FUNCIONÁRIO PÚBLICO — VACÂNCIA DE CARGO — SITUAÇÃO DE FATO — VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS

— Não se dá a vacância do cargo em comissão, quando o seu titular é nomeado para substituir o Ministro de Estado, seu superior hierárquico.

— São válidos os atos praticados pelos funcionários de investidura aparente, irregular ou de fato.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PARECER

Solicita o Exmo. Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas parecer desta Consultoria a fim de responder a informações pedidas pela Câmara dos Deputados sôbre a situação do atual Diretor do Departamento de Administração do mesmo Ministério que, nomeado interinamente Ministro da Viação em 1953, teria àquela data deixado vago o cargo que já exercia em comissão de Diretor do Departamento, em face do art. 74 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Indaga-se, ainda, sôbre a validade dos atos pelo mesmo praticados, quando, depois de deixar o cargo de Ministro (que exerceu por 4 dias) voltou ao cargo de Diretor do Departamento.

Respondo à Consulta, com as considerações que se seguem.

I

Primeiro. O art. 74 do Estatuto determina a vacância do cargo, quando o seu titular é exonerado, demitido, promovido, transferido, aposentado, morre ou toma posse em outro cargo.

Por aí pode-se ver que é o objetivo da lei, não sòmente especificar os casos em que termina a investidura no cargo exercido, mas também fixar o momento em que o cargo pode e deve ser provido.

O critério serve inclusive para fixar o momento em que nasce o direito ao preenchimento da vaga por promoção (art. 96).

Tanto é assim que o próprio Estatuto previu os casos de vacância nas funções gratificadas, mencionando sòmente número reduzido de hipóteses, as mesmas, aliás, que deveriam vigorar para os cargos em comissão.

Na hipótese em aprêço, trata-se apenas de investidura interina para a função de Ministro de Estado, como substituição natural, por funcionário da mais alta categoria na hierarquia do Serviço Público, o Diretor do Departamento de Administração.

Não se trata, portanto, de nomeação para outro cargo, mas de exercício das funções de Ministro, por aquêle que, na escala hierárquica, estava indicado para substituir o Ministro.

Com isto não vagou o cargo de Diretor porque o seu titular não foi nomeado para outro cargo, no sentido técnico ou legal usado pelo Estatuto.

Nenhuma irregularidade se verificou na sua volta ao cargo de Diretor.

II

Segundo. Sendo assim, os seus atos são legítimos, como boa foi a resolução de apostilar a *ementa* no título respectivo, para *registrar a interrupção* de exercício.

Não vejo porque seria necessário decreto retroativo, com nova investidura, no cargo de Diretor, do qual nunca deixou de ser titular, tanto assim que o Decreto de nomeação interina para o cargo de Ministro de Estado, foi feito com a indicação expressa de sua qualidade de Diretor Geral do Departamento de Administração, cargo que conservou, embora dêle afastado, isto é, do seu exercício por alguns dias.

A redação dêsse decreto, de 13 de junho de 1953, afasta, a meu ver, qualquer dúvida.

Nem a letra da lei, nem o seu espírito conduzem a outra solução, segundo me parece.

III

Mas, quando fôsse ilegítima a investidura, os atos praticados pelo funcionário de fato, subsistiriam, segundo a melhor doutrina, que peço vênia para expôr mais pormenorizadamente.

O funcionário de fato é, em seu sentido mais genérico, aquêle que exerce função pública ou, melhor, "cargo público", sem investidura legal ou em virtude de uma investidura aparente. Êste é o sentido mais amplo, compreendendo ainda aquêles casos excepcionais em que os particulares colaboram com a administração, independentemente de sua integração no aparêlho administrativo ou no quadro dos seus funcionários.

A situação aparente do indivíduo como funcionário sem contestação do poder público, induz uma presunção em favor da validade dos atos por êle praticados.

Neste caso, os indivíduos devem ser considerados como funcionários de fato, segundo a lição de Jèze, porque estão na posse de estado de funcionário, devendo ser tida, perante terceiros, como "plausível" a sua investidura.

Esta é a doutrina geralmente adotada na França, como veremos adiante. Ali, a aparência da investidura, a possibilidade e plausibilidade da legitimidade do exercício da função, pelo assentimento do poder público e pelas circunstâncias que revestem o seu exercício, levam a considerar o indivíduo como funcionário de fato, isto é, sem investidura legal, jurídica.

De um modo geral, portanto, o funcionário de fato é aquêle que exerce o cargo sem investidura, ou em virtude de uma investidura irregular, por defeito de fundo ou de forma.

Dentro destas duas hipóteses é que se desenvolve a doutrina.

Parecem-nos acertadas, porém, a definição de Vitta e a discriminação que a acompanha. Segundo Vitta, funcionário de fato é aquêle que "detém irregularmente o cargo, pela falta ou irregularidade do seu provimento ou por ter sobrevindo um vício que haja tornado irregular a permanência do mesmo no cargo".

Pode consistir a irregularidade no seguinte: 1) Falta de investidura (usurpação); 2) Criação irregular do cargo; 3) Designação para um cargo, sem vaga; 4) Designação feita por autoridade incompetente; 5) Nomeação sem os requisitos legais; 6) Omissão das formalidades exigidas (anteriores ou posteriores; compromisso; fiança, etc.); 7) Ocupação do cargo, precedendo causas extintivas da relação; 8) Substituição ou delegação ilegal.

Esta discriminação, porém, deve-se notar, compreende especialmente as irregularidades na investidura, por vício de fundo ou de forma, dentro de um regime normal, isto é, considerada a função pública e o exercício do cargo público dentro dos quadros jurídicos.

A doutrina mais generalizada é aquela que nos expõe o professor Francisco

Campos, em um dos seus lúcidos pareceres:

"A irregularidade na investidura das funções publicas não induz à nulidade dos atos praticados pelo funcionário irregular, desde que tal irregularidade não assuma o caráter de uma verdadeira usurpação da autoridade pública, a saber, desde que revista a investidura certo caráter de plausibilidade e de regularidade externa, de maneira a induzir os terceiros de boa fé à crença na sua regularidade intrínseca, por ser pressuposto, como à primeira intuição se evidencia, que o funcionário nomeado por autoridade competente e munido do respectivo título em devida forma e a exercer regularmente os atos que são, por lei, designados à sua competência, seja, de fato e de direito, depositário incontestável e legítimo da parcela do poder público que lhe é atribuída pela sua competência legal".

Sendo assim, não tenho dúvida em afirmar, não só que o Dr. Francisco Mendes não perdeu o cargo em comissão de Diretor do Departamento de Administração quando nomeado interinamente Ministro da Viação, que, portanto, não houve vacância do cargo, mas também e, em conseqüência, que válidos são os atos por êle praticados.

Quando ilegal fôsse a investidura, em conseqüência da vacância, válidos seriam os mesmos atos, em face do direito e da jurisprudência dos nossos Tribunais.

Existem três teorias para justificar a legitimidade dêsses atos, a saber: *a*) Teoria do êrro comum; *b*) Teoria da investidura aparente; *c*) Teoria do interêsse público.

Qualquer uma dessas teorias, cuja análise merece um largo exame doutrinário, conduz à mesma conclusão — a legitimidade dos atos praticados por êsses funcionários de investidura aparente, irregular ou de fato (ver nosso *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, página 407).

Não é a hipótese em causa, mas, quando o fôsse, não haveria como se cogitar de tornar sem efeito êsses atos.

E' o meu parecer. — Rio de Janeiro, 22 de junho de 1955. — *Temístocles Brandão Cavalcânti*, Consultor Geral da República.