



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



JOSÉ LUIZ DELGADO

**DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E DISPOSIÇÕES
CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**

Recife
2019

JOSÉ LUIZ DELGADO

**DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E DISPOSIÇÕES
CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof^o. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

D352d Delgado, José Luiz.
Disposições Constitucionais Gerais e Disposições Constitucionais Transitórias / José Luiz Delgado. – Recife, 2019.
145 f.

Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Brasil. Constituição. 3. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). I. Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra (Orientador). II. Título.

342.81CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2019-33)

JOSÉ LUIZ DELGADO

**DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E DISPOSIÇÕES
CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 13/09/2019.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Aurélio Agostinho da Boaviagem (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco

RESUMO

Disposições gerais: devendo ser disposições gerais somente normas que se aplicam à totalidade da Constituição, e havendo a Constituição de 1988 transferido para outros títulos da Constituição os dois temas clássicos de disposições gerais (normas sobre reforma constitucional e normas sobre o Estado de sítio) – à semelhança do que havia sido feito pela Constituição de 1967 – questiona-se que sentido pode ter um título de “disposições gerais” na atual Constituição brasileira, e se são realmente “disposições gerais” cada uma das normas que nesse título se contém.

Disposições transitórias: para uma teoria geral das disposições transitórias, depois de uma análise das disposições transitórias nas Constituições brasileiras anteriores, definem-se as características fundamentais das disposições transitórias (são, num primeiro sentido, regras de passagem de um sistema normativo para outro, normas efêmeras, pontuais, atingindo situações concretas existentes na data de promulgação da Constituição, ou, num segundo sentido, são normas com prazo predeterminado de vigência) e se propõe uma classificação em 4 tipos (normas de transição, normas de implementação, normas de exceção e determinações pontuais), cada um dos quais admitindo várias subdivisões. Ainda, para uma teoria geral das emendas constitucionais, estudam-se as disposições transitórias em emendas constitucionais e, sobretudo, as emendas constitucionais que modificaram normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), discutindo a possibilidade jurídica dessas emendas (aditivas e modificativas) – tanto as que apenas, formalmente, acrescentaram artigos aos 70 originais, quanto as que de fato modificaram regras de passagem da Constituição anterior, de 1967, para a Constituição nova, de 1988. É estudada, em especial, a constitucionalidade da Emenda nº 2, de 1992, que antecipou, em poucos meses, a data de realização do plebiscito previsto no art. 2º do ADCT.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

ABSTRACT

General provisions: general provisions only apply to the whole of the Constitution, and since the 1988 Constitution has transferred to other titles of the Constitution the two classic subjects of general provisions (constitutional reform norms and stipulations on the State of siege) - similarly to what had been done in the 1967 Constitution - it is questioned what meaning can have a title of "general provisions" in the current Brazilian Constitution, and whether the rules contained in that title are really "general provisions".

Transitional provisions: for a general theory of transitional provisions, after an analysis of the transitional provisions in the previous Brazilian Constitutions, the fundamental characteristics of the transitional provisions are defined (they are, in the first sense, rules of transition from one normative system to another, norms ephemeral, punctual, reaching concrete situations existing on the date of the promulgation of the Constitution, or, in a second sense, norms with predetermined term of validity) and proposes a classification in 4 types (transitional norms, norms of implementation, norms of exception and determinations), each of which assumes several subdivisions. Also, for a general theory of constitutional amendments, we study the transitional provisions in constitutional amendments and, above all, the constitutional amendments that modified the norms of the “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (ADCT), discussing the legal possibility of these amendments (additives and amendments) - both those that only formally added articles to the original 70, and those that in fact modified the rules of passage from the previous 1967 Constitution to the new Constitution of 1988. In particular, the constitutionality of Amendment nº 2 , of 1992, which anticipated, in a few months, the date of the plebiscite foreseen in article 2º of the ADCT.

Keyword: Constitutional Law. Constitution. Transitional Constitutional Provisions Act.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DISPOSIÇÕES GERAIS	13
2.1 Disposições preliminares e disposições gerais.....	13
2.2 Papel das Disposições Constitucionais Gerais.....	15
2.3 As Disposições Gerais nas Constituições brasileiras anteriores à de 1967.....	17
2.3.1 A Constituição de 1824.....	17
2.3.2 A Constituição de 1891.....	18
2.3.3 A Constituição de 1934.....	18
2.3.4 A Constituição de 1937.....	19
2.3.5 A Constituição de 1946.....	20
2.3.6 Resumo das Disposições Gerais nas Constituições brasileiras anteriores a 1967.....	21
2.4 As Disposições Gerais na Constituição de 1967.....	23
2.5 As Disposições Gerais na Constituição de 1988.....	25
2.5.1 As Disposições Gerais originais.....	25
2.5.2 As novas Disposições Gerais.....	29
2.6 Conclusão.....	33
3 DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS.....	34
3.1 Papel e sentido das disposições transitórias.....	34
3.1.1 Constituição anterior e Constituição nova.....	34
3.1.2 Disposições transitórias e disposições constitucionais transitórias.....	37
3.1.3 Ato próprio para as Disposições Transitórias.....	39
3.1.4 As disposições transitórias nas Constituições brasileiras.....	42
3.1.5 Não subdivisão do Ato das disposições constitucionais transitórias.....	44
3.1.6 Traço essencial das Disposições Transitórias.....	46
3.1.7 Disposições constitucionais transitórias fora do ADCT.....	48
3.2 Classificação das disposições transitórias.....	49
3.2.1 Função das disposições constitucionais transitórias segundo Ivo Dantas.....	49
3.2.2 Classificação das disposições transitórias segundo Raul Machado Horta.....	51
3.2.3 Transição, exceção e implementação nas disposições transitórias.....	52
3.2.4 Quatro tipos de disposições constitucionais transitórias.....	53

3.2.5 Observações sobre os quatro tipos de disposições constitucionais transitórias.....	56
3.2.6 O primeiro tipo das disposições transitórias. Normas de transição propriamente dita ..	58
3.2.7 O segundo tipo das disposições transitórias. Normas de implementação.....	61
3.2.8 O terceiro tipo das disposições transitórias. Normas de exceção.....	73
3.2.9 O quarto tipo das disposições transitórias. Determinações pontuais.....	80
3.2.10 Falsas disposições transitórias.....	85
 4 EMENDAS ÀS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS.....	86
4.1 Distinções iniciais.....	86
4.1.1 Disposições transitórias em Emendas Constitucionais	87
4.1.2 Emendas Constitucionais transitórias	88
4.2 Emendas às disposições transitórias nas Constituições brasileiras anteriores.....	89
4.2.1 Emendas às disposições transitórias nas Constituições anteriores a 1967.....	89
4.2.2 Emendas às disposições transitórias na Constituição de 1967.....	91
4.3 Emendas ao Ato das Disposições Transitórias de 1988.....	93
4.3.1 Emendas que não tocaram no ADCT.....	93
4.3.2 Emendas que mexeram no ADCT.....	95
4.4 Possibilidade jurídica de emendas ao ADCT – emendas aditivas.....	104
4.4.1 Impossibilidade de emendas aditivas.....	104
4.4.2 O caso singular dos servidores dos Territórios transformados em Estados.....	106
4.5 Possibilidade jurídica de emendas ao ADCT – emendas modificativas.....	108
4.5.1 A natureza constitucional do ADCT.....	108
4.5.2 Possibilidade de emenda às disposições transitórias.....	110
4.5.3 A tese da inalterabilidade das disposições transitórias	112
4.6 As emendas modificativas impossíveis ao ADCT.....	115
4.6.1 Disposições transitórias exauridas.....	115
4.6.2 Direitos adquiridos	117
4.6.3 Limitações materiais implícitas ao poder de reforma constitucional	118
4.7 O Supremo e a modificação da disposição transitória sobre o plebiscito.....	121
4.7.1 Cláusulas pétreas implícitas quanto ao plebiscito.....	121
4.7.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 829.....	123
4.7.3 Insuficiência da decisão do Supremo	124
4.8 Possibilidade de emendas às disposições transitórias segundo seus tipos	127
4.8.1 Emendas às disposições transitórias do primeiro e segundo tipos.....	127

4.8.2 Emendas às disposições transitórias do terceiro tipo.....	130
4.8.3 Emendas às disposições transitórias do quarto tipo.....	131
4.9 O caso dos art. 2º e 3º: determinações pontuais inalteráveis.....	133
4.9.1 Dois caminhos teóricos.....	133
4.9.2 Os arts. 2º e 3º: determinações pontuais inalteráveis.....	134
 5 CONCLUSÕES.....	 140
a) quanto às disposições gerais.....	140
b) quanto às disposições transitórias.....	140
c) quanto às emendas às disposições transitórias	141
 REFERÊNCIAS.....	 143

1 INTRODUÇÃO

As disposições gerais e as disposições transitórias serão, sob certo ponto de vista, um problema menor, marginal, mais apenas referidos nos manuais de Direito Constitucional do que enfrentados sistematicamente. Igual observação Inocêncio Mártires Coelho já fizera no tocante especificamente às disposições transitórias: *“Assim como os preâmbulos, as disposições constitucionais transitórias não têm merecido maior atenção por parte dos doutrinadores e raras vezes se fizeram objeto de debates no âmbito da jurisdição constitucional”*.¹

Imaginá-las assim, porém, como normas menos relevantes, é trágico equívoco. Já Jorge Miguel² defendia a importância ao menos das disposições transitórias:

“longe está deo adjetivo transitório, referindo-se a Disposições Constitucionais, ter só o sentido daquilo que tem pouca importância, por disciplinar questões diminutas. Não. Há, nas Disposições Transitórias, assuntos de relevante sentido político-social.”

O fato é que importantes manuais de Direito Constitucional mal tratam do assunto. José Afonso da Silva³ e Alexandre de Moraes⁴, por exemplo, simplesmente as ignoram, e não só as disposições transitórias, que afinal constam de um texto à parte, anexo, mas as próprias disposições gerais, que pertencem ao corpo constitucional normal. Nada obstante, um e outro encerram os seus livros apenas com o estudo do capítulo sobre os índios, não fazendo a mais mínima referência aos textos constitucionais que vêm em seguida – aquelas disposições gerais e transitórias. José Afonso da Silva ainda acrescenta uma parte final, de *“conclusão geral”*, na qual não se encabula de afirmar que *“chegamos ao fim, desta vez, ao contrário das edições anteriores, com ânimo e esperança”*. Não é aqui, obviamente, o lugar de discutir esse *“ânimo”* e essa *“esperança”*, mas é o caso, sim, de estranhar como *“chegamos ao fim”* se o capítulo dos índios absolutamente não é a palavra final da Constituição, e se esta ainda contém dezenas de outros dispositivos – nas disposições gerais e nas disposições transitórias – aí completamente esquecidos?

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 83.

² MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 1989. p. 325.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

Do mesmo modo, com igual e espantosa omissão, Celso Ribeiro Bastos⁵. Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶. Também Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky⁷. Também Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁸. Também Nagib Slaibi Filho⁹. Também Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Mário F. Elias Rosa e Marisa F. Santos¹⁰, que concluem o seu texto com a proteção aos índios. Também Walber de Moura Agra¹¹. Também Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: a página final é sobre os princípios relativos aos índios¹². Também Guilherme Peña de Moraes, este com a omissão adicional de qualquer palavra a respeito dos títulos da Ordem Econômica e da Ordem Social¹³. E ainda o livro de Pedro Lenza, dedicado especialmente aos concursos¹⁴: significará que as normas das disposições gerais e das disposições transitórias não haverão de cair nos concursos?

Mesmo um livro destinado, conforme seu próprio título, a fazer “*Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*” (de autoria de Orlando Soares¹⁵) mostra-se extremamente lacônico e parcimonioso a respeito das disposições gerais e das transitórias. Quase não diz nada, não comenta nada. E ainda incorre em confusões como a de recordar a distinção entre “disposições gerais” e “disposições específicas” (p. 757), como se o título IX da Constituição – “*Das disposições constitucionais gerais*” – tivesse alguma coisa a ver com essa distinção e toda a parte permanente anterior fosse constituída de “disposições específicas”... E recorda essa distinção ainda em aberta contradição com o que escrevera apenas duas ou três linhas antes, sustentando que tanto as disposições constitucionais gerais quanto as transitórias estão repletas de “*casuísmos, que somente poderão ser examinados em situações concretas; assim, mais conveniente teria sido a elaboração duma Lei Constitucional, abrangendo as matérias, objeto dos referidos casuísmos, em lugar de*

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁷ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

¹⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Mário F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

¹¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

¹³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

¹⁵ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

figurarem como uma espécie de excrescência, no texto constitucional” (p. 757), – observação que ainda repete, *ipsis litteris*, nas brevíssimas anotações que faz das disposições transitórias. Obviamente, se trata de casuísmos, então não se trata de “disposições gerais”, por oposição às específicas, conforme o referido autor pretenderá imediatamente em seguida. Pura confusão.

Ou bem, por conseguinte, o assunto deve ser tido como absolutamente desprezível ou bem essa gigantesca omissão precisa ser reparada.

A primeira alternativa não pode, obviamente, ser procedente, não só porque nada em lei alguma, quanto mais na Constituição, que é a primeira das leis, pode ser considerado insignificante e irrelevante (ao menos para os juristas que ainda acreditem no primado da lei, entre as fontes formais do Direito), – mas também pela quantidade de problemas práticos e de questionamentos judiciais que têm sido suscitados justamente a partir seja das disposições gerais, seja das transitórias.

No mais sistemático e interessante estudo feito sobre as disposições transitórias, Ivo Dantas ¹⁶começa fazendo a mesma reclamação, a qual, aliás, se pode, do mesmo, modo aplicar às disposições gerais: “*o estudo das denominadas Disposições Transitórias Constitucionais comporta, em nosso modo de entender, a elaboração de uma Redução teórica que, contudo, ainda não despertou as atenções dos estudiosos nacionais do Direito Constitucional*” (p. 141).

