TEORIA JURÍDICA DO FUNCIONÁRIO DE FATO

CARLOS S. DE BARROS JUNIOR *

Investidura irregular em função pública. Validade dos atos praticados. Efeitos jurídicos da relação entre o agente e a administração pública. Usurpação. Boa-Fé. Conclusão.

Situações especiais, conseqüentes à inobservância dos textos legais, dão origem ao *problema jurídico dos funcionários de fato.* Na prática administrativa, é freqüente o aparecimento dessas situações, a que o direito precisa dar solução de interêsse geral.

Acontece, por vêzes, no âmbito da organização estatal, que uma pessoa, sem investidura ou irregularmente investida, exerça, durante certo tempo, função pública e pratique atos relativos às atribuições da função. Êsses casos podem surgir de circunstâncias várias, de freqüente aparecimento na ordem da ação político-administrativa. Por vêzes, necessidades do serviço público fazem com que seja dado exercício ao servidor, antes do ato da investidura, mediante autorização irregular. O caso pode ter sido originado da impossibilidade de aguardar-se a autorização regular, adiada por dificuldades burocráticas. Pode a investidura ter sido dada por ato ilegal, na hipótese de ser incompetente a autoridade que fêz a nomeação, ou se o indivíduo nomeado não preenche as condições exigidas para a investidura, ou ainda, se desobedecidos preceitos outros que devem ser atendidos para o provimento. Também irregular será a permanência no exercício da função pública, depois que a investidura tenha cessado. Outras hipóteses podem ainda surgir, até de exercício sem qualquer investidura, mesmo a irregular, como quando alguém assume um função pública,

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

em situação excepcional, na ausência dos agentes regulares, por ocasião de uma guerra, revolução ou epidemia.

Em todos os casos indicados, temos o exercício da função pública por agentes de fato, sem investidura, ou irregularmente investidos.

Refere ainda Ruiz y Gómez, como exercício de fato da função pública, a hipótese de ser declarada inconstitucional a criação de cargo público já provido, e a designação para função pública feita por autoridade revolucionária, sem obediência às normas relativas à competência para nomear, por motivo de estar impedido de agir o órgão que seria o competente. [16]

Trata-se de examinar, por conseguinte, situações diversas, concretas, em que surge a figura do chamado funcionário de fato. Cingiremos esta indagação ao Direito Administrativo, com limitar o exame das questões, que o tema pode suscitar, aos quadros administrativos, excluindo o aspecto político, ou seja, as situações de fato que podem surgir para os agentes que têm nota política, os denominados governantes. No que toca a êstes, parece mais apropriado o exame da questão do Direito Constitucional, pois o estudo envolveria problemas relativos à legitimidade do Govêrno.

O problema jurídico que tais situações de fato fazem surgir nasce quando, verificada a irregularidade, se procura reintegrar a ordem jurídica violada. [2] A questão vem sendo estudada de longa data, já no direito antigo, a propósito da nomeação irregular de um juiz, posteriormente anulada, bem como pelos autores modernos, sobretudo em França e na Itália.

Em princípio, só os agentes públicos que exerçam função de acôrdo com as normas que disciplinam as relações desta natureza poderiam praticar atos jurídicos válidos e ter a sua situação garantida pelo direito. Considerações de interêsse geral — e o direito deve objetivar a conciliação dos interêsses em conflito — levaram, todavia, os estudiosos a concluir pelo reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos do exercício de fato da função pública. Tais efeitos são relativos não só à eficácia jurídica dos atos praticados pelos agentes de fato, eficácia igual àquela dos atos dos funcionários regulares, como quanto à situação dos agentes, em sua relação para com o Estado, no tocante ao reconhecimento de certos direitos.

As questões jurídicas que o tema suscita são, por isso, as seguintes: a) relativamente à validade dos atos realizados: b) e aos efeitos jurídicos da relação entre o agente e a Administração pública.

