

SUMÁRIO: I — Introdução; II — Aposentadoria — Direito Adquirido — A posição do STF; III — Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte de Revisão: distinção, limitações; IV — Disposições Transitórias da Constituição; V — Conclusões.

I

A legislação anterior à Constituição de 24 de janeiro de 1967 concedia vantagens em favor dos servidores públicos que passassem à inatividade. Por exemplo: o funcionário que contasse 35 anos de serviço seria aposentado com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior, ou com provento aumentado de 20%, quando ocupante da última classe da respectiva carreira, ou quando ocupante de cargo isolado, se tivesse permanecido no mesmo durante três anos (Lei n.º 1.711, de 28-10-52, art. 184, I, II, III). Tais vantagens, que também constavam de estatutos de funcionários estaduais e municipais, representavam, realmente, um convite ao ócio legal.

A Constituição de 1967, todavia, pôs fim a isto, ao estabelecer, no § 3.º do art. 101, que os proventos da inatividade não poderiam exceder a remuneração na atividade. Fiel, entretanto, ao princípio do direito adquirido, ou da irretroatividade da lei, deixou expresso, no art. 177, § 1.º, que o servidor que tivesse satisfeito, ou que viesse a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposen-

tadoria nos termos da legislação vigente em 24 de janeiro de 1967, data da Constituição, seria aposentado com os direitos e vantagens previstos nessa legislação.

Destarte, o inúmeros servidores públicos que se aposentaram em seguida à Constituição de 1967, por contarem 35 anos ou mais de serviço público, foram concedidas as vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52. Isto ocorreu até a edição da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Porque, não tendo esta consignado a ressalva do art. 177, § 1.º, da Carta de 1967 e expressado, categoricamente, a proibição dos proventos da inatividade excederem a remuneração percebida na atividade (art. 102, § 2.º), entenderam os órgãos da administração pública que o direito consignado no mencionado § 1.º do art. 177 da Carta de 1967 não mais poderia ser aplicado. Muitos servidores, outrossim, que tinham, em 24-01-67, 35 anos de serviço, ou que vieram a completar dito tempo dentro de um ano contado a partir de 24 de janeiro de 1967, mas que somente na vigência da EC-01/69 requereram a aposentadoria, não tiveram concedidas as vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52. Argumentava a administração pública, em síntese, que se o ato aposentatório não fora baixado até 16-10-69, dia anterior ao de vigência da EC-01/69, após ela só poderia ser emitido com estrita observância da norma prevista no seu art. 102, § 2.º, porque o texto constitucional opera *erga omnes*, contra ele não se podendo alegar a presença de hipotéticos direitos adquiridos. Ademais, concedida a aposentadoria já em plena vigência da EC-01/69, teria aquela que ater-se às disposições desta, que não contém a ressalva do art. 177, § 1.º, da Carta de 1967. Também se sustentava que a aposentadoria deve reger-se pela lei vigente à data da sua concessão e não pela vigente à data da implementação da condição de tempo de serviço.

Em inúmeras casos trazidos à nossa decisão, no exercício do cargo de juiz federal em Minas Gerais, não acolhemos a tese jurídica esposada pela administração pública, **data venia** e sem embargo das respeitáveis e sedutoras razões apresentadas. E fixamos a nossa respeitosa divergência, o nosso ponto de vista jurídico sobre a matéria, nos argumentos que se seguem, que tiveram acolhimento no Colendo Tribunal Federal de Recursos.

II

Em primeiro lugar, estudemos a questão exposta no sentido de que a aposentadoria deve reger-se pela lei vigente à data da sua concessão e não pela vigente à data do implemento da condição de tempo de serviço. Posta à margem a questão puramente constitucional, que será estudada a seguir, penso, **data venia**, que a invocação não poderia servir de respaldo à tese sustentada pela administração.