É essa omissão que se procura reparar no presente trabalho, inclusive desenvolvendo, tanto em relação às disposições gerais (matéria do capítulo 2º) quanto em relação às disposições transitórias (capítulo 3º), pontos de vista e conclusões inéditos, de nenhuma maneira anteriormente formulados na doutrina, tal como a classificação, que aqui se propõe, para as disposições constitucionais transitórias, definindo uma tipologia dessas disposições. Apresentar-se-á, nesses dois capítulos, uma espécie de esboço de uma Teoria Geral das Disposições Gerais e uma Teoria Geral das Disposições Transitórias.

Particular problema – que merecerá atenção especial (capítulo 4º) – é o da possibilidade de serem emendadas as disposições transitórias, apresentando-se também uma

¹⁶ DANTAS, Ivo. Das disposições constitucionais transitórias: uma redução teórica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 32, n. 126, abr./jun. 1995.

espécie de esboço de uma Teoria Geral das Emendas Constitucionais. O caso específico da Emenda Constitucional nº 2, que alterou o art. 2º do ADCT, é estudado especificamente, no final.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS

2.1 Disposições Preliminares e Disposições Gerais

Há que distinguir, antes de mais nada, “disposições gerais” em geral (diga-se, apesar da redundância), ou como deveriam ser elas na doutrina, das “disposições gerais” nas Constituições brasileiras.

No seu excelente livro sobre “*Técnica legislativa – Constituições e Atos Constitucionais do Brasil*”, Hésio Fernandes Pinheiro procura distinguir *disposições preliminares, disposições gerais e disposições finais*. Não é nenhuma tarefa fácil, e tudo quanto o doutrinador puder dizer a respeito terminará não passando de meras recomendações, considerando o cipoal de confusões que os legisladores costumam fazer nessa matéria. De fato, capítulos de “disposições gerais” costumam encontrar-se no início de muitas leis e códigos, embora Hésio Fernandes Pinheiro sustente que eles deveriam ser colocados somente no final desses conjuntos normativos. E propõe que devam ser tidas como ontologicamente diferentes as “disposições gerais” e as “disposições preliminares”:

“os assuntos das Disposições Preliminares não se confundem, em absoluto, com os de Disposições Gerais. Embora em ambas possam figurar preceitos com este caráter, a confusão é inadmissível porque os assuntos das primeiras são de definição, de princípio, independentes do texto, enquanto que aqueles que devem figurar nas Disposições Gerais estão com ele intimamente relacionados e lhe são placentariamente dependentes. As Disposições Gerais representam uma continuação do texto da lei que dispõe sobre assuntos nele tratados. Sem esse texto, o seu enunciado não teria expressão nem sentido. Já as Disposições Preliminares tratam de assuntos apenas correlatos à lei, que podem ser ditados isoladamente e compreendidos por si sós”¹⁷.

¹⁷ PINHEIRO, Hésio Fernandes. *Técnica legislativa: Constituições e Atos Constitucionais do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962. p. 119.

Não se pode sustentar que a prática legislativa nacional acompanhe e confirme essas proposições doutrinárias, conforme o próprio Hésio Fernandes Pinheiro reconhece (ainda na mesma página 119): *“em alguns atos da ordem legislativa nacional, porém, encontram-se Introduções, Títulos Preliminares ou Disposições Preliminares, impropriamente denominadas de Disposições Gerais que são colocadas no início do texto legal, servindo-lhe de intróito”*.

Encontram-se até, o mesmo autor assinala, Disposições Gerais no interior das leis, precedendo algumas de suas divisões internas. O que acontece também no caso da Constituição brasileira vigente, em que se podem encontrar “disposições gerais” abrindo títulos (o título VIII, “Da Ordem Social”, se inaugura com um capítulo “Disposição Geral”) ou abrindo capítulos (o capítulo VII, “Da Administração Pública”, do título III, bem como o capítulo III, “Do Poder Judiciário”, do título IV, se abrem com uma Secção I – “Disposições Gerais”) ou até abrindo secções (a secção VIII, “Do Processo Legislativo”, do capítulo I do título IV, se inicia com uma Subsecção I – “Disposição Geral”). Também a Constituição incluiu uma secção de “Disposições Gerais” não no início mas, agora, no final de um capítulo – o caso da secção III do capítulo I do título V. Tudo isso para falar somente de “disposições gerais” assim explicitamente nomeadas, sem referir portanto nem “princípios gerais” nem “normas gerais” que também aparecem à testa de diferentes partes da Constituição.

Hésio Fernandes Pinheiro, diante dessa confusão, sustenta, como o ponto de vista que lhe parece *“tecnicamente certo”*, o seguinte entendimento:

- “a) em princípio, os artigos que contenham assuntos de caráter geral, diretamente dependentes ou intimamente relacionados com todo o texto, devem ser englobados no final da lei sob o título de “Disposições Gerais”;*
- b) em se tratando de lei extensa, cujos diversos grupos de assuntos justifiquem ou exijam a existência de um apêndice, contendo medidas de caráter geral, essas medidas devem seguir ou preceder cada grupo, enfeixadas sob a designação de “Disposições Gerais”;*
- c) as medidas restantes, de caráter geral e referentes a todo o texto da lei (apreciado em seu conjunto) devem ser reunidas e colocadas no final do ato e em continuação numérica ao seu articulado, separadas deste, entretanto, pelo rótulo: “Disposições Finais”.*

As Constituições brasileiras jamais contemplaram a técnica (imprópria, no dizer de Hésio Fernandes Pinheiro) de começar com “Disposições Gerais” (embora algumas, a saber, as de 1891, 1934, 1946, 1967, tenham iniciado seu título inaugural sobre a organização nacional com um capítulo de “disposições preliminares”). Todas elas se abriram diretamente com um título sobre a estrutura do poder no País (“Do Império do Brasil” – 1824; “Da Organização Federal” – 1891, 1934, 1946; “Da Organização Nacional” – 1937, 1967). De fato, a que se poderia dizer mais perto da ideia de inclusão de “Disposições Gerais” no início do seu texto é a Constituição vigente, que se inaugura com um título não sobre a estrutura do poder, mas *“Dos Princípios Fundamentais”*.

Em suma, se “Disposições Gerais” eventualmente podem-se encontrar no início de códigos e leis esparsas (seja, essa, boa ou má técnica), nas Constituições brasileiras, além das “disposições gerais” específicas de partes da Constituição, abrindo títulos, capítulos e até secções, sempre houve um título de “Disposições Gerais” colocado no final do texto constitucional.

2.2 Papel das Disposições Constitucionais Gerais

É dessas Disposições Gerais colocadas no final das Constituições brasileiras que importa, portanto, tratar.

Se a Constituição distribui suas determinações por Títulos concebidos numa estrutura sistemática em função dos conteúdos normativos, qual deveria então ser o assunto próprio de umas Disposições Gerais colocadas no final do seu texto? Não se trata de disposições transitórias, cuja topografia e cuja função são outras. São disposições permanentes, como as dos diferentes Títulos constitucionais. O que, então, as caracterizará?

Para se distinguir das normas dos diferentes Títulos constitucionais, Disposições Gerais devem ser ou bem (a) aquelas normas que não se adaptam a nenhum dos títulos nos quais a Constituição se divide, uma espécie de resíduo constitucional, ou bem (b) normas que digam respeito à Constituição como um todo, interessem a toda a Constituição.

No primeiro caso, melhor seria que nem existissem essas pretensas e, de fato, falsas “Disposições Gerais”: deveriam elas constituir capítulos próprios, específicos, ainda que extremamente diminutos, até de um único artigo.

O segundo caso corresponde à lição de Hésio Fernandes Pinheiro: o capítulo das Disposições Gerais deve conter “*artigos intimamente relacionados com todo o texto*”. No mesmo sentido, Pinto Ferreira¹⁸ ensinava que essas disposições devem consistir em “*normas que interessam a todo o corpo da Constituição, não sendo assim objeto de um capítulo especial*”. Normas, portanto, que afetam a Constituição no seu conjunto, como um todo, e não a essa ou aquela parte da Constituição, esse ou aquele assunto setorial.

O conceito que Uadi Lammêgo Bulos¹⁹ propõe é totalmente insuficiente: o de que “*disposições gerais são normas jurídicas, impessoais, abstratas, imperativas, em cujo regaço erigem-se pautas de comportamento amplas, porquanto aplicáveis a situações certas, mutáveis, passageiras e até contingentes*”. Melhor seria se o autor não se tivesse disposto a formular conceito algum. Afinal, “*normas jurídicas, impessoais, abstratas e imperativas*” devem ser todas as normas constitucionais, nada, nessas qualificações, caracterizando ou distinguindo especificamente as Disposições Gerais. O que significa, por outro lado, pretender que elas se aplicam a situações mutáveis? Significa que ficariam elas mudando também, na mesma proporção? E dizer que se aplicam a situações “*passageiras e até contingente*” não parece muito mais próprio das Disposições Transitórias?

Prossegue o autor com outra observação lamentável, assinalando o que seria “*o caráter compromissório das disposições gerais*”: “*compromissório no sentido de estatuírem preceitos que defluíram de acordos firmados por partidos políticos, signatários de interesses diversos, da força dos lobbies, dos conchavos de momento, de tudo aquilo que revela a grandeza e a miséria dos parlamentos*”. Em que medida essa observação não se aplicaria também a muitas outras normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais? Se as normas jurídicas devessem ser classificadas segundo esse tipo de observação, evidentemente a teoria jurídica iria muito mal. Há, aí, muito mais uma avaliação de natureza sociológica, ou política, do que propriamente jurídica.

¹⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 647.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 1303.

Considerando a boa lição de Hésio Fernandes Pinheiro e de Pinto Ferreira, pode-se verificar que havia historicamente, nas Constituições brasileiras, dois assuntos que constituíam verdadeiras “Disposições Gerais”, porque diziam respeito a toda a Constituição. O primeiro deles era a questão do estado de sítio; o segundo, as regras sobre reformas constitucionais. Este segundo era claramente assunto relativo a toda a Constituição: trata-se, aí, exatamente, de estabelecer quais normas constitucionais podem ser modificadas e como isso se pode fazer. Aquele primeiro assunto apenas de certo modo tratava da Constituição toda, porque no estado de sítio como que a Constituição é colocada em suspenso, suspende-se a normatividade geral da Constituição. De fato não são todos os dispositivos constitucionais que são colocados em suspenso no estado de sítio, mas somente alguns; apesar disso, como parte substancial da Constituição é colocada como que entre parêntesis, pode-se afirmar que o estado de sítio suspende a Constituição e, por isto, era adequada, ou ao menos admissível, a sua inclusão entre as chamadas “Disposições Gerais”.

2.3 Disposições Gerais nas Constituições Brasileiras anteriores à de 1967

Título dedicado às “Disposições Gerais” houve em todas as Constituições brasileiras, com a única exceção da Constituição de 1937. Se em 1824 o título final era dedicado às Disposições Gerais e também à garantia de direitos civis e políticos, nas Constituições seguintes – 1881, 1934 e 1946 – o título derradeiro era consagrado apenas às “Disposições Gerais”. 1937 é a única exceção nessa seqüência: conclui com “Disposições Transitórias e Finais”, não Gerais. E 1967 reúne num só título as Disposições Gerais e as Transitórias. 1988 retoma a boa técnica e a boa tradição de fechar com um título final dedicado exclusivamente às Disposições Gerais e remeter as Disposições Transitórias para um Ato próprio, anexo.

2.3.1 A Constituição de 1824

A Constituição de 1824 se encerrava com o título VIII – *“Disposições Gerais e Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”*, com 7 artigos, os seis primeiros dedicados ao problema da reforma constitucional e o sétimo (o último artigo da Constituição), contendo a declaração de direitos, que se concluía, no inciso 35, com a regulamentação do que viria a ser chamado de “estado de sítio” (*“pedindo a segurança do Estado que se dispensem, por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a*

liberdade individual”). Excluída a declaração de direitos, havia então dois únicos assuntos, portanto – precisamente os assuntos que ficariam clássicos como Disposições Gerais. Observe-se que não havia Disposições Transitórias na Constituição de 1824, nem no próprio corpo da Constituição nem em ato anexo.

2.3.2 A Constituição de 1891

A Constituição de 1891, bem mais sucinta, também concluía, no título V, com “*Disposições Gerais*”, dedicando às Disposições Transitórias um ato próprio, a ela anexo. Havendo transferido a Declaração de Direitos para um título específico, o IV, depois dos três títulos dedicados à estrutura do poder (I – Da Organização Federal; II – Dos Estados; III – Do Município), aquele título final, o V, continha 13 artigos (do 79 ao 91) que tratavam fundamentalmente do estado de sítio (art. 80) e da reforma constitucional (art. 90). Um terceiro assunto também poderia ser considerado como Disposição Geral típica: o do art. 83, que estabelecia a continuação em vigor das leis anteriores não contrárias à nova Constituição.

Os demais artigos, porém, tratavam de outros assuntos, na verdade pontuais e, a rigor, absolutamente não gerais, isto é, não relativos à Constituição como um todo. Assim:

- **art. 79** – vedação do exercício de funções em dois poderes distintos;
- **art. 81** – revisão criminal;
- **art. 82** – responsabilidade de funcionários públicos;
- **art. 84** – fiança da dívida pública interna e externa;
- **art. 85** – patentes dos oficiais do quadro e classes anexas da armada;
- **art. 86** – obrigação do serviço militar;
- **art. 87** – vedação de guerra de conquista;
- **art. 89** – instituição de um Tribunal de Contas.

Nenhum desses assuntos é propriamente Disposição Geral. Todos eles deveriam ter sido colocados em capítulos próprios da Constituição.

O derradeiro, o art. 91, que estabelecia a promulgação da Constituição, era antes uma Disposição Final do que Geral.

2.3.3 A Constituição de 1934

No tocante às Disposições Gerais e às Transitórias, a Constituição de 1934 manteve a estrutura de 1891, isto é, concluiu o seu texto com o título final – “*Disposições Gerais*” (título VIII) – e organizou um ato próprio para as Disposições Transitórias, anexo à Constituição. O título das “*Disposições Gerais*” também tratava fundamentalmente do estado de sítio (art. 175, com 15 parágrafos), da reforma constitucional (art. 178, com 5 parágrafos), e da continuação em vigor das leis que não contrariassem o novo texto constitucional (art. 187) – assuntos propriamente gerais.