O interêsse legítimo dos particulares, assim como os interêsses do próprio serviço público impõem a solução favorável à eficácia dos atos praticados. É de interêsse legítimo do público que trata com os funcionários que os atos dêstes, ainda que irregularmente investidos, sejam

1 *Principios Generales de Derecho Administrativo — El personal de la Administración Pública.* Habana, 1935, p. 503.

2 MARCELLO CAETANO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 289.

considerados regulares. Os terceiros entram em relação com os agentes administrativos, e, de boa-fé, os julgam legítimos representantes do poder público. Não seria possível exigir-se que fôssem os particulares investigar da regularidade da investidura do agente, desde que exerça êle, plausível, pública e pacìficamente as atribuições.

Os atos dos servidores públicos que exercem a função, com tôda a aparência de regularidade, não podem, assim, deixar de ser válidos, em consideração à boa-fé dos terceiros que com êle trataram. É uma conseqüência imposta pela necessidade de segurança das relações jurídicas.

De outra parte, é o próprio interêsse do serviço que exige a solução pela validade. Seria prejudicial à continuidade do serviço exigir do público que, a cada instante, investigasse da regularidade da situação dos agentes administrativos. Isso seria, òbviamente, prejudicial à eficácia e regularidade da ação administrativa.

Vê-se, pois, que é de interêsse coletivo o reconhecimento, em princípio, da validade dos atos praticados pelos agentes de fato. Tal reconhecimento deverá, entretanto, ser precedido, quando pôsto em dúvida, do exame minucioso das circunstâncias, para evitar que indivíduos de má-fé possam intervir, sem motivo plausível, no funcionamento dos serviços públicos. Antes de reconhecer a validade dos atos jurídicos assim praticados, devem os juízes proceder a um exame minucioso da natureza dos atos e das circunstâncias de fato nos quais foram êles realizados, é a advertência de Jèze, [3] também feita por Bonnard.

Aludindo às conclusões de direito em exame, Ruiz y Gómez ensina que, como esta teoria, baseada em considerações de interêsse geral, rompe os moldes de aplicação do direito estrito, deve ter caráter excepcional, aplicando-se sòmente nos casos especiais e concretos que a justifiquem. Com efeito, só o exame dos casos permite distinguir o exercício de fato que será de admitir-se, da usurpação da função pública.

De um modo geral, podemos dizer com Marcello Caetano que o que caracteriza o funcionário de fato é a plausibilidade da investidura e o exercício público e pacífico das funções no interêsse geral. Ésses caracteres são questões de fato.

Tal é a lição de Jèze, quando ensina que, para se resolver a questão de saber se numa determinada hipótese ocorre a figura do funcionário de fato ou a de usurpador, é preciso recordar as razões de utilidade pública que fundamentam a teoria dos funcionários de fato. Trata-se de assegurar ao público, escreve Jèze, aos terceiros interessados nos atos dêsses agentes, a validade dêsses atos como se tivessem sido praticados por funcionário regular. É preciso assegurar o funcionamento normal e contínuo dos serviços públicos. Sendo assim, o interêsse dos terceiros só é legítimo e merece ser protegido enquanto o público acreditou e pôde, razoàvelmente, acreditar que o indivíduo que exercia a função era

[3] *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, La Notion de Service *Public*, 3.ª ed., 1930, p. 295.

agente regular. O funcionário de fato é, pois, o indivíduo que exerceu uma função pública por efeito de uma investidura plausível. [4]

É a consideração pela boa-fé daqueles que trataram com um funcionário cuja investidura era, como escreve Marcello Caetano, na aparência aos olhos do público, de todo regular. Havia a aparência de uma situação de direito.