É que as condições da aposentação — proventos e vantagens financeiras — são direitos que o servidor adquire com base na legislação vigente no momento em que tinha condições legais para requerer e exercitar o seu direito. Na M.S. n.º 3.126 (A.J., v. 113, p. 83), decidiu o Eg. Supremo Tribunal Federal:

“A aposentadoria e a reforma regem-se pela lei vigente ao tempo de sua concessão: exceto se a lei nova já encontra uma situação revestida dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria.”

Destarte, se há reunião de todos os requisitos para aposentar-se, opera-se, de imediato, a aquisição de um direito, irrelevante a circunstância de não ter o titular exercido o direito que lhe competia. Porque essa circunstância não macula o direito adquirido, presente, *v.g.*, a definição do festejado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“direito adquirido, *in genere*, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbitrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbitrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade.” (“Instituições de Direito Civil”, Forense, 1961, vol. I, p. 125). Vejam, a respeito, as lições de C. F. GABBA (“Teoria della Retroattività delle Leggi”, vol. I) e de PAUL ROUBIER (“Les Conflits de Lois dans le Temps”, vol. I). Confira-se a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º, § 2.º

O Supremo Tribunal Federal, todavia, pôs em Súmula, a de n.º 359, no que toca à aposentadoria voluntária, que o requerimento é elemento indispensável à consolidação do direito. Isto é, para a consolidação do direito, além dos requisitos objetivos, torna-se preciso a manifestação expressa da vontade do servidor, consubstanciada no requerimento de aposentadoria. Dispõe a Súmula n.º 359, *verbis*:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.”

Todavia, referida Súmula já sofreu reformulação. Ou o Supremo Tribunal já decidiu, posteriormente a ela, de modo diverso, tornando irrelevante o requisito da manifestação da vontade, ou do requerimento. No R.M.S. n.º 11.395, Relator o Exm.º Sr. Ministro Luís Gallotti, assim se decidiu:

“Se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão.” (R.D.A., vol. 82, p. 186).

Em seu magnífico voto, disse o Ministro Gallotti:

“Uma coisa é a aquisição de direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o sejam, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois, ao novo servidor em atividade e ao inativo.”

No Recurso Extraordinário n.º 62.361-SP, caminhou no mesmo sentido o S.T.F. O Relator, Ministro Evandro Lins, depois de mencionar o voto do Ministro Gallotti, supra-referido, esclareceu:

“Por ocasião do julgamento desse R.M.S. 11.395, o tema que se versa no presente recurso extraordinário foi amplamente debatido, e o Supremo Tribunal chegou à conclusão de que o funcionário não perde os direitos concedidos na lei anterior se preenchia, na sua vigência, os requisitos para a

aposentadoria, não ficando esse direito subordinado à apresentação de requerimento. Foi voto vencido, mas me curvo à decisão do plenário."

Deixou expresso, ademais, o eminente Ministro Evandro Lins, no seu voto, que a Súmula n.º 359, "quanto à expressão — "inclusive a apresentação do requerimento" — foi alterada no julgamento do R.M.S. 11.395" (R.T.J., vol. 48, p. 392).

Esta, pois, a posição atual do Supremo Tribunal Federal: "se na vigência da lei anterior o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, já que estava adquirido" (R.T.J., v. 48, p. 392).

Na esteira do decidido pela Corte Suprema também o Tribunal de Justiça de Minas, **verbis**:

"Se o funcionário, na vigência de lei anterior, já preenchia todos os requisitos para a aposentadoria, não perde o direito a esta pelo simples fato de não haver formulado o respectivo pedido de concessão, subsistindo integralmente o direito adquirido." (*Diário do Judiciário*, órgão de Minas Gerais, de 16-04-1971).

III

Figuremos, agora, o caso do servidor público que, antes da promulgação da Constituição de 1967, completara 35 anos de serviço público; ou que, dentro de 12 meses contados a partir de 24 de janeiro de 1967, viesse a contar 35 anos de serviço. A Carta Política de 1967, no seu art. 177, § 1.º, estabeleceria:

"§ 1.º — O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, **aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação.**" (grifei).