Mas incluía ainda várias outras disposições, também pontuais, como aquelas da Constituição de 1891, e portanto, a rigor, não gerais:

- **art. 174** – uso da bandeira, hino, escudo e armas nacionais;
- **art. 176** – representação diplomática na Santa Sé;
- **art. 177** – defesa contra os efeitos das secas nos estados do Norte;
- **art. 179** – declaração de inconstitucionalidade só por maioria absoluta;
- **art. 180** – representação dos Estados na Câmara não inferior à da Assembléia

Constituinte;

- **art. 181** – eleições para os legislativos: proporcional e voto secreto;
- **art. 182** – pagamentos devidos pela Fazenda na ordem dos precatórios;
- **art. 183** – nenhum encargo sem atribuição de recursos suficientes;
- **art. 184** – exclusão dos funcionários do produto das multas;
- **art. 185** – limite de 20% para aumento dos impostos;
- **art. 186** – produto dos impostos com fins determinados não pode ter aplicação

diferente.

Do mesmo modo, diga-se que nenhum desses assuntos é propriamente Disposição Geral. Todos deveriam ter sido colocados em capítulos próprios da Constituição.

2.3.4 A Constituição de 1937

Com a esdrúxula e singular originalidade de não se distribuir por títulos, capítulos e secções, devidamente numerados, a Constituição de 1937 ainda se diferencia, diante das anteriores, por não conter um título de “Disposições Gerais”. Ela se encerrava com uma parte intitulada “*Disposições Transitórias e Finais*” (mas não Gerais!), que foi, de resto, aquilo que

efetivamente funcionou o regime do Estado Novo, uma vez que o seu derradeiro artigo, o 187, estabelecia que *“Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do presidente. Os oficiais em serviço ativo das forças armadas são considerados, independentemente de qualquer formalidade, alistados para os efeitos do plebiscito”* – e o tal plebiscito, do qual dependia a Constituição inteira, simplesmente nunca foi convocado. Pode-se imaginar que também a inexistência de uma parte própria de “Disposições Gerais” em 1937 se tenha devido ao talento excepcional de Francisco Campos.

As normas constantes dessa parte derradeira, de *“Disposições Transitórias e Finais”*, são todas efetivamente disposições transitórias, salvo a do art. 183 (que determina a continuação em vigor das leis que não contrariem a Constituição), a qual poderia ser tida como Disposição Geral, mas se inclui aí a título de Disposição Final.

Por outro lado, o conteúdo tradicional das Disposições Gerais (estado de sítio e reforma constitucional) acha-se logo antes dessa parte final da Constituição. Não denominando essas medidas extremas de “estado de sítio” mas de “estado de emergência” e “estado de guerra”, a Constituição as regula no art. 166 e seguintes, numa parte intitulada *“Da defesa do Estado”*, que até parece inspiradora do título V da Constituição de 1988. E a reforma constitucional é tratada na parte seguinte, *“Das Emendas à Constituição”* (art. 174). É significativo que essas duas partes estejam precisamente no fim da Constituição, imediatamente precedendo a última, *“Disposições transitórias e finais”*, como se fossem (se a Constituição tivesse adotado a praxe tradicional de numerar e nominar títulos e capítulos) Disposições Gerais.

2.3.5 A Constituição de 1946

Retomando a estrutura das Constituições de 1891 e de 1934, com um ato próprio, anexo, para as Disposições Transitórias, a Constituição de 1946 encerra-se com um título específico para as *“Disposições Gerais”* (o título IX). Neste, são regulamentadas a decretação do estado de sítio (em vários artigos: do 206 ao 215) e a reforma constitucional (num único artigo, o 217) – numa distribuição numérica curiosamente inversa à da Carta de 1824, que dedicara 6 artigos à reforma constitucional e apenas um inciso de outro artigo ao estado de sítio. O terceiro assunto que poderia ser entendido como Disposição Geral (a regra de que

“continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explicita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição”– art. 187 da Constituição de 1934) foi suprimido na Constituição de 1946.

Cinco dos outros assuntos que constavam das “Disposições Gerais” de 1934 reaparecem nesse mesmo título em 1946:

- uso da bandeira, hino, escudo e armas nacionais (art. 195);
- representação diplomática na Santa Sé (art. 196);
- defesa contra os efeitos da seca no Nordeste (não mais nos estados do Norte):

art. 198;

- declaração de inconstitucionalidade só por maioria absoluta (art. 200);
- pagamentos devidos pela Fazenda na ordem dos precatórios (art. 204).

Os demais assuntos das “Disposições Gerais” da Constituição de 1934 (artigos 180, 181, 183, 184, 185 e 186) foram excluídos desse título na Constituição de 1946. Em contrapartida, incluiu ela, nas “Disposições Gerais”, novos assuntos:

- **art. 197** – extensão ao Presidente e Vice-Presidente, aos ministros de Estado e aos membros do Judiciário das incompatibilidades declaradas no art. 48 para os deputados e senadores;

- **art. 199** – plano de valorização da Amazônia;
- **art. 201** – fôro das causas da União;
- **art. 202** – caráter pessoal dos tributos e capacidade econômica dos contribuintes;
- **art. 203** – imunidade dos direitos de autor e da remuneração de professores e

jornalistas;

- **art. 205** – instituição do Conselho Nacional de Economia;

- **art. 216** – terra dos silvícolas; além do artigo final (218) definindo a promulgação e a entrada em vigor da nova Constituição.

Nenhum desses assuntos, eminentemente pontuais, pode ser tido como Disposição Geral. Todos poderiam e deveriam estar em capítulos próprios.

2.3.6 Resumo das Disposições Gerais nas Constituições brasileiras anteriores a 1967

Em síntese, as *Disposições Gerais* nas Constituições brasileiras anteriores a 1967 tratavam fundamentalmente de dois assuntos, aliás os únicos de que constavam as *Disposições Gerais* da Carta de 1824: a reforma constitucional e a suspensão das garantias constitucionais mediante o estado de sítio. Um terceiro assunto, ausente na Constituição de 1824, como também em 1946, poderia ser considerado Disposição Geral: a regra sobre a continuação em vigor das leis não contrárias à nova Constituição (art. 83 da Constituição de 1891; e art. 187 da Constituição de 1934).

A esses, outros assuntos foram agregados em diferentes Constituições. Agrupando-os segundo a ordem alfabética dos seus objetos, esses assuntos foram os seguintes:

administração pública

- vedação do exercício de funções em poderes distintos (1891)
- responsabilidade dos funcionários públicos (1891)

administração pública (instituição de organismos administrativos)

- instituição do Tribunal de Contas (1891)
- instituição do Conselho Nacional de Economia (1946)

aplicação da Constituição

- declaração de inconstitucionalidade só por maioria absoluta (1934, 1946)
- promulgação da Constituição (1891, 1946)

desenvolvimento regional

- defesa contra efeitos da seca nos estados do Norte (1934) ou só do Nordeste (1946)
- plano de valorização da Amazônia (1946)

finanças públicas

- fiança da dívida pública interna e externa (1891)
- nenhum encargo sem recursos suficientes (1934)
- pagamentos na ordem dos precatórios (1934, 1946)

forças armadas

- patentes dos oficiais da armada (1891)
- obrigação do serviço militar (1891)
- composição do exército (1891)

incompatibilidades

- extensão ao Presidente e outras autoridades das regras de incompatibilidades (1946)

ordem tributária

- limite de 20% para aumento de impostos (1934)
- vedação de diversa aplicação para produto de impostos com fins determinados (1934)
- caráter pessoal dos tributos e capacidade econômica dos contribuintes (1946)
- imunidade dos direitos de autor e da remuneração de professores e jornalistas (1946)
- exclusão dos funcionários dos produtos das multas (1934)
- organização dos Estados
- representação dos Estados na Câmara (1934)
- eleições para os legislativos (1934)
- regras processuais
- revisão criminal (1891)
- foro das causas da União (1946)
- relações internacionais
- vedação de guerra de conquista (1891)
- representação diplomática na Santa Sé (1934, 1946)
- silvícolas
- terra dos silvícolas (1946)
- símbolos nacionais
- uso da bandeira e outros símbolos nacionais (1934, 1946)

Por que esses assuntos seriam “Gerais”? Por que não poderiam estar em capítulos específicos ao longo do texto constitucional? Pode-se pretender que de algum modo diriam eles respeito a toda a Constituição? Evidentemente, não. Sob este ponto de vista, não há diferença entre essas normas e todas as outras normas constantes dos diferentes capítulos da Constituição. O simples arrolamento desses assuntos mostra que pertencem a temas específicos da Constituição, dentro dos quais deveriam ter sido tratados. Absolutamente não são “Disposições Gerais”.

2.4 As “Disposições Gerais” na Constituição de 1967

A mudança profunda nessa matéria vai acontecer na Constituição de 1967. Aqueles dois únicos temas que constaram nas “Disposições Gerais” de todas as Constituições e que eram verdadeiras disposições gerais foram simplesmente deslocados para outras partes da

Constituição: as normas sobre reforma constitucional foram transferidas para a secção V (“*Do Processo Legislativo*”) do capítulo VI (“*Do Poder Legislativo*”) do título I (“*Da Organização Nacional*”), cujo artigo inicial, o 49, arrolando as formas normativas cuja elaboração seria o objeto do processo legislativo, começa incluindo “*I – Emendas à Constituição*”.

E as normas sobre decretação de estado de sítio foram remanejadas para um capítulo próprio, o último, o V (“*Do Estado de Sítio*”), do título II (“*Da Declaração de Direitos*”), considerando a óbvia relação entre estado de sítio e declaração de direitos, uma vez que aquele consiste essencialmente numa suspensão de garantias individuais. A “Exposição de Motivos” com que o Ministro Carlos Medeiros Silva apresentou ao presidente Castello Branco o anteprojeto da nova Constituição explicava claramente essa nova arrumação: “*as emendas à Constituição (foram incluídas) no Poder Legislativo; o estado de sítio, como suspensão das garantias constitucionais, (foi incluído) após a sua enumeração*”.

De estrutura admiravelmente simplificada (reduzida a apenas 5 títulos: organização nacional; declaração de direitos; ordem econômica e social; família, educação e cultura; disposições gerais e transitórias), a Constituição de 1967 aglutinou num único título, o derradeiro, essas duas disposições finais (as gerais e as transitórias), ontologicamente diferentes e tradicionalmente tratadas em textos distintos: as disposições gerais no próprio corpo da Constituição, e as transitórias habitualmente num ato próprio, anexo à Constituição – assim em 1891, em 1934 e em 1946. O resultado dessa aglutinação foi que desse título derradeiro constam apenas praticamente disposições eminentemente transitórias. De “Disposição Geral”, ou melhor, de disposição apenas não-transitória (porque Geral mesmo não é nenhuma), não há mais quase nada. A rigor, apenas o art. 186 (retomando norma que já constava das “Disposições Gerais” de 1946): “*terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes*”. E também não um artigo inteiro, mas apenas um parágrafo do art. 188, o parágrafo único: “*As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis*”.

Nenhuma dessas duas normas é, a rigor, “disposição geral”: sendo disposições permanentes, não transitórias, são, no entanto, específicas, devendo ser incluídas nos capítulos

próprios ao longo da Constituição – a segunda trata da organização dos Estados e a primeira, da ordem jurídica dos índios.

2.5 As Disposições Gerais na Constituição de 1988

2.5.1 As Disposições Gerais originais da Constituição de 1988

Foi neste quadro e com estes antecedentes, que o constituinte de 1987/88 trabalhou. Incidiu, porém, num imenso equívoco: se, de um lado, manteve as importantes rearrumações estruturais da Constituição de 1967 (a saber, repetiu a inclusão do tema das reformas constitucionais, as emendas constitucionais, no capítulo específico do “processo legislativo”; e criou um novo título, denominando-o “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, para nele regulamentar o estado de sítio e o estado de defesa), e ainda adotou a melhor técnica de promulgar em um texto próprio, anexo, um “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, – por outro lado resolveu encerrar a Constituição com um título dedicado às “Disposições Gerais”, contendo aliás nada menos de 13 artigos, mas que agora não teria mais nenhum sentido de existir, posto que seu verdadeiro conteúdo (reformas constitucionais e estado de sítio) havia sido redistribuído por outros capítulos ao longo da Constituição.

Com efeito, a análise de cada uma daquelas 13 normas (do art. 233 ao 245), de per si, evidencia que, rigorosamente, nenhuma delas constitui verdadeira Disposição Geral e que, por conseguinte, não havia lugar, na estrutura da Constituição de 1988, para um título próprio de “Disposições Gerais”.

Senão, vejamos.

Art. 233 (já revogado) – Determinava que o empregador rural comprovasse de 5 em 5 anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento de suas obrigações trabalhistas, para efeito do art. 7º, XXIX.

Esta simples enunciação, com a referência direta ao art. 7º, XXIX, da Constituição, já evidenciava que aí, nesse capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, é que deveria estar

incluído, podendo ser (ou ter sido – uma vez que esse art. 233 já foi revogado, pela Emenda Constitucional nº 28, de 25.05.2000) o § 2º do art. 7º, passando a § 1º seu parágrafo único originário.

Arts. 234 e 235 – Regulam a criação de novos Estados, o primeiro deles vedando à União assumir, em decorrência da criação de Estado, certos encargos, e o segundo, estabelecendo normas básicas para os 10 primeiros anos de existência de um novo Estado.

O tema da criação de Estado já havia sido tratado logo no primeiro capítulo do Título III – “Da Organização do Estado”, artigo 18 § 3º. É claro que as regras dos artigos 234 e 235 são continuação desse parágrafo. Deveriam estar juntas. O parágrafo 3º do art 18 estaria mais bem colocado como artigo próprio, tendo, como parágrafos, aquelas normas dos arts. 234 e 235 das Disposições Gerais.

Art. 236 – Trata dos serviços notariais e de registro.

Não é “Disposição Geral”, mas ao contrário, extremamente específica. Seu lugar próprio é o capítulo sobre a “administração pública”; ou até o capítulo relativo ao Poder Judiciário, que poderia abrir uma seção, talvez nas “funções essenciais”, a esses serviços auxiliares.

