

A função pública e o seu regime jurídico (*)

Themístocles Brandão Cavalcanti

Procurador da República no Distrito Federal

IV

Funcionários de fato — natureza — definições. Classificação — diversas espécies — Constantineau — Gabino Fraga — Dana Montañó — G. Jêze. — Exercício da função pública em épocas anormais — funcionários aparentes — teorias diversas — do êrro comum — do interesse público.

FUNCIONÁRIOS DE FATO

O estudo da função pública, encarada em seu sentido genérico sugere, antes de examinarmos a definição do "funcionário público", o estudo dos "funcionários de fato", compreendidos entre êstes todos quantos exercem cargo público sem investidura especial ou em virtude de uma investidura considerada mais tarde como irregular.

O funcionário de fato é, portanto, em seu sentido mais genérico, aquele 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 aqueles casos excepcionais em que os particulares colaboram com a administração independentemente de sua integração no aparelho administrativo ou no quadro dos seus funcionários.

Esta última hipótese ocorre principalmente nos períodos anormais, quando a necessidade impõe uma colaboração mais direta das pessoas estranhas à administração afim de prover às necessidades do serviço público paralisado.

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

Neste caso os indivíduos devem ser considerados como funcionários de fato, segundo a lição de JÊZE, 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 aquele que exerce o cargo ou 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.

Veremos antes de tudo, como estas duas hipóteses se desdobram, de acôrdo com os numerosos casos verificados na prática.

Veremos em séguida quais as condições necessárias para que se considere a existência do *funcionário de fato*.

Finalmente mostraremos como se justificam e legitimam os atos por êles praticados.

(*) Em nosso artigo publicado no número anterior, citámos, à pag. 37, 2.^a coluna, o artigo 56, n.º 14, da Constituição. Trata-se de evidente equívoco, visto como a redação do trecho citado é da Carta Constitucional de 1937 — art. 74, letra l

A correção deve estender-se também ao período seguinte, no qual, de acôrdo com a Constituição de 1934, nos referimos à autonomia das Secretarias da Câmara e do Senado, dos Tribunais judiciários e do Tribunal de Contas, regime êsse derogado pela Carta de 1937.

CONSTANTINEAU (1) conhece sete categorias de *funcionários de fato*, segundo a natureza do defeito de seu título, a saber:

1) funcionários sem nomeação ou eleição conhecidas;

2) funcionários nomeados ou eleitos por determinado período, que atuam antes de iniciado ou depois do mesmo terminado;

3) funcionários em exercício, sob o pretexto de terem sido nomeados ou eleitos, mas cuja nomeação ou eleição é defeituosa por serem inelegíveis ou terem sido julgados incapazes de exercer o cargo;

4) funcionários eleitos ou nomeados sem os requisitos legais para o seu exercício;

5) funcionários em exercício em virtude de nomeação ou eleição irregular;

6) funcionários que exercem o cargo nomeados ou eleitos por autoridades ou corporações não autorizadas;

7) funcionários em exercício em virtude de uma eleição ou nomeação fundadas em ou de acordo com uma lei inconstitucional.

Acrescentaremos: funcionários nomeados em substituição a outros funcionários, cuja demissão foi considerada ilegal e que reverteram ao antigo cargo.

Parecem-nos mais acertadas, porém, a definição de VITTA (2) e a discriminação que a acompanha. Segundo VITTA, *funcionário de fato* é aquele que "detem 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 discriminação deveria, a rigor, abranger, como o fazem alguns autores, as anormalidades mais profundas que excluem até a aparência de legitimidade ou de legalidade, mas que se justificam em benefício do interesse público.