De notar-se que o prazo referido não é para requerer a aposentadoria; é, sim, para satisfação das condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data da Constituição, 24 de janeiro de 1967.

Vigorava, já falamos, em 24-1-67, o art. 184 da Lei n.º 1.711, de 1952, item II, que dispunha:

"Art. 184. O funcionário que contar 35 (trinta e cinco) anos de serviço será aposentado:

I —

II — Com provento aumentado de 20%, quando ocupante da última classe da respectiva carreira."

Mas a esse servidor, na aposentação, que foi requerida e deferida já na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não se quer conceder tal vantagem, ao fundamento de que, após a edição dessa Emenda, nenhuma aposentadoria poderia ser concedida com vantagens superiores às da atividade. Argumenta-se que se o ato aposentatório não foi baixado até 16-10-69, dia anterior ao da vigência da Emenda 1/69, após ela só poderia ser emitido com estrita observância da norma prevista

no seu art. 102, § 2.º, porque no texto da mencionada EC. 1/69 nenhuma ressalva se fez com relação a requerimentos em curso, ainda apreciados pela administração. A norma do art. 102, § 2.º, da EC. 1/69, nenhuma ressalva estabeleceu, como fizera o texto constitucional anterior. E, sustenta-se, operando o texto constitucional *erga omnes*, contra ele não se pode alegar presença de direitos adquiridos.

Os argumentos, todavia, não convencem, *data venia*.

A *uma*, aceita-se, como regra geral, que não pode haver direito oponível à Constituição. Este é o princípio geral. Porque a Constituição "é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicista quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e vol. cit., p. 128). Esta é a regra geral, o princípio. A regra sofre, todavia, condicionamentos. O estudioso de Direito Constitucional não pode afirmar, ortodoxamente, tal princípio. Porque este exige, para ser aplicado, certas considerações. Cumpre indagar, em primeiro lugar, se a reforma implica apenas em modificação do texto constitucional ou a sua substituição total. Então, surgem-nos indagações respeitantes à natureza ou tipo de Poder Constituinte, se originário ou instituído (v. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*). O Poder Constituinte originário manifesta-se na imposição de nova Constituição, que contém idéia de direito em contradição com a idéia então constitucionalizada (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 1967, p. 19). Já o Poder Constituinte instituído, ou derivado, cuida tão-só da revisão da obra do Poder Constituinte originário. E por tal razão se diz instituído, porque derivado daquele. Sendo derivado, é ele subordinado e condicionado. Sem embargo das afirmativas autorizadíssimas no sentido de que não seria o Poder Constituinte instituído limitado pela Constituição (cf. Duguit, Barthélemy, Duverger, Laferrière, Vedel), acolhemos, *data venia*, a tese contrária, que é perfilhada, outrossim, por autores de autoridade incontestável, como, dentre outros, Schmitt, Hauriou, Recasens Siches, Pinto Ferreira e G. Burdeau. Deste, a lição:

"A la différence du pouvoir constituant originaire qui est absolument libre, aussi bien quant à la forme que quant au fond, le pouvoir institué ou, selon la terminologie plus usitée, le pouvoir de révision est, de son essence même, un pouvoir limité." (Traité de Science Politique", deuxième édit., 1969, Tome IV, p. 250.)