Art. 237 – Estabelece que *“a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”*.

Absurda não é apenas sua inclusão no título das “Disposições Gerais”: é a sua própria existência. Trata-se, obviamente, de regra de natureza não constitucional, que, sendo incluída na Constituição, só faz engessar a administração pública, na medida em que a impede não só de, se vislumbrar alguma conveniência, deslocar aquelas tarefas de fiscalização e controle do comércio exterior para outro Ministério, mas até de promover uma reforma ministerial, alterando o Ministério da Fazenda ou o seu nome.

Art. 238 – Remete à lei a ordenação da venda e revenda de combustível de petróleo.

Nitidamente não é “disposição geral”: seu lugar próprio seria o capítulo sobre a “ordem econômica”, no qual já são reguladas diversas atividades econômicas, não havendo nenhuma razão para a essa outra se dar tratamento diferente.

Art. 239 – Estabelece que a arrecadação do PIS/PASEP passe a financiar o programa de seguro-desemprego e o abono especial regulado no § 3º deste mesmo artigo, e dá outras regulamentações para esse patrimônio.

Há aí uma multiplicidade de normas que devem ser consideradas distintamente. E numa melhor sequenciação.

O abono previsto no § 3º, constituindo um direito dos trabalhadores, deveria constar do capítulo próprio sobre os “direitos sociais” (art. 7º). Da mesma forma, o § 4º, que prevê um financiamento adicional para o seguro-desemprego: também este deveria estar no capítulo dos “direitos sociais”.

O § 1º, por outro lado, com espantoso nível de detalhamento (define o percentual a ser aplicado em certos programas) deveria estar no título VII, sobre a Ordem Econômica.

As demais normas (especificamente, o “caput” e o § 2º), por consistirem em adaptação de um antigo regime normativo a novas disposições constitucionais, estariam mais bem enquadradas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: são disposições transitórias.

Art. 240 – Ressalva, do art. 195, “*as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.*” Excetuando do império de alguma norma constitucional certa situação existente na data de promulgação da Constituição, é tipicamente disposição transitória, cujo lugar próprio é o ADCT.

Art. 241 – Na sua redação original, o art. 241 mandava aplicar aos Delegados de Polícia o princípio do art. 39 § 1º “correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição”. O lugar evidente dessa norma deveria ser o art. 144, que, tratando da segurança pública, contém regras específicas sobre as polícias civis.

A reforma administrativa (Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998) deu mais do que nova redação, na verdade deu novo conteúdo e novo assunto ao art. 241, simplesmente suprimindo o que, na redação original, se dispunha sobre Delegados de Polícia. O novo texto manda a União, Estados e Municípios disciplinarem “*por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”.

É o artigo, segundo se pretende, que fundamentaria a transferência de serviços públicos para as chamadas Organizações Sociais. Na verdade, não fundamenta de modo algum semelhante transferência, porque nele não se cogita senão de “*consórcios públicos*” e de “*convênios de cooperação entre os entes federados*”, não se podendo entender “*gestão associada de serviços públicos*” senão como sendo gestão associada entre esses entes a que o artigo acabou de fazer referencia, isto é, os entes federados, nenhuma menção se fazendo a uma possível transferência de serviços públicos para órgãos privados, como pretendem ser as Organizações Sociais, das quais, de resto, nem se cogita nesse mesmo artigo. De qualquer maneira, é evidente que o lugar próprio do novo artigo 241 é o capítulo sobre a administração pública (capítulo VII do título III).

Art. 242 – Com os seus dois parágrafos, o art. 242 contém, de fato, três normas jurídicas distintas, embora todas relativas ao tema da educação.

(a) O § 1º determina que “*o ensino da História levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro*”. Já outros artigos do capítulo sobre a educação (por exemplo, o 210) tratavam de conteúdos de disciplinas escolares. Não há razão para dar outro tratamento a essa norma sobre as contribuições das diferentes culturais e etnias – obviamente disposição não-geral. Entre as normas do capítulo sobre a educação, portanto, é que deveria estar essa norma sobre o ensino da História do Brasil.

(b) O “caput” estabelece que o princípio do art. 206, IV (a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais) não se aplica às instituições educacionais oficiais anteriores (existentes na data de promulgação desta Constituição) “*que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos*”. Sendo expressa exceção à regra do art. 206, IV, de seu império retirando situação existente na data de promulgação da Constituição, é tipicamente disposição transitória: promove uma adaptação de situação existente na data da Constituição.

(c) O § 2º, estabelecendo que “*o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*”, também é, de fato, disposição transitória, porque cuida de uma adaptação à nova sistemática constitucional de situação existente na data de promulgação da Constituição. Seu lugar próprio, portanto, também é o ADCT.

Art. 243 – O “caput” estabelece a expropriação, “*sem qualquer indenização ao proprietário*”, das glebas onde forem localizadas “*culturas ilegais de plantas psicotrópicas*”, as quais em seguida serão “*especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o*

cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos”. E o parágrafo único determina o confisco de *“todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”*, definindo a utilização final desses recursos.

O assentamento de colonos, previsto no “caput”, remete à reforma agrária, em cujo capítulo caberia perfeitamente o que aí se dispõe.

O confisco dos bens apreendidos em decorrência do tráfico de entorpecentes poderia ser incluído em várias partes da Constituição: seja no capítulo sobre a saúde (no título da Ordem Social), seja no capítulo sobre a segurança pública (no título sobre a Defesa do Estado), seja mesmo como um parágrafo do artigo da declaração de direitos, uma vez que o art. 5º, cujo inciso XLIII já trata especificamente desse tráfico ilícito, o define como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Tanto o caput quanto o parágrafo, portanto, têm lugares próprios, nos capítulos específicos da Constituição, não constituindo disposições gerais.

Art. 244 –Trata-se de evidente disposição transitória, estabelecendo claramente regra de adaptação de uma situação atual, isto é, existente na data de promulgação da Constituição, a novas determinações constitucionais, no caso, a norma do art. 227 § 2º, nesse artigo 244, aliás, expressamente referida, a qual determinava à lei dispor sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público, e de fabricação de veículos de transporte coletivo, *“a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”*. Trata-se, agora, no art. 244, de prever que outra lei disponha sobre a adaptação dos logradouros, edifícios e veículos já existentes, para garantir aquele acesso das pessoas portadoras de deficiência.

Clarissimamente norma transitória, seu lugar próprio não pode deixar de ser o ADCT.

Art. 245 (último artigo do texto original de 1988). Trata da situação dos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso: estabelece que o Poder Público lhes dará assistência, na forma da lei.

Sendo claramente uma hipótese de assistência social, precisamente prestada aos carentes, *“a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”*, assistência que é um dos três aspectos da “seguridade social”, é nessa parte (secção IV do capítulo II do título VIII) que essa norma deveria estar incluída.

2.5.2 As novas Disposições Gerais da Constituição de 1988

Entre outras originalidades, o reformador da Constituição de 1988 inventou de acrescentar artigos às “Disposições Gerais”.

As “Disposições Gerais” nunca tiveram, nas Constituições anteriores, artigos acrescentados – com a única exceção da Emenda nº 15 à Constituição de 1946, emenda de 5.7.1965, que aumentou o texto de 1946 com 4 novos artigos (do art. 219 ao 222): todos, aliás, normas relativas a eleições, as quais bem poderiam ter sido incluídas nos seus lugares próprios, no mínimo adotando a técnica, não usual e, a rigor, não recomendável, da Emenda nº 25 à Constituição de 1988, que acrescentou um artigo **29-A**, entre, obviamente, os artigos 29 e 30, seguida, depois, por sucessivas Emendas: pela Emenda nº 39, de 19.12.2002 e pela Emenda nº 42, de 19.12.2003, que acrescentaram artigos **A** ao título da Tributação e do Orçamento; e pela Emenda nº 45, de 8.12.2004, que acrescentou vários artigos **A** e **B** aos capítulos do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça.

Hoje, a Constituição não contém apenas os 245 artigos originais, mas (sem contar os diversos artigos **A** e **B**) já está com 250, podendo, portanto, vir a ser ainda maior, se o mau exemplo prosperar. Entre outros inconvenientes, o texto constitucional passa a ter diferentes datas de vigência: além da data inicial de vigência da Constituição original, agora as diferentes datas de vigência desses novos artigos acrescentados.

Assim como foi feito com relação aos artigos originais do título “Das Disposições Gerais”, examinam-se, agora, uma a uma, essas novas “disposições constitucionais gerais” acrescentadas pelo reformador constitucional.

Art. 246 (introduzido pelas Emendas 6 e 7, reformado pela Emenda 32). Não poderia ser mais curiosa, mais original e mais absurda a crônica desse artigo 246. Sua redação original (porque ele já foi modificado, a atual sendo, portanto, a sua segunda redação) tem a singularidade de haver sido introduzida simplesmente por duas Emendas Constitucionais, aliás promulgadas na mesma data, o que revela espantosa displicência por parte do Congresso Nacional. De fato, tanto a Emenda Constitucional nº 6 quanto a nº 7, ambas de 15 de agosto de 1995, deram à Constituição um mesmo artigo novo, o 246, do igual seguinte teor: *“é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”* (isto é, desde oito meses antes). No mesmo dia 15 de agosto de 1995, foi promulgada ainda uma outra

Emenda Constitucional, a de nº 8, que tornava à mesma redação, sem tocar porém no novo art. 246, em caráter agora absolutamente pontual, dispondo no seu art. 2º: *“é vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional”* – mesma redação pontual que iria ser feita pouco depois, ainda em 1995, pela Emenda Constitucional seguinte, a de nº 9, de 9 de novembro.

Seis anos depois, a Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001, deu nova redação ao novo artigo 246, que passou a ter o seguinte enunciado: *“é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”*.

Num caso como no outro, na primeira ou na segunda redação, não se está vedando a adoção de medida provisória na regulamentação de qualquer artigo constitucional, mas somente daqueles que foram objeto de emenda (*“cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda”*), sendo que a redação original tinha um sentido permanente (*“emenda promulgada a partir de 1995”*, portanto todas elas, as já promulgadas desde 1995 e as que viessem a ser promulgadas daí por diante, a partir da data da Emenda, ou seja, a partir de 15 de agosto de 1995) – ao passo que a nova redação tem um caráter eminentemente transitório (*“emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”*, isto é, portanto, somente até 11 de setembro de 2001).

O primeiro texto, com caráter permanente, deveria estar no capítulo do processo legislativo, como parágrafo do artigo que trata das medidas provisórias, uma vez que estabelecia uma exceção, um caso em que não se poderia editar medida provisória.

O segundo texto, a redação nova, de caráter eminentemente transitório, deveria como tal ser tratada – mas não, como adiante se verá, como alteração do ADCT, e sim, como norma transitória de uma Emenda Constitucional, que pode ter, além de sua parte permanente, isto é, das normas constitucionais a que ela dá nova redação e nova disciplina, também uma parte transitória, isto é, normas que promovem a passagem do antigo regime constitucional para o novo regime jurídico introduzido justamente pela dada Emenda Constitucional – como pode, de resto, acontecer com qualquer disciplina jurídica nova, e como adiante se verá.

Numa redação como na outra, não é no título das “Disposições Gerais” que deveria estar, porque não é de Disposição Geral que se trata.

Art. 247 (introduzido pela Emenda 19). É a única norma constitucional (no caso, introduzida por Emenda, a de nº 19, a famosa “reforma administrativa”) em que se faz menção a umas tais “atividades exclusivas de Estado”, levantando a questão de saber se essas tais “atividades exclusivas” seriam exatamente aquelas do art. 21 (a competência material exclusiva da União, por oposição às atividades da competência material comum) ou se seriam outras atividades (até porque o texto refere “*atividades exclusivas de Estado*” e não da União), a serem definidas como tal por alguma legislação específica, isto é, como “exclusivas de Estado” (ou “típicas” de Estado, que é o que o texto pareceria querer dizer). E isso, por sua vez, suscita o problema de saber como uma legislação infraconstitucional poderia passar a distinguir aquilo que a própria Constituição não distinguiu, atividades exclusivas do poder público de outras atividades exclusivas do mesmo poder público, para, a umas, chamar de “exclusivas de Estado”, e a outras de “não exclusivas de Estado”, e assim lhes dar tratamento diferenciado – tratamento diferenciado que a Constituição não autorizou.

De qualquer forma, o que a lei poderá fazer, conforme a autorização dada por esse novo art. 247, não é diminuir as garantias dos servidores, facilitar a perda de cargo deles (porque isso seria claramente inconstitucional, não havendo sido revogadas as garantias dos servidores públicos, constantes do capítulo sobre a “administração pública”, capítulo VII do título III), mas aumentar as garantias, dificultar a perda de cargo de alguns tipos de servidores, os quais exerçam “atividades exclusivas de Estado”.

Quanto à sua localização nas “Disposições Gerais”, que é a questão que aqui interessa, é fácil ver que, referindo-se expressamente ao art. 41 § 1º inciso III e ao art. 169 § 7º, é como parágrafo de um ou de outro desses artigos – ou bem na secção “Dos Servidores Públicos” do capítulo “Da Administração Pública”, ou bem na secção “Dos Orçamentos” do capítulo “Das Finanças Públicas” – que esse art. 247 deveria estar.

Art. 248 (introduzido pela Emenda 20). Dispõe sobre os benefícios pagos pela previdência social, estabelecendo que eles “*observarão os limites fixados no art. 37, XI*”.

Tratando-se de norma que cuida expressamente do regime da previdência social, não se vê por que na secção específica “Da Previdência Social”, do capítulo “Da Seguridade Social”, esse novo artigo 248 não devesse ser incluído.

Art. 249 e 250 (introduzidos pela Emenda 20). Prevêem a criação de fundos específicos para “*assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadorias e pensões*” dos servidores públicos (art. 249) e “*para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social*” (art. 250), os primeiros, a serem criados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e os segundos somente pela União.

