no direito brasileiro. Perpassando por seus principais tópicos, quais sejam, princípio da moralidade, evolução histórica, conceito de improbidade administrativa, os sujeitos ativo e passivo, os atos de improbidade em espécie e a teoria do ato improprio.

Posteriormente, passar-se-á para a análise da legislação que regula o tema específico desenvolvido neste trabalho, principalmente, as seguintes Leis: a) 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; b) 5.539/68 que dispõe sobre o Estatuto do Magistério Superior; c) Decreto 94.664/87, que aprova o plano único de classificação e retribuição de cargos e empregos de que trata a Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987; d) Lei 12.772/2012, que dispõe sobre a estruturação do Plano de carreiras e cargos do magistério federal.

Por conseguinte, traçar-se-á um estudo paralelo sobre a aplicação da lei que versa a respeito da ação de improbidade administrativa e os seus efeitos diante de algum caso de violação do regime de dedicação exclusiva por parte dos professores, assim como as hipóteses em que não restar-se-á caracterizado um ato improprio, haja vista os permissivos legais.

No mesmo sentido, abordou-se no decorrer do presente estudo várias questões polêmicas envolvendo a discussão do tema, a exemplo da previsão constitucional expressa no art. 37, inciso XVI, permitindo a cumulação de cargos; a necessidade de comprovação da má-fé para caracterização da Improbidade, assim como as questões de dosimetria das sanções a serem aplicadas em caso de condenação; dentre outras questões. Para tanto, diante do denso rol de doutrinadores, utilizou-se alguns destaques doutrinários acerca do tema, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Melo e Hely Lopes Meirelles.

Finalmente, a pesquisa foi ampliada na busca de artigos e materiais online que versem sobre a atualidade do tema, assim como sobre pesquisas jurisprudenciais para a correta compreensão de como os tribunais têm decidido o presente tema em suas decisões jurídicas acerca desta problemática.

Para tanto, a metodologia de abordagem, no que diz respeito à estrutura geral da pesquisa, é a dedutiva. Isto porque, o estudo basear-se-á em proposições teóricas gerais, regras do regime jurídico de dedicação exclusiva no magistério superior, aplicadas as situações concretas que ensejam a violação das referidas regras e, posteriormente, a sua caracterização como ato de improbidade administrativa, em suas três facetas – por violação aos princípios da administração pública; por enriquecimento ilícito e, por fim, diante do dano ao erário.

O principal método de procedimento utilizado no presente trabalho científico consistiu na pesquisa bibliográfica, haja vista que se realizou ampla busca doutrinária, assim como análise legislativa e jurisprudencial. Subsidiariamente, utilizou-se emprestado a pesquisa de campo, desenvolvida por professores do Rio Grande do Sul que se materializou em estudos de caso.

2 O NASCIMENTO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O Direito Administrativo¹ é um conjunto harmônico de regras e princípios² que regem os agentes, órgãos e entidades públicas, desde que exerçam atividade administrativa realizando, de forma direta, concreta³ e imediata⁴, os fins desejados pelo Estado.

As normas jurídicas admitem a classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, apenas uma delas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade.

Por sua vez, os princípios quando são colocados em situações de conflito não se excluem do ordenamento jurídico, haja vista que admitem a adoção do critério da ponderação de valores. Buscar-se-á a partir do caso concreto aquele com maior grau de preponderância, afastando-se o outro princípio em conflito.

Como visto, o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios. Pode-se falar, ainda, que os princípios são dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do Direito, mas também por todos aqueles que de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. São definidos como “*ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se*”. Ou seja, possibilitam a interpretação das demais regras postas no ordenamento jurídico, sendo balizas norteadoras para o alcance de seu exato sentido. São os valores fundamentais de uma matéria.

¹ Utilizar-se-á o critério da Administração Pública, desenvolvido por Hely Lopes Meirelles, visando unir os conceitos dos três critérios aceitos (Teleológico, Residual e de Distinção), mas insuficientes à completa conceituação de direito administrativo.

² Critério Teleológico – Esse critério foi adotado pelo Brasil, mas não é completo, pois insuficiente à delimitação do objeto do direito administrativo.

³ Realizar de forma direta e concreta refere-se ao critério residual, porque afasta as funções jurisdicionais e legislativa. O critério residual foi desenvolvido com o intuito de completar o critério teleológico. Até hoje, nossa doutrina não conseguiu, ainda, definir de forma adequada o que é atividade administrativa, razão pela qual, normalmente, a define por exclusão, retirando as funções jurisdicional e legislativa do Estado, o que sobrar seria o objeto do Direito Administrativo.

⁴ Critério de distinção – Procura distinguir a atividade social do Estado, uma vez que o direito administrativo não visa estudar políticas sociais. O direito administrativo somente estudaria a atividade jurídica do Estado. Ou seja, afasta-se o Estado Social e estuda-se apenas o Estado Jurídico. Logo, quem escolhe a política pública realizada pelo Estado será a sociologia. O direito administrativo estuda apenas a implementação dessa política pública escolhida pela sociologia.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, vigente, dedicou um capítulo à Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e, no artigo 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos.

Já se passaram quase 30 anos desde a promulgação da CRFB/88, que inovou no ordenamento jurídico vigente até então, e consagrou princípios basilares que regem toda a administração pública, sendo de suma importância no controle da *res pública*.

Os princípios administrativos constituem pressupostos de atuação da Administração e comandos de ação para o legislador. É o que ocorre, por exemplo, com a moralidade, pois, mesmo se não houver lei formal impondo conduta compatível com os preceitos éticos da instituição, o servidor, mesmo assim, deve atuar dessa forma, pois já é consagrada a moralidade como princípio constitucional.

A CRFB/88 é, sem dúvida alguma, o texto mais completo e abrangente até hoje editado, pois prevê vários sistemas de controle da moralidade administrativa, inclusive da probidade, dispondo em seu artigo 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios são de aplicação imediata, dispensando lei formal para sua efetivação. Assim, não é uma faculdade do agente público em toda a sua atividade estar pautado de acordo com os princípios administrativos, e sim um dever.

No presente trabalho, as atenções se voltam, principalmente, para o princípio da Moralidade. O conceito de moral é eminentemente volátil, sendo norteado por critérios de ordem sociológica que variam consoante os costumes e padrões de conduta delimitadores do alicerce ético de determinado agrupamento. Além de ser relevante na produção normativa, a moral possui um papel importante na aplicação das normas, permitindo que o órgão jurisdicional possa interpretá-la e integrá-la em harmonia com os valores sociais.

Deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, iniciativa esta que cresce em relevância quando se constata que o seu desenvolvimento se deu no ápice do positivismo jurídico, o que representava importante óbice aos mecanismos de contenção da atividade estatal que não se reduzissem a um mero preceito normativo.

Hariou captara e desenvolvera a ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público⁵. Diógenes Gasparino, retomando as lições de Maurice Hariou, ressalta que o princípio da moralidade se extrai do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública. O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos⁶.

Assevera, ainda, que não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público⁷. Assim, a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a letra desta.

Em contraposição, Marcel Waline⁸ critica a posição de Hariou, dizendo que a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei, logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Isto é, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta.

Por sua vez, Bitencourt Neto, referenciando Wallace Paiva Martins Júnior, assevera que o princípio da moralidade administrativa foi alçado à condição de “superprincípio informador dos demais”, sendo composto por elementos de honestidade, boa-fé e lealdade, sempre visando à boa administração⁹.

Em suma, a moralidade administrativa constitui hoje pressuposto de validade de todo ato administrativo. Não é suficiente que o ato seja praticado somente nos exatos termos da lei; deve também obedecer à moralidade. Dessa forma, a moralidade administrativa é compreendida como moral jurídica, entendendo-se por moral jurídica o conjunto de regras extraídas de condutas internas da administração.

Ronald Dworkin¹⁰ distingue, em sua obra *A Raposa e o Porco Espinho*, a ética – que é o estudo de como viver bem – da moral – estudo de como devemos tratar as outras pessoas.

⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71.

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003. 8ª ed., rev. e atual. p. 9-10.

⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 73.

⁸ DROIT administratif, p. 489 – emerson Garcia.

⁹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e violação aos princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*; tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 291.

Logo, o princípio da moralidade administrativa tem muito a nos ensinar e informar sobre como devemos tratar a *res pública*, haja vista que apesar de não se confundir diretamente com a moral comum, está ligada a moral jurídica.

Em verdade, não há uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum. Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal. Em outras palavras, estas duas formas não possuem objetos idênticos, sendo que a moral comum guarda correlação com o comportamento de qualquer integrante de determinada coletividade, ao passo que a primeira está intrinsecamente ligada àqueles que desempenham atividade administrativa.

No direito positivo pátrio, legalidade e moralidade coexistem lado a lado por força de expressa previsão constitucional. No entanto, tem-se que os atos administrativos devem apresentar plena adequação ao sistema normativo que os disciplina e ter sua finalidade sempre voltada à consecução do interesse público. Essa adequação é auferida a partir da confrontação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a situação fática do ato praticado.

O ato formalmente adequado à lei, mas que busque, em essência, prejudicar ou beneficiar a outrem, será moralmente ilegítimo, em razão da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

Ante o exposto, constata-se que, para visualização da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de eventuais vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Preocupados com o dever de moralidade, os constituintes originários da CRFB/88 incluíram instrumentos de para coibir condutas violadoras do princípio em estudo, entre eles, a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), permitindo qualquer cidadão a propor para anular atos que violem o dever de moralidade; e a ação de improbidade, estabelecendo, no art. 37, §4º, sanções para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível.

Porém, antes de adentrar no estudo da ação de improbidade, estabelecer-se-á uma breve retrospectiva histórica acerca das normas constitucionais e infraconstitucionais em defesa da moralidade administrativa.

2.2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa nas Constituições anteriores à de 1988, encontra-se entranhado no ordenamento jurídico pátrio desde muito tempo, sendo, inclusive, considerado princípio implícito regente da atuação administrativa.

A datar do período colonial, há previsões no sistema jurídico penal brasileiro de controle da moralidade dos atos administrativos e a possibilidade de aplicação de cominações de infratores¹¹. Conforme previsto nas Ordenações Filipinas, vigentes até 1830, havia dispositivo legal vedando que as autoridades públicas recebessem “dádivas” ou “presentes”, sob pena de perderem o “ofício” e de pagarem “multa”¹². Ou seja, não é de hoje que se impõe a perda da função pública e aplicação de multa civil para aqueles que menosprezam o interesse público.

Com exceção da Carta de 1824, que consagrou a irresponsabilidade do Imperador (art. 99), todas as constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade administrativa.

Não obstante, a Carta Imperial de 1824, consagrou a responsabilização dos Ministros de Estado por traição, peita, suborno ou concussão, por abuso do poder, pela falta de observância da lei, pelo que obrassem contra liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos, ou por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133). Previu, também, que a responsabilização dos ministros não seria excluída, ainda que houvesse ordem do Imperador, “vocal ou por escrito” (art. 135).¹³

Com efeito, neste período, era permitido que cidadão apresentasse por escrito, aos Poderes Legislativos e Executivos, reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração à Carta Imperial, requerendo a autoridade competente a efetiva responsabilização dos infratores (art. 179, XXX).

¹¹ MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 27.

¹² MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 28.

¹³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 166..

Em 1891, com a derrocada do regime monárquico, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, sob forte influência dos pensamentos de Ruy Barbosa. Houve a previsão de crimes de responsabilidade, incluindo, até mesmo, os atos do Presidente da República que atentassem contra *a probidade da administração, a guarda e emprego* constitucional dos dinheiros públicos ou contra as leis orçamentárias votadas pelo Congresso, conforme previsto no art. 54, §6º. Ou seja, pela primeira vez, houve menção a expressão substantiva “*probidade*”, originária do latim *probitas (ou probas)* e designativa de retidão, integridade, honradez.

Em continuidade ao previsto no art. 179, XXX, da Carta Imperial de 1824, a Constituição de 1891 também permitia que qualquer pessoa apresentasse, mediante petição aos Poderes Públicos, representação por abusos de autoridades visando à promoção da responsabilidade de culpados, conforme disposto em seu art. 72, §9º.

Por sua vez, no dia 16 de julho de 1934, foi outorgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Com relação as normas em defesa da moralidade, a Carta de 1934 repetiu o disposto na Constituição de 1891, prevendo a responsabilização do Presidente da República por seus atos que atentassem contra a probidade da administração, a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos e as leis orçamentárias (art. 57). Havia, ainda, previsão expressa de que o Presidente da República e demais autoridades poderiam ser responsabilizados, civil ou criminalmente, pelos abusos que cometessem (art. 175, §13º).

Posteriormente, foi editada a primeira norma que estabeleceu punição para ato que causasse prejuízo ao erário e locupletamento ilícito para o agente. O Decreto n. 3.240/41 (Código Penal) previa, como efeito de condenação criminal, a perda de bens de condenados por crimes de que resultasse prejuízo para o patrimônio público.

Na sequência, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, sendo um marco na ruptura com o Estado Novo criado por Getúlio Vargas em 1937, trazendo a redemocratização do país, bem como a restauração do modelo constitucional de 1934. Em suma, essa Constituição manteve a mesma fórmula das Constituições de 1891 e 1934.

A grande novidade da Constituição de 1946 ficou por conta da existência de dispositivo legal prevendo a criação de um diploma infraconstitucional que regularia o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, com fulcro no art.

141, §31. No entanto, somente em 1957, com a edição da Lei n. 3.164/57, conhecida como Lei “Pitombo-Godói Ilha” é que houve a regulamentação da norma constitucional então vigente. Criou-se, pela primeira vez no âmbito civil, um sistema repressivo de controle administrativo da probidade e moralidade administrativa.

Logo depois, a Lei n. 3.502/58, conhecida como “Lei Bilac Pinto”, determinou que o servidor público, o dirigente e o empregado de autarquia que se enriquecessem ilicitamente, por influência ou abuso de cargo ou função, estavam sujeitos ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, mesmo com redação da EC n. 1/69, manteve a previsão quanto à repressão aos crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 84), permitiu o direito de representação (art. 150, § 30) e previu, da mesma forma, que lei infraconstitucional deverá dispor acerca do perdimento de bens por danos causados ao erário ou por enriquecimento do agente no exercício de função pública (art. 150, §11 – renumerado para art. 153, §11, pela Emenda n.1/69). A novidade vem com a permissão de que qualquer cidadão intentasse ação popular visando anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

Por último, como já retratado anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe inovações e alguns avanços, já que algumas coisas que já existiam foram desenvolvidas na CRFB/88. Talvez a principal delas tenha sido a criação de princípios fundamentais, nos dizeres de Bittencourt Netto, *“verdadeira profusão de normas de caráter administrativo, traduzindo a expectativa geral de, em um só golpe, reconquistar os espaços retirados da sociedade no manejo do aparato público”*¹⁴.

Ao observar o texto constitucional de 1988, é patente a ampliação do espaço normativo dedicado à probidade administrativa. Isso é essencial e tem uma consequência lógica muito importante. A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados.

Os atos atentatórios à probidade administrativa, como princípio constitucional – derivado da moralidade administrativa – traduzem atuação desonesta e danosa à Administração Pública, vale dizer, estes atos podem significar nos termos do Direito Positivo, responsabilidade

¹⁴ BITTENCOURT NETO, Eurico. Improbidade Administrativa e violação aos princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 107.

civil, criminal, política ou administrativa. O mesmo ato, desde que exista previsão legal, considerando a independência dos âmbitos de responsabilidade, pode culminar sanções em cada um deles.

Restringe-se, dessa maneira, o arbítrio dos agentes públicos, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária. Isto é, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo com que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso¹⁵.

Desse modo, a partir da análise dos textos constitucionais anteriores, é possível aferir que estes delimitavam a tipologia dos atos de improbidade tão somente às hipóteses de dano ao erário e enriquecimento ilícito. Com o advento da CRFB/88, seu art. 37, §4º, conferiu maior autonomia ao legislador ordinário, visando proporcioná-lo fundamento de validade para a confecção de uma norma capaz de enfrentar, com eficiência, o flagelo da constituição¹⁶.

O principal instrumento regulamentador do art. 37, §4º, da CRFB/88, foi a Lei 8.429/92. Essa lei estabeleceu regras de direito material e processual em matéria de improbidade administrativa. As previsões normativas anteriores à Lei 8.429/92 foram revogadas (art. 25), haja vista que se mostraram ineficientes ao combate da chamada “*corrupção administrativa*”¹⁷. Explicam Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior¹⁸ que “*improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa*”. Seriam as situações em que ocorre o desvirtuamento da Administração Pública e rompimento dos princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano).

Ainda sob a ótica da Constituição de 1988, o seu art. 15, V, prevê a suspensão dos direitos políticos do cidadão nos casos de “*improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º*”. É oportuno destacar, ainda, que conforme previsto no art. 14, §9º, cabe a lei complementar estabelecer, além dos casos previstos no seu próprio texto (art. 14, §7º), outros motivos de

¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76.

¹⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.39.

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 165.

¹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.39.

ilegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Por fim, a CRFB/88 também considerou que os atos praticados pelo Presidente e Ministros de Estado que atentassem contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis em geral e das decisões judiciais seriam crimes de responsabilidade (art. 85).

2.3 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Além das previsões esparsas existentes nos regimes jurídicos de determinadas categorias do funcionalismo público dos diferentes entes da Federação, o legislador brasileiro produziu anteriormente a atual Lei de Improbidade, dois diplomas de caráter genérico: a Lei n. 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) completada pela Lei n. 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

Após 11 anos da promulgação do texto constitucional de 1946, é que o art. 141, §31 foi regulamentado pela Lei n. 3.164/57, demonstrando o interesse à época de se combater a corrupção. Este diploma infraconstitucional regulava o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, com fulcro no art. 141, §31.

No entanto, não esclarecia o conteúdo e a extensão da expressão *influência ou abuso de cargo*, função ou emprego público. Aplicava-se somente a Administração Centralizada e as autarquias, haja vista que somente em 1967 é que se criou as empresas públicas e as sociedades de economia mista (Decreto-lei 200).

Como pontos relevantes, destaca-se o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil, antecipando-se à Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65); bem como a criação do “*registro público obrigatório de bens e valores*”, que corresponde à atual exigência legal da entrega da declaração de bens dos agentes públicos.

Desse modo, a doutrina sustenta que os motivos que levaram a sua pouca aplicação prática e ausência de efetividade foram (a) a previsão de apenas uma espécie de enriquecimento ilícito; (b) a dificuldade de prova do nexo de causalidade entre o abuso do cargo e a aquisição

do bem; e, por fim, (c) a ausência de regulamentação do referido registro de bens como os motivos que levaram a sua pouca aplicação prática e ausência de efetividade.

