

Nesta aula será analisada a figura do agente público de fato, também denominado funcionário de fato.

Em síntese, esse agente é uma pessoa física que exerce funções públicas sem possuir a devida habilitação jurídica para tal. Como exemplo, pode-se citar um médico que atua em um hospital público sem ter sido aprovado em concurso, nomeado e empossado, atendendo a população como se fosse um profissional vinculado ao SUS.

Outra situação exemplificativa ocorre quando um indivíduo exerce uma função pública vinculada a um cargo que posteriormente se descobre que nunca foi criado por lei.

Diante disso, torna-se relevante analisar a validade dos atos praticados por esses agentes e as responsabilidades decorrentes.

Existem três principais hipóteses de agente público de fato.

Ausência de investidura

A primeira refere-se àquele que atua sem qualquer investidura formal, como um cidadão que decide atuar como fiscal de trânsito, controlando o trânsito e dando ordens a motoristas sem qualquer designação oficial.

Investidura irregular

A segunda situação trata de agentes com investidura irregular, como um indivíduo aprovado em concurso e nomeado, mas que começa a exercer as funções antes de ser formalmente empossado.

Investidura ilícita

A terceira hipótese abrange aqueles que atuam com investidura ilícita, como ocorre quando um servidor descobre que o cargo que ocupa nunca foi legalmente criado.

Tipo de investidura

Descrição

Ausência de investidura	Pessoa que exerce função pública sem qualquer designação oficial (exemplo: cidadão controlando o trânsito)
Investidura irregular	Indivíduo aprovado em concurso e nomeado, mas que começa a atuar antes da posse formal
Investidura ilícita	Servidor que ocupa um cargo que nunca foi legalmente criado por lei

Validade dos atos

Em relação à validade dos atos praticados por agentes públicos de fato, considera-se que, pelo princípio da segurança jurídica, tais atos podem ser mantidos eficazes desde que o destinatário tenha agido de boa-fé e que houvesse uma aparência de legalidade na investidura do agente.

Esse entendimento baseia-se na teoria da aparência, que confere validade aos atos administrativos praticados sob a presunção de legitimidade.

Critério	Efeito
Boa-fé do destinatário	Os atos podem ser mantidos válidos se o destinatário agiu sem má-fé
Aparência de legalidade	A presunção de legitimidade pode conferir validade ao ato
Segurança jurídica	A teoria da aparência garante a eficácia dos atos administrativos

Responsabilidade

No tocante à responsabilidade, pode-se falar tanto em responsabilidade criminal quanto em responsabilidade civil.

O Código Penal, no art. 324, tipifica como crime a assunção de função pública antes do cumprimento das exigências legais, bem como a sua continuidade após exoneração ou suspensão. O art. 328, por sua vez, criminaliza a usurpação de função pública.

Art. 324 - Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

No entanto, a responsabilidade criminal não se aplica a agentes de fato que atuam de boa-fé, como no caso daquele que ingressa em cargo público sem saber que este não foi criado por lei.

No âmbito da responsabilidade civil, há dois aspectos a serem considerados.

O primeiro refere-se à possibilidade de o agente de fato pleitear indenização pelo serviço prestado à administração pública, desde que tenha agido de boa-fé e em prol do interesse público.

O segundo aspecto trata da responsabilidade por danos causados a terceiros. O Estado pode ser responsabilizado civilmente se o terceiro tiver razões para acreditar na legitimidade da atuação do agente de fato, conforme o art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Art. 37. [...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por outro lado, se o agente atuar de má-fé, ele pode ser responsabilizado diretamente, afastando-se a responsabilização estatal.

Tipo de
responsabilidade

Descrição

Criminal	Pode ser responsabilizado por usurpação de função pública (art. 328 do CP), salvo se atuou de boa-fé
Civil - Indenização	Pode pleitear indenização por serviço prestado se houver interesse público e boa-fé
Civil - Danos a terceiros	O Estado pode ser responsabilizado se houver aparência de legitimidade na atuação do agente