

**REGIME DA APOSENTADORIA PREVISTO NO ARTIGO 177,
§ 1.º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1967, EM FACE DA EMENDA
CONSTITUCIONAL N.º 1, DE 1969**

José Néri da Silveira (*)

As normas gerais regentes da função pública constituem, entre nós, matéria de índole constitucional, enquanto se compreendem os funcionários públicos como agentes coadjuvantes dos titulares dos Podêres do Estado. As regras básicas do acesso aos cargos públicos, da estabilidade e da aposentadoria definem-se, assim, no Estatuto Fundamental.

Dessa sorte, a aposentadoria do funcionário público dá-se, sob invocação de norma da Lei Magna, que a preveja, e dentro dos limites por ela eventualmente traçados.

Na ordem constitucional vigorante à época em que o funcionário atingiu idade limite de permanência no serviço público, se compulsória, ou em que a requereu, se voluntária, ou em que lhe foi concedida, se por invalidez, é que se devem verificar os pressupostos da aposentadoria e os critérios para fixar os proventos respectivos.

2. Pois bem, tanto na Constituição de 24 de janeiro de 1967, quanto na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, estabelecido se fêz, como norma geral do regime de aposentadoria, que, ressalvada a revisão dos proventos, por motivo de alterar-se o poder aquisitivo da moeda, "em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade". (Constituição de 1967, art. 101, § 3.º; Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 102, § 2.º).

(*) Ministro do Tribunal Federal de Recursos

No sistema anterior à Carta Política de 1967, não se inscrevera regra dêsse jaez no plano constitucional.

Daí, nas Disposições Gerais e Transitórias, a Lei Magna de 1967 haver estabelecido, em seu art. 177, § 1.º, *verbis*:

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

Bem de ver é que, em se tratando de aposentadoria voluntária, não se condicionou a asseguaração em foco ao requerimento formular-se dentro no prazo de um ano da data ou da vigência da Lei Maior predita, isto é, até 24 de janeiro ou 15 de março de 1968.

É entendimento jurisprudencial assente e expresso na Súmula n.º 359, do egrégio Supremo Tribunal Federal, que,

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

Em se cogitando da hipótese do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, a aposentadoria voluntária, segundo a legislação a ela anterior, estava asseguada, a **qualquer tempo**. Aí se consignara: “... aposentar-se-á...”. Logo, enquanto vigente o preceito constitucional em causa, garantida estava a aposentadoria, segundo a legislação anterior a 1967, a quantos houvessem satisfeito os pressupostos da mesma, até, no entender de PONTES DE MIRANDA, 24 de janeiro de 1968. Êsse o sentido do Parecer n.º H-614, do então Consultor Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, *in*, D. O. U., de 17-1-1968, p. 566.

Se, hoje, ainda vigorasse o art. 177, § 1.º, em referência, inequívoco seria o direito a essa aposentadoria voluntária, segundo a legislação anterior a 24 de janeiro de 1967, por quem enquadrado na hipótese do referido dispositivo.

Não manteve, entretanto, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o § 1.º, do art. 177, da Carta de 24 de janeiro de 1967,

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

de expresso, cumprindo, assim, tê-lo por **suprimido**, conforme resulta dos “CONSIDERANDA” do nôvo diploma fundamental, particularmente, do seguinte:

“Considerando as **emendas modificativas e supressivas** que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas”.

Dessa sorte, fôrça é entender extirpada da ordem constitucional em vigor, a partir de 30 de outubro de 1969, a exceção que se abrira ao art. 101, § 3.º, da Lei Maior de 1967, incidindo, dessarte, incontrastavelmente, para as novas aposentadorias, o art. 102, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

De outra parte, por sua natureza, o art. 177, e § 1.º, da Constituição de 1967, constituem “disposições gerais”, ao lado de “disposições transitórias”, em um mesmo Título. As **disposições gerais**, qual anota Alcides de Mendonça Lima, “são normas que, como a denominação indica, tratam de assuntos sem caráter especial ou prescrevem exceções a preceitos contidos no texto propriamente dito da Constituição. Têm eficácia enquanto a Carta Magna perdure, ao contrário das “Disposições Transitórias”, que, mais cedo ou mais tarde, perdem a razão de ser, esgotando-se”. Referindo-se à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, cita, dentre os casos de “disposições gerais”, precisamente, o art. 194, que reproduz o art. 177, *caput*, da Constituição emendada. (*apud* AS NOVIDADES DA CONSTITUIÇÃO, ed. 1971, p. 174)

Hans Kelsen, com sua indiscutível autoridade científica, escreveu:

“Como a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior, o problema do conflito de normas dentro de uma ordem jurídica põe-se de forma diferente conforme se trate de um conflito entre normas do mesmo escalão e de um conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior. Se se trata de normas gerais que foram estabelecidas por um e mesmo órgão mas em diferentes ocasiões, a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*" (apud TEORIA PURA DO DIREITO, 2.^a ed., vol. II, pgs. 29/30).