À vista disso, foi editada a Lei n. 3.502/58 que também regulamentou “o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Assim, a Lei Bilac Pinto complementou sua antecessora, enumerando, em *numerus apertus*,¹⁹ hipóteses caracterizadoras de enriquecimento ilícito (arts. 2º e 4º), havendo inúmeras semelhanças com os atos atualmente previstos no art. 9º da Lei 8.429/92 e equiparando o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º)²⁰.

Não houve previsão expressa quanto a legitimidade do Ministério Público para intentar a respectiva ação civil, mas como a legislação anterior não foi revogada, a doutrina reconheceu-a. Pode-se apontar, ainda, como novidade desta lei, a possibilidade de ajuizar, na ação principal, o pedido cumulativo de ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte²¹.

Apesar da melhoria à legislação anterior, a ineficácia no combate a corrupção administrativa permaneceu. Emerson Garcia²² aponta três motivos para explicar a ineficiência no combate a corrupção e a impunidade, são eles: a) dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a subsunção das condutas praticadas aos tipos legais do enriquecimento ilícito; b) a não-tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e, por fim, c) a ausência de outras sanções

¹⁹ Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*, pp. 137 e ss.

²⁰ Eram considerados casos de enriquecimento ilícito:

- a) a incorporação do patrimônio privado, sem as formalidades previstas em lei, regulamentos, estatutos ou normas gerais, sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades públicas referidas;
- b) a doação de valores ou bens do patrimônio das mesmas entidades a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;
- c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;
- d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
- e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
- f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos, máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, dos Estados, do Município, das entidades autárquicas, sociedade de economia mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que recebesse e aplicasse contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

²¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público* – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.33.

²² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167.

legais além do perdimento dos bens adquiridos ilicitamente. Na maioria das vezes, o agente continuava a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa.

Essas impropriedades, imprecisões e omissões servem para explicar, parcialmente, a grande onda de corrupção e impunidade vivido no país à época. Com efeito, à época, o Ministério Público não tinha o perfil de órgão permanente de defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, conferidos pela Constituição da República de 1988.

Após a Constituição de 1988, o Ministério Público foi o órgão que teve a maior ascensão funcional em face do aumento de suas atribuições e prerrogativas, passando a ser uma espécie de ouvidoria da sociedade brasileira.

3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA)

O Constituinte originário teve o mérito de prever a necessidade de criação de um microsistema de combate à improbidade em consonância com outros países construídos em sólidos alicerces democráticos, nos quais os agentes públicos, além de exercerem a atividade finalística inerente à sua posição no organismo estatal, são efetivamente fiscalizados e consequentemente responsabilizados por seus desvios de conduta.

Em breve síntese, a Lei 8.429/92 veio, essencialmente, regular e implementar o art. 37, §4º, da CRFB/88, no plano infraconstitucional, dando efetividade as disposições constitucionais. Os atos de improbidade podem ser coibidos de inúmeras formas, perante diversos órgãos e com distintos efeitos em relação ao ato improprio. Entretanto, as atenções no presente estudo voltar-se-ão precipuamente para a Lei 8.429/92, diploma que estabeleceu regras de direito material e processual em matéria de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior²³ ensinam que “*o diploma em questão é uma autêntica babel jurídica, reunindo normas de direito administrativo, de direito civil, de direito processual civil, de direito penal e de direito processual penal, nem sempre alocadas racionalmente*”.

A lei prevê os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa. Delimita, ainda, os chamados atos de improbidade administrativa, estabelecendo-os em três espécies dessa categoria: a) os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causam prejuízo ao erário (art. 10); e, por fim, c) que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), fixando, ademais, as respectivas sanções.

Com efeito, no dia 30.12.2016 foi publicada e sancionada a Lei Complementar n. 157, que altera a norma que disciplina o Imposto Sobre Serviço (ISS). Objetivamente, a Lei Complementar n. 157/2016 incluiu três dispositivos na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam, o artigo 10-A, o inciso IV no artigo 12 e o §13º no art. 17. Ou seja, trouxe um novo tipo de improbidade administrativa, “*decorrente de cessão ou aplicação indevida de benefício financeiro tributário*”, conforme descrito na Seção II-A e no artigo 10-A do mesmo diploma.

²³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.38.

Sem entrar no mérito da recente alteração²⁴, cumpre destacar que desde sua origem, a Lei 8.429/92 instituiu regras referentes à investigação dos atos de improbidade, bem como do processo judicial de persecução desses ilícitos, prevendo para tanto medidas cautelares e a ação principal, dentre outras disposições de natureza adjetiva e substantiva.

Motivado pelo princípio da Moralidade, o Ministro da Justiça à época, Jarbas Passarinho²⁵, deixou registrado em sua exposição de motivos que o “combate à corrupção era necessário, pois se trata de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País.

Editada e promulgada num contexto de conturbado período político²⁶, com várias alterações em seu anteprojeto²⁷, após inúmeras discussões e emendas, logrou-se êxito em aprovar o texto que originou a Lei n. 8.429/92, importante instrumento no combate à corrupção nos dias de hoje.

Diversamente das normas penais incriminadoras, que exigem a perfeita correlação entre a conduta do agente e o tipo previsto em lei, os atos de improbidade administrativa vêm exemplificativamente elencados nos artigos 9º, 10, 10-A e 11. Esse entendimento sofre críticas por parte da doutrina, conforme demonstrar-se-á adiante.

3.1 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mauro Roberto Gomes de Mattos defende a ideia de que a Lei 8.429/92 possui preocupante caráter aberto, sendo necessário que “*haja certa prudência no ingresso de ações de improbidade administrativa, para que o próprio instrumento jurídico não seja enfraquecido e se torne impotente, vulgarizando-se pelo excesso da sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento*”.²⁸ Sustenta que a referida lei não definiu o núcleo do ato improbo, assemelhando-se com a norma penal em branco, o que gera grande equívocos, pois

²⁴ Fernanda Schramm assevera que “a legislação estabelece que a alíquota mínima de 2% não pode ser objeto de isenção, incentivo ou benefício tributário, ou qualquer outra via que faça com que o valor a recolher seja menor do que o piso legal. O objetivo é, como já dito, evitar a chamada “guerra fiscal” do ISS, proibindo que os Municípios e Distrito Federal concedam incentivos e benefícios fiscais para atrair investimento para a região”. SCHRAMM, Fernanda. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar nº 157/2016 - Espécie de "Improbidade Legislativa" Restrita ao Imposto sobre Serviços (ISS). 2017. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-impuesto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

²⁵ DO 17.08.1991, Seção I, p.14.124

²⁶ “A Lei n. 8.429/92 foi gerada em período de conturbadas investigações acerca de indícios de prática de atos de improbidade administrativa nos altos escalões da República, que culminariam, mais tarde, com o processo de cassação do Presidente da República, que a sancionará”. IN Bittencourt Neto – p. 109.

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.37.

²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 291.

possibilita que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao erário, confundam-se com os tipos previstos na presente lei.

Não obstante, deve-se lembrar que o legislador infraconstitucional conferiu uma interpretação prospectiva à CRFB/88 e, conseqüentemente, rompeu com a acanhada e vetusta normatização então existente. Quem foi o principal beneficiado? O patrimônio público.

De antemão, ressalta-se que num Estado Democrático de Direito, não mais se concebe a atuação de órgãos públicos e seus agentes fora dos marcos processuais e legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico e, principalmente, pela Constituição. Sanções devem ser aplicadas para os agentes que, não obstante tenham assumido o dever de preservá-la, a vilipendiam.

Assim, o legislador infraconstitucional ao tratar dos atos de improbidade administrativa, Capítulo II da Lei 8.429/92, os separou em quatro grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art. 10), conceda ou aplique indevidamente benefício financeiro ou tributário (art. 10-A), ou apenas atente contra os princípios da administração pública (art. 11).

Isto é, muito mais do que uma mera subsunção do fato a norma, o fato da lei abordar ao mesmo tempo dispositivos tipificadores do ato de improbidade e conceitos jurídicos indeterminados, permite ao intérprete estabelecer uma valoração das circunstâncias periféricas ao caso, densificando o seu conteúdo e concretizando a norma.

Karl Larenz²⁹ ensina que *“Só se pode falar em um ‘conceito’ em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam”*. Acrescenta, ainda, que *“não é raro que uma definição legal contenha um elemento (ou vários) que não permitam uma mera subsunção”*.

Isto é, não é suficiente uma consideração baseada unicamente nas notas distintivas particulares, apreendidas de modo geral – e assim, uma ‘subsunção’ meramente lógica –, mas requer-se um juízo que leve em conta diferentes pontos de vista, combináveis de modo diverso.

²⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. trad. José Lamego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 300.

Em sentido contrário, é o entendimento de Gina Cópola³⁰ que critica a ausência de clareza e precisão nos elementos definidores do ato de improbidade, bem como no excesso de cláusulas genéricas, princípios e conceitos indeterminados, *in verbis*:

[...] a chamada LIA é de péssima técnica e padece de inconstitucionalidade. Sim, porque a LIA não conceituou a expressão “improbidade administrativa”, nem tampouco a delimitou, fazendo apenas constar em seu art. 1º - que é tipo bastante aberto, conforme a doutrina tem reiteradamente ensinado – que os atos de improbidade serão punidos na forma da lei. Com efeito, o legislador misturou alguns conceitos, além de redigir artigos de caráter excessivamente aberto, imprecisos e impróprios, para por meio deles cominar as rigorosas e duras penas que prevê.

No mesmo sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos³¹ assevera que “a definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco”, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa insegurança jurídica”. Conclui, ainda, que a indeterminação desta lei permite com que se confunda o ato desastroso e inábil com o ímprobo, que traz em sua essência a devassidão e a imoralidade.

Contrariamente ao alegado, Emerson Garcia³² entende que aqueles que defendem uma alegada ofensa à segurança jurídica (do ímprobo, não do patrimônio público) equivocam-se ao esquecer que o poder judiciário realiza a integração³³ desta norma. Sem prejuízo, continua explicando que os conceitos jurídicos indeterminados previstos no *caput* são independentes e assumem feição meramente exemplificativa.

Em outras palavras, retomando as lições de Larenz³⁴, tem-se que “*a necessidade de um pensamento ‘orientado por valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valores que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica*”. Conforme exposto, essas pautas não são pura e simplesmente destituídas de conteúdo; muito menos ‘fórmulas vazias pseudonormativas’ compatíveis com todas ou quase todas as formas concretas de comportamento e regras de comportamento’. São, em verdade, “*uma ideia jurídica específica que decerto se subtrai a toda definição conceptual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceitos.*

³⁰ COPOLA, Gina. Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa e o Estado Democrático de Direito. Revista Síntese – Responsabilidade Pública, São Paulo: Síntese, n. 14, p. 37, abr-maio 2013.

³¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 293-295.

³² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232.

³³ Algumas figuras descritas na LIA dependem de integração, já que remetem a outras normas jurídicas ou determinados atos administrativos.

³⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. trad. José Lamego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 310-311.

Estas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição”.

Dessa forma, para efeitos legais, improbidade administrativa representa a conduta voluntária, culposa ou dolosa, de agente público em sentido amplo e eventuais terceiros coautores, partícipes ou beneficiários, que atente contra a moralidade administrativa e que cause enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público ou infração aos princípios da administração.

Nelson Nery Júnior³⁵ afirma que *“não há que se confundir ato ilegal com ato improbo, fato que tem sido muito comum no foro brasileiro, fazendo-se da lei de improbidade remédio para todos os males, aplicando-a indistintamente mesmo quando não é caso de sua incidência”*. Assevera, ainda, que meras irregularidades ou mesmo ilegalidades não são, *per se*, aptas a caracterizar improbidade administrativa. Ou seja, nos casos de inabilidade – quando não há prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito – não cabem as punições previstas na Lei 8.429/92, haja vista que, supostamente, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, concluindo que “ilegalidade” não é “improbidade”.

Em contraposição, na lição de Sílvio Antônio Marques³⁶ *“improbos são os agentes públicos e eventuais partícipes ou coautores que praticarem atos típicos de improbidade administrativa”*. Melhor dizendo, a Lei 8.429/92 não exige que o agente público seja “indigno” ou “desonesto” para que responda pelas sanções nela previstas, embora tais adjetivos caibam perfeitamente em muitos casos. Dessa forma, a LIA visa coibir atos dolosos (art. 9º, 10 e 11) e culposos (art. 10) que atinjam o patrimônio público e outros interesses públicos.

Logo, a expressão “improbidade administrativa” é a terminologia/designativo técnico para definir a “corrupção administrativa”, que se apresenta como o desvirtuamento da função pública somado à violação da ordem jurídica. A ação de improbidade é, assim, um importante instrumento de controle judicial dos atos que a lei caracteriza como ímprobos.

³⁵ ATO ÍMPROBO - REQUISITOS CARACTERIZADORES – DISTINÇÃO CONTATOS SOCIAIS OU POR MERA CORTESIA Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior | vol. 2/2014 | p. 531 - 555 | Set / 2014 DTR/2014/17288

³⁶ MARQUES, Sílvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 41.

Com efeito, analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que a ideia de conceito inelástico³⁷ (não pode ser ampliado para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento de sua criação – tendo como referencial o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar) foi afastada pelo próprio Tribunal³⁸ ao decidir que “A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública”, afastando, pois, a necessidade de o sujeito da LIA ser “o agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar.”

Ante o exposto, é possível dizer que, pela dinâmica dos precedentes no tribunal, não prevalece mais a ideia do conceito inelástico de improbidade.

3.2 SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A caracterização do ato de improbidade administrativa depende do envolvimento da Administração Pública direta ou indireta, de um lado, e de pelo menos um agente público, de outro. A ausência de agente público no polo ativo da ação de improbidade faz com que o fato, via de regra, não seja investigado na esfera administrativa, haja vista que apesar do patrimônio e interesses públicos poderem ser violados por agentes públicos e particulares, ou exclusivamente por particulares, o ato ímprobo só pode ser praticado por funcionário público. Nesse caso, a depender do fato praticado pelo particular, este deverá ser investigado na esfera penal.

Igualmente, não se configura ato de improbidade administrativa quando agentes públicos e particulares violam o patrimônio ou interesse privado, sem repercussão na órbita administrativa. Portanto, a existência de um ato ímprobo, no sistema da Lei 8.429/92, depende da presença de um sujeito passivo (art. 1º) e de um sujeito ativo (art. 2º e 3º).

3.2.1 Sujeito Passivo

A Lei 8.429/92 foi editada para proteger interesses e direitos materiais, tais como o dinheiro e os bens públicos, e valores *imateriais*, entre os quais os princípios da administração – moralidade, imparcialidade e honestidade – relacionando em seu art. 1º diversos entes e órgãos estatais e entidades de direito privado, que podem ser sujeitos passivos de tais atos, *in verbis*:

³⁷ REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015 – Informativo 573)

³⁸ REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016.

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.

Como explica Carvalho Filho³⁹, sujeito passivo do ATO de improbidade é a pessoa jurídica que a lei indica como vítima. Nem sempre essa pessoa se qualifica como pessoa eminentemente administrativa, haja vista que a lei ampliou a noção de sujeito passivo, com o fito de alcançar algumas entidades que, sem integrar a Administração, guardam algum tipo de conexão com ela.

Silvio Antônio Marques⁴⁰ aponta que *“faltou ao legislador rigor técnico na divisão de órgãos públicos e das entidades particulares que podem ser sujeitos passivos do ato ímprobo, pois menciona a Administração direta, indireta e fundacional”*. Ou seja, a crítica reside no fato das fundações integrarem a Administração Indireta, ao lado das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas incorporadoras e consórcios públicos. José Roberto Pimenta Oliveira⁴¹ explica que *“a expressão “administração fundacional” foi destacada na lei para afastar qualquer cogitação de exclusão das chamadas fundações de direito privado, criadas ou mantidas pela administração pública do regime sancionatório”*.

Por sua vez, Marino Pazzaglini⁴² critica a menção do dispositivo legal a *“administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes”*, considerando que dentre os três poderes apenas o Poder Executivo se apresenta como administração direta, indireta e fundacional, sendo que os demais exercem funções atípicas. Ademais, o texto legal

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. xxx.

⁴⁰ MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43.

⁴¹ Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/92 / Coordenadora: Márcia Noll Barboza; colaboradores: Antônio do Passo Cabral ... [et al.] Brasília: ESMPU, 2013. 2. ed. rev. e atual. p. 35.

⁴² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.42.

não é claro quanto à natureza jurídica das empresas privadas para cuja criação o erário haja concorrido com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Dessa forma, podem figurar como sujeito passivo (vítima) do ato de improbidade: a) a Administração Pública direta, representada pelos Entes Políticos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; b) a Administração Pública indireta, consistente nas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (sendo irrelevantes se são prestadoras de serviço ou não, pois a lei não fez distinção), e os territórios (natureza autárquica); c) as empresas incorporadas pelo Poder público; d) entidade cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado que estão fora da administração, mas que o Estado participa com mais de 50% do patrimônio/receita anual; e) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como aquelas entidades para cuja criação ou custeio o erário tenha contribuído ou concorra com menos de 50% (Observe que neste caso as sanções são limitadas à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Além disso, se o ato não se relacionar com o patrimônio, o agente não estará sujeito às sanções da Lei 8.429/92).

Da mesma forma, Emerson Garcia⁴³ também aponta como sujeitos passivos do ato de improbidade, observando o contexto do ato:

- (a) os sindicatos, em razão do recebimento das contribuições sindicais, espécies de tributo, mais especificamente, contribuições parafiscais, ou seja, recursos oriundos do Poder Público;
- (b) os conselhos de classe ou autarquias profissionais, porque são autarquias, logo, estão abrangidos no próprio *caput*. Com efeito, apesar da OAB ser considerada uma pessoa *sui generis* pelo STF, permanece com todos os benefícios das autarquias, de modo que também poderá ser sujeito passivo de ato de improbidade. O STF entendeu que as contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais;
- (c) os partidos políticos também podem sofrer ato de improbidade administrativa, pois recebem dinheiro público por meio do fundo partidário (devem realizar prestação de contas);
- (d) as organizações da sociedade civil também conhecidas por Terceiro Setor podem sofrer atos de improbidade administrativa, estando sujeitas ao *caput* ou ao parágrafo único do art. 1º, conforme a extensão das vantagens. Por não exercerem atividade lucrativa, as organizações da sociedade civil de interesse público serão, normalmente, contempladas com recursos públicos, o que

⁴³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 188-205

viabilizará o exercício de suas atividades finalísticas e, *ipso facto*, permitirá a aplicação das normas da Lei de Improbidade;

(e) as pessoas de cooperação governamental (serviço social autônomo) também se enquadram no *caput* do art. 1º, da Lei 8.429/92, pois quase a totalidade de seu custeio decorre do Estado;

(f) os consórcios públicos, ainda que considerados de natureza *sui generis* estão sujeitos à normatização de regência da administração pública, devendo ser enquadrados no plano da administração indireta, assim como possuem autonomia para administrar bens públicos, suas despesas podem ser objeto de rateio e devem obedecer as normas de direito financeiro aplicáveis. As entidades públicas e estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas⁴⁴.