GABINO FRAGA Jr. (3) distingue:

1) o funcionário de direito, aquele que goza de uma investidura regular, isto é, revestida de todas as exigências e formalidades legais;

2) o funcionário de fato, aquele que, embora tendo investidura, tem-na, porém, irregular e, além de tudo, dando a impressão de ter sido a mesma legal;

3) o usurpador, aquele que não tem investidura e tão viciada a que tem que nem sequer aparenta possuí-la. O autor faz ainda uma distinção sub-dividindo a categoria dos funcionários em duas outras categorias, a saber:

1) funcionários de fato, em época normal;

a) os indivíduos que, sem reunir as condições legais para um cargo, são nomeados ou eleitos e sua designação foi anulada depois de ter praticado certos atos próprios da função;

b) aqueles regularmente investidos de uma função, que praticam atos jurídicos depois de abandonar legalmente o exercício da função de órgão do Estado;

2) funcionários de fato, em época anormal quer dizer quando sobreveem uma alteração na ordem jurídica existente (guerra civil, motim, insurreição) são aqueles indivíduos que, ou espontaneamente ou designados pelos habitantes ou pelas autoridades superiores, mas fora das normas legais de investidura, desempenham funções relacionadas com atribuições do Estado.

Temos para nós que a divisão geral feita por GABINO FRAGA, de épocas normais ou anormais, deve ser aceita, principalmente diante

(1) *A Treatise on the de facto doctrine* — Toronto — 1910 — pg. 143 e segs. citado por Salvador M. Dana Montañó — p. cit.

(2) *Il funzionario di fatto* — in *Rivista di Diritto Pubblico* — ano XV — parte I — pg. 482 — apud Salvador Dana Montañó — *Principios de Derecho Publico* — Vol II. pg. 126 — Santa Fé — 1937.

(3) *Derecho Administrativo* — pg. 183.

da nossa realidade (4), embora as discriminações de VITTA e CONSTANTINEAU atendam melhor a variedade da primeira hipótese.

Outras distinções podem ser feitas, como por exemplo entre o vício da investidura em razão da falta do funcionário ou da autoridade de quem emanar o ato.

Neste último caso enquadra-se o estudo na teoria dos governos de fato. GABINO FRAGA e SALVADOR MONTAÑO, por exemplo, estudam as duas questões em um mesmo capítulo, embora este último considere o problema relativo ao *funcionário* como de direito administrativo e aquela relativa ao governo como de direito constitucional.

O vício que infirma de nulidade a nomeação pode ter caráter formal, pela falta de cumprimento de exigências e formalidades regulamentares de natureza extrínseca (falta de concurso, aprovação etc.) (5), ou material quando não tenha o funcionário nomeado condições legais para exercer o cargo (idade, sexo, etc.).

Todas essas questões, porém, estão ligadas a um mesmo problema qual o do provimento do cargo e o seu exercício, embora com infração das disposições legais. *Funcionário de fato* opõe-se aí, a *funcionário de direito* — isto é, aquele que foi provido no cargo com obediência às disposições legais.

Outra hipótese interessante é a seguinte:

Pode ocorrer também que o funcionário tenha sido legalmente investido em substituição a outro cuja demissão foi mais tarde considerada ilegal. Neste caso, embora se verifique a volta do funcionário ao seu antigo cargo, não se legitima por isso a impugnação aos atos praticados por quem o substituiu.

Nessa hipótese havia uma investidura, o ato da nomeação revestiu-se de todas as condições intrínsecas e extrínsecas para a sua validade e, por conseguinte, não ha como infirmar de vício ou nulidade os atos emanados da autoridade que os praticou, mesmo quando se verificar a sua destituição, de acôrdo com o princípio firmado no artigo 173 da Constituição de 1934, não reproduzida na de 1937, que assim dispunha:

"Invalidado por sentença o afastamento de qualquer funcionário, será este reintegrado em suas funções, e o que houver sido nomeado em seu lugar ficará destituído de plano, ou será reconduzido ao cargo anterior sempre sem direito a qualquer indenização".

A investidura do novo funcionário nesses casos é perfeitamente regular, devendo a falta ser atribuída no ato do afastamento irregular do substituído.

Apesar disso, porém, a Constituição de 1934 levou as consequências do ato ilegal até às últimas, atingindo mesmo aquele que fora irregularmente provido pelo fato de se ter de considerar inexistente a vaga.

Como já tivemos ocasião de observar (6), "este dispositivo, embora não tenha sido incluído no texto da Constituição de 1937, contem princípio geral de direito, suscetível de aplicação". E agora acrescentaremos: convem, no entretanto, que a lei ordinária regule a situação desses funcionários porque a questão interessa, em sua essência, a própria investidura (7).

