
XXIII

Função pública, sua natureza — Aposentadoria e aplicação da lei vigente ao seu tempo — Inexistência de direito adquirido — (Processo n. 10.326-40)

47. — I. A aposentadoria foi decretada em 3 de dezembro de 1940, com fundamento no decreto-lei n. 1.713, de 1939 (Estatuto dos Funcionários).

Proíbe essa lei, de modo peremptório, a contagem do tempo em dobro. (Art. 277.)

Tem dúvida, porem, a Diretoria da Despesa sobre se aproveita ao interessado o art. 13, § 2.º do decreto n. 13.538, de 1919, que mandava contar, em dobro, o tempo dos funcionários, como ele, do serviço de profilaxia rural.

Em outros termos, quer-se saber se a revogação do Estatuto atinge a situações individuais, oriundas da legislação anterior.

II. A afirmativa está de acordo com a melhor doutrina, defendida pelos mestres modernos de direito administrativo. Deflue o ponto de vista contrário do falso pressuposto de que o funcionário, em face do Estado, esteja sempre em situação jurídica subjetiva, o que seria verdadeiro se entre ambos existisse uma relação contratual. Ninguém mais hoje, porem, poderá sustentá-lo.

Estão, definitivamente, condenadas as noções de direito privado, sugeridas para caracterizar a função pública, que se não pode equiparar ao mandato, locação, precário ou doação. (Vêr Francisco Campos, *Natureza jurídica da função pública*.) Repele-se, por igual, a doutrina de Laband e Orlando, que a consideravam como contrato de direito público. Afastada, por um lado, a opinião extremada de Mantellini, que lhe contestava o conteúdo jurídico, dever-se-á admitir que na função pública se configura, ou a instituição, da teoria de Rénard e Hauriou, perfilhada por Francisco Campos, ou a relação de emprego público, conforme preconizam os modernos italianos. (Vêr F. d'Alessio, *Diritto amministrativo*, vol. I, págs. 219 e seguintes.)

O estatuto dos funcionários, com seus direitos e deveres, é pois, de ordem legal ou regulamentar. Assim, os direitos dos funcionários nascem do ato administrativo de nomeação e ficam sujeitos às leis e aos regulamentos.

48. — Ora, a aposentadoria, de acordo com o direito e a jurisprudência, rege-se pelas leis vigentes ao tempo em que é decretada. (Acs. do Supremo Tribunal, na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 61, pág. 508, vol. 71, pág. 95; *Diário da Justiça*, de 12-6-1934; decisão do Tribunal de Contas, no *Diário Oficial* de 13-1-1936; J.M. Vasconcellos, *Assistência Social do Estado*, pág. 46; Machado Neto, parecer no proc. n. 41.279, de 1939.)

A contagem do tempo terá de ser feita na conformidade da legislação em vigor na época do decreto. O interessado não se encontrava pois, em situação subjetiva, mas, quiçá, em expectativa dessa.

Segundo definições comuns, decorrentes da teoria de Gabba, essa expectativa é um *quid medium* entre a esperança não tutelada e o direito subjetivo. Será um direito condicional, diferido ou eventual. Em monografia recente, Fragola prefere a denominação de situação jurídica em pendência, na qual inclui a do funcionário em face de seu estipêndio. (*Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, 1939, págs. 30 e 106.) E contestando qualquer garantia a tais situações, termina:

“Rimane comunque fermo il principio per cui i cosiddetti diritti quesiti salvaguardati, si restringono alla sola parte economica, rappresentata dagli assegni conseguiti, già entrati nel patrimonio degl'impiegati e non comprendono certe altre situazioni giuridiche che, per quanto si prospettino al momento della nomina tali da potersi concretare poi in un più utile vantaggio per il funzionario, sono cadute, per una ritenuta necessità di ordine superiore e di servizio.” (Op. cit. pág. 111.)

Conclue-se pela aplicação do art. 227 do Estatuto.

Em 15 de fevereiro de 1941.