Deveriam estar, esses dois artigos, nas suas respectivas partes específicas: o 249 na secção “Dos Servidores Públicos”, na qual se trata do regime de previdência desses servidores; e o 250, na secção “Da Previdência Social” no capítulo “Da Seguridade Social” (título “Da Ordem Social”). Não constituindo Disposições Gerais, absolutamente não deveriam ser acrescentados ao Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais.

2.6 Conclusão

A análise aqui empreendida, pelo levantamento das “Disposições Gerais” em todas as Constituições brasileiras, revela que, tendo sido deslocados, pela Constituição de 1967 (deslocamento mantido na Constituição de 1988), para capítulos específicos ao longo do texto constitucional os dois únicos assuntos verdadeiramente “Gerais”, no sentido que a doutrina consagra, (por coincidência, as duas únicas matérias de que tratava o título final da Constituição de 1824), não há mais espaço nem sentido para um título próprio “Das Disposições Gerais” dentro da sistemática adotada pela Constituição brasileira vigente.

Por outro lado, examinando, de per si, o conteúdo dos artigos de que se compõe hoje o título “Das Disposições Gerais” – tanto os da redação original da Constituição quanto os que lhe vieram sendo acrescentados –, verifica-se que alguns estão até equivocadamente incluídos na parte permanente quando, sendo nitidamente disposições de caráter transitório, deveriam estar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e, quanto aos demais, nenhum deles possui caráter verdadeiramente geral, nenhum deles precisaria estar aí situado, devendo, ao contrário, estar localizados, com muito maior pertinência, em outras partes do texto

constitucional. Essas outras partes do texto constitucional com absoluta coerência os abrigariam, porque são disposições de fato específicas e não Gerais.

3 DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

3.1 Papel e Sentido das Disposições Transitórias

3.1.1 Constituição anterior e Constituição nova

A Constituição nova, como obra do poder constituinte originário, cria autoctonamente uma nova ordem jurídica, dispondo, com total liberdade (diante da ordem jurídica anterior), sobre o conjunto do ordenamento jurídico. Instaura literalmente uma nova ordem, atendendo tão somente às inspirações da razão e às aspirações da origem sociológica do seu poder. O poder constituinte se legitima por si mesmo e edita uma nova ordem jurídica sem que, nisso, seja limitado pela normatividade anterior. Assim como estabelece, com essa imensa liberdade, a nova ordem jurídica, também estabelece a data de sua vigência. E no momento em que começa a vigorar a nova Constituição, a Constituição anterior simplesmente desaparece. Pontes de Miranda ²⁰ fala, a propósito, do “*princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*” e esclarece:

“Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explicita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protrair a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explicitamente a retrotrai”.

No mesmo sentido, Raul Machado Horta ²¹ ensina que

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1968.v. 6. p. 369.

²¹ HORTA, Raul Machado. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 33, p. 191, 1991.

“A incidência imediata da Constituição acarreta a substituição da ordem constitucional anterior, pela impossibilidade da coexistência no tempo e no espaço, na condição de fonte e matriz do mesmo ordenamento jurídico estatal, de duas Constituições, a antiga, que desapareceu, e a nova, que se torna o fundamento monístico de validade e da eficácia do ordenamento jurídico do Estado”.

No entanto, a Constituição nova não há de acarretar a supressão total do ordenamento jurídico anterior, salvo, como observa Machado Horta, *“no caso limite de ruptura revolucionária radical”*. O mesmo mestre fala de *“soluções de acomodação normativa, que afastam o colapso que adviria do vazio jurídico”*.

Essas soluções de acomodação são essencialmente duas:

a) a recepção do direito anterior pela Constituição nova – *“a vigência da legislação anterior que não contrariar as disposições da nova Constituição”* (ainda Raul Machado Horta ²²). *“Se não há choque entre a norma inferior e a nova Constituição, esta recepção aquela”*, no dizer de Ivo Dantas ²³. Era regra incluída explicitamente nas Constituições brasileiras de 1891 e 1934, a terceira Disposição verdadeiramente Geral, como já se viu.

É claro que não podem subsistir as normas do sistema jurídico anterior que entrem em choque com a nova Constituição. Não há que falar, aí, – ensina ainda Ivo Dantas ²⁴ – em inconstitucionalidade, mas sim em revogação de toda legislação anterior que lhe seja contrária, conforme pacíficas posições tanto da doutrina quanto da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, segundo se verifica, por exemplo, do Acórdão proferido na ADIN nº 000074/92: *“A incompatibilidade vertical, superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores”*.

No mesmo sentido é a lição de Palhares Moreira Reis ²⁵:

“O novo Direito, implantado pelo poder Constituinte, na verdade não quebra totalmente a Ordem Jurídica anterior, pois que muitas das instituições anteriormente existentes continuam válidas na ordem nova. E, por isso, todo o

²² HORTA, op. cit., p. 191-192.

²³ DANTAS, op. cit., p. 143.

²⁴ DANTAS, loc. cit.

²⁵ REIS, Palhares Moreira. Sobre as normas constitucionais transitórias. *Informativo Consulex*, ano 8, n. 22, p. 544, maio 1994.

ordenamento a seu respeito prevalece, se recebido pelo Direito novo, que o convalida integralmente. Quando, ao contrário, as regras legais do Direito anterior se confrontam com o novo Direito Constitucional, não podem prevalecer. Sabido é que ‘uma lei contrária à Constituição posterior considera-se por esta revogada, e não inconstitucional’”. (Grifos não do original)”.

O mesmo autor transcreve, inclusive, significativa decisão do Supremo Tribunal Federal em 1992, apreciando Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei nº 2.445, de 29.6.88, em que aquela Corte não conheceu da Ação, tanto diante da Constituição atual, a de 1988, sob cujo regime o STF estava decidindo, quanto diante da Constituição anterior, sob cujo regime o tal decreto-Lei fora editado: “*não cabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir a validade diante da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, por se tratar de via adequada à defesa da ordem constitucional em vigor*”.

Nem cabe diante da Constituição atual,

“por se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. De acordo com orientação firmada pelo STF na ADIN nº 2, em 6.2.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma. Impossibilidade jurídica do pedido”.

 (Grifos não do original).

b) a edição de normas de transição para, no dizer de Raul Machado Horta ²⁶, “*regular situações discrepantes das normas constitucionais permanentes*”, ou, dizendo de outro modo, para “*regular a permanência de situações anteriores à vigência da Constituição nova*” (ainda Machado Horta, p. 193). Palhares Moreira Reis ²⁷ leciona: “*A passagem de um sistema jurídico para outro requer normalmente o surgimento de normas de ajuste, disposições inerentes àquele momento histórico*” “*para que passagem possa ocorrer sem maiores dificuldades*”.

São exatamente, no caso da Constituição, as chamadas “*Disposições Transitórias*”, cujo objetivo fundamental deve ser apontado como consistindo em promover a passagem de um regime constitucional para outro, promover a adaptação de um modelo para outro modelo, ou seja, precisamente, promover a transição de uma dada normatividade constitucional para uma nova, nos casos em que esta mesma não quis ser implantada total, abrupta e imediatamente.

²⁶ HORTA, op. cit., p. 191-192.

²⁷ REIS, op. cit., p. 545.

Reconhecendo, em última análise, essas mesmas modalidades, mas adotando uma outra classificação, que resulta, na verdade, de uma outra perspectiva para considerar o mesmo problema, Palhares Moreira Reis ²⁸ resumirá “*as relações entre o Direito novo e o Direito anterior*” às seguintes três categorias:

“a) *normas anteriores recebidas pelo novo Sistema Jurídico por estarem comelecompatíveis.*

b) *normas anteriores incompatíveis com a nova Ordem Constitucional estão revogadas, não podendo ser declaradas inconstitucionais, por ser o sistema de controle da constitucionalidade protetor da supremacia da Constituição vigente.*

c) *dependentes de ajustes para adequação ao novo sistema, o que se dá pela viadas Disposições Constitucionais Transitórias”.*

Dada essa sua característica, as Disposições Transitórias devem ser consideradas como *normas de aplicabilidade* do texto constitucional. Foi o que fez José Afonso da Silva ao distinguir os diferentes tipos de normas constitucionais. Dentre os 5 tipos de normas que identificou (e a que chamou de *elementos orgânicos, elementos limitativos, elementos sócio-ideológicos, elementos de estabilização constitucional e elementos formais de aplicabilidade*), incluiu entre estas últimas as Disposições Transitórias:

“*elementos formais de aplicabilidade são os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições constitucionais transitórias, assim também a do § 1º do art. 5º*” ²⁹

3.1.2 Disposições transitórias e Disposições Constitucionais Transitórias

Assinale-se, de logo, que as “disposições transitórias” não são, em absoluto, exclusividade do texto constitucional. Normas com esse caráter e com essa finalidade – transição de um dado sistema normativo para um novo – podem ser encontradas em numerosos textos legislativos, além da Constituição: e não somente nos grandes textos dos Códigos, nos quais elas ocupam um espaço até indispensável, mas também em variadas formas de normas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias comuns, até decretos) que, muitas vezes, disciplinando de uma maneira nova determinada relação jurídica,

²⁸ REIS, loc. cit.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

sentem a necessidade de estabelecer normas de transição entre o regime anterior (que elas estão revogando) e o novo regime (que elas estão instituindo).

A rigor, aliás, deve-se dizer que toda boa lei, desde que de certa dimensão – as que disciplinam extensão considerável das atividades humanas – deveria conter disposições transitórias, normas de passagem de um regime jurídico, o anterior, para um outro, o novo regime, justamente para contemplar com justiça situações que estejam no meio do caminho, ainda não se hajam integralizado mas estejam bastante avançadas nesse itinerário. Foi indiscutivelmente o caso, por exemplo, da chamada “reforma da previdência”, Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, que, estabelecendo limites mínimos de idade para a aposentadoria por tempo de serviço (limites mínimos inexistentes no texto original da Constituição), definiu também certas situações de passagem, prevendo inclusive a aplicação do que se chamou popularmente de “pedágio”, um tempo adicional exigido para os que estavam próximos de atingir o tempo de serviço mas ainda não tinham chegado à idade mínima requerida pela nova regra, a da Emenda.

É, portanto (já o exemplo, que se acabou de referir, o prova), perfeitamente admissível a existência de normas transitórias no interior de Emendas Constitucionais, pela mesmíssima razão, isto é, pela necessidade ou pela conveniência (que o reformador constitucional identificará) de promover a passagem do regime jurídico anterior (o da Constituição original, que está sendo modificada) para o novo regime jurídico constitucional (o introduzido pela Emenda, que está promulgando). Emendas constitucionais podem perfeitamente ter (e em boa medida têm) duas partes: uma primeira, na qual modificam dispositivos constitucionais vigentes (geralmente com a redação: “Art. 1º– *Os artigos X, Y e Z da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação: ...*”); e uma segunda, com uma numeração e um conteúdo que não serão incorporados à Constituição, definindo regras de transição.

(Esta observação, a respeito das Emendas Constitucionais, será fundamental para o que se dirá adiante).

Disposições transitórias, por conseguinte, sempre com o caráter de promover a transição, a passagem, de um regime normativo para um outro, podem existir tanto na Constituição, como fruto do poder constituinte originário, quanto nas Emendas Constitucionais que aquela vier a sofrer, fruto do poder reformador, quanto ainda na

legislação infraconstitucional – e não só nos Códigos mas também em qualquer lei ordinária – e até em decretos regulamentares.

Era a lição clássica de Hésio Fernandes Pinheiro³⁰:

“na fase de transição de um regime legal preestabelecido e aquele determinado por um novo a toda ordem legislativa, situações aparecem que exigem imediata disciplina, porém, com caráter especial e passageiro. São situações de direito ou de fato que, embora transitórias, não devem nem podem ser, por isso mesmo, descuradas pelo legislador. Dado esse caráter – de transitoriedade – não seria admissível tratá-las no texto do ato da ordem legislativa, nem promiscuí-las com o articulado efetivo deste, pois, uma vez atendida a situação ou o caso especial, o dispositivo deixa de interessar: é absorvido pelo tempo ou pela consumação do fato previsto”.

3.1.3 Ato próprio para as Disposições Constitucionais Transitórias

Se disposições transitórias não são exclusividade da Carta Constitucional mas se podem encontrar em qualquer diploma normativo, devem ter, no entanto, na Constituição, um tratamento especial. Em qualquer outro diploma normativo (códigos, leis ordinárias, decretos e até Emendas Constitucionais), as disposições transitórias podem ser incluídas como artigos próprios no próprio texto dessas normas, não precisando constituir um outro diploma normativo, diferente, uma lei nova, com outra numeração. No máximo, se a norma em causa for muito extensa, poderia constituir um capítulo dentro dessa norma. Na Constituição, porém, o ideal é que constituam um documento à parte, um Ato próprio.

Essencialmente porque são efêmeras e se destinam a se extinguir por si mesmas, pelo simples cumprimento de seu conteúdo. Ficaria inadequado, podendo dar margem a outras confusões, incluí-las no próprio texto constitucional, no seu corpo permanente, misturando assim normas permanentes (com intenção de perenidade) e normas transitórias, que logo se vão exaurir.

Essa lição, de que as disposições transitórias devem constituir um Ato próprio, em anexo à Constituição, é exposta por Hésio Fernandes Pinheiro³¹: “As disposições efêmeras

³⁰ PINHEIRO, op. cit., p. 121.

³¹ PINHEIRO, op. cit., p. 122.

devem ser articuladas, sempre, sob o título ‘Disposições Transitórias’, ou ‘Disposições Provisórias’, na parte final do ato da ordem legislativa, não em continuação ao articulado desta e, muito menos, nele intercaladas”.