3.2.2 Sujeito Ativo

É o agente público que, com ou sem o concurso de terceiro, pratica o ato de improbidade. Isto é, trata-se do autor da conduta ímproba. Em alguns casos, não pratica o ato em si, mas oferece sua colaboração, ciente da desonestidade do comportamento. Em outros, obtém benefícios do ato de improbidade, muito embora saiba de sua origem escusa. Nesse sentido, confira-se o artigo 2º da Lei 8.429/92, dispondo o preceito que disciplina a matéria:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, 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 mencionadas no artigo anterior.

Resumindo, pode ser sujeito ativo do ato de improbidade: (a) qualquer pessoa capaz; (b) com vínculo permanente ou temporário, ou seja, é irrelevante o lapso temporal das atividades; (c) a título remunerado ou não, é irrelevante a contraprestação pelas atividades; (d) nomeada, designada, comissionada, eleita ou contratada, ou por qualquer forma investida ou vinculada, sendo, da mesma forma, irrelevante a origem da relação, pois abrange todas as situações possíveis⁴⁵; (e) e, por fim, que esteja em exercício nas pessoas jurídicas previstas no art. 1º.

⁴⁴ A Lei n. 8.429/1992 usa da seguinte técnica legislativa: em primeiro plano, sublinha as pessoas jurídicas de direito público e privado protegidas pelo regime sancionatório disciplinado na lei – e a medida dessa proteção – para, em um segundo plano, indicar as pessoas físicas e jurídicas passíveis de responsabilização – e a respectiva condição –, na esfera autônoma dos atos de improbidade administrativa, na forma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Portanto, a análise de qualquer conduta implica, preliminarmente, a verificação rigorosa do ente ofendido pelo ato, com o fito de integrá-lo ao rol prescrito no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. In Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992 / Coordenadora: Márcia Noll Barboza; colaboradores: Antonio do Passo Cabral ... [et al.] Brasília: ESMPU, 2013. 2. ed. rev. e atual. p. 34.

⁴⁵ Considera-se Mandato o meio de acesso a alguns cargos públicos por determinado prazo, em razão de eleição. Cargo é a denominação da mais singela unidade de poderes e deveres estatais desempenhados por um agente público sob o regime estatutário. Emprego Público é aquele exercido por agente contratado sob o Regime da Consolidação das Leis Trabalhistas. Função Pública representa a atividade exercida por agentes públicos por tempo determinado e visando atender à necessidade de excepcional interesse público.

Em verdade, cuida-se de conceito amplo que abrange os membros de todos os Poderes, qualquer que seja a atividade desempenhada, bem como os particulares que atuem em entidades que recebam verbas públicas. Para fins de aplicação da Lei n. 8.429/92, os agentes públicos podem ser subdividido nas seguintes categorias: agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes meramente particulares⁴⁶. Deste modo, considera-se agente público todo aquele que exerce, ainda que temporariamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função pública.

Por outro lado, a Lei 8.429/92 adotou uma posição restritiva, não abrangendo, em seu art. 2º, aqueles que possuem vínculo com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos que não tenham sido criadas ou custeadas pelo erário, ou que não recebam subvenções, benefícios ou incentivo destes.

Estas pessoas não se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa, pois, apesar de prestarem serviço público por delegação, não se enquadram no modelo da lei. As tarifas que auferem os usuários são o preço pelo uso do serviço e resultam de contrato administrativo firmado com o concedente/permitente. Assim, o Estado, em regra, não lhe destina benefícios, auxílios ou contravenções. Inexiste qualquer liame do empregado de uma empresa privada com o Poder Público, já que o vínculo é restrito à empresa que os contratou e que estabeleceu as diretrizes a serem observadas no desempenho de suas funções.⁴⁷

Inicialmente, consideram-se agentes políticos os titulares de cargos, funções, comissões ou mandatos da estrutura superior do Estado e que desempenham atribuições constitucionais. Estão incluídos nessa categoria o Presidente da República, Ministros de Estado, Senadores, Deputados Federais, Governadores, Secretários de Estado, Deputados Estaduais e Distritais, Prefeitos municipais, vereadores, Magistrados, membros do Ministério Público, membros dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴⁸, Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁹ e Carvalho Filho⁵⁰ consideram como agentes políticos aqueles que, no âmbito do respectivo Poder, desempenham

⁴⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207.

⁴⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 29ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 353.

⁴⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 123.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 488

as funções políticas de direção previstas na Constituição, implicando capacidade de fixação de metas, diretrizes e planos governamentais. Ou seja, está intrinsecamente ligada a noção de governo e função política. Desse modo, excluem-se os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Os agentes particulares colaboradores são aqueles que executam determinadas funções de natureza pública, por vezes de forma transitória e sem remuneração (jurados, mesários, representantes da sociedade civil em conselhos). Também são colaboradores os agentes delegados, os quais são particulares que executam determinada atividade ou serviço público em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo normas de fiscalização do Estado, podendo citar como exemplo os serventuários de ofícios, cartórios e tabelionatos, os leiloeiros oficiais e outros.

Por sua vez, os servidores públicos são aquelas pessoas que se vinculam ao Estado e às suas entidades e que estão sujeitas à hierarquia funcional e ao regime jurídico do órgão ou entidade pública. Possuem um vínculo permanente com os entes estatais da administração direta ou indireta. Emerson Garcia⁵¹ ensina que os membros do Ministério Público, Poder Judiciário e Tribunais de contas devem ser considerados como servidores públicos e não como agentes políticos.

Por último, agentes meramente particulares são aqueles que não realizam qualquer atividade no âmbito dos denominados Poderes Estatais, não se submetendo ao regime jurídico próprio dos servidores públicos, mas que possuem um vínculo com o ente recebedor do numerário público, submetendo-se, assim, à disciplina da Lei 8.429/92.

De forma correlata à extensão conferida ao conceito de agente público pelo art. 2º da LIA, o art. 3º, desta mesma lei, dispõe que respondem por atos de improbidade administrativa, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de qualquer forma direta ou indireta.

Em verdade, o Terceiro não pode praticar ato de improbidade administrativa sozinho, mas apenas se estiver, de algum modo, vinculado ao agente. Assim, três são as alternativas para a aplicação de sanção ao terceiro (às compatíveis)⁵². Emerson Garcia e Rogério Pacheco

⁵¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

⁵² Pazzaglini Filho informa que a expressão *no que couber* deixa claro que, ao terceiro, não se aplicará a sanção da perda de função pública, desde que não a tenha. Cita, ainda, como exemplo o caso dos diretores de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Pg. 50

Alves⁵³, na linha do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴, entendem ser possível a responsabilização tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, pois está também pode sofrer as sanções compatíveis com sua natureza (como a proibição de contratar com o Estado).

3.3 DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei n. 8.429/92 descreve três tipos de atos de improbidade administrativa: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; e, por fim, c) atos que atentam contra os princípios da administração Pública. Denota-se, assim, que as duas primeiras situações (art. 9º e 10) serão sempre precedidas de violação aos princípios da administração, haja vista que a conduta do sujeito ativo estará impregnada de elevada carga de ilegalidade e imoralidade. Ou seja, o art. 11, quando analisado separadamente dos demais, é considerado como norma de reserva, haja vista que tipificou a mera inobservância dos princípios da administração como ato de improbidade.

Semelhante ao Direito Penal que possui uma Teoria do Crime para dizer, ao final, se há ou não crime no caso concreto, quando falamos do cometimento de um ato de improbidade administrativa recomendar-se-á que a utilização de um caminho (*iter*) a ser percorrido para a identificação do ato de improbidade.

Nessa linha, pode-se dizer que há algumas etapas preestabelecidas por onde o operador do direito deve trilhar. Na falta de qualquer desses elementos, o Poder Judiciário, intérprete final da norma, deverá negar punição aos agentes públicos.

3.3.1 Teoria do Ato Improbato

Waldo Fazzio Júnior⁵⁵ leciona que é “*impossível conceber a improbidade como o mero contraste à lei. Nem toda ilegalidade perfaz a improbidade. Assim fosse, o legislador simplesmente cuidaria da ilegalidade administrativa, não da improbidade. Com efeito, está reclama um plus. Há que se acrescentar a ilegalidade a Má-Fé, que é a essência da imoralidade*”. Dessa forma, evitar-se-á que a mera ilegalidade administrativa se confunda com improbidade.

⁵³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 222.

⁵⁴ “Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios” (STJ, 1ª Turma, REsp 970393/CE, DJ 21/06/2012).

⁵⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 181.

No caminho lógico para averiguar se há ou não ato de improbidade administrativa, divide-se a análise em cinco degraus, melhor dizendo, cinco momentos, que funcionam como se fosse uma escada imaginária.

Assim, para a caracterização do ato improbo num primeiro momento deve-se comprovar a incompatibilidade da conduta do sujeito ativo com os princípios regentes da atividade estatal, principalmente, os princípios da legalidade e da moralidade. Emerson Garcia⁵⁶ ensina que “*A norma, consubstanciada em regras ou princípios, haverá de ser observada, sendo a violação desta o principal prisma de identificação dos atos de improbidade*”.

Ressalte-se que não há qualquer óbice em iniciar a análise da conduta do agente pela violação ao art. 11 da Lei 8.429/92, haja vista que o dano ao erário não é requisito para comprovação do ato improbo e a sua ocorrência, por si só, não é suficiente para caracterizar improbidade administrativa, considerando que muitas atividades estatais estão sujeitas a prejuízo financeiro. Por sua vez, a ocorrência de enriquecimento ilícito importa no reconhecimento da violação ao princípio da moralidade, razão pela qual pode-se dizer que um precede o outro.

Logo, torna-se imprescindível apontar os princípios administrativos malferidos desde o início, tendo em vista que, diante da possibilidade de subsunção plúrima, caso o juízo afaste a existência de enriquecimento ilícito ou do dano ao erário, ainda assim, poderia aplicar-se as sanções previstas no art. 12, III, da LIA, por infração aos princípios basilares da administração.

Dentro do estudo da improbidade administrativa, que é a descrição das condutas que violam a moralidade administrativa, há o tipo objetivo, aquilo que precisa acontecer no mundo “a subsunção dos fatos aos artigos 9º, 10 ou 11 e seus demais elementos”, e há o tipo subjetivo. Violados os princípios da administração pública, parte-se para a análise, num segundo momento, da presença do elemento subjetivo da conduta do agente, aquilo que o sujeito precisa desejar. O tipo subjetivo é formado pelo dolo ou pela culpa.

O dolo é o conhecimento e a vontade de realizar o tipo objetivo⁵⁷. Conhecimento é saber da existência no caso concreto de todos os elementos do tipo objetivo. Além de conhecer

⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232.

⁵⁷ Rodrigo Leite Ferreira Cabral sustenta que o conceito de dolo do direito administrativo, levando em consideração sua familiaridade com o Direito Penal, possuem a mesma gramática. Ou seja, o Direito Administrativo não traz um novo conceito de dolo distinto do direito penal ou do civil, razão pela qual é na gramática criminal que se deve buscar o pano de fundo teórico para uma melhor compreensão dos elementos subjetivos do ato de improbidade administrativa. pg. 111 – Aspectos Controvertidos

isso tudo, é preciso desejar. Havendo vontade livre e consciente de praticar ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, considerar-se-á que o ato é doloso, assim como, naquelas situações em que o sujeito ao cogitar a possibilidade de violá-los, assumiu tal risco com a prática do ato. Portanto, o dolo tem elementos cognitivos e volitivos.

Dessa forma, afasta-se a teoria do *dolus malus*, conseqüentemente o dolo da improbidade não depende da existência de má-fé do agente público, ou seja, não possui como elemento a potencial consciência da ilicitude.

O ato será culposos quando o agente não empregar a atenção ou diligência exigida, deixando de prever os resultados que resultariam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Isto é, na culpa trabalha-se com dois conceitos. Toda culpa, qualquer delas (consciente ou inconsciente), exige previsibilidade, pelo menos. Previsibilidade é a possibilidade de antever. Um acontecimento é previsível se ele podia ser previsto, mas o sujeito não previu. Na culpa inconsciente, via de regra, existe previsibilidade, mas não existe previsão. Na culpa consciente o sujeito prevê o resultado, tal qual ocorre no dolo eventual, mas não consente com ele, acreditando que conseguiria evitar a sua ocorrência.

Com efeito, apenas os atos que ocasionem lesão ao patrimônio público (art. 10) admitem a forma culposa, por expressa previsão legal. Já as hipóteses de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, o ato deve ser doloso.

Superada a primeira e a segunda fase (violação aos princípios da administração e presença do elemento subjetivo), parte-se para o terceiro degrau, no qual deve-se aferir se a conduta do agente causou ou não outros efeitos, o que importará na modificação da tipologia legal que alcançará o ato. Emerson Garcia explica que *“havendo unicamente violação aos princípios, ter-se-á a subsunção da conduta ao tipo do art. 11 da LIA; tratando-se de ato que tenha igualmente acarretado dano ao patrimônio público, as atenções se voltarão para o art. 10; e, em sendo divisado o enriquecimento ilícito, a matéria será regida pelas figuras do art. 9º”*. Sem prejuízo da conduta do agente importar em violação aos princípios da administração, poderá, ainda, ocasionar enriquecimento ilícito e dano ao erário, haja vista que um mesmo ato pode subsumir-se em mais de um tipo.

Num quarto momento, proceder-se-á a verificação dos sujeitos passivos e ativos do ato, os quais devem encontrar plena adequação ao disposto nos arts. 1º e 2º da LIA. Constatada a inexistência de vínculo entre o responsável pelo ato e qualquer dos entes elencados no art. 1º, não haverá que se falar em aplicação da Lei 8.429/92, o mesmo ocorre quando inexistir

correspondência entre as qualidades do sujeito ativo e passivo e aquelas previstas em lei⁵⁸. Superados todos os quatro degraus, ter-se-á a improbidade formal.

Por fim, o último degrau para a caracterização da improbidade, também conhecida como fase da “improbidade material”, consiste na utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, permitindo a coexistência dessas duas. Em verdade, afasta-se a aplicação da Lei 8.429/92, visando evitar o enfraquecimento de sua credibilidade. Parte-se do pressuposto de que nem tudo que é ilegal é desonesto. Emerson Garcia⁵⁹ aponta que *“evitar-se-á, assim, que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício; que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso, [...], sejam intitulados de improbos”*.

Com efeito, sua utilização deve ser excepcional, evitando a ocorrência de uma “atipicidade generalizada”. Acrescenta, ainda, que *“Como parâmetros a serem seguidos, deve-se observar se é insignificante a lesão aos deveres do cargo ou à consecução dos fins visados e se a conduta apresentava compatibilidade com a realidade social do local em que foi praticada”*. A proporcionalidade (justa medida) deve ser observada pelo intérprete da LIA, para que ele não utilize a ação de improbidade administrativa contra bem não tutelado pela lei.

Portanto, após todas as reflexões anteriores, conclui-se que o ato será improbo quando transpassadas todas as fases e requisitos acima expostos.

3.3.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa em espécie

A LIA descreve três tipos de atos de improbidade Administrativa: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. A enumeração dos atos, nos artigos 9º, 10 e 11 é apenas exemplificativa. Caso o sujeito ativo se enquadre em mais de um tipo deverá responder por aquele que comina a sanção mais grave.

Na forma do art. 21, da Lei 8.429/92, as sanções para qualquer tipo de ato de improbidade administrativa independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Assim, nos termos da lei, ocorrendo, ou não, dano ao patrimônio público poderá o agente

⁵⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 285.

⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 290.

responder por ato de improbidade. Entretanto, não havendo prejuízo de cunho econômico ao erário, a conduta não poderá ser tipificada no art. 10 da Lei n. 8.429/92.

3.3.2.1 *Atos Ímprobos que causam enriquecimento ilícito*

Os atos que geram enriquecimento ilícito estão previstos no art. 9º da Lei 8.429/92. Observe-se que a lista apresentada é meramente exemplificativa, de modo que, se a conduta não estiver prevista em nenhum dos incisos, ainda assim é possível se tratar de ato de improbidade com enriquecimento ilícito.

Com efeito, é dispensável o dano ao erário nesta modalidade de ato ímprobo, ou seja, a conduta não exige lesão aos cofres públicos. Há quem considere o artigo 9º como o mais grave de todos, razão pela qual as sanções previstas no art. 12, I, da LIA, são as mais severas.

Em consonância com a linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho, surge a seguinte indagação: qual é o limite para que os atos que geram enriquecimento ilícito sejam considerados como atos ímprobos?

Primeiramente, deve-se analisar a própria redação do dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando **enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

O artigo em questão é clarividente em condicionar a figura do enriquecimento ilícito ao desempenho das atribuições. Isto é, vincula-se ao exercício da função pública, devendo haver a devida correlação entre o recebimento de vantagens patrimoniais e o desempenho das funções do agente.

Dessa forma, num primeiro momento, os fatos que dizem respeito ao agente público, desvinculado de sua função pública, não poderão ser objeto de análise pelo poder disciplinar, por haver atipicidade da conduta. Assim, Mauro Mattos⁶⁰ explica que além do exercício de suas funções, deve-se verificar a presença dos seguintes requisitos para subsunção do fato ao artigo 9º da LIA, quais sejam, “(a) *dolo do agente público ou terceiro; (b) vantagem patrimonial oriunda de um comportamento ilegal do agente público ou do terceiro; (c) nexó de causalidade entre a ilicitude da vantagem obtida e o exercício funcional do agente público ou do terceiro*”.

Mateus Bertocini⁶¹ explica que os princípios atingidos pelos chamados atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito são os princípios da moralidade administrativa, do interesse público e da legalidade.

Por ser patente a desonestidade e a deslealdade com as instituições do agente que se enriquece, não se deve ter dúvida, em todos os casos, da violação da moralidade administrativa. O princípio do interesse público é também vilipendiado em todas as situações, pois a supremacia e a indisponibilidade dos interesses públicos são incompatíveis com o enriquecimento sem causa e egoístico do agente público. O princípio da legalidade, ou da juridicidade, é igualmente atingido, pois as condutas do art. 9º, constituem a pior sorte de

⁶⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 414.

⁶¹ BERTOCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 225.

ilícito que se pode cometer no âmbito da Administração Pública, sendo totalmente antiéticas à ideia de direito.

3.3.2.2 *Atos Ímprobos que causam prejuízo ao erário*

Por sua vez, os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário (art. 10) exigem expressamente a ocorrência de prejuízo/dano ao erário. Esta conduta é descrita genericamente no *caput* e com maior grau de especialização nos seus vinte e um incisos. Veja-se:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

Marino Pazzagilini⁶² diferencia Erário⁶³ de Patrimônio Público, explicando que o primeiro consiste na situação econômico-financeira do Estado, enquanto patrimônio público é noção mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do turístico e do artístico. Continua explicando que o objetivo do art. 10, da LIA, é proteger o *tesouro*, isto é, o conjunto de órgãos administrativos encarregados a movimentação econômico-financeira do Estado e não o patrimônio público propriamente dito.