Para Ruiz y Gómez, são características essenciais da noção do funcionário de fato: a) o exercício anormal duma função pública, seja por irregular investidura, seja pela permanência além do têrmo normal para êsse exercício; b) o exercício plausível, ou seja, o exercício público e pacífico, por sua aparente legalidade para o público e superiores ou pelo assenso ou beneplácito da coletividade. [5]

Podemos, de conseguinte, assim resumir as notas próprias do agente de fato. Investidura plausível, exercício público e pacífico, função exercida em benefício do interêsse geral e não particular. Tais circunstâncias de fato deverão ser apreciadas em cada caso. O juiz deverá ter em consideração as circunstâncias políticas ou sociais em que o indivíduo ocupou a função, observa Jèze, o tempo durante o qual êle a exerceu: deverá examinar se o exercício da função foi público, pacífico, normal; se o público considerou o agente como funcionário regular, se as outras autoridades públicas o trataram como tal. Essas as circunstâncias que interessam e não a natureza da irregularidade da investidura. Se a investidura não é plausível o agente será um usurpador. [6]

Em cada caso será necessário, pois, atender aos fatos, às circunstâncias, os quais nos dirão se o exercício do cargo é ou não plausível.[7] Elemento útil de apreciação será o relativo à boa-fé do próprio agente de fato, sob o aspecto da ignorância, em que estaria quanto ao vício da investidura e no tocante à prestação do trabalho no interêsse da administração e não apenas no seu próprio.

O de que se cuida, afinal, na discutida teoria do funcionário de fato, é de saber da validade dos atos praticados por êsses agentes e dos direitos que defluem da relação que se estabelece entre êles e a Administração Pública. Esta é, por certo, uma relação funcional. Essa relação, di-lo Ruiz y Gómez, é de interêsse público e se rege por normas gerais estabelecidas, ou por princípios de direito de caráter jurisprudencial.

Os princípios já examinados levam, segundo vimos, à inferência de que os atos realizados pelos funcionários de fato têm eficácia jurídica igual àqueles praticados pelos funcionários de direito. Em cada caso, será mister verificar se o exercício de fato da função se configura, se há investidura plausível, de aparência regular para o público e superiores, e, sendo assim, deve-se reconhecer validade jurídica aos

[4] Ob. cit., p. 298.
[5] Ob. cit., p. 508.
[6] Ob. cit., p. 299, 301.
[7] Ruiz y Gómez, ob. cit., p. 510.

atos praticados pelo agente de fato, ainda que seja irregular a sua situação funcional.

A situação será diferente se ocorre usurpação da função. Vejamos como se apresenta a figura do usurpador. Segundo Marcello Caetano, o usurpador não se confunde com o funcionário de fato e a êle se não aplicam os princípios de direito que estamos examinando. Todo indivíduo que se arroga a qualidade de agente administrativo, sem nenhuma investidura, pela fraude ou violência, e para satisfazer interêsses privados, é usurpador. [8]

Sempre que a função de fato não se fundamenta nos caracteres já enunciados, tôda vez que o exercício não encontra esteio de direito na boa-fé dos administradores e no interêsse positivo da Administração, trata-se de usurpação, pois não há investidura plausível.

Por isso, e com acêrto, Jèze considera usurpador de função o agente que não tem investidura plausível. Nestes casos, ensina Marcello Caetano, o usurpador cometeu um crime, punido pela lei penal; os seus atos são absolutamente nulos e a ninguém podem aproveitar. [9] Igual a lição de Ruiz y Gómez: "No sucede lo mismo con el usurpador. Este ingresa o se mantiene en el cargo sin las condiciones antes expuestas: no cuenta con el beneplácito del público, ejerce tal vez el cargo con la oposición del que lo tenía e de aquel a quien corresponde o contra la voluntad de sus superiores; ante la opinión pública el ejercicio del cargo es a todas luces ilegítimo. Sus actos no tienen eficacia jurídica; son nulos desde su origen; no requieren una anulación posterior". [10] Observa, porém, o referido administrativista que, não obstante a lição expendida, poderá ser de conveniência pública ou geral que os atos do usurpador tenham eficácia jurídica. Nesse caso, o órgão competente do Estado deve reconhecer essa eficácia, total ou parcialmente. Mas nem por isso o usurpador deixa de sê-lo, pois sòmente terão eficácia os atos expressamente convalidados. Não se trataria, pròpriamente, de ratificação do ato, porque êste é nulo. O que se faz, é reconhecer, dar eficácia jurídica, por efeito de um ato nôvo, a um ato nulo anteriormente praticado.