Elogia a técnica da Constituição de 1946, sob cujo regime escreveu seu livro clássico:

*“A Constituição de 1946 apresenta uma fórmula original, tecnicamente perfeita, de coligar em ato próprio os preceitos de caráter transitório. Assim é que, acompanhando a Constituição, ‘a Assembleia Constituinte decreta e promulga o seguinte Ato das Disposições Constitucionais Transitórias’, composto de 36 artigos, nem todos, entretanto e em verdade, contendo matérias puramente de direito intertemporal (v. por exemplo os arts. 4º, 6º, 7º, 8º, 10, 18, 23, 24 e 35). Esse Ato mostra-se com as características de um ato autônomo, embora anexo da Constituição, seja pelo seu cabeçalho, seja pelo seu fecho. Seus artigos perderão, um a um, o objeto com o correr do tempo, e o Ato passará a constituir, apenas, um documento histórico sem qualquer interesse prático ou jurídico. A inovação técnica foi feliz e constitui precedente digno de ser imitado”.*³²

De reparar, na lição de Hésio Fernandes Pinheiro, somente o equívoco de apresentar essa boa técnica – “os artigos dessa parte acessória do ato legal devem ser portadores de numeração própria, distinta daquela que figura no texto, e não seguida como algumas vezes se costuma fazer”³³ – como “inovação”, “fórmula original”, da Constituição de 1946. Ao contrário, a tradição constitucional republicana é muito mais no sentido dessa boa técnica, a de um Ato próprio para as disposições transitórias. A Constituição de 1946 não inaugurou uma técnica nova, mas tão somente deu continuidade ao que era a tradição constitucional republicana – já instituída na Constituição inicial, a de 1891, e mantida em 1934. Desta tradição somente se afastara, anteriormente, a Carta de 1937.

O Min. José Carlos Moreira Alves, como relator da ADIN nº 829 (que será examinada adiante)³⁴, explica a numeração independente: “a autonomia da numeração se justifica por um motivo de ordem prática: o de evitar, no texto permanente da Constituição, dispositivos que, exaurida totalmente sua eficácia provisória, perdem a vigência”.

No corpo permanente da Constituição deve ficar somente o que é disposição permanente.

³² PINHEIRO, op. cit., p. 123.

³³ PINHEIRO, loc.cit.

³⁴ Esta e todas as demais referências a essa decisão do Supremo Tribunal Federal foram tiradas da Internet – “site” do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 829 (julgada conjuntamente com as ADINs 830 e 831).

Um irônico poderia acrescentar um outro motivo: considerando a “inchação” que vem sofrendo a Constituição, com o aditamento de mais novos artigos à sua parte permanente, cujo número final vai sempre mudando, é evidente que, se as disposições transitórias estivessem numeradas de forma seqüencial em seguida às permanentes, ou bem as novas disposições permanentes seriam inseridas depois das transitórias, numa balbúrdia total, ou bem se criariam letras, na esquisita numeração “Art. 245-A”, “Art. 245-B” etc., sendo que a seqüência das letras, ao contrário da dos números, é finita.

Ainda que constem de texto separado, anexo, um Ato próprio, as disposições constitucionais transitórias devem ser tidas como parte da Constituição, É a lição de Ivo Dantas ³⁵: *“as Disposições Transitórias são parte integrante do texto constitucional”*, reforçando ele essa afirmação com argumento cuja procedência será discutida adiante – *“a ponto inclusive de que qualquer uma de suas normas só poderá ser alterada pelo mesmo processo de emenda previsto nas Disposições Permanentes”*.

Antecipando o que adiante se dirá, o argumento deve ser entendido no sentido de que aquelas disposições transitórias que puderem ser alteradas somente o podem ser pelo mesmo processo de emenda previsto no corpo permanente da Constituição.

Naquele mesmo voto (fls 78) o Ministro José Carlos Moreira Alves sustentou com brilhantismo o mesmo ponto de vista

“não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta (da Constituição), até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente”.

O ADCT, portanto, tem natureza constitucional, é parte integrante da Constituição. É também Constituição.

³⁵ DANTAS, op. cit., p. 142.

3.1.4 As disposições transitórias nas Constituições brasileiras

A Constituição imperial de 1824 não contemplou “disposições transitórias” nem no corpo constitucional nem em ato próprio, à parte.

A primeira Constituição republicana de 1891, no entanto, tem um ato próprio, embora sem o nome de Ato, intitulado apenas de “Disposições Transitórias”, anexo à Constituição, com numeração própria (8 artigos) – podendo-se, também, por flagrante defeito de técnica constitucional, identificar disposições de fato provisórias na parte permanente da Constituição. Aurelino Leal ³⁶, citado por Hésio Fernandes Pinheiro ³⁷, refere pelo menos três normas da parte permanente, cuja natureza é inequivocamente de disposições transitórias:

- a) art. 3º, “*porque terminará com a execução do seu conteúdo, a mudança da capital*;
- b) o § 4º do art. 43, que se refere ao término do primeiro período presidencial; e
- c) o § 3º do art. 54, “*mandando que na primeira sessão do Congresso as leis (definindo os crimes) de responsabilidade do Presidente fossem votadas*”.

Assinalando que a Carta de 1891 tinha “*um capítulo de disposições transitórias*”, Aurelino Leal criticava: “*logo, a boa técnica reclamava que aí – onde o direito iria receber consagração contingente, instável, passageira – se inscrevessem as disposições que não tinham o cunho de rigidez e perenidade das demais*”.

O grande João Barbalho ³⁸ já havia feito igual observação: “*Nota-se que não é só neste título (referia-se às “Disposições Transitórias”, texto anexo à Constituição de 1891) que se acham disposições transitórias; no próprio corpo da Constituição algumas se encontram dessa natureza*”.

E dava (além do art. 43 § 4º também referido por Aurelino Leal) os seguintes exemplos:

- a) art. 2º (quanto ao Distrito Federal): “*e o antigo município neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a capital da União, enquanto não se der execução*

³⁶ LEAL, Aurino. *Técnica Constitucional Brasileira*. Rio, 1914. p. 26.

³⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 121.

³⁸ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira: Comentários*. Rio de Janeiro, 1902. p. 372.

ao disposto no artigo seguinte”.

b) art. 69 § 4º, que incluía entre os cidadãos brasileiros *“os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em 6 meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem”.*

c) o art. 83: *“continuamem vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema de governo formado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.*

d) e o artigo final, o 91: *“aprovada esta Constituição, será promulgada pela mesa do Congresso e assinada pelos membros deste”.*

A mesma técnica de 1891 foi adotada pela Constituição de 1934: depois do seu corpo permanente acrescentava-se um anexo próprio, intitulado simplesmente “Disposições Transitórias”, com numeração independente, num total de 26 artigos.

Essa tradição foi rompida na Constituição de 1937, que também teve a singularidade, já assinalada, de não se encerrar com “Disposições Gerais”, e cuja parte final (sem as denominações de “título” ou “capítulo”) continha “disposições transitórias e finais”, que foram, aliás, aquilo que efetivamente funcionou de todo o texto constitucional. Essas “disposições transitórias e finais” continuaram a numeração da Constituição, em apenas 13 artigos, do art. 175 ao 187, não constituindo assim um Ato próprio anexo.

A Constituição de 1946, cuja técnica Hésio Fernandes Pinheiro tanto enaltece, pensando no entanto ser inovação dela, de fato apenas retomou a tradição republicana das Constituições de 1891 e 1934, de pospor ao texto constitucional um anexo de “disposições transitórias”. Palhares Moreira Reis ³⁹ atribui a inovação a Gustavo Capanema, deputado constituinte em 1946:

“segundo sua emenda ao texto constitucional proposto (nº 3.616) deveria, em vez de um título especial da Constituição, ser feita uma lei constitucional especial, denominada lei constitucional transitória. Na sua justificação disse: ‘as disposições transitórias, em regra, têm curta duração. São preceitos que logo deixam de ter aplicação. Incorporá-los ao texto constitucional, destinado a vigorar indefinidamente, não é de boa técnica jurídica”.

³⁹ REIS, op. cit., p. 5-6.

À boa técnica das Constituições de 1891 e de 1934, a Constituição de 1946 deu, na verdade, forma mais apurada: não somente designando claramente o seu título – “*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*” – mas ainda o iniciando com introdução semelhante ao do próprio texto permanente: “*A Assembleia Constituinte decreta e promulga o seguinte Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*”. (O primeiro melhoramento foi adotado pela Constituição vigente, de 1988; o segundo, não).

A Constituição de 1967, não recolhendo, infelizmente, a excelente lição de 1946, retomou a técnica (neste tópico) inferior da Carta de 1937, para encerrar o seu texto com o título V – “Das Disposições Gerais e Transitórias” –, fazendo das “disposições transitórias”, assim, parte integrante da Constituição, e não as reunindo num Ato próprio, anexo – o que talvez se possa explicar pelo fato de, em última análise (conforme já assinalado acima), ter praticamente suprimido as “disposições gerais”, deslocados para capítulos específicos, no interior da Constituição, seus dois assuntos fundamentais.

A Constituição de 1988 nada mais fez, neste assunto, do que voltar à melhor tradição constitucional republicana, que era também a da melhor técnica – a das Cartas de 1891, 1934 e 1946: destacou as “disposições transitórias” num Ato próprio, com numeração independente, em anexo ao corpo permanente da Constituição.

3.1.5 Não subdivisão do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Vários autores têm assinalado, quanto às disposições constitucionais transitórias, a singularidade de não apresentarem divisão em títulos, capítulos e secções. Ivo Dantas ⁴⁰ verifica que “*toda a matéria que lhe compõe é apresentada (apenas) sob forma de ‘artigos’, ‘incisos’ e ‘parágrafos’*”. E Raul Machado Horta ⁴¹, por exemplo, observa:

“a técnica de redação das Disposições Transitórias é diversa da técnica redacional da parte permanente. Não há divisão da matéria em Títulos, Capítulos ou Secções, de modo a agrupar em cada um os assuntos diferenciados. Os temas são tratados indistintamente, sem a preocupação de ordenação, unidade e sistematização. É o terreno do depósito residual, da miscelânea e da mistura normativa.”

⁴⁰ DANTAS, op. cit., p. 145.

⁴¹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2002. p. 294.

A mesma reclamação faz Kildare Gonçalves Carvalho: “*as disposições transitórias não seguem a técnica redacional da parte permanente da Constituição, eis que não vêm divididas em Títulos, Capítulos ou Seções. Os temas são regulados de maneira desordenada e assistemática*”⁴²

A crítica é injusta e improcedente. De fato, não é bem assim. É fato que as disposições transitórias, no Brasil, nem na Constituição vigente, nem nas anteriores que as contemplaram sobretudo em um Ato próprio, anexo, nunca tiveram subdivisões em títulos, capítulos e seções. Mero fato. Não é uma regra, não tem de ser assim. A rigor, nada impediria que o ADCT contivesse também divisões internas, separando suas diferentes partes em subtítulos, portanto agrupando seus artigos em certas unidades temáticas. De fato não tem sido assim, mas nada impediria que fosse. Portanto, isso não serve para distinguir (o que parece resultar do texto de Raul Machado Horta) Disposições Transitórias e parte permanente.

Por outro lado, não é verdade que, nela, os assuntos tenham sido tratados “*indistintamente, sem a preocupação de ordenação, unidade e sistematização*” ou “*de maneira desordenada e assistemática*”. Ao contrário, no ADCT da Constituição de 1988, pode-se reconhecer uma clara ordenação, aliás, de muito boa inspiração: depois dos 9 primeiros artigos, que definem exceções às novas regras e contêm umas tantas disposições pontuais para a consolidação completa da nova Constituição (compromisso dos chefes de Poder e do Congresso, com a nova Constituição; plebiscito sobre as grandes opções constitucionais; possibilidade de revisão constitucional; duração dos atuais mandatos dos executivos; regra para a próxima eleição; registro de novo partido político; formação de um tribunal internacional dos direitos humanos; anistia), o ADCT segue rigorosamente, até seu art. 68, a ordem dos artigos da parte permanente (à exceção, assinale-se, dos artigos 63 e 64, que deveriam, na verdade, ser os últimos do ADCT – e ficando fora de ordem somente os dois artigos finais, o 69 e o 70, os quais deveriam ter sido colocados muito anteriormente). As regras provisórias que o ADCT vai criando de fato acompanham exatamente (com as quatro exceções assinaladas) a seqüência dos artigos do corpo permanente da Constituição. Isso revela preocupação de ordenação, não o contrário. As normas não foram colocadas aí como num depósito residual, pura mistura, completa miscelânea: estão, ao invés, bastante bem ordenadas.

⁴² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005. p. 838.

3.1.6 Traço essencial das Disposições Transitórias

O que caracteriza as “Disposições Transitórias”, por oposição às disposições constitucionais permanentes, que se encontram no corpo permanente da Constituição e são de duração indefinida, é sua natureza eminentemente temporária, aliás exatamente na conformidade da própria expressão – “*transitórias*”. É a posição unânime da Doutrina brasileira. Considerem-se alguns pronunciamentos.

Pedro Calmon ⁴³ ensinava: “*chamam-se Disposições Transitórias as que têm prazo curto de realização, ao contrário das normas constitucionais propriamente ditas, que são permanentes e inalteráveis até a reforma ou a revisão do texto*”.

Plácido e Silva ⁴⁴, por sua vez, definia “disposição transitória” como sendo

“a regra jurídica que se estabelece em uma lei, em caráter temporário, para regular negócios ou casos que se apresentam pela sua própria promulgação. Não tem, pois, vigência duradoura. E se extingue tão logo se reajustam ou se liquidam os casos por ela previstos, dentro do prazo que ela mesma estipula”.

No mesmo sentido era também a lição de Mayr Godoy ⁴⁵:

“nem todos os dispositivos legais são grafados com a ideia de perenidade. Alguns vão para o texto com vida curta, apenas para regular uma situação passageira, criada muitas vezes com razão de condições díspares da lei nova e do direito anterior. Essas são as disposições transitórias ou provisórias, que vigem enquanto não se esgota, no tempo, a razão de terem sido criadas”.

Do mesmo modo, Jorge Miguel ⁴⁶: “*Transitório é o que não dura, por ser passageiro e mortal. Transitório é efêmero, portanto ponte entre o velho e o novo, entre o passado e o presente, em que o tempo se encarrega de fazer do texto letra morta*”.

Também, José Carlos Garcia ⁴⁷: “*As disposições transitórias, como o próprio nome está a indicar, revelam que suas normas têm um caráter de transição, de certa durabilidade,*

⁴³ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional brasileiro: Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1954. p. 341.

⁴⁴ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. v. 2. p. 103.