Nessa mesma linha, observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, *verbis*:

"A maioria das cartas constitucionais, contudo, não traz regra ab-rogativa, ou semelhante, das normas constitucionais precedentes. Nesse particular, aplica-se, em sua inteireza, o princípio da compatibilidade horizontal, no que tange àquelas que conflitem com as normas constitucionais sucessivas: *lex posterior derogat priori*. Prevalece também o princípio de que a lei posterior que regula novamente a mesma matéria revoga a anterior. Isso se verifica, mesmo quando as normas anteriores não sejam incompatíveis". (apud "APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS", 1968, ps. 209/210)

Nem caberia invocar, aqui, o princípio de desconstitucionalização das normas constitucionais, de sorte a prosseguir vigorando o art. 177, § 1.^o, da Constituição de 1967, como norma de caráter ordinário, e isso, precisamente, e desde logo, porque o comando aí inserido é incompatível com o disposto no art. 102, § 2.^o, da Emenda Constitucional, de 1969. De outra parte, o § 1.^o, do art. 177 predito, em constituindo ressalva à regra permanente do art. 101, § 3.^o, da Carta Política de 1967, era disposição materialmente constitucional.

3. Não há, outrossim, *direito adquirido* à aposentadoria, segundo o regime consignado no art. 177, § 1.^o, da Constituição de 1967, em favor dos funcionários que, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.^o 1, de 17 de outubro de 1969, reuniam os demais pressupostos a essa inativação, *mas não na quiseram*.

Em verdade, constitui-se o direito à aposentadoria voluntária, quando, cumprido o pressuposto objetivo do tempo de serviço (Emenda Constitucional n.^o 1, de 1969, art. 101, III, e parágrafo único; 113, § 1.^o, 2.^a parte), realiza-se a *condictio juris* do requerimento (= manifestação de vontade de aposentar-se). A *condictio juris* referida é assim, aqui, elemento integrante do suporte fático necessário à existência e validade do direito. Aí,

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

não é compulsória a aposentadoria, tal como ocorre no caso previsto nos arts. 101, II, e 113, § 1.^o, 1.^a parte, da Constituição em vigor, em que a superveniência do elemento objetivo (idade de 70 anos) constitui, por si só, o suporte fático bastante à incidência da norma assecuratória da aposentadoria. É, dessarte, o requerimento pressuposto de existência do título jurídico à aposentadoria voluntária. Não pode o Estado aposentar, voluntariamente, quem não pediu tal inatividade. A postulação, na espécie, é não mero fato vinculado ao plano da *eficácia* do direito, senão elemento necessário à sua *existência*. Se falecer o funcionário, com mais de 35 anos de serviço público, sem ter requerido sua aposentadoria, *não chegou a ser titular do direito*. Diversa é a situação que sucede, se, ao falecer, já completara, *ad exemplum*, havia poucos dias, setenta anos de idade. Nesta última hipótese, o direito estava adquirido, porque a manifestação de vontade não era *condictio juris* de sua existência.

Em tal sentido, de resto, PONTES DE MIRANDA anotou, quanto à aposentadoria voluntária:

"Tem de manifestar sua vontade, em pedido à administração, e a decisão dessa é *declarativa, porque a constitutividade foi da manifestação de vontade, inserta no pedido*".

(in COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, COM A EMENDA N.^o 1, de 1969, Tomo III, p. 514)

Não possui outro significado o que se enuncia na SÚMULA N.^o 359, do S.T.F., transcrita.

No que atine à aposentadoria compulsória por idade, registrou o eminente jurista referido:

"O que completou setenta anos está, *ipso iure*, aposentado. (...). A pretensão e a ação que tem, são *declaratórias*..." (op. cit., p. 509)

Já no que concerne à aposentadoria por invalidez, o *titulus juris* somente se inteira com o ato concessivo da aposentadoria. Aí, a decisão administrativa é *constitutiva* do direito. (Pontes de Miranda, op. cit., p. 510)

Dessa sorte, em se tratando de aposentadoria voluntária, *sem o pedido, não se há de ter por constituído o direito*.