Seja qual for a conduta, ainda que omissiva, dolosa ou culposa, que acarrete lesão ao erário, será subsumida ao artigo 10 da LIA. O *caput* do art. 10 é a conduta fundamental, sendo que os incisos consistem em modelos especiais de sua configuração.

Mateus Bertocini⁶⁴ explica que é equivocada tratar as condutas previstas nos incisos como meramente exemplificativas, haja vista que consistem, verdadeiramente, em uma

⁶² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.75.

⁶³ Na antiguidade erário (Latim: aerarium) era o local onde se guardava o tesouro público.

⁶⁴ BERTOCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 202.

especialização, sendo o *caput* uma conduta genérica e os incisos padrões específicos de mesma natureza. Por fim, afirma que em respeito ao princípio da segurança jurídica, caso o prejuízo ao erário não se venha a adequar a nenhum dos incisos, mas amolda-se ao *caput*, haverá ato de improbidade. Caso não se amolde sequer ao *caput*, essa modalidade de ato de improbidade não estará configurada. Portanto, o *caput do art. 10, da LIA*, é a norma matriz dos atos de improbidade administrativa.

Ademais, como visto, a conduta pode ser dolosa ou culposa, neste caso em virtude da imprudência (consistente na prática do ato de forma imoderada), negligência (quando há omissão na prática do ato) ou imperícia (consistente na falta de habilidade) do agente público. Isto é, quando a conduta é dolosa, o agente público visa o enriquecimento ilícito do terceiro com prejuízo ao erário, ao contrário da conduta culposa, em que o resultado prejudicial à Administração Pública não é desejado, embora previsível.

Entretanto, não é qualquer culpa que caracteriza o ato de improbidade administrativa, mas, tão somente, aquelas de natureza grave ou gravíssima, que evidencie a falta de previsibilidade objetiva e o desrespeito às normas que orientam a Administração Pública, sendo excluídas as hipóteses que representam acidentes normais ou naturais em qualquer atividade pública ou privada⁶⁵.

Obviamente, quando o agente público atua ou se omite dolosamente, deverá responder mais severamente do que aquele que age apenas com culpa, competindo ao magistrado decidir a graduação da pena conforme a natureza (dolosa ou culposa) e a gravidade do ato ímprobo.

Portanto, ao analisarmos os arts. 9º e 10, da LIA, conjuntamente, constata-se que ambos podem causar prejuízo ao erário, sendo que a diferença entre eles reside no fato do art. 10 cuidar de condutas que causam prejuízo ao erário, mesmo que não beneficiem qualquer particular.

3.3.2.3 *Atos ímprobos que atentam contra os princípios da administração*

Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública prescindem de qualquer resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – podendo configurar ato ímprobo a mera violação aos deveres fundamentais do Estado, causando, assim, dano ao patrimônio moral do Estado.

⁶⁵ MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 86.

Eurico Bittencourt Neto⁶⁶ explica que a Lei n.8.429/92 ao “*consagrar ilicitude na ofensa exclusiva a princípio e ao imputar-lhe a chancela de grave constrangimento ao Direito, ovaciona a ideia de que os princípios são o sustentáculo do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, constroem seu ponto de unidade*”. Acrescenta, ainda que “*Toda ofensa ao Direito, ainda que mera regra, significa, ainda que indiretamente, ofensa à algum princípio*”, sendo que a dúvida reside no fato da Lei n. 8.429/92 prever a “*configuração da improbidade administrativa por exclusiva violação a princípio, isto é, ainda que não haja regra descumprida*”.

Assim, o art. 11 fixa que é 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”. A dicção foi inspirada no art. 37, *caput*, da CRFB/88, o qual dispõe expressamente acerca dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Em verdade, o art. 11, da LIA, apresenta em seus incisos correlatos, também dotados de amplitude hermenêutica, comportamentos que podem ser considerados violadores dos aludidos princípios, possuindo caráter meramente exemplificativo.

Pazzaglini⁶⁷ ressalta que “*Honestidade, imparcialidade e lealdade nada mais são senão atributos humanos que devem descender dos princípios da Administração Pública, nunca princípios*”. Dessa forma, passa-se a análise dos verdadeiros princípios administrativos positivados no texto constitucional.

O princípio da legalidade consiste na auto-limitação do Estado perante os direitos subjetivos e a vinculação da atividade administrativa à Constituição. Em verdade, apenas a lei, geral e abstrata, produzida pelo legislativo, na forma da constituição, poderá restringir direitos e garantias. Dessa forma, a legalidade torna-se base de todos os demais princípios e deve ser sempre associada com a moralidade administrativa, pois uma legalidade desprovida de conteúdo ético importaria no distanciamento entre direito e justiça⁶⁸.

Por sua vez, o princípio da Impessoalidade fundamenta a vedação de utilização da máquina administrativa como forma de promoção pessoal. Funda-se na própria noção de isonomia (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza). Impõe ao

⁶⁶ BITTENCOURT NETO, Eurico. Improbidade Administrativa e violação aos princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 52.

⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.123.

⁶⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999. p.53.

administrador o dever de, como gestor da *res pública*, não fazer seu ou de alguns aquilo que é de todos. Em verdade, tem por objetivo evitar que o administrador pratique ato visando ao interesse pessoal ou de com finalidade diversa daquela determinada em lei, uma vez que é sempre o interesse público que deve ser buscado com a prática do ato.

A moralidade, conforme já amplamente retratada, exige que a conduta praticada pelo administrador seja pautada de acordo com a ética, com o bom senso, bons costumes e, principalmente, com a honestidade. Hodiernamente, não se espera de um agente público somente atuação de acordo com a lei, mas também de acordo com a honestidade. Portanto, a moralidade administrativa assume feição de pressuposto de validade de todo ato administrativo.

No mesmo sentido, o princípio da publicidade consiste no fato de que a todos os atos administrativos deve-se dar a devida divulgação oficial, para conhecimento do público e para início da produção de seus efeitos (eficácia). Com efeito, a publicidade não se esgota apenas em se publicarem os atos nos órgãos oficiais.

Por último, o princípio da eficiência dispõe que a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição, rendimento, qualidade e economicidade. A atuação ineficiente do agente público é ilegítima e pode, inclusive, configurar ato de improbidade administrativa, razão pela qual de sua conduta deve refletir não apenas obediência a lei e honestidade, mas, também, produtividade, profissionalismo e adequação técnica do exercício funcional à satisfação do bem comum.

Além dos princípios supracitados, no corpo da Constituição Federal é possível identificar outros subprincípios de igual relevância que se encontram nos diversos comandos constitucionais. Assim, os princípios informativos implícitos também devem ser levados em consideração para que se caracterize a efetiva deformação funcional e caracterize o ato improbo.

3.4 COMINAÇÕES LEGAIS – SANÇÕES

A prática de ato ilegal por agente público contra órgãos e entidades estatais pode gerar a aplicação de cominações nas esferas administrativas, civil e penal. A punição daqueles que cometem atos de improbidade encontra respaldo constitucional no art. 37, §4º, da CF, que dispõe “*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”. Ou seja, essas cominações possuem, eminentemente, natureza civil, podendo ser aplicadas tão somente em processo de *ação civil de improbidade administrativa*.

Por sua vez, na esfera penal, o mesmo ato ilícito pode acarretar a investigação policial e a denúncia formal do Ministério Público por crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, dentre outros, podendo o magistrado competente impor penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias, dependendo da gravidade da conduta.

Embora decorram da mesma causa subjacente, as decisões prolatadas nos diversos processos e procedimentos podem ser diferentes e até conflitantes entre si, pois cada órgão é independente do outro, conforme decidido pelo STF⁶⁹.

Tamanha independência demonstra-se, inclusive, na não vinculação dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas acerca de regularidades ou irregularidades nos contratos administrativos. Nos dizeres de José Afonso da Silva⁷⁰ o Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional.

Do mesmo modo que enuncia as quatro ordens de improbidade administrativa, a Lei 8.429/92 enuncia, nos incisos de seu art. 12⁷¹, as sanções previstas para cada ato de improbidade, as quais apresentam diversidade e intensidade suficientes para recompor a ordem jurídica lesada.

⁶⁹ Confirmando a independência das instâncias dos mencionados órgãos, há diversos julgados do STF (MS 23.401/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18-3-2002, e MS 22.899/SP, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 2-4-2003).

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001. p.627.

⁷¹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, **que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:**

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. ([Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016](#))

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em suma, constata-se que as várias sanções cominadas a cada ato de improbidade administrativa apresentam grande similitude entre si, sendo que as diferenças se respaldam na variação de determinadas sanções que as compõem. Da mesma forma, não há óbice algum para que se perquiria o ato administrativo ilícito praticado, como consequência dos próprios efeitos da condenação.

Quanto ao estabelecimento de sanções, à vista de inciso descrito no art. 12, da Lei 8.429/92, pode-se dizer que seu estudo em específico será realizado em momento oportuno. Agora, compete esclarecer que as sanções correspondem ao ato ímprobo reconhecido, ou diante da norma de extensão prevista nos arts. 9º, 10 e 11, da LIA.

Verificada a gravidade do fato, nos casos de prejuízo ao Erário ou enriquecimento ilícito, assim como à extensão do dano e ao aproveitamento patrimonial obtido pelo agente do ato ímprobo, é que se determinará a aplicação, isolada ou cumulativa, das sanções da Lei n. 8.429/92. Não obstante, deve-se levar em consideração a potencialidade lesiva do ato ímprobo no meio social, o art. 128, da Lei n. 8.112/90, a Lei n. 12. 846/2013 e, por fim, os arts. 59 a 67, do Código Penal.

4 CAUSUÍSTICA

No capítulo 3, foi abordado a questão da tipologia dos atos de improbidade administrativa. Com efeito, ciente de que os conceitos jurídicos devem descrever determinadas situações fáticas ou jurídicas que ocasionem consequências previstas no plano normativo, assim como do dever de respeitar-se o princípio basilar de todo o nosso Ordenamento Jurídico, qual seja, o princípio da Legalidade, somado, também, a necessidade de evitar a rigidez do sistema normativo, haja vista que a sociedade está em constante evolução, a doutrina criou a figura das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

As cláusulas gerais apresentam um maior grau de abstração e generalidade, as quais são divisadas na formação do preceito primário e, principalmente, na própria concreção do preceito secundário, conforme leciona Emerson Garcia. Esse maior grau de abrangência transferirá ao órgão jurisdicional a atividade de concreção da norma.

Por sua vez, os conceitos indeterminados são compostos, via de regra, por mais de um significado, sendo integrados por um fato ou determinado valor, que ocupam o núcleo factual que a norma pretende atingir. Assim, Emerson Garcia⁷² dispõe que estes “*se apresentam na imprecisão conceitual linguística, na incerteza derivada da necessidade de avaliação da situação concreta subjacente à norma, na necessidade de realização de uma ponderação valorativa de interesses ou na exigência de realização de um juízo de prognose*”.

Desse modo, a partir de duas técnicas legislativa, o legislador definiu no *caput* (a) dispositivos tipificadores da improbidade, a partir da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, ante o infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados; assim como (b) utilizou-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que consubstanciam a improbidade.

Consoante a sistemática já delimitada, parte-se para a análise casuística do Regime Jurídico aplicável ao Magistério Superior, assim como dos requisitos legais para que o descumprimento do instituto jurídico da dedicação exclusiva se caracterize como atos de improbidade administrativa, sempre orientado pela perspectiva principiológica da Lei 8.429/92 e, principalmente, da Constituição Federal.

⁷² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 229.

4.1 O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

O regime de dedicação exclusiva do Professor da carreira do Magistério Superior encontra-se regulamentado nos artigos 17 e 18 da Lei 5.539/68 que dispõe sobre o **Estatuto do Magistério Superior**; no art. 14, I, do Decreto n. 94.664/87, que aprovou o **Plano único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos**; e nos artigos 20 e 21 da Lei nº 12.772/2012 que dispõe sobre a estruturação do **Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal e sobre a Carreira do Magistério Superior**, de que trata a Lei n. 7.596/87, *in verbis*:

Lei 5539/1968

Art 18. Fica proibido ao docente em regime de dedicação exclusiva o exercício de qualquer outro cargo, ainda que de magistério, ou de qualquer função ou atividade remunerada, ressalvadas as seguintes hipóteses:

Decreto 94.664/87

Art. 14. O Professor da carreira do Magistério Superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho: I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

Lei 12.772, de 28 de dezembro de 2012

Art. 20. (...) § 2o O regime de 40 (quarenta) horas com dedicação exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei.

¹Lei 5539/1968

Art. 17. O docente admitido em dedicação exclusiva ou em horas semanais de trabalho que excedam às do regime de menor duração, fará jus a uma gratificação calculada em bases a serem estabelecidas por decreto.

Decreto 94.665/87

Art. 31. (...) §5º O vencimento ou salário para o docente em regime de dedicação exclusiva será fixado com o acréscimo: a) de 50% (cinquenta por cento) do salário básico correspondente ao regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, para o docente do ensino superior;

Segundo o disposto no art. 18 da Lei n. 5.539/1968, complementado pelo art. 14, I, do Decreto nº 94.664/1987, e art. 20, §2º da Lei 12.772/2012, **tal regime de trabalho impede o docente de exercer qualquer outra atividade remunerada, pública ou privada**, salvo em hipóteses excepcionais, taxativamente previstas na legislação.

O regime de dedicação exclusiva, portanto, tal qual a acepção comum do termo “exclusiva” sugere, demanda do professor que este não exerça qualquer outra atividade fora da instituição de ensino, salvo, por óbvio, aquelas autorizadas pela legislação, as quais se relacionam às atividades realizadas no próprio ambiente acadêmico.

O docente inserido neste regime deve, pois, dedicar-se exclusivamente à atividade acadêmica que desenvolve, sendo-lhe vedado o exercício de outras atividades. Justamente em razão dessa limitação é assegurado ao docente em regime de dedicação exclusiva o direito ao recebimento de uma **gratificação mensal**, “de 50% (cinquenta por cento) do salário básico correspondente ao regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, para o docente do ensino superior” (art. 17 da Lei n. 5.539/1968 e art. 31, §5º, “a” do Decreto nº 94.664/1987), para dedicar seus esforços integralmente às atividades universitárias.

Assim, no caso do regime de dedicação exclusiva dos professores do magistério superior, o Poder Público remunera a exclusividade e a concentração de esforços, porém o regime é opção do servidor e não imposição administrativa.

Não bastasse isso, os professores das instituições federais de ensino superior são, antes de mais nada, servidores públicos federais, submetidos ao regime da Lei nº 8.112/90, o qual proíbe o servidor de “participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário” (art. 117, X). Esta vedação legal é imposta a todo e qualquer servidor, independentemente do regime no qual está inserido.

A Constituição da República, em seu artigo 37, §§ 4º e 5º, dispõe:

Art. 37. A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade**, publicidade, **eficiência** e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

§ 5º **A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**

Regulamentando os dispositivos constitucionais, a Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, como é o caso das Instituições de Ensino Superior - IES, estabelece que:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Além disso, a Lei n. 8112/1990 estabelece que é dever de todo servidor público “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo” e “ser leal às instituições a que servir” (art. 116, I e II).

Da análise da legislação supratranscrita não existe outra conclusão possível senão a vedação ao servidor ocupante de cargo de magistério superior, com regime de dedicação exclusiva, do exercício profissional de outra atividade remunerada, seja ela pública, privada, inclusive autônoma.

No ponto, o pagamento do adicional correspondente ao regime de dedicação exclusiva é vinculado a requisito objetivo, consubstanciado na não realização de outras atividades profissionais. No regime da dedicação exclusiva não cabe sequer perscrutar eventual compatibilidade de horários entre o exercício acadêmico e outras atividades, justamente pela existência de incentivo financeiro para atuação privativa naquela instituição acadêmica.

Como contraprestação a essa dedicação, visando contemplar e principalmente, estimular o professor do ensino superior que dedica suas tarefas exclusivamente à docência em instituições públicas, a legislação estabeleceu um acréscimo em seus vencimentos de 50% do salário básico.

Ainda é de recordar que o regime de Dedicação Exclusiva não é obrigatório, podendo ser modificado a qualquer tempo pela livre e espontânea vontade do servidor.

Portanto, não se trata de mera compatibilidade de horários, mas de regime jurídico específico para determinado cargo de magistério, que, por força de preceito normativo válido, exige a dedicação exclusiva, em razão da qual se vedou o “*exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada*”.

4.2 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS – 1ª FASE

Ao trabalhar concomitantemente em IES, em regime de dedicação exclusiva, e **exercer outras atividades privadas que proporcionam remuneração**, o servidor público desvia-se dos objetivos estabelecidos na lei, infringindo-se dispositivos e princípios constitucionais, estando sujeito, assim, às cominações legais correspondentes.

Conforme o art. 20, § 2º, da Lei n. 12.772/2012, é vedado o exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, ao professor submetido ao regime de dedicação exclusiva:

Art. 20. O Professor das IFE, ocupante de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

§ 2º O regime de 40 (quarenta) horas com dedicação exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei.

Assim, quem opta por se sujeitar ao regime de dedicação exclusiva, não poderá exercer outra atividade remunerada, pública ou privada, sob pena de praticar ato de improbidade administrativa.

No presente caso, a danosidade do ato praticado é contestada pelo cotejo entre o ato ilegal praticado e a conduta legal esperada do agente público. Ou, seja, se o professor deseja exercer outras atividades remuneradas, deverá solicitar a alteração do regime de trabalho para 20 ou 40 horas, sem dedicação exclusiva, conseqüentemente, deixará de receber a gratificação.

Observa-se, nesse contexto, que a referida conduta infringiu, inicialmente, o artigo 11 da Lei nº 8.429/92, que estabelece a tipologia dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública:

*“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. **I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência**” (grifou-se)*

No caso concreto, a violação aos princípios da administração pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/92) é manifesta, notadamente a afronta aos deveres de honestidade, moralidade, lealdade e legalidade, na medida em que o requerido, na condição de servidor público federal, vinculado ao regime de dedicação exclusiva, a despeito de estar obrigado a prestar 40 (quarenta) horas semanais de trabalho no Instituição Superior de Ensino, em dois turnos, exerceu, ao mesmo tempo, outras atividades remuneradas, não permitidas.

A ofensa aos preceitos éticos, decorrente da conduta do requerido, revela-se no descaso para com as obrigações assumidas com o Poder Público, advindas do exercício do cargo de professor (DE). Ora, se o Poder Público paga mais a ele para que haja dedicação exclusiva à atividade acadêmica, é porque deseja e precisa que concentre suas atividades na consecução dos objetivos da instituição de ensino, de forma que seus esforços sejam todos dirigidos para a finalidade pública.