Resumindo as suas conclusões gerais, a respeito do tema, formula Jèze, os seguintes princípios:

a) os atos praticados pelos usurpadores são jurìdicamente inexistentes;

b) Em período normal, são jurìdicamente válidos os atos dos funcionários de fato, desde que o autor do ato tinha tôdas as aparências de agente público regular e a opinião comum o considerava como regularmente investido da função;

c) em tempo de crise política ou social — guerra civil, revolução, epidemia, nos casos em que as autoridades regulares tenham deixado

[8] MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 293.
[9] Ob. cit., p. 203.
[10] Ob. cit., p. 512.

os seus cargos, são jurìdicamente válidos os atos praticados de boa-fé, pacífica e pùblicamente, por indivíduos não regularmente investidos duma função, mas em virtude de uma investidura dada pelos habitantes ou pelas autoridades públicas superiores, desde que êsses atos sejam tendentes a assegurar a continuidade do funcionamento dos serviços públicos essenciais e que sejam da competência legal das autoridades públicas afastadas. [11]

Quanto aos efeitos jurídicos da relação que se estabelece com a Administração Pública, — enquanto no exercício do cargo o funcionário de fato é igual a outro servidor público, relativamente a deveres e responsabilidade. Mas, e no que diz respeito aos direitos decorrentes da relação de emprêgo? Pode o agente haver vantagens decorrentes do trabalho prestado na qualidade de funcionário de fato?

Jèze assim propõe a questão: em que medida o funcionário de fato pode, em face da Administração, invocar, em proveito próprio, a ocupação irregular da função?

As vantagens que poderiam ser pleiteadas seriam a retribuição, a promoção, a aposentadoria, etc.

Em regra, assevera Jèze, em seu benefício não pode obter vantagem o funcionário de fato. É o que a lei e a jurisprudência francesas concluem. O que êle poderá é ser indenizado até a medida do enriquecimento indevido que teria propiciado à Administração.

Esta solução é lógica, continua Jèze: para obter uma vantagem pessoal, é preciso apresentar um título regular. É ùnicamente no *interêsse do público,* no interêsse do *bom andamento dos serviços públicos,* que os atos dos funcionários de fato são considerados válidos. A solução acima apontada é, além disso, de grande vantagem prática: é de natureza a desencorajar os usurpadores de funções e as investiduras irregulares. Eis um resultado prático excelente. Todavia, prossegue ainda Jèze, é preciso indagar se o princípio enunciado não deve ser combinado com outros dois princípios incontestados do direito público francês atual: a Administração não deve enriquecer-se sem causa, em detrimento de outrem.

Desde que um indivíduo é funcionário de fato ùnicamente por *falta* ou por *fato* dos chefes do serviço, aquêle que, de boa-fé, ocupou irregularmente a função deve ser indenizado do prejuízo que sofreu, e receber retribuição pecuniária pelo serviço que prestou de boa-fé. [12]

Versando êste aspecto do problema, assim se manifesta Bielsa: de acôrdo com a nossa classificação de direitos, se impõe uma diferenciação preliminar entre direitos derivados da nomeação e direitos criados pela prestação do serviço. Entre os primeiros está o direito à estabilidade, o de promoção. Entre os segundos compreendem-se especialmente os direitos pecuniários: o sôldo, a indenização, a pensão. Desde logo, cumpre salientar que a questão da boa-fé é importante

[11] Ob. cit., p. 307.
[12] JÈZE, ob. cit., p. 380-381.

não só no que concerne à responsabilidade, mas também quanto aos direitos derivados do emprêgo. É funcionário de boa-fé o que não conhece o vício de sua designação, ou o que, conhecendo-o, exerce a função no interêsse positivo da Administração, em cujo caso procede como um gestor de negócios naquela atividade que êle realiza ùtilmente para a Administração, salvo o caso de oposição das autoridades. É também de boa-fé o funcionário de fato, quando, questionada a validade do título de designação, exista, entretanto, uma presunção de legitimidade.