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

De outra parte, se se pretendesse visualizar a questão, no plano do Direito Comum, caberia, aqui, fazer apêlo aos arts. 114 a 116 e 118 a 122, do Código Civil, mas, sim, ao art. 117, do mesmo diploma legal, *in verbis*:

“Art. 117 — Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”.

Ensina, nesse sentido, o festejado PONTES DE MIRANDA:

“A condição não se há de confundir com algum elemento do suporte fático que seja pressuposto de existência ou de validade do ato jurídico. As *condiciones juris* entram na classe dos pressupostos de existência, ou da eficácia”.

(TRATADO DE DIREITO PRIVADO, vol. 5, § 541, p. 113).

Já se notou que a manifestação de vontade de aposentar-se é *condictio juris* para a existência do direito, *decorre da própria natureza do direito à aposentadoria voluntária*. Não é, na hipótese, mero pressuposto de eficácia, o que, em si, presumiria direito já existente

Dessa sorte, *in casu*, se não houve requerimento, por parte do funcionário, antes de 30 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional n.º 1, que então passou a vigorar, não o encontrou titular de direito à aposentadoria voluntária, segundo o disposto no art. 177, § 1.º, predito.

Diversa é, por outro lado, *data venia*, a natureza do art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967. Aqui, sim, se cuida de norma de natureza transitória e que operou, *de imediato*. Quem preenchia os pressupostos à estabilidade, à data da Constituição, tornou-se estável, por obra da regra em aprêço, *independente*mente de pedido. Logo, ao mudar-se o regime da Constituição, por força da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, os servidores, abrangidos pelo art. 177, § 2.º, já eram estáveis, *ope legis*. Não havia *condictio juris* à estabilidade, pendente de requerimento do funcionário. Aqui, tudo se dá, como sinala Pontes de Miranda, *in verbis*:

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

“A entrada em vigor da Constituição, os direitos individuais já formados persistiram, porque as leis de que procederam, exerceram a sua eficácia, *de um jacto*” (Comentários à Constituição de 1967, cit., p. 365)

Importa, ademais, ter presente, na apreciação da matéria, que o regime da aposentadoria, porque sujeito à lei e não ao contrato, é alterável ao nuto do Estado. De índole estatutário, subordinado à normatividade, constitucional e legal, o sistema que a preside, — força é entender nenhum óbice, *sub specie juris*, existia, no caso, em ordem à supressão da ressalva constante do art. 177, § 1.º, da Carta Política de 1967, ao ensejo da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

De outra parte, enquanto vigorou o § 1.º, do art. 177 em referência, existia, inequivocamente, interdição à lei ordinária para obstar pedido de aposentadoria, segundo a forma nesse dispositivo da Lei Maior, então, assegurada. Em dito sentido, é que se há de compreender o PARECER N.º H-614, da Consultoria-Geral da República, antes aludido, quando destacou:

“De conseguinte, a legislação nova que vier a regular a aposentadoria não atingirá a situação dos que ficaram com seus direitos e vantagens assegurados pela Carta Magna”.

Com efeito, vigente o dispositivo constitucional (§ 1.º, do art. 177), norma ordinária posterior não poderia incidir, a fim de estabelecer prazo dentro no qual se devesse requerer a aposentadoria voluntária, com as vantagens nêla consignadas, porque estaria em conflito com a asseguaração ampla dimanante dessa regra hieràrquicamente superior. Revogado, porém, tal dispositivo de exceção, quem não requereu a aposentadoria voluntária, nêla prevista, antes de 30 de outubro de 1969, não mais poderá fazê-lo, na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969. Nessas circunstâncias, o direito, que se encontrava em curso de formação, não mais poderá vir a integrar-se, porque sem norma objetiva, de natureza constitucional, a prevê-lo e ampará-lo. Ainda neste plano do direito público, releva sinalada a clássica distinção de GABBA, segundo a qual não se confunde com o *direito adquirido*, nem o direito totalmente consumado, nem a *expectativa do direito*, nem a *mera faculdade legal*. Esta última traduz, na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “um