Essa distinção, a esta altura, é praticamente tranqüila. Porque, como ensina o eminente NELSON DE SOUZA SAMPAIO, "a diferenciação entre o poder constituinte propriamente dito ou "originário" e o "poder revisor" vai-se tornando pacífica na doutrina" ("O Processo Legislativo", Saraiva, 1968, p. 36). O Poder Constituinte derivado, o *verfassungsaendernde Gewalt*, das alemães que o distinguem do *verfassungschaffende Gewalt*, ou Poder Constituinte originário, é mesmo subordinado, condicionado e limitado por este. O poder constituinte constituído (Sonchez Agesta), ou instituído (G. Burdeau), ou de segundo grau (Pontes de Miranda) não somente está limitado por condições explícitas, impostas pelo originário (no caso brasileiro as condições explícitas estão contidas nos §§ 1.º e 2.º do art. 47 da Constituição), mas também por condições implícitas. A respeito, ensina Karl Loewenstein:

"Disposiciones intangibles. Bastante más importancia han adquirido recientemente las llamadas disposiciones intangibles de una constitución, que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas

normas constitucionales. Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medida para proteger concretas instituciones constitucionales — intangibilidad articulada —, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como "implícitos", "inmanentes" o "inherentes" a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del "espíritu" o *telos* de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional." (K. Loewenstein, "Teoría de La Constitución", Ediciones Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1970, p. 189).

Na realidade, o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo. Tal separação, segundo CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, é a maior criação jurídica do constitucionalismo, mesmo porque "en ella se funda el constitucionalismo, com el cual se inaugura la edad contemporánea, y, gracias a él, tienen consagración y pueden estar asegurados los derechos del hombre e del ciudadano" ("El Poder Constituyente", Buenos Aires, p. 238).

Ora, limitado o poder constituinte instituído pela obra do originário, há de agir aquele com observância das limitações impostas, expressas e implícitas, exercitando, com exatidão, "o papel que recebeu, com os limites que lhe foram traçados", como "órgão constituinte subordinado como qualquer outro à Constituição." (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, p. 23).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, é fruto de um Poder Constituinte instituído. Vejam-se os seus "consideranda." Fala-se, no preâmbulo, nas atribuições conferidas aos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, pelo art. 3.º do Ato Institucional 16, de 14-10-69, c.c. o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68. O art. 3.º do Ato Institucional 16 conferiu a chefia do Executivo aos Ministros Militares, enquanto não se realizassem a eleição e posse do Presidente da República. E o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, investia o Executivo na função legiferante, no caso de decretação do recesso parlamentar. Decretado o recesso parlamentar, pelo Ato Complementar 38, de 13-12-68, ficou, portanto, o Executivo autorizado a legislar. Investido, pois, de função do Congresso, ficou o Executivo com a incumbência, inclusive, de elaborar emendas à Constituição, atribuição compreendida no processo legislativo (art. 49, I), investido que fora, o Congresso, pelo Poder Constituinte originário, de Poder Constituinte instituído (v. arts. 50, 51, 52). Assim, como emenda, como obra do Poder Constituinte instituído, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69. E, legitimamente promulgada, vimos, face aos dispositivos de direito positivo citados, institucionalizadores da Revolução retificadora de março de 1964, veículo natural de Poder Constituinte originário.

Assim, fruto de um Poder Constituinte instituído, derivado do originário, limitado pelo texto da Constituição então vigente, haveria tal poder de respeitar princípios consagrados no texto constitucional vigente. E um desses princípios, expresso na Carta de 1967, assim se enunciava, como, de resto, ainda se enuncia, no art. 153, § 3.º:

"Art. 150. —

§ 3.º — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Firamos o cerne do caso: devidamente aceito que a pretensão do servidor tem cor, forma e conteúdo de um autêntico direito adquirido, de um direito que se adquiriu por força, inclusive, de uma disposição do texto constitucional contido na Carta que limitava a ação do poder constituinte instituído, então é descabido, **data venia**, afirmar-se que tal direito não é oponível a reforma consubstanciada na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. É oponível sim, porque é também um direito constitucional contido na matriz da reforma, na obra do Poder Constituinte originário do qual se derivou o Poder Constituinte de revisão.

Mais na frente do que nós, no sustentar o princípio da oposição do direito adquirido à própria Constituição, e, evidentemente, com muito maior autoridade, fortalecendo, assim, o nosso modesto ponto de vista, encontra-se o exímio CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, quando ensina:

"Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas, e simultaneamente atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (e.g., a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício." (ob. cit., p. 128).