A manutenção de atividade paralela, no caso, particular e remunerada, demonstra que o professor não cumpre com sua parte na relação assumida com o ente público, porém não deixa de auferir as vantagens decorrentes do suposto adimplemento de sua obrigação. Tal conduta é, sem dúvida, imoral, antiética e desonesta, pois não se admite a utilização de dinheiro público em proveito apenas do particular, e é o que ocorre quando o requerido não cumpre com suas obrigações, notadamente o dever de dedicação exclusiva ao magistério superior.

Dita conduta propicia ao docente obter proveito patrimonial indevido, configurando, via de consequência, enriquecimento ilícito e sem justa causa, em nítido prejuízo à IES que o remunera com uma gratificação para cuja percepção não preenchia os requisitos.

Além disso, a apresentação de declaração incompleta à referida IES, com o fito de induzir a IES à conclusão de que não exerce atividade remunerada, demonstra a sua falta de lealdade à instituição. Ressalte-se que os professores em regime de dedicação exclusiva são obrigados a assinar a Declaração de Não Acumulação de Cargos ou remunerações.

Daí por que se afirmar que, ao desrespeitar o regime de dedicação exclusiva e perceber a gratificação especial a que não faz jus, o docente infringi o postulado da LEGALIDADE, que para o agente público, diz com o dever que tem de praticar o ato em estando presentes os substratos que o legitimam, mantem sua liberdade adstrita aos lindes delimitados pelo legislador.

Isso, porque, na condição de servidor público, deixa de cumprir com as obrigações impostas no inciso I, do artigo 14, do Decreto nº 94.664/1987, nos artigos 112 e 130 da Lei nº 11.784/2008, no artigo 18 da Lei nº 5.539/68, bem assim no artigo 116 da Lei nº 8.112/90.

Diga-se, ainda, que, da mesma forma, desrespeita-se o princípio da moralidade e da honestidade administrativa, uma vez que o demandado, além de auferir uma vantagem patrimonial, mesmo sem atender os requisitos para tanto, declarou falsamente que 'não ocupava, nem exercia qualquer outra atividade remunerada na iniciativa privada/profissional

liberal/autônomo'.

Nesse sentido, é vasta a jurisprudência ao afirmar que há violação aos princípios da administração, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ATIVIDADE PRIVADA CONCOMITANTE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MULTA. 1. As atividades de docência não se limitam às aulas expositivas, mas também envolvem atividades administrativas, pesquisas, projetos de extensões, correção de provas e de trabalhos, etc. Não por outra razão que o regime de dedicação exclusiva, como o próprio nome sugere, exige a disponibilidade em tempo integral do servidor à Administração, sendo incompatível com o exercício de qualquer outra atividade, pública ou privada. 2. Reconhecida a prática de ato ímprobo, nos termos do artigo 10, da Lei de Improbidade. 3. O ressarcimento ao erário deve se dar no equivalente aos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva, sendo razoável a fixação de multa civil no equivalente a duas vezes o valor do dano, na forma do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92” (TRF4, AC 5002494-56.2010.404.7110, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 04/09/2013)

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8429/92. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ATIVIDADE PRIVADA CONCOMITANTE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MULTA. 1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade formal da Lei nº 8.429/92 (ADI-MC 2182/DF, DJU 19.03.2004). De outro lado, a previsão genérica de condutas que ensejam a improbidade administrativa não se traduz em inconstitucionalidade material, na medida em que o legislador procurou garantir a possibilidade de sanção para a diversidade de condutas lesivas à moralidade Administrativa. 2. As atividades de docência não se limitam às aulas expositivas, mas também envolvem atividades administrativas, pesquisas, projetos de extensões, correção de provas e de trabalhos, etc. Não por outra razão que o regime de dedicação exclusiva, como o próprio nome sugere, exige a disponibilidade em tempo integral do servidor à Administração, sendo incompatível com o exercício de qualquer outra atividade, pública ou privada. 3. O ressarcimento ao erário deve se dar no equivalente aos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva, sendo razoável a fixação de multa civil no equivalente a duas vezes o valor do dano, na forma do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92. 4. Apelação desprovida” (TRF4, AC 2008.71.10.000367-1, TERCEIRA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 04/08/2011).

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROFESSOR ADJUNTO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. EXERCÍCIO DE MEDICINA PRIVADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. Ao professor que ocupa cargo, em universidade federal, em regime de dedicação exclusiva, percebendo a respectiva gratificação, é vedada a prática de outra atividade privada. Caso em que o requerido cumulava o cargo de professor, em regime de dedicação exclusiva, com o exercício privado da medicina. Dolo e prejuízo ao erário suficientemente demonstrados. Precedentes desta Corte e de outros tribunais federais.

Comprovada a prática de conduta ímproba, não merece reparos a sentença que determinou a devolução dos valores correspondentes à gratificação recebida indevidamente e aplicou multa civil, equivalente ao dobro do valor a ser devolvido. Inteligência do art. 12, I, da Lei n. 8429/92. Apelação desprovida” (TRF4, AC 2005.71.10.002434-0, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, D.E. 05/11/2010).

Logo, ao descumprir o seu dever de exclusividade, o servidor deixa de deter direito ao pagamento da gratificação de exclusividade; em consequência, enriquece ilicitamente e causa prejuízo ao Erário, porque a Administração Pública pagou por uma contrapartida (dedicação exclusiva) que não recebeu.

4.3 DA PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO – 2ª FASE

É relevante mencionar que **a opção pelo regime de dedicação exclusiva é feita espontaneamente pelo ocupante do cargo de docente**. Assim, o docente manifesta ciência e anuência dos deveres oriundos da aceitação do regime jurídico especial.

O elemento volitivo, embora tenha sua raiz no âmago do agente, não é imperscrutável, restrito apenas à mente do sujeito. Pelas circunstâncias do caso concreto, é possível, razoavelmente, aferir se o agente praticou determinada conduta intencionalmente ou não, e com que estado de ânimo.

Os elementos subjetivos da conduta ímproba exigidos pelo artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 são o dolo ou a culpa, conforme é possível constatar a partir de uma simples leitura do preceito legal. Já em relação ao artigo 11 da Lei nº 8.429/92, a LIA exige o dolo, ainda que genérico. O dolo, correspondente à vontade livre e consciente de praticar determinada conduta, compreende o elemento cognoscitivo (o conhecimento das circunstâncias de fato) e o elemento volitivo (a vontade livre, não viciada).

A má-fé, ao contrário, vai além do dolo, pois congrega a vontade livre e consciente de praticar determinada conduta e antever seu resultado com a certeza da antijuridicidade. Não é razoável concluir que os atos de improbidade necessitam, para a sua configuração, da má-fé, notadamente quando nem mesmo a tipicidade criminal cerrada exige tal requisito.

Ademais, à má-fé se opõe a regra de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942), de modo que apenas deverá ser considerada como requisito para a aplicação de alguma sanção quando a lei expressamente assim elencar.

Entretanto, a fim de compatibilizar os requisitos legais para a configuração do ato improbo (dolo ou culpa, conforme o caso) e o entendimento de que, também, deve estar presente um mínimo de má-fé na conduta do agente, adotar-se-á, no presente caso, a solução sugerida pelo doutrinador Emerson Garcia⁷³, que propõe interessante solução para a questão, ao separar os momentos em que é realizada a análise do elemento subjetivo e da existência de má-fé.

Com efeito, o aludido autor diferencia improbidade formal e improbidade material. Nesses termos, em um primeiro momento deve ser verificado se o ato imputado ao agente se ajusta formalmente às condutas previstas nos tipos, dolosos ou culposos, da Lei de Improbidade.

Após, com fundamento no princípio da proporcionalidade, é analisado se o ato praticado efetivamente merece reprimenda nos moldes da Lei nº 8.429, de 1992.

De início, importa registrar que os docentes possuem elevado nível intelectual, muito além do necessário para compreender a regra proibitiva aplicada ao regime de dedicação exclusiva, o que se comprova tanto pela sua aprovação no concurso para o cargo que ocupam, como pelos extensos currículos que estes ostentam.

Aliás, em certo momento, utilizam-se, inclusive, de raciocínio inválido para induzir as IES a conclusão falsa, alegando que em nenhum momento agiram com dolo. Entretanto, em diversas oportunidades, conhecendo a proibição de atuar em qualquer outra atividade remunerada, de forma livre, praticam condutas vedadas por lei.

A própria denominação “regime docente de dedicação exclusiva” já é bastante clara, sobretudo para uma pessoa com nível superior completo, em transmitir a ideia de que **a regra é a não concomitância de qualquer atividade profissional, seja pública ou privada.**

Optar pelo regime de dedicação exclusiva, traz para o docente o regramento inerente a esse instituto, com vantagem pecuniária em relação a sua remuneração básica como professor da IES, mas com a contrapartida de a ela se dedicar exclusivamente.

Professores em dedicação exclusiva que tenham dúvidas sobre atividades excepcionalmente permitidas no âmbito do regime docente de dedicação exclusiva devem levar seus questionamentos à administração da IES. Eventuais dúvidas sobre atividades cumuláveis com o regime de dedicação exclusiva na IES poderiam ser facilmente respondidas em consulta

⁷³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283-286.

à respectiva Procuradoria Federal.

Todavia, na maioria dos casos analisados constata-se que os docentes jamais buscam tal orientação. Comportam-se reiteradamente e deliberadamente como professores fora do regime de dedicação exclusiva, mas certamente sabem que sua remuneração é maior por terem optado pelo regime docente de dedicação exclusiva.

Além da argumentação de que não sabem ser ilegal acumular sua remuneração como professor sob regime de dedicação exclusiva com remunerações oriundas de outras atividades privadas, utilizam-se da tese de que os trabalhos desenvolvidos pelo docente fora do âmbito de seu cargo na IES não prejudicaram suas atividades de professor em regime de dedicação exclusiva.

Nesse cenário, não há como vislumbrar qualquer situação de que o docente agiu de boa-fé. Repita-se, mais uma vez, o servidor público sabe que a causa jurídica de sua remuneração extra foi sua opção pelo regime de docência em dedicação exclusiva.

Logo, sabia ou deveria ter ciência das restrições inerentes a essa opção, eis que sujeito voluntariamente a esse regramento. Ora, não é razoável a Administração Pública remunerar o docente superiormente em razão de sua dedicação exclusiva à IES e este se comportar como se não trabalhasse em dedicação exclusiva, atuando concomitantemente em diversas outras atividades profissionais, ou até mesmo como “facilitador” de negócios.

Tendo presente o grau de instrução do professor, é evidente que ele tem conhecimento dos impedimentos oriundos de sua atividade docente e outra conclusão não se pode chegar, sendo claro que ele, de forma consciente e deliberada, praticou atos de improbidade administrativa, devendo responder nos termos da Lei 8.429/92.

Na concepção de HELY LOPES MEIRELLES, apoiado em *Manoel Oliveira Franco Sobrinho*, **a moralidade administrativa** nada mais é que do que a atuação honesta e proba do agente público, em resguardo ao interesse coletivo⁷⁴:

“A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1993, 19a. ed., pg. 83.

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. Por consideração de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesta, conforme já proclamavam os romanos: 'nom omne quod licet honestum est'. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa, a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”.

O exercício da função pública é flagrantemente incompatível com a conduta desonesta e eivada de má-fé praticada pelo agente ímprobo. Neste sentido, pode-se afirmar, com Vera Scarpinela Bueno, que: “*o dever de probidade é, no sistema brasileiro, a essência para o correto exercício das competências. É a base do ser estatal. (...) Trata-se do dever que todos os agentes têm de fazer o melhor uso possível de sua competência, justificando a atribuição que lhes foi dada pela ordem jurídica*”⁷⁵.

Cabe frisar que o dolo ou a culpa devem ser verificados em relação à conduta, não em relação ao resultado. Em sendo assim, o fato dos servidores públicos manifestarem o desejo de devolver os valores irregularmente percebidos em nada desfaz a má-fé do exercício de outra função concomitante ao recebimento da dedicação exclusiva, pois solicitaram à época do seu ingresso no cargo público e expressamente sabiam acerca da vedação de ocupação de outra atividade remunerada.

Mesmo que proponham restituir os valores ilicitamente auferidos, essa conduta só confirma o conhecimento quanto a ilegalidade da percepção da dedicação exclusiva, acreditando na impunidade, haja vista que tão logo percebem que foram descobertos, buscam minimizar seu ato.

Portanto, ao contrário do que afirmam os docentes, exsurge do contexto fático acima narrado (violação ao regime de dedicação exclusiva) que os atos de improbidade administrativa perpetrados pelos servidores públicos se amoldam, indubitavelmente, na Lei nº 8.429/92, pois presente o elemento subjetivo na sua conduta.

O **dolo** e a **má-fé** estão suficientemente demonstrados *in abstracto*, haja vista que, ao ser empossado, todo professor contratado sob o regime da dedicação exclusiva toma conhecimento de que não poderá exercer outra atividade remunerada (assinam, inclusive,

⁷⁵ BUENO, Vera Scarpinela. *O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa*, artigo publicado na obra “Improbidade Administrativa questões polêmicas e atuais”, Ed. Malheiros, 2001, p. 391.

documentos dizendo que não exercem outras atividades), não podendo afirmar, desta forma, que tenham recebido de boa-fé os valores referentes à gratificação de dedicação exclusiva, pagos no período em que houve o desempenho indevido de outra atividade além dos limites que lhes foram impostos. Em conclusão, esses elementos são suficientes à caracterização do dolo/má-fé que permeiam a conduta ilícita dos agentes públicos, que praticam e se beneficiam do ato de improbidade, devendo por ele responder.

Por fim, constata-se que nestes casos o dolo dos docentes prova-se objetivamente. O não exercício de qualquer outra atividade remunerada é condição ínsita ao próprio exercício do cargo ocupado pelo requerido. Diante disso, descabe perquirir a respeito do móbil que o impeliu a praticar a conduta ora combatida, uma vez que a clareza dos fatos, por si só, revela a consciência da ilicitude e a vontade de realizar o ato antijurídico, que se estende por vários anos.

4.4 OCORRÊNCIA DE OUTROS EFEITOS – 3ª FASE

O **enriquecimento ilícito** é patente: ao desrespeitar o regime de dedicação exclusiva, os docentes recebem mensalmente um *plus* da IES, mas não cumprem a contraprestação desse regime, o que significa que recebem a gratificação de dedicação exclusiva indevidamente. Ora, o valor adicional pago àqueles que desempenham suas atividades em regime de dedicação exclusiva justifica-se pela exclusividade da prestação de serviços, possibilitando direcionar seus esforços integralmente à IES. Se esta exclusividade não existe, é indevido o pagamento da gratificação.

O **dano ao erário** também é evidente, pois como as verbas eram indevidas, estava o erário remunerando o réu por uma quantia que não lhe devia. Nessa hipótese, a lesão ao erário reverteu-se diretamente em favor do próprio agente público, não havendo dúvida de seu enquadramento nos arts. 9º e 10, caput, da Lei n. 8429/92.

Assim, resulta clarividente que o prejuízo causado à IES é exatamente o valor despendido pela Autarquia Federal ou Fundação Pública, no período apurado em que o servidor não cumpriu sua obrigação de dedicação exclusiva, para pagar os 50% de GDE (Gratificação de Dedicação Exclusiva) ao qual o docente não fez *jus* (o que se configura como vantagem pecuniária ilícita da ré).

Resta destacar que não importa o quanto excelente servidor o docente foi para a IES, porquanto o descumprimento da obrigação de não fazer imposta na dedicação exclusiva trata-

se também de ato ilícito penal, com presunção *juris et de jure* de prejuízo à Instituição Pública pagadora da exclusividade que inexistente.

Assim, não importa que o agente público tenha trabalhado com afinco as 40 horas/semanais, pois esta é apenas uma das contraprestações devidas. Deve ser observado, da mesma maneira, se o docente exerceu essas 40 horas/semanais **em regime de exclusividade**, ou seja, sem desempenhar qualquer atividade remunerada fora da IES.

Comprovado, no contexto fático, que não foi feita a obrigação de não fazer por parte do servidor público, afere-se que o valor total do prejuízo acarretado à IES, corresponderá ao acréscimo remuneratório devido à dedicação exclusiva, no período em que o servidor descumpriu o seu dever de dedicar-se exclusivamente à referida Instituição.

Nesse diapasão, o prejuízo causado aos cofres públicos refere-se aos valores indevidamente recebidos e acrescidos ao patrimônio do demandado que diz com a remuneração auferida referente ao percentual da dedicação exclusiva.

4.5 DA VERIFICAÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS E ATIVOS DO ATO – 4ª FASE

4.5.1 Sujeito Passivo Do Ato De Improbidade

O Decreto-Lei n. 200, de 25/02/1967, dispôs sobre a reforma administrativa federal, incluindo dentro de seus princípios norteadores o da descentralização. Foi o responsável por dividir a Administração Pública em direta e indireta.

Conforme previsto em seu art. 4º, a Administração Direta consiste nos serviços administrativos da Presidência da República e na dos Ministérios. Por sua vez, a Administração Indireta englobava, na redação original, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Posteriormente, a Lei n. 7.596/87 incluiu as fundações públicas no rol das entidades da Administração Indireta. Por fim, a Lei n. 11.107/05 criou outra modalidade ao instituir os consórcios públicos que podem possuir personalidade de direito público ou privado.

Desse modo, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as subsidiárias dessas empresas e os consórcios públicos (empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos) compõem a Administração Indireta.

Ressalte-se que as autarquias possuem personalidade jurídica de direito público; as fundações e os consórcios podem ser de direito público ou privado, dependendo do regime que

lhes for atribuído pela lei instituidora; sendo que as demais são pessoas jurídicas de direito privado.

As pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração Direta. Marya Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶ ensina que as autarquias diferem da Administração Pública Direta (União, Estados e Municípios) – pessoas públicas políticas – *“por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito, sendo classificada como pessoa pública administrativa, porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei”*. Explica, ainda, que as fundações *“se caracterizam por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribuiu personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos”*. São comparadas às autarquias, possuindo o mesmo regime jurídico, quando possuírem personalidade pública, sendo, muitas vezes, chamada de autarquia fundacional.

A educação, ao lado de saúde, alimentação, trabalho, moradia, etc., foi erigida ao status de direito fundamental social (art.6º, da CR/88). Isso quer dizer que a educação, tal quais tantos outros direitos fundamentais, é reconhecida pelo Estado como direito indispensável à dignidade da pessoa humana, razão pela qual as instituições de ensino, sejam elas públicas ou privadas, desempenham um papel relevante no que concerne ao alcance dos fins pretendidos pelo Estado.

Aliás, ao se fazer alusão às instituições de ensino, é possível notar que a educação, ainda que seja atividade típica de Estado, revela-se serviço não exclusivo, podendo ser prestada tanto pelo Estado, por meio das instituições oficiais de ensino, quanto pelos particulares.