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual êle não fêz ainda nenhum uso". A lei nova passa, de imediato, então, a regular as faculdades legais, "que haviam sido instituídas pela lei morta, mas de que não havia o indivíduo feito uso, embora estivessem ao seu alcance". (apud INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, vol. I, p. 118)

Cabe, ademais, sinalar que a modificação do regime da aposentadoria, na espécie, foi precedida de *vacatio legis* da nova ordem constitucional, pois, promulgada a Emenda n.º 1, a 17-10-1969, somente entrou em vigor a 30 do mesmo mês e ano. Poderiam, dessarte, dentro no lapso em foco, ter requerido os interessados o benefício do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, pois, na lição de PACIFICI-MAZZONI, "no intervalo da publicação até ao dia da atuação da nova lei, permanece em pleno vigor a lei antiga, que, por isso, deve continuar a ser observada, mesmo quando as suas disposições forem incompatíveis com a lei nova: isto porque a sua revogação não pode ocorrer senão por esta, ao se tornar obrigatória". (apud *Ist. Dir. Civ. Ital.*, vol. I, n.º 14, p. 62)

Isso não significa, à evidência, que funcionários tais não mais se possam inativar, voluntariamente. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não inovou o regime anterior, neste particular, eis que manteve a espécie de aposentadoria voluntária aos trinta e cinco anos de serviço, sendo de trinta anos o prazo para as mulheres.

Entretanto, o regime da aposentadoria, inclusive voluntária, segundo a Constituição em vigor, há de obedecer, sem exceção, aos limites traçados em seu art. 102, § 2.º, *verbis*:

"Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso **nenhum** os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".

Dessa sorte, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, revogou-se o § 1.º do art. 177, eis que a norma jurídica posterior revoga a anterior, de igual hierarquia, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Na espécie, cresce de ponto o argumento, quando se trata de nova Constituição ou de revisão constitucional, como antes examinado.

De todo o exposto, acêrca da *quaestio juris* em exame, compreendo que, se o funcionário, nas condições previstas no art.

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

177, § 1.º, da Constituição de 1967, antes de 30 de outubro de 1969, não requereu a aposentadoria voluntária, não se constituiu, em seu favor, título jurídico a possuir, na inatividade, os direitos e vantagens previstos na legislação vigente e anterior àquela Constituição, isto é, a 24 de janeiro de 1967.

Se, entretanto, o funcionário, — porque contava 35 anos de serviço, antes da Constituição de 1967, ou os inteirou até 24 de janeiro de 1968, — requereu, em data anterior à vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a aposentadoria voluntária, constituiu-se o **direito** a ter inatividade com o regime consignado no art. 177, § 1.º predito, ainda quando o ato administrativo, que o aposente, seja posterior a 30 de outubro de 1969. É que, neste caso, o ato é meramente declaratório, no dizer de Pontes de Miranda, eis que a **constitutividade se deu com o requerimento e o fato de possuir o funcionário, em realidade, 35 anos de serviço público, ou 30 anos, se se tratar de mulher.**

Nesta última hipótese, não caberia negar a expedição do ato de aposentadoria ou o reconhecimento do direito ao que se prevê no art. 177, § 1.º, da Carta de 1967, sob fundamento de se ter suprimido, revogado, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a norma em foco, cumprindo, então, fazer incidir, apenas, o art. 102, § 2.º, do Diploma Constitucional reformado.

4. Para justificar esta última conclusão, cumpre visualizar a matéria, de nôvo, à luz dos princípios.

Em parecer que escrevi, em maio de 1966, como Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, entendendo que o art. 6.º, da Emenda Constitucional n.º 17, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, não revogara os arts. 3.º, 4.º e 5.º, do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, quanto ao **poder constituinte**, sinalei, *verbis*:

"3. De outro lado, de ciência do Direito é o princípio, segundo o qual "a produção originária de Direito implica o que se denomina **PODER CONSTITUINTE**", que, por sua natureza, não está sujeito a qualquer disciplina ou normação jurídica **positiva**, não derivando sua competência de nenhum outro poder oriundo de sistema jurídico positivo preexistente. Daí a afirmação de que o poder constituinte **pode tudo**, é ilimitado, absoluto, muito embora, **num plano geral, metapositi-**

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

vo, cumpra entender sua obediência aos princípios da justiça e aos valores mais altos da ordem jurídica natural. Nesse sentido, RECASÉNS SICHES, op. cit., ps. 317 e 318; CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, in "EL PODER CONSTITUYENTE", Buenos Aires, ps. 575/576; CARL SCHMITT, apud "TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN", Madrid, ps. 101 e ss.; LUIS WASHINGTON VITA, in "NAMORO COM THEMIS" — (Revolução e Direito) — S. Paulo, 1958, p. 33; A. L. MACHADO NETO, op. cit., p. 257.