PERÍODOS ANORMAIS

Ha um interesse evidente em que se tenham como legítimos os atos praticados pelos funcionários de fato, salvo naturalmente os casos de usurpação (8) manifesta quando cabe ao poder público acautelar os interesses coletivos.

A importância do assunto é grande, principalmente em matéria judicial, fiscal, de registro, etc., quando os interessados agem de boa fé e cumprem o seu dever, sem maior exame da natureza e origem da investidura.

Os exemplos são numerosos e vale a pena sobre eles fazer pequena dissertação.

Governos revolucionários. Os atos praticados pelos funcionários nomeados pelos Governos revolucionários, especialmente, fazem objeto de largas divergências.

Os autores, por exemplo, distinguem os governos insurretos daqueles constituídos em conse-

(4) Roger Bonnard — *Précis de Droit Administratif* — pg. 218 — faz também a distinção.

(5) Dalloz — *Répertoire* — vol. — *Obligation* — n.º 3060 — não considera nulos os atos praticados por esses funcionários.

(6) *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* — 2.ª ed., vol. II — pg. 602.

(7) Ver também B. Geny — *Collaboration des administrés avec l'administration* — pg. 122.

(8) É preciso observar que o interesse público sempre pode autorizar o reconhecimento da legitimidade de certos atos desde que estes se achem compreendidos entre os indispensáveis ao funcionamento de Serviços sem os quais ter-se-ia de paralisar a vida da coletividade.

quência de uma revolução mas definitivamente constituídos.

A doutrina geralmente sustentada é que os insurretos, quando praticam atos de governo, são meros usurpadores devendo se ter os seus atos como inexistentes. Foi o que ocorreu notadamente na França com relação a certos atos praticados pelos funcionários da Comuna de Paris em 1871. Segundo refere ROGER BONNARD (9), os impostos a eles pagos não foram considerados legitimamente pagos, sem força liberatória, portanto, (ac. 27 — Nov. 1872 — S. 1873 — I — 299).

Mas é o próprio autor quem faz restrição à doutrina mostrando que o princípio não pode ser levado a rigor. Quando se trata, por exemplo, da execução de um serviço público, que precisa subsistir e que não pode ser exercido por um funcionário regular, força é de convir que deve se ter o ato como legítimo, pelo menos em relação ao interessado.

O caso do registro civil é típico e nenhum inconveniente existe em que se tenha o mesmo como perfeito quando realizado por funcionários de fato em épocas anormais. O fundamento dessa legitimidade decorre, nesta hipótese, mais da necessidade e do interesse público do que do exame da investidura ou do erro comum, que não existe.

Temos entre nós um caso relativamente recente, verificado durante o movimento chamado constitucionalista iniciado em S. Paulo em 1932.

O decreto 21.640 de 18 de julho de 1932, expedido pelo governo constituído durante aquela insurreição contra o Governo central declarou nullos e de nenhum efeito os atos praticados pelos funcionários insurretos, que estivessem participando do movimento subversivo.

Naquele mesmo ano, porém, o Governo Provisório por decreto n. 21.517, de 13 de junho de 1932, revalidara os atos praticados por autoridades revolucionárias, juizes e serventuários forenses, que haviam sido nomeados pelas autoridades revolucionárias mais tarde vitoriosas em outubro de 1930.

Temos aqui as duas hipóteses; no primeiro caso, em 1932, o movimento foi sufocado, os atos praticados pelos insurretos só poderiam ter sido revalidados de direito, pela vitória do movimento, o que não ocorreu; no segundo caso, em 1930, vitoriosa a revolução, embora revalidadas as investidas de fato pela vitória, por uma superfectação

perfeitamente desfavorável, dois anos mais tarde, o governo constituído pôs termo às controvérsias.

E assim tem sido entendido pela doutrina, porque o decreto que revalidou aqueles atos era tão legítimo quanto os dos funcionários, porquanto nasceu do *fato*, de uma legalidade oriunda do sucesso obtido graças ao apóio que mereceu da maioria da nação.