Em sede constitucional, com relação ao ministério do ensino, encontra-se a previsão do princípio da coexistência de instituições públicas e privadas (art.206, inciso III, da CR/88). Neste sentido, dispõe a Constituição da República, em seu art. 209, que o ensino é livre à iniciativa privada, cabendo, no entanto, às instituições particulares dar cumprimento às normas gerais de educação nacional, inobstante a competência do poder público de autorizá-las e avaliá-las qualitativamente.

Os Municípios devem atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (§2º, do art.211, da CR/88), ao passo que Estados e Distrito Federal alcançam o ensino fundamental e médio (§3º, do art.211, da CR/88) e, por fim, a União responde, dentre outras

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 29ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 450.

atribuições, pela organização do sistema federal de ensino, financiando as instituições públicas federais (§1º, do art.211, da CR/88).

Com efeito, o presente estudo se centra no sistema federal de ensino, particularmente do ensino superior, destacando-se as universidades públicas. As Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), independentemente se autarquias ou fundações públicas, por serem instituídas e mantidas pelo poder público, seriam, em tese, dotadas de personalidade jurídica de direito público.

Conforme ensina Medauar⁷⁷, ainda que a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, silencie sobre a forma de que se revestem as instituições brasileiras de ensino superior, desde 1961 já havia previsão legal acerca da natureza autárquica e fundacional de universidades e estabelecimentos isolados de ensino superior (arts. 81 e 85, da Lei nº. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, revogada pela Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

Portanto, as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), independentemente se autarquias ou fundações públicas, por serem instituídas e mantidas pelo poder público⁷⁸, seriam, em tese, dotadas de personalidade jurídica de direito público, razão pela qual se inserem na previsão do art. 1º da Lei 8.429/92, podendo, então, figurar no polo passivo da futura demanda que envolva a violação ao regime de dedicação exclusiva por parte de seus professores.

4.5.2 Sujeito Ativo do Ato de Improbidade Administrativa

Na União Federal, que adotou o regime estatutário para os seus servidores, o Estatuto funcional é o da Lei 8.112/90, que prevê uma série de direitos, deveres e obrigações dos servidores públicos e da própria União. Não obstante, cada carreira tem suas normas específicas.

Como visto, os docentes submetidos ao regime de dedicação exclusiva, exercem com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integrando o quadro funcional⁷⁹ das autarquias/fundações públicas de natureza autárquica.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 86.

⁷⁸ Com recursos financeiros provenientes, fundamentalmente, de dotação consignada no orçamento da União.

⁷⁹ Quadro funcional é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções públicas remuneradas integrantes de uma mesma pessoa federativa ou de seus órgãos internos. Por sua vez, as carreiras é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. As classes são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições. Os cargos que compõem as classes são de cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora integrado o quadro, não ensejam percurso progressivo do servidor – Carvalho Filho – pg. 406.

São atividades das Carreiras e Cargos Isolados do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal aquelas relacionadas ao **ensino, pesquisa e extensão** e as inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além daquelas previstas em legislação específica (art. 2º, da Lei 12.772/12).

Os Professores das IFE's, ocupantes de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, serão submetidos a dois tipos de regimes de trabalho: (a) 40 horas semanais de trabalho, em tempo integral, com dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional; ou (b) tempo parcial de 20 horas semanais de trabalho.

À título ilustrativo, colaciona-se a seguir a Tabela referente ao quadro funcional do magistério superior.

CARGO	CLASSE	DENOMINAÇÃO	NÍVEL
PROFESSOR DE MAGISTÉRIO SUPERIOR	E	TITULAR	ÚNICO
	D	ASSOCIADO	4
			3
			2
			1
	C	ADJUNTO	4
			3
			2
			1
	B	ASSISTENTE	2
			1
	A	ADJUNTO-A (se doutor) Assistente – A (se mestre) Auxiliar (Se Graduado ou Especialista)	2
			1

Assim, presente as três características que delineiam o perfil da categoria de servidores público, é possível dizer que os docentes se inserem no conceito previsto pelo art. 2, da Lei 8.429/92. São servidores públicos estatutários, submetidos a uma relação jurídica de trabalho disciplinada por diplomas legais específicos, tal como já fora demonstrado (Lei n. 5.539/68; Decreto n. 94.664/87; Lei nº 12.772/2012).

4.6 VERIFICAÇÃO DA IMPROBIDADE MATERIAL – 5ª FASE

O último degrau para a caracterização da improbidade, também conhecida por fase da “improbidade material”, consiste na utilização do princípio da proporcionalidade e da

razoabilidade, para auferir a conduta formalmente improba é capaz de ferir a moralidade administrativa.

Como visto, a improbidade pode, ainda, ser considerada sob seu aspecto material, ou seja, a partir da investigação de que condutas a norma queria proibir. É certo que, ao prever ao vedar condutas de “enriquecimento ilícito, dano ao erário e ofensa aos princípios da administração”, o legislador não quis punir a conduta daquele que subtrai uma folha de papel da repartição pública ou utiliza-se de materiais de escritório para fins pessoais. Certamente não foram essas condutas que o legislador quis tratar com maior rigor, a fim de salvaguardar a moralidade administrativa. Sendo assim, pode-se importar os princípios da insignificância e da adequação social como limitadores da improbidade sob seu aspecto material.

Pelo princípio da insignificância, os fatos que não causarem sensível ruptura no tecido social não podem ser considerados como atos ímprobos, pois não é a intenção do ordenamento jurídico punir bagatelas.

Pelo princípio da adequação social, que é um dos inspiradores da moderna teoria da imputação objetiva, não se deve ser considerada relevante para o direito, neste caso o administrativo, a conduta que, apesar de incidir formalmente em algum dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, é considerada normalmente adequada. Ainda que num primeiro momento, a conduta praticada pareça se subsumir aos supracitados artigos, pode ser considerada “atípica” por se tratar de conduta socialmente aceita. Da mesma forma, a criação de riscos permitidos (adequados). Em uma sociedade sofisticada e que convive com tantos riscos, como a nossa, os exemplos se avolumam.

No caso em concreto, cabe destacar que o regime de dedicação exclusiva é um regime de trabalho que possui regulamentação própria⁸⁰.

Para estimular que docentes coloquem todos os seus esforços na formação dos alunos, as universidades públicas brasileiras decidiram pagar um extra de até 50% sobre o salário-base. É a chamada dedicação exclusiva (DE). E, para garantir que não existam distorções nessa função tão nobre, uma série de regras foi criada.

⁸⁰ Convém mencionar que este regime foi inspirado no sistema *full-time-norte-americano*, que consiste em uma posição de trabalho dentro de uma empresa em que o funcionário tem a obrigação de trabalhar, no mínimo, quarenta horas semanais e recebe um valor “x” por hora. Para cada hora trabalhada além das quarenta horas pré-estabelecidas lhe é somado metade do valor da hora no pagamento, ou seja, “x+1/2”, representando significativo aumento no pagamento mensal.

A dedicação exclusiva é capaz de trazer benefícios à função docente, uma vez que, através dela, o professor pode focar apenas naquele trabalho, o que vem a qualificar a atividade e promover uma maior integração professor-universidade. Em verdade, o poder público remunera a exclusividade e a concentração de esforços do servidor.

Assim, ao optar por exercer suas funções em regime de dedicação exclusiva, o servidor se obriga a abandonar o exercício de qualquer outra atividade remunerada, recebendo, para tanto, uma contrapartida financeira.

Portanto, não é crível dizer ser socialmente adequada ou, até mesmo, insignificante, a conduta daquele que viola o regime de dedicação exclusiva, em prol de aumentar seus vencimentos, deixando de cumprir com sua “obrigação de não fazer” e voltando seus esforços para o desempenho de atividades privadas que só tem a acrescentar ao próprio docente e não a comunidade acadêmica. Dessa forma, resta preenchido o requisito da improbidade material nos casos de violação ao regime de dedicação exclusiva.

4.7 DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CORRESPONDENTES

Dessa forma, caracterizado o ato de improbidade, formalmente e materialmente, ao julgar procedente o pedido de condenação nas iras do art. 12, da LIA, o magistrado deverá ponderar acerca da situação que lhe for apresentada no caso concreto e, atento ao princípio da proporcionalidade e adequação, fundamentar a fixação da reprimenda.

A Lei 8.429/92 prevê que as sanções, em ações de improbidade administrativa, podem ser aplicadas conjuntamente ou não⁸¹, dependendo do caso. São elas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Por óbvio, o parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429 diz que o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em outras palavras, a condenação deverá ser proporcional ao dano, seja em relação ao ressarcimento seja quanto ao pagamento da multa civil. E não poderia ser diferente, já que a proporcionalidade é um dos princípios norteadores de todos os ramos do Direito.

⁸¹ Pelo novo dispositivo inserido pela Lei 12.120/2009, restou esclarecido que, ocorrida a improbidade, não está o magistrado obrigado a impor todas as sanções previstas nos incisos, podendo aplicá-las isolada ou cumulativamente. Aliás, mesmo antes da alteração legislativa, a jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça firmou-se nesse sentido: (STJ – 1ª Turma, REsp. n. 505068/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29/09/2003, p. 164)

Marino pazzaglino filho⁸² explica :

(...) os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral.

Na lição de Lucia Valle Figueiredo, o princípio da razoabilidade “traduz a relação de congruência lógica entre o fato (motivo) e atuação concreta da Administração”.

Enquanto o princípio constitucional da proporcionalidade, segundo o ensinamento de Celso Antônio Bandeira Mello, estabelece:

“As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderia.”

Deduz-se desses princípios que a **imposição das sanções** elencadas para os atos de improbidade administrativa **deve ser razoável**, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, **e proporcionalmente**, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano causado por ele.

Portanto, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o Magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco.

Tecidas estas considerações, afigura-se desproporcional impor ao docente que viole o regime de dedicação exclusiva todas as sanções possíveis tão-somente pelo fato de estas estarem arroladas no art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Posta a questão nestes termos, a sentença que impõe as sanções de (a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (b) ressarcimento integral do dano; (c) pagamento de multa civil; e, ao final, (d) perda da função pública; são compatíveis com a solução punitiva reclamada no caso concreto.

⁸² PAZZAGLINI FILHO. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3. ed., 3. reimpr. SP: Atlas, 2007, f. 155-156.

Nos casos de violação ao regime de dedicação exclusiva, verifica-se, de imediato, ser incabível a imposição da pena de proibição de contratação com o poder público, em razão da completa ausência de pertinência da sanção com a conduta praticada.

Quanto à pena de suspensão dos direitos políticos, ponto que se trata de uma das mais graves sanções aplicáveis em um Estado Democrático de Direito, justamente por retirar do apenado a possibilidade de influir na condução das políticas públicas do país, seja através do exercício do voto ou por meio de candidatura para cargos eletivos.

Ademais, a suspensão dos direitos políticos significa, ainda, a impossibilidade de participar de plebiscitos e referendos, propor ação popular, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular, filiar-se a partido político e investir-se em qualquer outro cargo público, ainda que não eletivo (artigo 5º, inciso II, da Lei n. 8.112), bem como exercer cargo em entidade sindical, conforme evidencia o artigo 530 da CLT.

Desse modo, entendo que apenas condutas dotadas de significativa e excepcional gravidade justificam a imposição do gravame. No caso dos professores que violem o regime de dedicação exclusiva, embora a conduta deles se revele ímproba, ela não se diferencia, em termos de gravidade, da generalidade dos casos de improbidade administrativa, razão pela qual a referida sanção se revela desproporcional.

Com efeito, o reconhecimento da prática de ato de improbidade deve ensejar a possibilidade de ressarcimento do prejuízo produzido nos cofres públicos pela conduta do infrator.

Assim, passa-se a análise da possibilidade de aplicação das sanções de multa e perda da função pública. Quanto a esta última, ela deve ser aplicada, dentre outras hipóteses, sempre que a conduta praticada pelo agente for capaz de, por si só, acarretar a demissão do serviço público. No caso em tela, adotando-se o regime ao qual o réu estava vinculado – uma vez que era estatutário – observo que a lei 8.112/90, no artigo 132, prevê como hipóteses de demissão, dentre outras, a prática de improbidade administrativa (inciso IV) e a transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117 (inciso XIII). Com efeito, o art. 117, inciso XVIII, prevê que ao servidor é proibido “exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício de cargo ou função e com o horário de trabalho”.

Portanto, a conduta do docente, que **exerce qualquer outra atividade remunerada, pública ou privada**, salvo em hipóteses excepcionais, acarretaria a pena de demissão. Desse modo, a perda da função pública se revela como sanção cabível à espécie.

Ressalto que nas hipóteses de o docente já ter sido demitido anteriormente não há nada que impeça a aplicação da referida pena, em razão da possibilidade existente de a demissão ser reformada administrativa ou judicialmente.⁸³

Por fim, revela-se adequada à espécie a aplicação da pena de multa. Isso porque, a conduta ímproba, além de ter causado prejuízos monetários à IES, foi motivada por motivos financeiros, tendo o réu utilizado os recursos recebidos dos clientes como se um empréstimo fosse.

Assim, para reprovação efetiva da conduta ímproba, em face do desvalor que encerra em si e da violação às exigências de probidade e moralidade administrativas que representa, a reparação do dano ao erário deve vir acompanhada de outra modalidade de sancionamento, o qual, no caso em exame, só pode ser, pelos argumentos acima expostos, a aplicação de multa civil.

Além do mais, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região já se pronunciou sobre o tema, mais especificamente sobre uma docente da UFU, que laborava em regime de dedicação exclusiva e exercia, concomitantemente, atividades como advogada em escritório particular, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NULIDADE INEXISTENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 94.664/87. REJEIÇÃO. ADVOGADA. PROFESSORA DO MAGISTÉRIO SUPERIOR DA UFU. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. OPÇÃO DO SERVIDOR. EXERCÍCIO DE OUTRA ATIVIDADE REMUNERADA, PÚBLICA OU PRIVADA. VEDAÇÃO. DECRETO 94.664/87, ART. 14. IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE SANÇÕES. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.
1. A ré, em sua defesa, confessou que desempenhou atividade remunerada enquanto exercia o magistério superior em regime de dedicação exclusiva. (...)

⁸³ Nesse sentido, é o entendimento de Vitor Hugo Nicastro Honesko que assevera ser de suma importância a desvinculação daquele que violou as normas de proteção da probidade administrativa, haja vista que estas são o sustentáculo dos princípios estruturantes do sistema político-constitucional. Ensina, ainda, que a cassação da aposentadoria do agente público inativo condenado à pena de perda da função pública por ato de improbidade administrativa cometido enquanto encontrava-se em pleno exercício de sua atividade é medida imperiosa, visto que a ruptura da relação servidor-Estado é mero efeito da condenação. In. Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. Cádúio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 223-224.

3. O Decreto 94.664/87 não estabelece qualquer restrição ao exercício do magistério superior, limitando-se a regulamentar os regimes de trabalho a que devem ser submetidos os professores do magistério superior. **4. O regime de dedicação exclusiva previsto no referido decreto se afigura como uma opção do servidor e não uma imposição feita pela Administração Pública.** 5. Ao aceitar as condições de trabalho em regime de dedicação exclusiva, como professora da Carreira de Magistério Superior da Universidade Federal de Uberlândia, a ré assumiu o compromisso com a Administração Pública de se sujeitar às regras estabelecidas. 6. Exercendo suas atividades em regime de dedicação exclusiva, a ré estava, pois, impedida de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada, por força do disposto no art. 14 do Decreto nº 94.664/87. Tal vedação encontra justificativa no fato de que ao professor que se submete ao regime de dedicação exclusiva, é assegurada a percepção de um acréscimo de 50% (cinquenta por cento), calculado sobre o salário básico correspondente ao regime de 40 horas semanais, de forma a lhe possibilitar maior devoção às atividades acadêmicas. Aliás, essa parece ser a *mens legis* ao impor ao optante pelo regime de dedicação exclusiva a proibição de exercer qualquer outra atividade remunerada. 7. A tese defendida pela apelante no sentido de que o professor submetido ao regime de dedicação exclusiva pode exercer outra atividade remunerada, não encontra guarida nos julgados proferidos por este Tribunal. 8. A Lei nº 8.429/92 prevê a aplicação de sanções conjuntamente ou não, dependendo do caso. E o juiz deverá levar em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, ou seja, as penas devem ser compatíveis e apropriadas à gravidade e a extensão do dano causado pelo agente público. 9. Restou incontroverso que a ré exerceu a advocacia, além das atribuições de Professora da Universidade Federal de Uberlândia, não obstante ter optado pela dedicação exclusiva. 10. A ré confessou que desempenhou atividade remunerada enquanto exercia o magistério superior em regime de dedicação exclusiva, admitindo, assim, o descumprimento do regime, o que revela que tinha consciência da ilicitude perpetrada. 11. **Ao descumprir o regime de dedicação exclusiva a que estava submetida, a requerida auferiu as vantagens a título de gratificação por exercício de função, causando lesão ao erário, conduta ilegal que viola os princípios da lealdade, moralidade e honestidade.** 12. Na aplicação das sanções, devem ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 13. **A sanção de ressarcimento do dano causado ao erário deve se dar de forma integral (devolução dos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva, durante o período que exerceu, concomitantemente, atividade advocatícia paralela), nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92 (art. 12, III), sob pena de importar em enriquecimento ilícito.** 14. **A multa civil prevista para os atos de improbidade administrativa "ostenta natureza sancionatória pecuniária, não possuindo função reparatória de eventual dano moral e a sua imposição não está vinculada à comprovação de qualquer dano à pessoa jurídica interessada" (Sérgio Turra Sobrane).** 15. **A multa civil fixada em valor correspondente a duas vezes o valor do salário percebido pela ré, à época, é proporcional à reprovação da conduta ímproba praticada pela recorrida.** 16. Quanto à aplicação da pena de perda da função pública, considerando a potencialidade do ato praticado, não merecer ser provido o apelo ministerial, por isso que é desproporcional, no caso, à necessidade de reprovação da conduta ímproba. 17. Apelação da ré improvida. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. (AC 2003.38.03.010398-0/MG, Rel. Juíza Federal Rosimayre Goncalves De

Carvalho, Rel.Acor. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Quarta Turma,e-DJF1 p.251 de 28/05/2012)

Ante o exposto, tem-se que as atividades de docência não se limitam às aulas expositivas, mas também envolvem atividades administrativas, pesquisas, projetos de extensões, correção de provas e de trabalhos, etc. Não por outra razão que o regime de dedicação exclusiva, como o próprio nome sugere, exige a disponibilidade em tempo integral do servidor à Administração, sendo incompatível com o exercício de qualquer outra atividade, pública ou privada. Ao reconhecer a prática de ato ímprobo, nos termos do artigo 10, da Lei de Improbidade, a sanção de ressarcimento ao erário deve se dar no equivalente aos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva, sendo razoável a fixação de multa civil no equivalente a duas vezes⁸⁴ o valor do dano, na forma do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

4.8 DO DESEMPENHO DE OUTRAS ATIVIDADES

O exercício do papel de sócio administrador de empresa privada, com retirada a título de *pró-labore* e dividendos, configura, sem qualquer dificuldade interpretativa, atividade privada remunerada.