Mas a questão pràticamente de interêsse é a da legitimidade da retribuição. É indiscutível, como regra, *o direito* a ela, que tem o funcionário de fato de boa-fé. Esta solução não decorre de aplicação rigorosa ou lógica de princípios do estatuto dos funcionários, nem dos da doutrina contratual, mas do *enriquecimento sem causa* que para a Administração Pública implicaria a isenção da obrigação de pagar, e também de considerações de moralidade administrativa, [13]

Por sua vez, Ruiz y Gómez, já tantas vêzes referido, indaga: pode o funcionário de fato cobrar retribuição por desempenhar o cargo, conseguir promoção, aposentadoria, etc.? A aplicação dos princípios gerais, responde, nos conduz à solução negativa destas questões: só os funcionários regulares ou de direito podem invocar tais vantagens. Entretanto, considerações muito de atender, de outra natureza, e de interêsse geral, nos levam a outras respostas.

Quanto à retribuição, o funcionário de fato não está obrigado a devolver o que já percebeu, e tem ainda o direito de reclamar as mensalidades ainda não pagas, pois isso é apenas a *recompensa* a quem de boa-fé prestou um serviço, seja como indenização e não retribuição, ou seja, e melhor, em aplicação do princípio geral de que ninguém deve enriquecer a expensas de outrem.

Em relação ao acesso, entendemos que se o funcionário está em exercício e preenche as condições para a promoção, deve ter as mesmas considerações que um funcionário regular, não em atenção a quem desempenha o cargo, mas pelo serviço público, que exige êsse reconhecimento, pois a sua negação seria reconhecer a ilegalidade do exercício do cargo.

Em matéria de aposentadoria, entendemos que o tempo do exercício de fato deve ser computado. A aposentadoria não é tanto uma decorrência da situação funcional, mas, ao contrário, um assunto de previdência. Uma solução contrária seria injusta e atentatória dos princípios que impulsionem tôda a legislação sôbre seguros sociais.

Não sucede o mesmo com o usurpador de funções. Êste não deve ter direito nem a indenização por serviço prestado, nem a que se lhe compute o tempo de serviço para o efeito de aplicação das disposições sôbre aposentadoria. No máximo, poderia lhe ser concedido o reem-

[13] Ob. cit., p. 26-27.

bôlso de qualquer quantia por êle despendida no exercício de seu cargo, por aplicação da teoria do enriquecimento indevido.

O funcionário de fato, como funcionário regular aparente ou como funcionário irregular com aquiescência da coletividade, está sujeito à mesma responsabilidade do funcionário de direito, pois esta existe para o bom desempenho da função pública. O mesmo se dirá do usurpador, com a particularidade ainda de que êste está sujeito à responsabilidade penal decorrente do exercício ilícito da função pública. [14]

Tais princípios, estabelecidos pela doutrina, desde logo podemos admiti-los como de adequada aplicação entre nós. Aqui, as aplicações práticas dos princípios enunciados se têm cingido ao pagamento do exercício de fato da função pública. Na conformidade de reiterada jurisprudência administrativa, se tem entendido que a prestação do serviço público, por agente irregularmente investido, deve ser retribuida, desde que o serviço tenha sido prestado de boa-fé e no interêsse positivo da Administração.

Princípios jurídicos de ordem geral estribam essa conclusão, como vimos. São êles a proibição jurídica do enriquecimento sem causa e considerações de eqüidade e moralidade administrativa.

[14] RUIZ Y GÓMEZ, ob. cit., p. 514.