Distintos são, porém, o "poder constituinte originário", o acima descrito, e o "poder constituinte instituído" ou "poder reformador" ou, segundo a sistemática da Constituição federal de 1946, "poder de emenda à Constituição". Este é previsto na ordem jurídica, na Constituição, que lhe traça as fronteiras de sua futura atividade. Anota, nesse passo, SANCHEZ VIAMONTE que una vez dictada la Constitución, el poder constituyente, como función, entra em reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad". Seu exercício não se esgota. Permanece em estado virtual e de latência, apto para "ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión, de la Constitución y la reforma parcial de ella. Toda creación o modificación constitucional corresponde al poder constituyente, que es función y, también, cualidad característica de esa función. (.). Como el ejercicio del poder constituyente es descontínuo, cada vez que se pone en movimiento dentro de la etapa de continuidad, se halla condicionado jurídicamente por sí mismo, es decir, por la vigencia de una Constitución anterior, a la que está obligado a respetar como autolimitación para el futuro" (op. cit., p. 576). Nesse sentido, também, GEORGES BURDEAU, que (após haver sustentado em "MANUEL DE DROIT CONSTITUTIONNEL", ps. 53/54, a ilimitação do poder revisor), firma seu entendimento, no TRAITÉ DE SCIENCE POLITIQUE, 3.º vol., ps. 254/255, verbis: "Com efeito, quando a Constituição proíbe que se fira a forma de regime ou o seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Ela recusa apenas ao órgão de revisão a faculdade de operar reformas que, por sua natureza ou sua importância, ultrapassam as possibilidades de um poder instituído. Mas essas mesmas reformas podem sempre ser realizadas pelo poder constituinte originário". Também, HANS KELSEN, "GENERAL THEORY OF LAW AND STATE", p. 259; CARL SCHMITT, op. cit., ps. 28/29, 31, 105, 115/130; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, in "O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL", ed. 1954, págs. 93 e ss.. Dêste último é a exata ponderação, segundo a qual "num sistema de constituição rígida, o poder revisor não pode subir até o poder constituinte, de onde êle deriva com a constituição, para, a pretexto de reformá-la, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta da criatura contra o criador" (op. cit., p. 96).

"4. Pois bem, conforme já acentuou esta Consultoria-Geral, em seu Parecer n.º 3, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 19 de maio de 1965, a Revolução democrática brasileira, de 31 de março de 1964, vitoriosa, destituiu o Governo Federal, que exercia o poder, sob o regime jurídico definido pela Constituição de 1946. Investida se fêz, assim, do poder constituinte, estando habilitada, evidentemente, à época, a exercitá-lo. O poder político novo, que se enfeixava nos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, como autênticos órgãos revolucionários, quis institucionalizar a revolução vitoriosa. (Vd. Exposição de Motivos do Ato Institucional). Dessa sorte, o ATO INSTITUCIONAL, de 9 de abril de 1964, é instrumento de natureza constitucional. Resultou de exercício do poder constituinte. Vitoriosa a Revolução, ocorreu uma ruptura da ordem jurídica até então vigente, ou, no dizer de RECASÉNS SICHES, "solução de continuidade no desenvolvimento do Direito, quer dizer, caducidade do sistema anterior e produção originária de outro sistema novo, porque "a razão de validade ou vigência formal", mesmo das normas mantidas e que já integravam o anterior, "é, dentro do novo, distinto da que possuíam no precedente", valendo em o novo porque o poder triunfante da revolução as acei-