O Tribunal de Contas da União considera vedada ao docente em dedicação exclusiva (DE) a participação em outras atividades não esporádicas, “*inclusive a prestação de serviços, remunerados ou não, para as fundações de apoio*” (acórdão 1.651/205 da 2ª Câmara do TCU). O acórdão incorporou-se em circular do MEC, enviada aos reitores das Universidades Federais.

Aliás, sobre o exercício de atividade remunerada por servidor regido pelo regime de dedicação exclusiva, vale transcrever trecho do Relatório que fundamentou o Acórdão 875/2010 – TCU – Segunda Câmara:

2. O professor da carreira do magistério superior, submetido ao regime de dedicação exclusiva, não pode se dedicar, de forma continuada, a qualquer outra atividade, admitindo-se apenas, em caráter eventual, a sua participação em atividades estranhas ao magistério superior e desde que no âmbito da própria Universidade em que está lotado.
3. Deve ser observada a vedação à realização de outras atividades de caráter não esporádico pelos docentes que atuam naquelas instituições em regime de dedicação exclusiva, devendo essa vedação alcançar inclusive a prestação de serviços, remunerados ou não, para as fundações de apoio àquelas instituições.
4. Os professores que desejarem, sempre sem prejuízo de sua jornada de trabalho normal na instituição federal de ensino superior a que servem, exercer

⁸⁴TRF4, AC 5002494-56.2010.404.7110, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 04/09/2013.

outras atividades de caráter não esporádico deverão optar, quando juridicamente possível e do interesse da Administração, pelo regime parcial de 20 horas semanais ou pelo regime integral de 40 horas semanais sem exclusividade de dedicação, com a consequente perda do acréscimo remuneratório devido à dedicação exclusiva.”

3. Nos termos do art. 14, do Decreto nº 94.664/1987, é vedado o exercício do cargo de professor, sob o regime de dedicação exclusiva, com outras atividades remuneradas, públicas ou privadas. Nos termos do § 1º, deste artigo, somente é permitida a prática das seguintes atividades:

‘a) participação em órgãos de deliberação coletiva relacionada com as funções de Magistério; b) participação em comissões julgadoras ou verificadoras, relacionadas com o ensino ou a pesquisa; c) percepção de direitos autorais ou correlatos; d) colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade e devidamente autorizada pela instituição, de acordo com as normas aprovadas pelo conselho superior competente.

4. Como contraprestação pelo exercício da dedicação exclusiva, seja do Magistério Superior ou dos níveis de 1º e 2º graus, o professor receberá um acréscimo de 55% sobre o vencimento básico relativo à carga horária de 40 horas semanais. Essa disposição encontra-se expressa no § 2º do art. 1º da Lei nº 8.445/1992, com a redação dada pela Lei nº 8.460/1992, **in verbis**: (...)

6. O regime de dedicação exclusiva é **um pacto feito entre a Administração e o servidor, cabendo à primeira o pagamento da remuneração nessa condição e ao professor, a renúncia ao exercício de qualquer cargo ou emprego, de natureza pública ou privada**. Nos presentes casos, afere-se que a obrigação da União está sendo satisfeita, posto que os servidores estão sendo devidamente pagos. Entretanto, estes estão flagrantemente descumprindo a disposição legal, pois, por livre e espontânea vontade, passaram a ocupar outro emprego de natureza privada.

7. Dessa forma, não há dúvidas quanto à determinação de ser o Erário ressarcido de todos os valores pagos a título de dedicação exclusiva por esses professores. Não se está levantando a hipótese de má-fé, que deve ser comprovada. Entretanto, **a partir do momento em que o servidor, por culpa ou dolo, exerce outro encargo, quebrando a dedicação exclusiva, exonera o Poder Público de lhe recompensar por isso. Configura-se aí o enriquecimento ilícito por parte do servidor que deixou de comunicar ao órgão de sua investidura em novo emprego.** (...) (grifado)

Neste sentido é a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR 40 HORAS – DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO COM CARGO TÉCNICO DE CONTADOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 18 da Lei n. 5.539/1968, que trata do Estatuto do Magistério Superior e o art. 20 da Lei 12.772/2012, que trata da estruturação do Plano de Cargos do Magistério Federal são expressos quanto à vedação do exercício de outras atividades remuneradas pelo docente em regime de dedicação exclusiva, com as ressalvas neles previstas, entre as quais não se enquadra o cargo técnico de contador ocupado pelo Impetrante. Assim, não se vislumbra direito líquido e certo do Impetrante à posse, com a acumulação dos referidos cargos, pois “*ao fazer a inscrição para o concurso público tinha inteira ciência de que o cargo de Magistério estaria vinculado ao regime de dedicação exclusiva e que, acaso aprovado, teria de fazer a opção entre o referido cargo e o de contador, que até então ocupava*”. Além disso, “*após a homologação do*

resultado, não há possibilidade de alteração do regime de trabalho, devendo o candidato, obrigatoriamente, tomar posse no cargo e regime fixado no edital, circunstância essa que somente poderia ser alterada após superada a fase do estágio probatório, conforme exige o art. 22 da Lei 12.772/2012”, o que, a toda evidência também não assiste a pretensão do Impetrante. 2. Remessa necessária e Apelação providas⁸⁵.

Frise-se que a acumulação indevida de cargos por parte do professor em regime de dedicação exclusiva reflete negativamente na ministração das suas aulas na IES. Sendo assim, em que situações o servidor em regime de dedicação exclusiva pode ser remunerado por serviços eventuais?

Seguindo entendimento firmado pela própria Controladoria Geral da União⁸⁶, no regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de remuneração por outras atividades, conforme o disposto nos incisos I a XI do art. 21 da Lei 12.772/2012.

DO REGIME DE TRABALHO DO PLANO DE CARREIRAS E CARGOS DE MAGISTÉRIO FEDERAL

Art. 20. § 3º - Os docentes em regime de 20 (vinte) horas poderão ser temporariamente vinculados ao regime de 40 (quarenta) horas sem dedicação exclusiva após a verificação de inexistência de acúmulo de cargos e da existência de recursos orçamentários e financeiros para as despesas decorrentes da alteração do regime, considerando-se o caráter especial da atribuição do regime de 40 (quarenta) horas sem dedicação exclusiva, conforme disposto no § 1º, nas seguintes hipóteses:

I - ocupação de cargo de direção, função gratificada ou função de coordenação de cursos; ou

II - participação em outras ações de interesse institucional definidas pelo conselho superior da IFE.

§ 4º O professor, inclusive em regime de dedicação exclusiva, desde que não investido em cargo em comissão ou função de confiança, poderá: (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

I - participar dos órgãos de direção de fundação de apoio de que trata a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, nos termos definidos pelo Conselho Superior da IFE, observado o cumprimento de sua jornada de trabalho e vedada a percepção de remuneração paga pela fundação de apoio; e (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

II - ocupar cargo de dirigente máximo de fundação de apoio de que trata a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, mediante deliberação do Conselho Superior da IFE. (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 20-A. Sem prejuízo da isenção ou imunidade previstas na legislação vigente, as fundações de apoio às Instituições de Ensino Superior e as Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) poderão remunerar o seu dirigente máximo que: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

⁸⁵ TRF2. Apelação Cível n. 0001782-79.2014.4.02.5102. Órgão Julgador: Turma Especializada III. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Data do Julgamento: 02.09.2015 (destacou-se).

⁸⁶ <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/ife.pdf>

I - seja não estatutário e tenha vínculo empregatício com a instituição; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

II - seja estatutário, desde que receba remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 21. No regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de:

I - remuneração de cargos de direção ou funções de confiança;

II - retribuição por participação em comissões julgadoras ou verificadoras relacionadas ao ensino, pesquisa ou extensão, quando for o caso;

III - bolsa de ensino, pesquisa, extensão ou estímulo à inovação paga por agência oficial de fomento, por fundação de apoio devidamente credenciada por IFE ou por organismo internacional amparado por ato, tratado ou convenção internacional; (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

IV - bolsa pelo desempenho de atividades de formação de professores da educação básica, no âmbito da Universidade Aberta do Brasil ou de outros programas oficiais de formação de professores;

V - bolsa para qualificação docente, paga por agências oficiais de fomento ou organismos nacionais e internacionais congêneres;

VI - direitos autorais ou direitos de propriedade intelectual, nos termos da legislação própria, e ganhos econômicos resultantes de projetos de inovação tecnológica, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004;

VII - outras hipóteses de bolsas de ensino, pesquisa e extensão, pagas pelas IFE, nos termos de regulamentação de seus órgãos colegiados superiores;

VIII - retribuição pecuniária, na forma de pro labore ou cachê pago diretamente ao docente por ente distinto da IFE, pela participação esporádica em palestras, conferências, atividades artísticas e culturais relacionadas à área de atuação do docente;

IX - Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei nº 8.112, de 1990;

X - Função Comissionada de Coordenação de Curso - FCC, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

XI - retribuição pecuniária, em caráter eventual, por trabalho prestado no âmbito de projetos institucionais de ensino, pesquisa e extensão, na forma da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994; e (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

XII - retribuição pecuniária por colaboração esporádica de natureza científica ou tecnológica em assuntos de especialidade do docente, inclusive em polos de inovação tecnológica, devidamente autorizada pela IFE de acordo com suas regras. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 1º Considera-se esporádica a participação remunerada nas atividades descritas no inciso VIII do caput, autorizada pela IFE, que, no total, não exceda 30 (trinta) horas anuais.

§ 2º Os limites de valor e condições de pagamento das bolsas e remunerações referidas neste artigo, na ausência de disposição específica na legislação própria, serão fixados em normas da IFE.

§ 3º O pagamento da retribuição pecuniária de que trata o inciso XI do caput será divulgado na forma do art. 4º-A da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

§ 4º As atividades de que tratam os incisos XI e XII do **caput** não excederão, computadas isoladamente ou em conjunto, a 8 (oito) horas semanais ou a 416 (quatrocentas e dezesseis) horas anuais. (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

Observe-se que a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, alterou alguns dispositivos da Lei nº 12.772/2012, dispondo sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação.

4.9 OUTRAS QUESTÕES

O servidor da IFE pode ser sócio-gerente de empresa privada? Em que casos ele pode constituir sociedade?

Não. Segundo o inciso X do Art. 117 da Lei nº 8.112/90 é proibida a participação de servidor público na gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada ou no exercício do comércio. No caso de docente em regime de dedicação exclusiva, além do impedimento acima, aplica-se também a restrição de exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, exceto nas situações previstas no art. 21 da Lei 12.772/2012. Cabe destacar que o servidor, inclusive o docente em regime de dedicação exclusiva, pode participar de sociedade privada na qualidade de acionista, cotista ou comanditário e de entidades sem fins lucrativos.

Em situações de acúmulo de cargos públicos, qual é a carga horária máxima permitida?

A Advocacia-Geral da União - AGU firmou entendimento no bojo do Parecer nº GQ – 145 de que a compatibilidade de horários é admitida quando o exercício dos cargos ou empregos públicos não exceda a carga horária de 60 (sessenta) horas semanais.

A compatibilidade de horários fica configurada quando houver possibilidade de exercício dos dois cargos, funções ou empregos, em horários distintos, sem prejuízo de número regulamentar das horas de trabalho de cada um, bem como o exercício regular das atribuições inerentes a cada cargo. A acumulação de cargos por professores em regime de Dedicação Exclusiva foi motivo de diversos questionamentos, tanto das unidades de recursos humanos, quanto dos próprios servidores.

Mas a questão foi definitivamente esclarecida com a edição da Nota Técnica nº 899/2010/CGNOR/DENOP/SRH/MP, de 29/09/2010, após consulta da CGU, que afirma a impossibilidade de acumulação do cargo de Professor em regime de Dedicação Exclusiva com qualquer outro vínculo remunerado público ou privado.

Para o Superior Tribunal Federal, é irregular a cumulação de dois cargos de 40h quando um deles é de dedicação exclusiva. Nesse sentido: “A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É

ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva”⁸⁷

Não obstante, Valério Mazzuoli e Waldir Alves⁸⁸ asseveram que não é possível a limitação da carga horária semanal relativa ao exercício cumulativo de cargos públicos, por tratar-se de requisito não previsto na Constituição da República. “*Restrições à jornada de trabalho de professores com cargos cumulados só são válidas – já se disse – se encontrarem suporte em uma regra ou princípio constitucionalmente estabelecido, sendo vedadas às leis ampliações às normas constitucionais fechadas, cuja eficácia é plena e aplicabilidade é imediata*”. Em contraposição, acredito que, conforme se infere dos dispositivos infralegais, somente é admitido o desempenho daquelas funções expressamente excepcionadas na legislação, as quais estão relacionadas às atividades realizadas no próprio ambiente acadêmico.

4.10 PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

Leonardo de Brito Quevedo, Carolina Freddo Fleck e Karen Luciana Ferreira do Carmo⁸⁹ realizaram um estudo de caso com doze docentes universitários acerca do regime de dedicação exclusiva e a gestão do tempo, no qual foram feitos os seguintes questionamentos:

BLOCO 1 – Respostas dos docentes à pergunta: De que maneira você administra a sua rotina? Você consegue manter um planejamento do seu tempo de trabalho e tempo livre?

BLOCO 2– Respostas dos docentes à pergunta: Em algum momento o seu trabalho interfere na sua vida particular? Como?

BLOCO 3 – Respostas dos docentes à pergunta: Qual a sua maior dificuldade em conciliar as atividades do trabalho com as atividades pessoais?

BLOCO 4 – Respostas dos docentes à pergunta: Você sente a necessidade de um maior tempo destinado ao lazer? No que isso impacta na sua qualidade de vida?

BLOCO 5 – Respostas dos docentes à pergunta: Como você entende o fator dedicação exclusiva para os docentes das universidades federais?

⁸⁷ MS 26.085, rel. Min. Cárme Lúcia, Plenário, DJe 13.06.2008.

⁸⁸ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111-112.

⁸⁹ QUEVEDO, Leonardo de Brito; FLECK, Carolina Freddo; CARMO, Karen Luciana Ferreira do. O regime de dedicação exclusiva e a gestão do tempo: estudo de caso com docentes universitários. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ReCaPe/article/viewFile/17673/13177>>. Acesso em 06 de março de 2018.

BLOCO 6 – Respostas dos docentes à pergunta: Você percebe diferença no dimensionamento do trabalho em função da DE?

BLOCO 7 - Respostas dos docentes à pergunta: O fato de ser concursado DE lhe traz uma sensação de maior “dívida” com a instituição em que trabalha?

BLOCO 8 – Respostas dos docentes à pergunta: Essa modalidade interfere no seu cotidiano?

Das respostas ofertadas pelos próprios professores concluiu-se que apesar dos docentes em regime de dedicação exclusiva passa a ter tempo para desempenhar atividades normais, eles têm também as atividades de ensino, pesquisa, extensão. Não obstante, esse tempo de exclusividade permitem que os professores qualifiquem mais as atividades desempenhadas, porque a DE não dá a oportunidade de o professor dispersar, desfocar suas atividades como docente para outras áreas. Abaixo, transcreveu-se algumas respostas pertinentes ao tema, confira:

Nas respostas 6, 7 e 11, evidencia-se que há convergência de opiniões quanto ao fato de haverem pontos positivos e negativos na dedicação exclusiva. Se por um lado existem benefícios oriundos em termos de produtividade e controle da atividade, por outro, é necessário ressaltar que para o caso do administrador, também seria interessante que este pudesse aplicar seus conhecimentos acadêmicos de forma mais prática, como defendeu o entrevistado:

“Entendo que é importante porque, como não há um mecanismo de controle mais direto sobre os outros professores, acaba que esse seja um mecanismo (...) Acho que é um mecanismo de controle, de certa forma, mas principalmente, de incentivo. No entanto, para o administrador, talvez fosse interessante a questão de atuar em atividades profissionais ligadas à área do administrador porque isso possibilitaria uma compreensão melhor do mercado de trabalho e poderia ser utilizado como exemplo para os alunos, por exemplo.” (Docente 4).

Outrossim, é importante frisar que a dedicação exclusiva não é capaz de interferir na conduta dos servidores de forma a torná-los mais comprometidos, visto que este se trata de um aspecto subjetivo. Dessa forma, um profissional sem essa característica, mesmo que atue nesse regime, não estará colaborando de maneira satisfatória com a instituição, mais claro na seguinte asserção:

“Eu acho que tem efeitos positivos e negativos porque a dedicação exclusiva não significa que a pessoa vá ser comprometida. Então, uma pessoa que é comprometida com o trabalho, pode muito bem fazer outras atividades para outras instituições sem deixar nada pra trás, e pode haver outra pessoa que tem dedicação exclusiva e não é comprometida. Ela vai continuar não dando rendimento para aquela organização. Portanto, acho que a dedicação exclusiva não quer dizer comprometimento e também não quer dizer resultado.” (Docente 7).

Com relação à questão 6 (Você percebe diferença no dimensionamento do trabalho em função da DE?), posta com a finalidade de analisar o impacto do fator dedicação exclusiva na forma de trabalhar dos professores que atuam

nesse regime, as explicações abordaram, preponderantemente, que não há uma interferência significativa da dedicação exclusiva na configuração do trabalho docente, atribuindo-se, mais uma vez, ao perfil de cada profissional (respostas 3, 4 e 7):

“Acho que a diferença é justamente tu não poder trabalhar em outro lugar. Numa outra empresa pode existir essa possibilidade de ter outra atividade, mas acho que a forma de organizar o trabalho vai muito de cada um.” (Docente 4).

Em contrapartida, alguns docentes afirmaram haver diferença quanto a aspectos como ambiente de trabalho (resposta 5), produtividade (resposta 8) e, inclusive, maior dedicação por parte do trabalhador (resposta 9).

Referente à penúltima questão (O fato de ser concursado DE lhe traz uma sensação de maior “dívida” com a instituição em que trabalha?), importante para saber dos respondentes se consideram que a dedicação exclusiva lhes confere uma carga maior de responsabilidade, compromisso, dedicação, houveram, neste ponto, divergências nas respostas, onde alguns entendem que não há essa maior “dívida”, porém a maioria concorda que existe um aumento da responsabilidade não apenas para com a instituição, como também com a sociedade (respostas 1, 6, 10 e 12):

“Sim, justamente pelo fato de haver essa causa maior, de servir a sociedade. Às vezes tu és pedido pra fazer uma atividade que não gostaria, mas acaba fazendo por considerar relevante do ponto de vista do interesse público. Mas sempre com a ideia de que mais do que professores com dedicação exclusiva, nós somos servidores públicos do Estado Brasileiro.” (Docente 1).