⁴⁵ GODOY, Mayr. *Técnica Constitucional e Técnica Legislativa*. Ed. Leud, 1987. p. 145.

⁴⁶ MIGUEL, op. cit., p. 325.

⁴⁷ GARCIA, José Carlos. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 223.

para o efeito de permitir a melhor passagem histórica de um sistema constitucional para outro”.

Igualmente, Wolgran Junqueira Ferreira⁴⁸:

“As normas que compõem o Ato das Disposições Transitórias não deveriam criar direitos posteriormente ao período de transição, nem devem ser invocadas na interpretação do texto propriamente dito. Realizados os fatos nelas previstos, essas normas são como se não mais existissem: não poderão ser aplicadas a fatos supervenientes”.

Raul Machado Horta desenvolve a mesma lição:

*“O traço que aproxima as normas heterogêneas é a temporariedade e a transitoriedade. São normas que vão desaparecer. Esse desaparecimento que as torna mais efêmeras ou de menor duração no tempo advirá do prazo fixado para cumprimento de atos ou de determinações do constituinte ou, ainda, pela sucumbência no tempo do direito, da garantia ou da situação assegurada aos respectivos titulares e que findarão com eles. Norma permanente nas Disposições Transitórias é norma anômala”.*⁴⁹

[Não procede o exemplo que o referido autor dá imediatamente a seguir, o do art. 180 da Constituição de 1937, que se teria tornado “regra permanente” por não se ter verificado a condição, que era a reunião do Parlamento Nacional, por sua vez dependente do prévio plebiscito. Ter-se tornado, esse dispositivo, permanente de fato não significa que fosse permanente de direito, em si mesmo, por seu próprio conteúdo. Era evidente disposição transitória, dando competência somente “até que” determinado fato acontecesse. Se o fato previsto não aconteceu, é outro problema que em nada desfigura a natureza eminentemente provisória do dispositivo].

De fato, as “disposições transitórias” se caracterizam fundamental e exclusivamente por sua essencial efemeridade, devendo ser de curta duração, jamais aspirando à perenidade de que pretendem ser dotadas as normas permanentes. Seu destino, seu objetivo essencial, poder-se-ia dizer, é perecer, é desaparecer, tão logo se realize o comando que nela se contém.

⁴⁸ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989. v. 3. p. 1187.

⁴⁹ HORTA, op. cit., p. 294.

Como ensina Hésio Fernandes Pinheiro, em trecho aliás já citado ⁵⁰, “*uma vez atendida a situação ou o caso especial, o dispositivo deixa de interessar: é absorvido pelo tempo ou pela consumação do fato previsto*”. “*Seus artigos (ensina ainda o mesmo autor, p. 123, referindo-se aos artigos do ADCT) perderão, um a um, o objeto com o correr do tempo e o Ato passará a constituir, apenas, um documento histórico sem qualquer interesse prático ou jurídico*”.

3.1.7 Disposições constitucionais transitórias fora do ADCT

O que caracteriza as disposições transitórias, portanto, é essa sua especial natureza, não o fato de estar localizada no ADCT. O que faz com que uma norma seja disposição **transitória** é sua essência – norma efêmera, aplicada a situação singular concreta existente naquela data, norma de transição, destinada a se exaurir por si mesma, por seu próprio cumprimento; não sua topografia, não o fato de ser incluída no ADCT. Não o lugar em que está, mas o conteúdo dela. Pode haver disposições indiscutivelmente transitórias no corpo permanente da Constituição – portanto, aí colocadas equivocadamente. Como pode haver disposições permanentes ao longo do ADCT.

No título das Disposições Gerais (como, aliás, já apontado no capítulo 2º), encontram-se claras disposições transitórias:

a) Art. 240. Ressalvando da norma do art. 195 (à qual faz expressa referência) determinadas atuais contribuições compulsórias dos empregadores, o art. 240 é evidente disposição transitória, excepcionando, de um comando constitucional, determinada situação concreta existente na data da Constituição.

b) O “caput” do art. 242. Excepcionando as “*instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data de promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos*”, e portanto abrindo explícita exceção ao princípio do art. 206, IV, ao qual, aliás, faz referência expressa, – o art. 242 “caput” é evidentemente disposição transitória, por estabelecer não uma exceção geral, para o futuro, mas uma exceção datada, relativa a instituições existentes na data de promulgação da Constituição.

⁵⁰ PINHEIRO, op. cit., p. 121.

c) Ainda o art. 242, § 2º. Estabelecendo uma determinação pontual, a saber, que o Colégio Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal, também o § 2º do art. 242 é disposição transitória, por assegurar alguma coisa a uma determinada instituição singular existente naquela data.

d) Art. 244. O art. 227 § 2º, do corpo permanente da Constituição (incluído equivocadamente no capítulo sobre a família, quando seu lugar próprio deveria ser a seção sobre assistência social, no capítulo da seguridade) estabelecia normas sobre a construção de logradouros e edifícios de uso público, bem como sobre a fabricação de veículos de transporte coletivo, *“a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”* – portanto, norma geral, para o futuro. Agora, o art. 244 vai aplicar a mesma regra aos logradouros e edifícios e aos veículos de transporte coletivo *“atualmente existentes”* – óbvia disposição transitória, tratando de bens existentes na data da Constituição.

Assim também, inversamente, podem-se encontrar disposições permanentes no texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porque, repita-se, não é a localização que qualifica uma norma como permanente ou transitória, mas sua natureza. Haverá pelo menos uma, de que se tratará adiante – no item 3.2.10.

3.2 Classificação das Disposições Transitórias

3.2.1 Função das Disposições Constitucionais Transitórias segundo Ivo Dantas

No mais sistemático estudo feito até hoje sobre a matéria, o já citado *“Das Disposições Constitucionais Transitórias – uma redução teórica”*, Ivo Dantas aponta três funções das Disposições Transitórias:

1. definir a aplicação do “novo Direito”;
2. regular a situação de determinadas normas de Direito Público;
3. estabelecer normas que serão objeto de legislação infraconstitucional posterior.

No primeiro caso, considerando que o novo texto constitucional manteve o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, e, portanto, *“a permanência de situações jurídicas constituídas anteriormente, ou seja, à luz do ordenamento*

constitucional substituído” (no dizer de Ivo Dantas ⁵¹), – tratar-se-ia de expressamente impor a incidência imediata das novas regras constitucionais, mesmo contra direitos adquiridos na vigência do regime constitucional anterior. Porque se, por um lado, inexistia direito adquirido contra a Constituição nova (contra, portanto, a mais recente manifestação do poder constituinte originário), por outro lado seria a própria nova Constituição (e foi explicitamente o caso das Constituições brasileiras) que asseguraria o respeito àqueles três princípios fundamentais, inclusive o do direito adquirido. Portanto, somente a própria nova Constituição é que pode excluir, da proteção do direito adquirido (que ela mesma assegura), algumas situações concretas, as quais terão de ser expressamente previstas.

No segundo caso, reconhecendo a impossibilidade da substituição imediata de uma ordem por outra, tratar-se-ia de regular a situação de certas normas que, não tendo sido recepcionadas pelo novo texto constitucional, no entanto este estendeu provisoriamente até à aplicação integral do novo texto. Na lição de Ivo Dantas: trata-se de regular a situação daquelas normas que, *“não sendo recepcionadas pelo texto constitucional emergente, são por este contempladas com a previsão expressa de protraírem-se, embora temporariamente, até que o novo texto passe a ter aplicação e eficácia”* ⁵².

No terceiro e último caso, sentindo a necessidade de já antecipar alguma regulamentação para matérias que o texto constitucional permanente remete à legislação futura, tratar-se-ia, observa Ivo Dantas, de *“fixar, com vigência provisória, determinadas situações que deverão ser objeto de legislação infraconstitucional própria”*.

Tem-se, aí, indubitavelmente, um bom começo de sistematização, mas só um começo, uma vez que parecem haver faltado à análise de Ivo Dantas algumas disposições transitórias que, a rigor, não se reduzem a nenhuma das três funções que o referido autor, com muita percepção, identificou e classificou.

⁵¹ DANTAS, op. cit., p. 143.

⁵² DANTAS, op. cit., p. 144.

3.2.2 Classificação das Disposições Transitórias segundo Raul Machado Horta

Raul Machado Horta ⁵³ propõe uma classificação aparentemente mais completa, porque identifica nada menos de seis tipos diferentes de disposições transitórias:

1. normas exauridas
2. normas dependentes de legislação e de execução
3. normas dotadas de duração temporária expressa
4. normas de recepção
5. normas sobre benefícios e direitos
6. normas com prazos constitucionais ultrapassados.

Semelhante classificação tem o primeiro defeito evidente de ser marcadamente datada, como o próprio autor assinala, ao sublinhar que se trata de classificação feita “*analisando o conteúdo do ADCT durante o ano inicial de sua vigência*”. A cada ano, portanto, a classificação teria de ser alterada, mais disposições transitórias passando a ser “normas exauridas”, por se terem plenamente realizado.

Tem ainda o defeito, igualmente grave, de misturar critérios – o critério da data, pela qual muitas normas já estavam exauridas, com critérios de conteúdo, como o que identifica “normas dependentes de legislação” ou “normas sobre benefícios e direitos”.

Acresce que classificar algumas disposições transitórias como “exauridas” não diz nada a respeito da natureza real delas, podendo não somente já estarem completamente exauridas disposições transitórias de mui diferentes naturezas, como disposições da mesma natureza estarem, uma, já exaurida, e outra, ainda por se exaurir.

Ainda outras observações podem ser contrapostas:

a) Retiradas as normas exauridas (nº 1), as dotadas de duração temporária expressa (nº 3) e as com prazos ultrapassados (nº 6) – todas de carácter marcadamente temporal, o que resta? As normas dependentes de legislação e execução (nº 2), as normas de recepção (nº 4) e as de benefícios e direitos (nº 5). Ora, esses tipos dizem alguma coisa sobre o que essas várias

⁵³ HORTA, op. cit., p. 295.

normas transitórias fazem, sim, mas não dizem **como** o fazem – e isso é que é particularmente significativo para definir sua natureza.

b) as normas dotadas de duração temporária expressa (nº 2), por exemplo, incluem modalidades muito diferentes de disposições transitórias: confundem casos de implementação de determinações constitucionais com casos de manutenção do regime constitucional anterior. A circunstância de, em ambas, haver uma duração temporária definida é menos relevante do que a maneira pela qual são disposições transitórias.

c) do mesmo modo as normas com prazos constitucionais ultrapassados (nº 6) misturam diferentes disposições transitórias: exceções a regras constitucionais, por exemplo, e determinações pontuais. E acentuam aspecto subalterno: no caso do art. 54 § 3º, por exemplo, muito mais relevante do que o prazo, é a exceção que ele institui para uma regra constitucional permanente.

d) a classificação de Machado Horta não dá nenhuma atenção a um tipo singular de disposição transitória, muito bem identificada já na análise de Ivo Dantas: a das disposições transitórias que pré-regulam situações que o constituinte mandara serem definidas pelo legislador infra-constitucional. Machado Horta as inclui, todas, sem nenhum destaque, no conjunto das normas dependentes de legislação e execução (nº 2).

Pioneira e bem intencionada que seja, a classificação de Raul Machado Horta não contribui para se ter uma idéia clara do assunto. Tem, no entanto, o mérito de haver levantado todas as disposições constitucionais e de as ter agrupado em várias unidades que dão alguma luz sobre o conteúdo e a natureza delas.

3.2.3 Transição, exceção e implementação nas disposições transitórias

Antes de propor a tipologia que se segue, importa salientar que, no fundo, toda disposição transitória é norma de transição e é exceção. É norma de transição porque faz a passagem de um dado regime normativo (constitucional ou infraconstitucional) para outro. E é norma de exceção porque de alguma forma exclui alguma realidade do novo regime constitucional.

Transição e exceção são, portanto, características fundamentais de toda e qualquer disposição transitória.

O que pode variar é a preponderância de um elemento sobre o outro. Acontece que algumas normas o caráter de transição será mais ostensivo ou mais visível; noutras, o caráter de exceção. Mas nem as primeiras deixam de constituir, sob certo aspecto, exceções; nem as segundas deixam de promover a transição.

De fato, aquelas que cuidam diretamente de fazer a passagem de um regime para outro, constituem, secundariamente, exceções porque, no fundo, excluem alguma coisa da imediata implantação do novo regime constitucional. E aquelas cuja finalidade direta é excepcionar do novo regime alguma realidade já existente, estão também, em última análise, promovendo a transição de um regime para o outro, adaptando, modelando essa passagem. Trata-se de verificar o que é procurado em primeiro lugar, vindo o outro elemento como consequência, resultante do primeiro.

Por outro lado, se pode perceber, em algumas disposições transitórias, um caráter claramente de implementação de normas constitucionais, a rigor o ADCT inteiro consiste em normas de implementação: o de que se trata, nele, mesmo naqueles casos em que o caráter de transição ou de exceção pareça mais acentuado, é de promover a implementação da nova Constituição.

Daí, o uso separado dessas características, que se fará na tipologia a seguir, deve ser entendido somente como indicando ênfases e não exclusões. Toda disposição transitória sendo simultânea e essencialmente transição e exceção, e todas elas visando implementar a Constituição nova – essas expressões somente serão usadas distintamente por conta da ênfase com que essas características aparecem numas e noutras normas. Qualificar uma disposição transitória como norma de exceção, por exemplo, não significa dizer que ela não seja também transição ou implementação, e assim por diante. Apenas o aspecto de exceção parecerá preponderante.

3.2.4 Quatro tipos de disposições constitucionais transitórias

A melhor classificação deve considerar sobretudo a natureza de cada uma das disposições transitórias criadas pelo constituinte originário. No voto que proferiu no julgamento da já mencionada ADIN 829, que apreciou a constitucionalidade da Emenda nº 2,

de 25.8.1992, que antecipou a data do plebiscito (e que será examinada mais adiante), o Min. Néri da Silveira observou:

“em realidade, integrando a Constituição e editado com esta para regular situações na transição de uma ordem constitucional a outra, ou ainda para criar exceções a regras da Parte Permanente do Documento Fundamental, não é possível deixar de reconhecer o caráter de disposições constitucionais àquelas normas que compõem o Ato das Disposições Transitórias ou Capítulo sobre Disposições Transitórias”.