IV

A tese jurídica que vimos sustentando se firma, ademais, a duas, no seguinte: é que a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não poderia repetir a regra constante do § 1.º do art. 177 da Carta de 1967, porque, quando da sua edição, 17-10-69, o prazo consignado no mencionado § 1.º do art. 177 já havia expirado, de há muito. Então, a Emenda Constitucional somente repetiria a disposição para conceder um novo prazo para a constituição de direito; se omitiu, foi porque isto não desejou, sem que tal omissão possa representar a morte de um direito já constituído com obediência aos pressupostos estabelecidos na obra do Poder Constituinte originário. Não se pode perder de vista que a regra do § 1.º do art. 177 se colocava nas "Disposições Gerais e Transitórias." E é sabido, como ensina o conspícuo PONTES DE MIRANDA, que "nas "Disposições Transitórias" só se insere o que prevê estado presente e a desapareição dos pressupostos que impedem a incidência de alguma regra jurídica, ou o começo de incidência de alguma regra jurídica. Desde que desaparece o pressuposto para a incidência, a regra jurídica passa a ser tratada como derogada ou ab-rogada. Desde que aparece o pressuposto para a incidência, inicia-se a sua aplicabilidade, com ou sem automaticidade." ("Comentários à Constituição de 1967", Tomo V, p. 59).

Assim, se a disposição transitória alcançou o seu efeito, desnecessário seria que a Emenda a repetisse. O exemplo figurado pelo eminente Professor Pedro Aleixo, que

sustenta tese idêntica, é bastante ilustrativo: a Constituição de 1946, no "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias", art. 34, estabeleceu:

"Art. 34. São concedidas honras de Marechal do Exército brasileiro ao General-de-Divisão João Batista Mascarenhas de Moraes, Comandante das Forças Expedicionárias Brasileiras na última guerra."

Evidentemente que não foi necessário que a Constituição de 1967 repetisse a disposição supratranscrita, para que continuassem concedidas tais honras ao eminente militar brasileiro. É que a disposição em apreço produziu os seus efeitos, se completou, se exauriu. Desnecessário, pois, a sua repetição, na Carta seguinte. Porque, sem embargo de revestirem-se as normas das disposições transitórias de blindagem constitucional, por serem, também, normas formalmente constitucionais, o seu caráter, todavia, ensina José Afonso da Silva, "transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação no futuro." ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1968, pág. 192). Ou, na lição do mesmo autor: "As normas transitórias têm, como visto, o mesmo valor jurídico das normas constitucionais permanentes. Quer isso dizer que são normas constitucionais. Têm, em regra, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas sua eficácia é transitória e sua aplicabilidade se exaure com o desaparecimento da situação excepcional regulada." (ob. cit., p. 193)."

V

Ao cabo, poderíamos sugerir as seguintes conclusões:

a) Se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde o direito adquirido pelo fato de não haver solicitado a concessão (S.T.F., RMS n.º 11.395, R.D.A., v. 82, p. 186).

b) A norma do § 1.º do art. 177 da Constituição de 1967 estabeleceu um prazo para satisfação de requisitos e não para apresentação do requerimento de aposentadoria.

c) Se o funcionário, antes da data da Constituição de 1967 (24 de janeiro de 1967), ou no prazo do § 1.º do seu art. 177, satisfizesse os requisitos ali estabelecidos, tem direito a aposentar-se com as vantagens da legislação vigente à data da Constituição de 1967, mesmo que requeira a aposentadoria já na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969. Esta não excluiu, de modo expresso, o que a Constituição de 1967 expressamente ressalvara.

d) Ademais, um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2.º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição.

e) A norma transitória, desde que produza os seus efeitos, se exaure, não necessitando ser repetida numa reforma constitucional posterior, para ter resguardados os efeitos dela decorrentes.