Outra parte volta a enfatizar que o comprometimento, responsabilidade não são motivados pelo regime de dedicação exclusiva, e sim por características pessoais de cada indivíduo (respostas 3, 5 e 7). Finalmente, ao responderem a questão 8 (Essa modalidade interfere no seu cotidiano?), na qual buscou-se verificar a interferência do tempo de trabalho no tempo livre dos docentes, em função da DE, a maioria dos entrevistados acaba concordando que há sim interferência desse regime em seus cotidianos, apontando como principal motivo, o maior tempo disponível para a instituição. Mesmo assim, alguns percebem que essa presença influencia positivamente em termos de compromisso nacional ou de tranquilidade para exercer a pesquisa, ensino e extensão (respostas 1 e 10).

Nas respostas 2 e 3, nota-se que, apesar de negarem a interferência da DE em seus cotidianos, os respondentes acabam se contradizendo em suas justificativas:

“Não, dedicação exclusiva não, mas o excesso de reuniões e coisas administrativas, essas sim, interferem bastante.” (Docente 2); “Não. Pelo contrário, gosto de estar na universidade. Até, às vezes, a gente circula dentro da universidade mesmo estando fora do horário do de trabalho. Eu mesmo, por livre e espontânea vontade, em horários que não fazem parte da minha carga horária, da minha jornada de trabalho, estou na universidade. Então acredito que não teria nenhuma influência concreta.” (Docente 3). O excesso de reuniões e questões burocráticas é decorrente do sistema imposto pela dedicação exclusiva, na qual os professores também ocupam cargos de chefia e são responsáveis pela administração da instituição.

O excesso de reuniões e questões burocráticas é decorrente do sistema imposto pela dedicação exclusiva, na qual os professores também ocupam cargos de chefia e são responsáveis pela administração da instituição.

Outrossim, é importante frisar que a dedicação exclusiva não é capaz de interferir na conduta dos servidores de forma a torná-los mais comprometidos, visto que este se trata de um aspecto subjetivo. Dessa forma, um profissional sem essa característica, mesmo que atue nesse regime, não estará colaborando de maneira satisfatória com a instituição, razão pela qual buscará violá-la ou burlar o sistema.

Assim, quanto à hipótese de que essa modalidade poderia motivar o indivíduo em termos de comprometimento ou responsabilidade, a grande maioria dos docentes entrevistados acreditam que essa questão estaria mais relacionada ao perfil individual de cada trabalhador e que a dedicação exclusiva poderia atrapalhar a colaboração desses trabalhadores com outras instituições e, conseqüentemente, com a própria sociedade.

Não obstante, deve-se ressaltar que na visão dos docentes, a dedicação exclusiva, exerce uma pressão no sentido de qualificar a atividade e de proporcionar uma maior integração do professor com o ambiente acadêmico, funcionando ainda como uma ferramenta de controle.

4.11 POSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL AOS CASOS DE VIOLAÇÃO À “DE”

Além das sanções do art. 12, da LIA, as situações fáticas acima descritas poderão ensejar a aferição da responsabilidade penal do agente e do terceiro que concorreu para a referida prática ou dela se beneficiou. Dentre as infrações penais elencadas no Código Penal, quem viola o regime de dedicação exclusiva será, comumente, imputado pela prática do crime de estelionato qualificado (CP, art. 171, §3º), *in verbis*:

Art. 171 Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena reclusão, de um a cinco anos, e multa.

(...)

§3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência

Comete o crime em tela quem obtém de outra pessoa vantagem de natureza patrimonial, induzindo ou mantendo em erro, de modo a levar a vítima à falsa representação da realidade, mediante qualquer meio fraudulento.

São requisitos do referido crime: *i)* o emprego de meio fraudulento; *ii)* a manutenção da vítima em erro; *iii)* obtenção de vantagem patrimonial ilícita; e *iv)* em prejuízo alheio. Ademais, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, ou seja, o agente tem que ter o intuito de obter

lucro indevido da vítima e ter consciência do seu agir ilícito, tendo a fraude como presença obrigatória à consumação do delito.

No particular, Nelson Hungria⁹⁰ leciona que “*comumente a fraude, para assegurar o próprio êxito, procura cercar-se de uma certa encenação material (artifício) ou recorre a expedientes mais ou menos insidiosos ou astutos (ardis) para provocar ou manter (entreter, fazer persistir, reforçar) o erro da vítima. Às vezes, porém, prescinde de qualquer mise en scène ou estratagema, alcançando sucesso com a simples mentira verbal e até mesmo com a simples omissão do dever de falar*”.

O silêncio intencional, portanto, é modo de manter-se alguém em erro. Nesse sentido, a Exposição de Motivos do Código Penal, no ponto 61, é clara ao afirmar que o silêncio constitui meio fraudulento para o estelionato: ‘*Com a fórmula do projeto, já não haverá dúvida que o próprio silêncio, quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato*’. Sendo doloso o silêncio e provocando ou mantendo o erro alheio, do qual resultará o prejuízo patrimonial, não há que excluí-lo do conjunto de elementos integrantes do estelionato, ainda que desacompanhado de artifícios’.

Dessa forma, o silêncio intencional poderá consistir em “meio fraudulento” quando houver o dever de falar ou informar algo⁹¹. Nos casos de violação ao regime de dedicação exclusiva, o meio fraudulento empregado pelos agentes públicos consiste na **omissão dolosa da informação acerca do exercício habitual de atividades privadas paralelamente ao exercício do cargo público em regime de dedicação exclusiva na autarquia de ensino público federal**.

O silêncio intencional do servidor público, que não comunica formalmente à IFES sobre sua atividade privada e habitual, sendo capaz de, reiteradamente ao longo dos anos, manter em erro à autarquia, configura o crime de estelionato. A relevância da omissão reside na manutenção indevida pelo réu da percepção do adicional pecuniário relativo ao regime de dedicação exclusiva, em prejuízo à autarquia ou fundação pública de ensino, o que não seria possível caso a referida IFES fosse comunicada e tivesse ciência do exercício concomitante das atividades privadas pelo servidor público, tendo em vista a expressa vedação legal.

⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, RJ: Forense, 4ª ed., 1980, p. 202.

⁹¹ Nesse sentido é o precedente do TRF4, AC 2000.04.01.005775-4/RS, Élcio Pinheiro de Castro, TE, u., DJ 14.08.02.

Desse modo, há para o agente público um dever jurídico de falar, de modo que seu malicioso silêncio quanto à verdade caracteriza fraude integradora de estelionato. Portanto, a ação do agente, ao dolosamente manter atividades habituais remuneradas paralelamente ao exercício de seu cargo de professor universitário com dedicação exclusiva, além de violar o disposto na legislação que regula o referido regime, caracterizando um ato de improbidade administrativa, incide na prática criminosa imputada.

4.12 DO ERRO DE PROIBIÇÃO

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao recentemente julgar recurso de apelação em caso análogo ao retratado, em que docente do Curso de Medicina da UFSM fora condenado pela prática de estelionato qualificado, assim dispôs quanto ao alegado erro de proibição:

Aponta a defesa a ocorrência de erro sobre os elementos do tipo e de erro de proibição. Erro de tipo 'é o erro que incide sobre os elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposo' (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 202). Sustenta a alegação de erro de tipo afirmando que 'não tinha conhecimento de que não poderia atender pacientes eventualmente, mesmo com a autorização do conselho departamental'. Tal argumentação não procede. A legislação era clara ao impedir atividades laborativas paralelas ao exercício do magistério em regime de dedicação exclusiva. A tese de ocorrência do erro de tipo está amparada em suposta autorização para exercer atividades extras. Ocorre que tal autorização foi solicitada após 8 anos de exercício concomitante do magistério sob tal regime e o atendimento médico em consultas particulares. Igualmente deve ser afastada a alegação de erro de proibição. O argumento de que a legislação não era clara não é suficiente para amparar a tese defensiva. Apelação Criminal nº 5005656-44.2014.4.04.7102/RS, Rel GEBRAN NETO, j. em 20/4/2016

Os docentes tentam convencer que suas condutas não acarretaram prejuízo à IES, porquanto nunca teriam faltado aulas, por diversas vezes são homenageados e permitem que seus alunos acompanhem sua rotina, ou seja, que desempenhavam o seu mister com o máximo zelo. Todavia, tal argumentação não tem o condão de descaracterizar a atitude ilícita dos professores, já que **a assiduidade e a qualidade do serviço prestado pelo servidor é dever de qualquer agente público.**

Nesse sentido, se manifestou o Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção judiciária de Santa Maria-RS ao julgar caso em que houve a alegação de incidência no erro de proibição:

“Em suas alegações finais (Evento 123), a defesa se apega às ilações de que inexistiu prejuízo à UFSM, porquanto o servidor teria contribuído para a

melhoria da imagem e qualidade do curso e da instituição. A tese do requerido deve ser rejeitada Primeiro, porque, como já adiantei, **é da própria essência do regime de dedicação exclusiva obter o empenho integral do servidor na tarefa em que está investido, e, conseqüentemente, é presumível a melhoria na qualidade do docente em suas atribuições.** Nessa linha, nosso TRF já acentuou que o pagamento da gratificação correspondente não está vinculado a uma aferição qualitativa da prestação laboral do professor, mas, tão-somente, a existência do requisito objetivo de não realização de outras atividades profissionais - TRF4, AC 5002494-56.2010.404.7110, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 04/09/2013.” - Ação penal nº 5008989-04.2014.4.04.7102.

Ademais, em momento algum se questionou a qualidade das aulas ministradas pela denunciada, sua produção acadêmica ou outros elementos inerentes ao adequado exercício da atividade docente e das atribuições inerentes ao serviço público; o Regime de Dedicação Exclusiva impõe expressamente a vedação de qualquer outra atividade remunerada pública, privada (inclusive autônoma) e, em razão disso, retribui o servidor optante com relevante acréscimo salarial aos seus vencimentos.

Portanto, não guardam pertinência à ausência de adequação típica da conduta imputada a alegações de tal natureza. Sustentam, ainda, que a atividade privada é quase que imprescindível para que possam bem exercer suas funções como docente da IES, alegando que sem a prática não tem como transferir seus conhecimentos de forma plenamente satisfatória aos alunos.

Observa-se, no ponto, que a vedação à prática de qualquer atividade pública, privada ou autônoma é voltada àqueles servidores que optaram – **voluntariamente** – pela percepção de gratificação de 50% sobre seu salário-base a fim de se dedicar, de forma exclusiva, à IES. Assim, bastava à ré não solicitar à IES a adesão ao RDE – e abrir mão da respectiva gratificação - se pretendesse - continuar exercendo as atividades particulares, como alguns docente assim o fazem legalmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, constata-se que o presente trabalho identificou os aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, traçou a evolução histórica do princípio da moralidade administrativa e ressaltou a importância que esta assumiu no ordenamento jurídico nos últimos 30 anos. Sem prejuízo, analisou o regime jurídico aplicável ao magistério superior das instituições públicas de ensino, principalmente, o instituto da dedicação exclusiva, assim como a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos casos de violação do instituto da dedicação exclusiva.

A análise dessas questões se pautou, precipuamente, na previsão constitucional expressa no art. 37, *caput e* inciso XVI, permitindo a cumulação de cargos. O regime de dedicação exclusiva, introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei 4.345/64 e regulamentado pelo Decreto n. 94.664/87, dispõe que o professor da carreira de Magistério Superior submetido a esse regime prestará quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e será impedido de exercer outra atividade remunerada, seja pública ou privada.

Como problema, identificou-se que as universidades públicas brasileiras podem contratar docentes em regime de 40 horas semanais com dedicação exclusiva – (DE), pagando a estes um adicional de até 50% sobre o salário-base, assim como que o principal objetivo deste regime é estimular que os seus docentes empreguem todos os seus esforços na formação dos alunos. Desse modo, para garantir que não existam distorções quanto a esse tipo de regime dos referidos servidores públicos, o legislador criou uma série de regras com o fito de evitar possíveis distorções.

Entretanto, mesmo com as regras criadas, não é possível afirmar que não existam nas entidades de ensino superior federais violações ao regime de dedicação exclusiva. Ou seja, boa parte do empenho dos professores ainda acontece longe da sala de aula. Prestam serviços extraclasse não tão eventuais.

Em razão disso, visando dar concretude ao princípio da moralidade administrativa, que deve reger a atuação de todo servidor público, investigou-se quais são as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, questionando, inclusive, a validade das mesmas, para os docentes que possuem DE e que recebem quantias substanciais com projetos de pesquisa, ou, até mesmo,

prestam serviços para empresas privadas ou públicas, ou, ainda, exercem atividade na iniciativa privada. Deve-se evitar que a eventualidade das exceções previstas vire a regra deste regime.

Pode-se dizer que a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa em face de possíveis violações ao regime jurídico de dedicação exclusiva por parte dos professores, servidores públicos federais, não é tema pacífico tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Há quem defenda que inexistente problema na acumulação destes cargos, haja vista que a norma constitucional, posterior e superior ao Decreto n. 94.664 de 23 de julho de 1987, nada dispôs sobre a proibição de acúmulo de cargos quando um possui regime de dedicação exclusiva, só exigindo a comprovação da compatibilidade de horários, o que ensejaria a legalidade da dita acumulação.

Assim, se a Constituição Federal só exigiria a compatibilidade de horários para o presente caso, e se o servidor não ocupa cargo cujo trabalho exige tempo integral, a análise deverá ser feita no sentido de que se há compatibilidade de horários entre os cargos, não importa se um deles é de regime de dedicação exclusiva, já que este fato não impede a acumulação autorizada constitucionalmente.

Por outro lado, tem-se que a Constituição Federal, em seu artigo 37, §4º, previu a responsabilização a que devem ser submetidos os administradores ímprobos:

Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O administrador ímprobo é aquele que, utilizando-se da condição de gestor ou de funcionário público, obtém, para si ou para outrem, vantagem indevida ou, simplesmente, lesa o erário ou fere princípios administrativos, mesmo sem auferir nenhum ganho ilícito.

Elaborada no intuito de conferir eficácia ao disposto no mencionado preceptivo constitucional, a Lei Federal n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, veio estabelecer a forma de imposição e a gradação das sanções expressas na norma constitucional, quanto a conduta a ser sancionada preencher um de seus tipos.

Dessa forma, constatou-se que as regras relativas ao regime de trabalho de dedicação exclusiva por parte dos servidores federais – mais especificamente o cargo de magistério superior – têm-se que segundo o disposto no art. 18 da Lei n.5.539/1968, complementado pelo art. 14, I, do Decreto n. 94.664/1987, e art. 20, §2º da Lei 12.772/2012, tal regime de trabalho

impede o docente de exercer qualquer outra atividade remunerada, pública ou privada, salvo em hipóteses excepcionais, taxativamente previstas na legislação.

Soma-se a isso, o fato de que em razão dessa limitação é assegurado ao docente em regime de dedicação exclusiva o direito ao recebimento de uma gratificação mensal, “de 50% (cinquenta por cento) do salário básico correspondente ao regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, para o docente do ensino superior” (art. 17 da Lei n. 5.539/68 e art. 31, §5º, “a” do Decreto n. 94.664/1987).

Assim, o estudo da responsabilização civil daqueles que, na qualidade de professores das Universidades Federais e Institutos Federais em regime de dedicação exclusiva – DE, cumulam tal cargo com outra atividade remunerada, assim como à existência de previsão legal e a ilegalidade da conduta narrada permitiu concluir qual seria a melhor atitude frente a algum caso de violação da DE, de forma a evitar, a partir de uma verificação mais técnica e isenta, que excessos sejam praticados perante o poder judiciário, assim como que atos ilegais e singelos erros de conduta, sem o substrato da má-fé, sejam alçados a condição de atos ímprobos.

Ante o exposto, demonstrou-se que o ato de improbidade administrativa decorrente do exercício de atividade, não prevista nos casos de exceção, paralelamente ao cargo de professor submetido ao regime de dedicação exclusiva, enseja a responsabilização do(a) professor(a) com o devido ressarcimento do dano causado ao erário.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 24ª ed. rev., e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. Improbidade Administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BERTOCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 225.

BITTENCOURT NETO, Eurico. Improbidade Administrativa e violação aos princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 144 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

CAPUCHINHO, Cristiane. Proibir professor de atuar fora da academia é contraproducente, diz pesquisadora. Disponível em: < <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2015-05-07/proibir-professor-de-atuar-fora-da-academia-e-contraproducente-diz-pesquisadora.html> >. Acesso em 06 de março de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 29ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Cláudio Smirne. Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 223-224.

DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco espinho: justiça e valor; tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A questão da compatibilidade de horários no exame da acumulação de proventos de professor aposentado da universidade federal do Rio Grande do Norte com vencimentos de médico da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-14-ABRIL-2008-VLADIMIR%20ROCHA%20FRANCA.PDF> >. Acesso em 10 out. 2010.

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

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2003. 8ª ed., rev. e atual.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, RJ: Forense, 4ª ed., 1980, p. 202.

LEANDRO, Lívio Sérgio Lopes. Disponível em < http://trinity.ritterdosreis.br/ph15/images/CAN/SP/SP013941_70.pdf >. Acesso em 05 out.2010. LIMA, Aydette Viana de et al. Da Aposentadoria e da Acumulação de Cargos e Proventos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- LINS, Robson Sitorski. A CF/88 e o regime de dedicação exclusiva. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=90531>. Acesso em 07. Nov. 2010.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor Público na Atualidade. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- MARQUES, Silvio Antônio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. – 42ª ed. rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Regime de dedicação exclusiva: aplicação do art. 133 da Lei nº 8.112/90. Proposições. Conceito de reincidência. Fórum administrativo: direito público, Belo Horizonte, v. 7, n. 75, maio 2007. Disponível em: . Acesso em: 22 abr. 2010.
- NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Da possibilidade de acumulação de cargo público de professor universitário, em regime de dedicação exclusiva, com cargo de magistrado federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1027, 24 abr. 2006. Disponível em: . Acesso em: 6 nov. 2010.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1999.
- PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 8 – números 30/31 – janeiro/dezembro; Brasília, 2009.
- RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. Acumulação remunerada de cargos públicos: conceito de cargo técnico para efeito de acumulação. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1223, 6 nov. 2006. Disponível em: Acesso em: 5 nov. 2010.
- SANTOS, Raphael Otávio Bueno. O elemento subjetivo do tipo do art. 11 da lei de improbidade administrativa. Doutrina e jurisprudência. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 8 – números 30/31 – janeiro/dezembro; Brasília, 2009.
- SCATOLINO, Gustavo. Manual de direito administrativo / Gustavo Sactolino, João Trindade – 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Rudson Coutinho da. O protesto como forma de interrupção do prazo do art. 23 da Lei de Improbidade. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 8 – números 30/31 – janeiro/dezembro; Brasília, 2009.
- WALINE, Marcel. Droit Administratif, 9ª ed., Paris: Sirey, 1963.