E aqui poderíamos penetrar no âmago da questão mostrando como seria precária a ordem jurídica si ela não se assentasse também *no fato*. Mas não é preciso. Ai temos toda a jurisprudência reconhecendo a legalidade dos atos praticados pelo Governo Provisório, que tiveram até o privilégio, declarado pelo artigo 18 das disposições transitórias da Constituição de 1934, de não poderem ser examinados pelo poder judiciário. (10)

E' que o Governo revolucionário constituiu-se por si mesmo, dispensou o processo legal de eleição e manteve-se pelo assentimento da Nação (11).

Por conseguinte, embora tenha-se de fazer restrições quanto aos atos praticados pelos insurretos vencidos, cuja legitimidade só pode ser reconhecida por uma imposição veemente do interesse público, o mesmo não se poderá dizer dos funcionários nomeados pelos governos constituídos por processos extra-legais.

A ausência completa da administração regular impõe às vezes a ocupação dos cargos por pessoas estranhas em absoluto à administração e ao serviço público.

Durante as guerras êsses fatos são comuns WALINE (12) refere dois exemplos ocorridos em 1914, quando os interesses municipais de Chalons sur Marne e Soissons foram protegidos, respectivamente, por um bispo e uma mulher.

Nos períodos revolucionários também êsses fatos são comuns, como já salientámos (13).

Mas, si podem e devem aproveitar a terceiros êsses atos, não é menos certo que os funcio-

(9) *Précis de Droit Administratif* — pg. 218.

(10) Bento de Faria — *Aplicação e retroatividade*, pg. 170.

(11) Ver Gabino Fraga — op. cit. O conceito internacional dos governos de fato.

(12) *Théorie générale du Droit Administratif*, pg. 426.

(13) Grotius (*De jure belli ac pacis*, libr. 1, cap. 4, § 15) já sustentava que os atos praticados durante as guerras, pelos juizes e autoridades judiciárias, deveriam ser mantidos, embora reconhecida a usurpação — Ver Dalloz — *Répertoire* — verb. obligations.

nários de fato não se podem beneficiar com a situação irregular em que se encontram, desde que seja reconhecida a ilegalidade de sua investidura (14).

A nossa legislação penal, pune, em seus artigos 224 e segs. a usurpação de cargos públicos e o seu exercício sem investidura (15).

Pode se mencionar também o art. 10 da Constituição de maio de 1937, que declarou a responsabilidade do governo de Huerta (16).

Outro caso muito conhecido na jurisprudência francesa é o dos casamentos de Montrouge (17): um conselheiro municipal a quem o prefeito de Montrouge havia delegado irregularmente funções de oficial do registro civil, realizou, no exercício dessa função, diversos casamentos.

O Tribunal do Sena anulou os atos praticados irregularmente, sob o fundamento da falta de investidura legal do funcionário. A Corte de Cassação, porém, com fundamento no erro comum e no interesse público reconheceu a legitimidade dos aludidos casamentos.

Deve se ter como legítima a investidura exercida normalmente e sem oposição do poder público e admitir a validade dos atos praticados pelos funcionários de fato, pelo menos em relação a terceiros.

Não cabe ao público em geral investigar, em cada caso, o título e a legalidade da investidura.

São de GASTON JÊZE as seguintes considerações bem sugestivas (18):

“Que l'on passe en revue les différents services publics et l'on verra que les choses se passent toujours ainsi. Le justiciable ne connaît pas les juges; l'administré ne connaît pas les autorités de police etc. Ils croient raisonnablement que les individus qui siègent paisiblement dans les locaux officiels, sont régulièrement investis.

Il n'y a pas de service public possible si le public doit, à ses risques et périls, avec toute la subtilité d'un juriste averti, vérifier à chaque instant la régularité de l'investiture de celui qui se présente a lui, paisiblement et publiquement, avec l'assentiment général, comme le fonctionnaire régulier. Il n'y a pas non plus de fonctionnement régulier des services publics possible si, avant d'obéir aux autorités publiques, les individus doivent exiger

autre chose que les apparences de la régularité”.

Estas considerações puramente objetivas representam, a nosso ver, a verdadeira justificação da doutrina do interesse público e da presunção que se deve admitir em favor da legitimidade do ato.

O direito americano consagra os mesmos princípios geralmente aceitos pelos outros países, conforme tem sido reiteradamente afirmado pela Jurisprudência da Suprema Corte (19), de acordo aliás, com os princípios já definitivamente firmados pela “*common law*” e pelo direito saxônico.