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

tou como próprias, “e não em virtude do fundamento formal que tivessem no regime anterior” (op. cit., p. 308). Precisamente essa doutrina ficou proclamada na Exposição de Motivos ao ATO INSTITUCIONAL de 9 de abril de 1964, nestas passagens: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte, (.....). Assim, a revolução vitoriosa como Poder Constituinte se legitima por si mesma. (.....). Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela dita normas jurídicas, sem que nisso seja limitada pela normalidade anterior à sua vitória. (... ..). Destituído (o Governo) pela Revolução, só a esta cabe editar as normas e os processos de constituição do Governo e atribuir-lhe os poderes e os instrumentos jurídicos, que lhe assegurem o exercício no exclusivo interesse do País. (.....). Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se, através do Congresso. Este é que recebe dêste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a tôdas as revoluções, a sua legitimação”. Dessa sorte, a Revolução vitoriosa poderia ter implantado, no País, ordem jurídica nova, totalmente diversa da vigente, sob a égide da Constituição de 1946. Para demonstrar que não pretendia radicalizar o processo revolucionário, decidiu manter a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais, limitando-se a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, “a fim de que êste possa cumprir urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado, não só na cúpula do Governo, como nas suas dependências administrativas” (ut art. 1.º e Exp. de Motivos citada). Como observou CARLOS MEDEIROS SILVA, “não quis o Comando da Revolução, que editou o Ato, outorgar uma Carta Constitucional, com a ab-rogação da Constituição até então vigente; preferiu derogá-la, por prazo certo, naquilo que tornou explícito” (REV. FOR. vol. 207, p. 5).

“5. Na história republicana brasileira, sempre que a revolução triunfou, ou golpe de Estado foi coroado de êxito, manifestou-se êsse poder constituinte. Assim, o DECRETO n.º 1, de 15 de novembro de 1889, procla-

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

mou, provisoriamente, e decretou, como forma de Governo da Nação Brasileira, a República Federativa, passando o Governo Provisório a conduzir os destinos do País, até a eleição do Congresso Constituinte, convocado pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, que também editou uma Constituição provisória. Vitoriosa a Revolução de 1930, o Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro daquele ano, instituiu o Governo Provisório da República, a quem assegurou exercer “discricionariamente, em tôda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do País” (art. 1.º), estabelecendo, outrossim, no art. 4.º, continuarem em vigor “as Constituições Federal e Estaduais, as demais, leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos, porém, inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto ou atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um”, bem como, no art. 5.º, a suspensão das garantias constitucionais, excluindo a apreciação judicial dos decretos e atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores”. Em 10 de novembro de 1937, a seu turno, foi outorgada uma Carta, que, abolindo, de plano, a Constituição de 1934, entrou em vigor na sua data “e deveria vigorar permanentemente, uma vez ratificada pelo plebiscito nacional” (art. 187), que, aliás, não se realizou.

“7. Ora, invocando Poder Constituinte, ínsito no processo revolucionário vitorioso, “que tem que ser dinâmico para atingir os seus objetivos”, e afirmando que “a autolimitação que a Revolução se impôs no Ato Institucional de 9 de abril de 1964 não significa (.....) se tenha negado a si mesma, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento”, o Presidente da República, “na condição de Chefe do Governo Revolucionário e Comandante Supremo das Forças Armadas, coesas na manutenção dos ideais revolu-

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

cionários”, editou o ATO INSTITUCIONAL n.º 2, de 27 de outubro de 1965, que instaurou ordem jurídica, através do exercício inequívoco do poder constituinte originário (e não do poder constituinte instituído ou de emenda à Constituição), colimando, outrossim, “assegurar a continuidade da obra a que se propôs” a Revolução de 31 de março de 1964.

“8. Mantendo, em princípio, como o anterior, a Constituição Federal e as Constituições estaduais e respectivas emendas, introduziu, na ordem constitucional brasileira, porém, o ATO INSTITUCIONAL n.º 2 profundas modificações — algumas consideradas definitivas, outras com duração temporária coincidente com a da vigência do indicado instrumento, a expirar a 15 de março de 1967 (art. 33).

Estabeleceu, com efeito, o art. 29 do documento de natureza constitucional em foco que

“INCORPORA-SE DEFINITIVAMENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL O DISPOSTO NOS ARTIGOS 2.º A 12 DO PRESENTE ATO”.

(in DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO R. G. DO SUL, de 13-5-1966, ps. 2 a 5)

Na mesma linha, manifestou-se o Poder Constituinte originário, exercido pelo Presidente da República, em nome da Revolução, quando no Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966, foi convocado o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, que, “além de representar a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução, deveria assegurar a continuidade da obra revolucionária”.

A Constituição de 1967 foi, inequivocamente, expressão de exercício de poder constituinte originário, de que se investira o Congresso Nacional, por força do Ato Institucional n.º 4.

Posteriormente, nova manifestação de poder constituinte originário ocorreu com a edição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, estabelecendo-se, no art. 1.º, *verbis*:

“Art. 1.º — São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional”.