A doutrina, portanto, mais generalizada é aquela que nos expõe o professor FRANCISCO CAMPOS (20) em um dos seus lúcidos pareceres:

“A irregularidade na investidura das funções públicas não induz a nulidade dos atos praticados pelo funcionário irregular, desde que tal irregularidade não assumo 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 exercendo regularmente os atos que são por lei designados à sua competência seja, de fato e de direito, depositário incontestável e legítimo da parcela de poder público que lhe é atribuída pela sua competência legal”.

(14) Bento de Faria — *Anotações do Código Penal* — II — pg. 271 — Thomaz Alves — *Anotações do C. Criminal* — II — pg. 493 — Chauveau — *Théorie du Code Penal* — vol. III.

(15) Ver Goodnow — *Droit Administratif des Etats Unis* — pg. 287.

(16) Ver Gabino Fraga Jr. — *Derecho administrativo* — pg. 190.

(17) Dalloz — *Répertoire* — verb. — *Obligations* — menciona diversos outros casos.

(18) *Les principes généraux du droit administratif* — vol. II — pg. 290.

(19) Ver Goodnow — *Les principes du droit administratif des Etats Unis* — pg. 287 — onde se encontram mencionados alguns julgados clássicos — State — us — Carrol — 38 — Com. 449 — Dolan — us — Mayor, 68 — N. Y., 274.

(20) *Pareceres* — 1934 — pg. 117.

FUNDAMENTOS DAS DOCTRINAS QUE ADMITEM A LEGITIMIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS DE FATO

A consequência lógica do que expusemos seria a ilegalidade e consequente nulidade dos atos praticados por funcionários sem a necessária investidura legal. Mas a doutrina não tem encarado a questão sob um prisma tão restrito, sob diferentes fundamentos tem sido reconhecida a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato, atendendo a consideração da maior relevância como veremos em seguida.

As principais teorias são:

- 1) a do *êrro comum*;
- 2) a da *investidura aparente*.

Acrescentariamos também a do *interêsse público*, que exprime talvez muito mais a realidade. Examinaremos cada uma por sua vez.

TEORIA DO ÊRRO COMUM

A teoria do êrro comum é uma das mais invocadas, em direito administrativo, para justificar a validade dos atos praticados pelos funcionários de fato, depois de reconhecida a irregularidade dos seus atos ou de sua investidura.

A teoria do êrro comum é tomada de empréstimo ao direito civil e tem as suas origens no mais remoto direito romano (21).

Origem da teoria — Os civilistas encontram a sua origem na celebre lei *Barbarius Philippus* (3 D. *De officio praetorum*) de onde também provém a regra "*Error communis facit jus*" encontrada mais tarde em outro trecho.

A questão suscitada no texto romano versava sobre a legitimidade dos atos praticados por um escravo, eleito, por ignorância do seu estado, pretor. Questão que mereceu de Ulpiano a solução favorável à validade do ato — "*verum puto nihil eorum reprobari hoc enim humanius est... propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt*".

Outros textos podem ser mencionados no mesmo sentido (22), mas aquele que envolve a aplicação da *legge Barbarius* é do maior interêsse para nós, por isso que envolve a apreciação de interêsse de direito público, qual seja a da legiti-

midade de uma eleição e da investidura dela proveniente conferida por êrro do estado.

O princípio da soberania popular está bem reafirmado na palavra de Ulpiano, bem como a natureza do êrro que levou o povo a conferir dignidade tão elevada a um escravo. "*Si fecisset servum esse, liberum fecisset... potuit etiam populus humanus servo decernere hanc potestatem*" (23).

No direito romano numerosos são os textos referentes ao assunto, embora aquele já mencionado ofereça maior interêsse no terreno do direito público (24).

(21) O êrro é uma das causas de invalidade e nulidade dos atos administrativos. Segue-se, neste particular, a doutrina geral do direito civil, applicando-se no entretanto as suas normas de acôrdo com os princípios sobre que assenta o direito público, especialmente o administrativo.

Ha uma razão de ordem pública que leva a considerar a teoria das nulidades, em direito público, sob um prisma mais amplo, afim de melhor assegurar a estabilidade dos negócios juridicos (ver *Cino Vitta* — I — pg. 380 — *Ver Th. Demogue* — I —).

E' preciso ainda levar em conta a situação peculiar às pessoas de direito público quanto à forma de manifestação da vontade.

Na esfera do direito público é preciso sempre ter em vista o interêsse público, que pode justificar muitas vezes a nulidade do ato por êrro de fato, considerado este dentro de um critério muito mais liberal do que aquele geralmente seguido na esfera do direito civil.

E' preciso, porém, considerár somente a nulidade do ato abstraindo a questão da reparação do dano causado, que se deve orientar por outros princípios de direito que não vem no caso estudar.

(22) L. IC. *de testam. et quemadm. testam. ad.* (VI, 23) — ainda — § 71 *Ist. de testam. ordinandio* (II, 10) — finalmente L. 2. C. *de sententiis et interlocutionibus omnium judicum* (VII, 45) — para só citar alguns exemplos.

(23) Ver o estudo detalhado com os textos da Lei *Barbarius* e de Ulpiano in — *Principi generali delle leggi*, no *Corso di Diritto Civile Italiano*, de Francesco Saverio Bianchi. n.º 14 — ver tambem — *Merlin. Répertoires* — verb. *Erreur*.

(24) Podem ser mencionados os seguintes:

L. 3. Dig. *de officio praetoris* (I, 14).
L. 1 C *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinamentum* (V, I, 23).

L. 2. C. *de sententiis et interlocutionibus omnium judicum* (VII — 45).

L. 3. Dig. *de Senat. Maced.* (XIV, 6) ver — sobre este assunto Bianchi — op. cit. *Sociologia* — *Dizionario di Diritto Privato* — verb. *Erros communis facit jus*.

Como geralmente acontece, porém, os textos romanos, nem podiam encarar as questões como hoje elas se apresentam, nem previam hipóteses criadas pela vida moderna.

O texto de onde se tirou o aforisma "*error communis facit jus*", referia-se a uma disposição testamentária e à interpretação que se lhe poderia dar. (395 in p. D. *De supellectili legata*). No aludido trecho encontram-se aquelas palavras.

O direito francês consagrou a doutrina e todos os autores do *Code Civil* estiveram de acôrdo com o principio (25).

Modernamente, naquele país, estudaram a questão, vários autores, especialmente DEMOGUE, em seu magistral tratado das obrigações, onde encarou a tese sob todos os seus aspectos e onde se encontra uma valiosa bibliografia. São conhecidos também os trabalhos de JÉZE e uma tese de ROUSSEAU.

A teoria do êrro comum, porém, se nos afigura deficiente para explicar as numerosas aplicações do principio e justificar a legitimidade de certos atos e o exercício da função pública em determinadas condições em que a irregularidade é patente.

A justificação da regra *error communis facit jus*, a lição é de DEMOGUE (26), encontra-se na necessidade dos negócios, de sua segurança dinâmica. E' preciso haver segurança no negócio desde que se proceda com prudência. A aparência também deve ser levada em conta, porque não se pode conhecer o íntimo das cousas. Quando se procede com prudência deve se merecer proteção, mesmo quando induzidos em êrro ou engano.

A teoria do êrro comum, portanto, só se justifica com fundamento no interêsse público que é, afinal, a razão de ser de toda a transigência com a aplicação rígida da lei.

Por isso mesmo vamos passar em revista os demais principios que legitimam os atos praticados por funcionários de fato.

A INVESTIDURA APARENTE

A outra teoria com que se pretende justificar a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato é a da investidura aparente.

E' bem de ver que essa teoria só se torna aplicável quando não tenha a pessoa que exerce a função qualquer investidura legal, isto é, não tenha sido provida no cargo pelos meios regulares, mas

que proceda como si efetivamente houvesse sido nomeada.

A teoria, como se vê, leva ao êrro comum, e justifica o êrro pela aparência de legitimidade que envolve o exercício do cargo. Mas, por outro lado, não se utiliza dessa ficção que é o pressuposto de que a generalidade dos indivíduos esteja em êrro, o que só pode ser admitido por mera ilação.