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

Também revelam-no os Atos Institucionais seguintes.

Ao promulgarem, entretanto, a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, conforme se vê de seu preâmbulo, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, fizeram-no, apenas, sob invocação do poder constituinte instituído, ou poder de emenda à Constituição, ou poder de revisão constitucional, considerando que, decretado o recesso parlamentar, estava o Poder Executivo federal autorizado a legislar sobre tôdas as matérias, compreendidas as emendas à Constituição no processo legislativo (art. 49, I, da Constituição de 1967).

Operou-se, então, e assim, revisão constitucional, tanto que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, consoante o art. 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, passou a vigorar, com a redação aí introduzida.

Ora, se, formalmente, cumpre entender a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, como manifestação do poder constituinte derivado, conquanto, conforme é evidente, pudessem os Chefes Militares, à época, ter invocado, para isso, poder constituinte originário, — importa ler seus dispositivos, em consonância com o espírito que informou a Carta de 1967.

Assim sucedeu, resguardadas as peculiaridades de cada momento histórico, com a revisão constitucional de 1925-1926, de que resultou, “depois de incorporada ao seu texto, como parte integrante dêle, a proposta de emendas aprovadas pelas duas Câmaras do Congresso Nacional nas sessões ordinárias de 1926”, a publicação da Constituição de 1891, com a nova redação, oriunda das emendas aprovadas, por ato de 7 de setembro de 1926.

Daí por que, no caso *sub-examine*, não tendo ocorrido emenda aditiva, na expressão do preâmbulo do Diploma em aprêço de 1969, restringindo expressamente qualquer direito adquirido, de conformidade com dispositivo especial da Carta reformada, estou em que a emenda supressiva do art. 177, § 1.º, opera, *ad futurum*, isto é, quem não adquirira ainda o título *juris* à aposentadoria voluntária, com “os direitos e vantagens da legislação vigente e anterior à Constituição de 24 de janeiro de 1967”, não mais poderá fazê-lo. Como destaquei acima, quem não requereu, não teve constituído seu direito; não mais pode fazê-lo, com apoio no art. 177, § 1.º, predito.

Aquêles, entretanto, que já haviam requerido e aguardavam apenas a declaração de seu direito, porque não há norma expressa

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

disso vedativa na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, fazem jus a ter expedidos os atos respectivos, com resguardo do direito conquistado, na vigência do art. 177, § 1.º em foco.

Reafirmo meu entender que, como normas de índole constitucional, as da Emenda n.º 1 encontravam limite material apenas no que a Constituição de 1967 vedava ser objeto de emenda. Portanto, podia a Emenda n.º 1, de 1969, *ad exempla*, ter proibido exercício cumulativo de cargos públicos, restringido ou ampliado os casos e condições de aposentadoria, a forma de investidura em cargos públicos e o modo de adquirir estabilidade na função pública.

No que refere, porém, ao passado, **de expresso**, podia a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, ter suprimido, em suas Disposições Gerais, quaisquer vantagens que indicassem, antes deferidas a funcionários, ativos ou inativos, mesmo que já as viessem percebendo ou a elas estivessem intitulados pelo regime reformado da Constituição de 1967. Se isso houvesse feito, quanto aos beneficiários do dito art. 177, § 1.º, a Emenda Constitucional n.º 1, então, sim, não só não seria possível expedir ato de aposentadoria voluntária, nas condições aludidas, a quem a requerera, antes de 30 de outubro de 1969, como, inclusive, deixariam de usufruir os que já portassem ato de inativação, expedido na vigência da Constituição emendada, os proventos, segundo o previsto no referido dispositivo.

Em casos tais, seria de invocar a lição de PONTES DE MIRANDA, ao examinar o princípio da imediata incidência das normas jurídicas constitucionais:

"As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso. O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou, como aquêle em que começaria de incidir." (apud COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO DE 1967, tomo VI, ps. 375 e 376).

Esse o meu entendimento, acêrca da eficácia do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, diante da Emenda Constitucional

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971

n.º 1, de 1969, que o suprimiu, mas nada determinou, contrariamente à situação daqueles que, por força da incidência desse dispositivo, estivessem já no gozo dos direitos e vantagens nêles previstos, ou com seu *titulus juris*, a tanto, definitivamente constituído.

* (Excerto de voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 68.926 — Distrito Federal, no Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária de 16-09-1971)

RCGERS, Pôrto Alegre, 1(1): 31-47, 1971