Os autores que trataram do assunto, como B. GENY (27), exigem, para que se verifique o caso da investidura aparente e se possa reconhecer a legitimidade dos atos praticados pelo funcionário aparente, o concurso de duas condições:

- a) o exercício de um ato praticado por um funcionário com investidura aparente;
- b) um interêsse no reconhecimento da validade dêsse ato.

O aspecto mais interessante da questão está naqueles casos em que o funcionário tem uma investidura qualquer mas falta-lhe competência para praticar o ato.

As hipóteses aqui são mais numerosas, e já interessam outras doutrinas como a do quasi contrato, da gestão de negócios, etc.

O funcionário que executa serviços públicos indevidamente, que utiliza verbas sem ter competência para tal, embora aplicando-as no serviço, são outras tantas modalidades de aplicação da doutrina.

A responsabilidade do funcionário, as consequências do ato por êle praticado em relação ao Estado e a terceiros, constituem outras tantas questões da maior relevância mas que só podem ser estudadas *in concreto*, de acôrdo com a peculiaridade de cada caso.

Mas, de um modo geral, os interêsses da administração, o interêsse público e os direitos de terceiros devem ser sempre acautelados, com a consequente responsabilidade do funcionário.

Já se vê, pelo que dissemos, que essas teorias se confundem com a de abuso de poder, excesso de autoridade, incompetência etc., o que torna ile-

(25) *Duranton* — Cons. de Dr. Fr. T. IX — in 109.
Demolombe — Cons. de Dr. Fr. T. XXI n. 220.

Troplong — Des don. entre vifs. — I. III n. 1686 e sgs. ver também, sempre citados — *Pothier* — Coutume d'Orleans — int. ao Tit. XVI — n. 14 in fine — e *Solon*, Tr. des nullités, n. 300 e sgs.

(26) Op. cit. fls. 437.

(27) *La collaboration des particuliers avec l'administration*. pgs. 117 e sgs.

gal e nulo o ato praticado com violação da lei. Mas, não somente a aparência da investidura pode levar a admitir-se a validade dos atos praticados por funcionários de fato, é preciso atender ao interesse público.

Finalmente é preciso mencionar a hipótese em que a própria lei reconhece a legitimidade dos atos praticados por funcionários cuja investidura é irregular, ou depende de aprovação posterior, mas permite o exercício da função.

E' o caso notadamente do cargo eletivo, quando o indivíduo diplomado depende do reconhecimento dos seus pares mas pode exercer o cargo e tomar parte nas deliberações.

E' ainda a hipótese em que a nomeação depende da aprovação de outro poder e que o funcionário nomeado praticou atos de administração ou jurisdicionais antes daquela aprovação (28).

Temos entre nós o caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no começo da República (29).

B. GENY cita também a hipótese da constituição e funcionamento irregular de uma Câmara sem protesto dos interessados (30).

Em todos esses casos, embora mais ou menos extensiva a irregularidade da investidura, no entretanto, admitem a lei e a jurisprudência a validade dos atos praticados por funcionários que logo depois, decaíram da função.

A matéria, como se vê, permite um desenvolvimento incompatível com a nossa finalidade, mas queremos deixar bem patente a complexidade do assunto e as ramificações que pode ter pelos outros capítulos do direito administrativo.

Em conclusão: deve-se atender, no estudo da doutrina, à posição respectivamente do Estado e de terceiros.

O Estado considera, antes de tudo, o interesse público, terceiros apelam para o *érro comum*, que faz pressupor a boa fé. A doutrina jurídica satisfaz a todos porque atende a todos os interesses.

A legitimidade das situações de fato, como geradoras de relações jurídicas é um dos pontos essenciais de toda a doutrina. O que ocorre nos casos anormais, de guerra, de revolução etc., serve bem para definir os termos da questão.

Quanto aos demais casos, verificados em período normal, é preciso levar em conta sempre o interesse público e de terceiros, mas também nunca admitir como regulares atos praticados com manifesta incompetência ou invasão de atribuições.

(28) Ver C. Maximiliano — *Comentários à Constituição* — n.º 352.

(29) Ver Eugene Pierre — *Traité de Droit Politique* e seus suplementos — ns. 1014 e seqs.

(30) *Colaboration des administrés avec l'administration* — pgs. 121 e seqs.