Aí estão claramente apontadas duas funções essenciais das Disposições Transitórias: transição e exceção. Ou, a natureza essencial das Disposições Transitórias: porque todas elas constituem, em última análise, como se acabou de observar, transição e exceção.

Àquelas duas funções ainda uma terceira deve ser acrescentada, a que, de certo modo, já faz alusão João Barbalho ⁵⁴ quando ensinava:

“Disposições transitórias. Como noutras constituições, na parte final da nossa contêm-se determinações de caráter não permanente, mas na ocasião necessárias para entrarem em execução certas disposições constitucionais, para se ressaltarem certos direitos, de ordem administrativa, que, sem isto, se entenderiam suprimidos, bem como para o primeiro preenchimento de certos cargos políticos”.

Há, assim, em João Barbalho, referência a uma outra função, distinta das duas assinaladas por Néri da Silveira: a função de promover a entrada “em execução de certas disposições constitucionais”, bem como “para o primeiro preenchimento de certos cargos políticos.

Reunindo essas lições e completando a análise de Ivo Dantas, enriquecida com os agrupamentos a que Raul Machado Horta procedeu, pode-se concluir pela existência de quatro tipos fundamentais de disposições transitórias:

a) normas de transição. São as normas transitórias propriamente ditas, porque seu caráter mais saliente é substancialmente promover a transição. Seu sentido essencial e sua finalidade específica é promover a passagem de um regime jurídico para um novo regime jurídico. Pode-se dizer que esta é a função típica, função por excelência, das disposições

⁵⁴ BARBALHO, op. cit., p. 372.

transitórias. Como se verá adiante há diversas maneiras pelas quais essa função essencial se realiza.

b) normas de implementação da nova Constituição ou do ordenamento jurídico a que ela preside. São normas provisórias. Não são transitórias propriamente ditas porque sua finalidade mais ostensiva não é promover a transição de um regime para outro; mas são provisórias, na medida em que seu objetivo é meramente auxiliar, a saber, implementar determinações constitucionais ou antecipar regras do novo ordenamento jurídico a que a nova Constituição preside.

c) normas de exceção. Não se trata, agora, em primeiro lugar, nem de promover a passagem de um regime constitucional anterior para o novo regime constitucional, nem de promover a implementação do novo regime. Trata-se de destacar, do novo regime constitucional, situações existentes na data da promulgação da Constituição nova, situações porém que o constituinte originário entende merecer tratamento diferente. Trata-se, portanto, de, rigorosamente, abrir alguma exceção ao novo regime constitucional – mas exceções verdadeiramente pontuais, relativas a situações concretas e atuais com as quais a Constituição nova se deparou. (Porque as exceções permanentes devem estar no próprio corpo permanente da Constituição – são elas o objeto específico dos parágrafos, que devem justamente conter exceções aos mandamentos gerais do enunciado no “caput” dos artigos). Definindo um novo regime jurídico, a Constituição pode, por intermédio de suas disposições transitórias, abrigar exceções ao regime que ela mesma instituiu, excluindo certas situações singulares e concretas (que ela encontra já existindo) da incidência dos seus dispositivos, seja permitindo que elas permaneçam na situação anterior, seja criando para elas um regime próprio, distinto do novo regime geral.

d) determinações pontuais. Há ainda disposições transitórias que não consistem propriamente em regras para regular a transição da Constituição anterior para a nova, nem em regras de implementação de dispositivos da nova Constituição, nem em exceções que se abrem às normas da Constituição nova para contemplar situações já existentes. O que há nelas são simples determinações do Poder Constituinte originário. São como se fossem novas normas constitucionais, tais como as normas da parte permanente da Constituição, mas com a diferença de que as da parte permanente, são normas gerais, para regular situações do presente para o futuro e são para durar (são permanentes), ao passo que, agora, essas determinações

pontuais, são, como a expressão está dizendo, normas singulares, específicas – ou bem aplicadas a situações concretas existentes na data da Constituição, ou bem ordens pontuais para se tomarem determinadas providências específicas. De alguma forma esses comandos se acrescentam às regras constitucionais, como novas regras. Poderiam constituir um novo título da Constituição, mas – uma vez que estabelecem medidas únicas, e não gerais – são pontuais. E é por isto mesmo que são transitórias: porque, uma vez realizada a determinação pontual que a Constituição estabeleceu, elas se exaurem, desaparecem do mundo jurídico. Justamente por isto, devem ser colocadas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e não no corpo permanente da Constituição.

3.2.5 Observações sobre os quatro tipos de disposições transitórias

Quatro são, portanto, as funções das “disposições transitórias”:

- a)promover a passagem de um regime jurídico para um novo regime jurídico;
- b)promover a implementação de certas determinações constitucionais;
- c)instituir exceções ao novo regime constitucional; e
- d)estabelecer novas determinações, mas de caráter eminentemente pontual e singular.

Todas essas funções, assinale-se logo, são materialmente constitucionais: somente pelo Constituinte originário poderiam ser postas. Senão todo o edifício constitucional pereceria. Nenhuma delas poderia ser estabelecida por legislador infraconstitucional. Se fossem definidas pelo legislador infraconstitucional seriam, de fato, inconstitucionais. É por isto que fazem parte da Constituição e são, literalmente, normas constitucionais.

O traço essencial das disposições transitórias, a efemeridade, é muito visível no primeiro, no segundo e no quarto tipos de normas transitórias (normas de transição, de implementação e determinações pontuais): as normas de transição evidentemente desaparecem quando a transição, que elas promovem, se realiza; do mesmo modo, as normas de implementação: também desaparecem quando é implementadaa norma que ela auxilia; as determinações pontuais igualmente desaparecem quando o comando que elas contém é realizado.

Mas a efemeridade está presente também no terceiro tipo (normas de exceção), embora, neste, algumas normas possam ter uma duração bastante dilatada ou até parecerem

permanentes. A norma do art. 53 do ADCT, por exemplo, que dá direitos especiais aos ex-combatentes, poderia parecer permanente mas de fato é transitória e terminará perecendo, desaparecendo do ordenamento jurídico, quando a vida completar seu ciclo e falecer o último ex-combatente (ou o último pensionista de ex-combatente). Pode ter assim duração bem maior do que o comum das disposições transitórias, mas nem por isso é verdadeiramente permanente. Outro exemplo: a norma do art. 13 do ADCT, que cria o Estado do Tocantins parece permanente porque o Estado do Tocantins foi criado para ser permanente, como de resto todos os demais Estados da Federação: apesar disso, a norma é transitória porque se esgota no seu próprio cumprimento, no fato de ser instalado o Estado do Tocantins; ela se exaure na sua própria realização. O Estado do Tocantins é permanente, mas a norma que o criou é transitória (porque se exauriu nessa criação).

Por outro lado, se tivermos em vista as duas Constituições, a anterior e a nova, verificar-se-á que no primeiro tipo de disposições transitórias, o das normas de transição propriamente ditas, consideram-se necessária e essencialmente as duas Constituições.

Nos outros três tipos, porém (normas de implementação, normas de exceção e determinações pontuais), considera-se essencialmente só a nova Constituição, cujas regulações esses três tipos de disposições transitórias cuidam, o primeiro, de implementar; o segundo, de excepcionar (aqui, eventualmente recorrendo à Constituição antiga); e o terceiro, de aumentar com novas determinações singulares e pontuais.

Ainda: como já foi assinalado (item 3.2.3.), o primeiro tipo de disposições constitucionais transitórias (normas de transição) constitui também exceção, assim como os demais três tipos constituem também transição. Uma circunstância distingue radicalmente as normas de transição (primeiro tipo) das de exceções propriamente ditas (terceiro tipo): é que aquelas normas especiais de transição promovem literalmente a passagem para a nova regra constitucional; elas promovem uma gradual implantação das disposições novas; elas tendem para a disciplina nova, – ao passo que as exceções propriamente ditas (terceiro tipo) estabelecem uma regra diferente, oposta à nova disciplina constitucional, de modo algum tendendo para ela, ainda que tenham o mesmo caráter passageiro – embora, em alguns casos, de dilatada duração.

Ou seja: as normas de transição (primeiro tipo) são normas favoráveis à nova Constituição, ao passo que as de exceção (terceiro tipo) são contrárias à nova Constituição. Também são claramente favoráveis à nova Constituição as normas de implementação (segundo tipo), justamente porque procuram implementar as novas regras constitucionais. As normas do quarto tipo (determinações pontuais) não se podem dizer que sejam nem favoráveis nem contrárias à nova Constituição: de fato, constituem acréscimos, mas acréscimos eminentemente pontuais e singulares.

3.2.6 O primeiro tipo das disposições transitórias. Normas de transição propriamente ditas.

Como já foi assinalado, as normas de transição propriamente dita são aquelas que promovem diretamente a passagem de um regime constitucional para o outro. Consideram portanto ostensivamente as duas Constituições. Também, como se viu, constituem exceções, mas a título secundário. Seu objetivo é realizar a primeira, e essencial, função das “disposições transitórias”, a de promover a passagem, a transição, de um dado regime jurídico para um novo. E isso esse primeiro tipo realiza de duas diferentes maneiras:

1º -prolongando a vigência de norma anterior (constitucional ou infraconstitucional) além da nova Constituição, que não a recepcionou. Corresponde à segunda das três funções que a sistematização de Ivo Dantas havia identificado.

Exemplo típico, no ADCT da Constituição de 1988, é o **artigo 34**, que protraiu o sistema tributário nacional anterior. Por esse artigo, o sistema tributário instituído pela Constituição de 1988 a rigor não entrou em vigor na data mesma de vigência da nova Constituição; ele foi adiado para o quinto mês de promulgação da Constituição, continuando a vigorar, até lá, o sistema anterior:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

Exceção a essa vigência diferida é o § 1º que arrola artigos do novo sistema tributário nacional, constantes da Constituição nova, que já entram imediatamente em vigor.

Também o **art. 34 § 4º (combinado com o § 3º)** constitui outro caso em que, embora com redação indireta, é prolongada a vigência de norma anterior. A regra do § 3º seria completamente desnecessária, óbvia e redundante (*“promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto”*) se não fosse o § 4º, que lhe dá sentido e, explicitamente definindo a entrada em vigor das novas leis tributárias, o que faz, a rigor, é prorrogar por ainda um pouco de tempo a vigência das leis tributárias antigas: *“as leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição”* – o que significa dizer que, até lá, até aquele primeiro dia do quinto mês, as leis anteriores continuam vigorando.

Outro exemplo é o **inciso I do § 2º** deste mesmo **art. 34**, que prevê a manutenção dos atuais critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do dos Municípios *“até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 161, II”*.

Também são prorrogações da norma anterior aqueles outros casos em que, à espera da nova regulamentação que introduziu, ou da instalação dos novos órgãos que criou, a Constituição mantém a regra anterior até que essas condições se realizem. São exemplos:

- **art. 16** – *“Até que se efetive o disposto no art. 32 § 2º da Constituição, caberá ao Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, indicar o Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal”*. A nomeação do Governador e Vice do Distrito Federal pelo Presidente da República era a regra constitucional anterior.

- **art. 27 § 1º** - prorroga as competências do Supremo Tribunal Federal *“definidas na ordem constitucional precedente”* *“até que se instale o Superior Tribunal de Justiça”*.

- **art. 27 § 7º (primeira parte)** - *“Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional”*. (A segunda parte é norma de implementação).

- **art. 27 § 10 (primeira parte)** – mantém a competência da Justiça Federal para julgar *“as ações nela propostas até a data de promulgação da Constituição”*.

- **art. 29 (caput)** – *“Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria*

e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições”.

- **art. 29 § 5º** - “*Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (omissis) representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área de sua respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.*”

- **art. 70 (o último das disposições transitórias originais)**: “*fica mantida a atual competência dos tribunais estaduais até que a mesma seja definida na Constituição do Estado nos termos do art. 125 § 1º da Constituição*”.

Também há que ser incluída entre as normas deste tipo o **art. 40**, o qual determina a manutenção da Zona Franca de Manaus pelo prazo de 25 anos, por “*suas características de área livre de comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais*”. Não se trata, aqui, de prolongar a vigência de norma constitucional anterior, mas de norma infraconstitucional, do direito anterior, em geral. Não é exceção propriamente dita, porque não é uma situação concreta e individual que se exclui temporariamente do novo regime, mas é um conjunto normativo – “*área de livre comércio, exportação, importação, incentivos fiscais*”. O prolongamento do regime infraconstitucional anterior tem, aqui, sem dúvida certa duração (25 anos), mas é evidentemente efêmero, temporário.

2º - **promovendo a implantação gradual do novo regime constitucional**. Algumas vezes o constituinte originário entende que a nova regra que está instituindo não se deve implantar de uma só vez, de repente, abruptamente, e promove sua implantação gradual, aos poucos.

São exemplos:

a) o mesmo **art. 34** (referido na modalidade anterior) ainda pode servir de exemplo, agora nos **incisos I, II e III do seu § 2º**: a nova Constituição definiu novos percentuais, superiores aos percentuais anteriores, para os Fundos de Participação, tanto dos Estados quanto dos Municípios. O aumento não se daria, porém, de uma única vez, na mesma data de vigência da Constituição nova. Aqueles incisos determinaram uma elevação gradual: já com a promulgação da Constituição passariam a ser de 18% e 20% (Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios, respectivamente) e em seguida os percentuais vigentes seriam acrescidos “*de um ponto percentual no exercício financeiro de 1989 e, a partir de 1990, inclusive, à razão de meio ponto por exercício até 1992, inclusive, atingindo em 1993 o*

percentual estabelecido no art. 159, I, a” (quanto ao Fundo de Participação dos Estados); e *“a partir de 1989 inclusive, será elevado à razão de meio ponto percentual por exercício financeiro até atingir o estabelecido no art. 159, I, b*” (quanto ao Fundo de Participação dos Municípios).

b) **o art. 35**, determinando que *“o disposto no art. 165 § 7º será cumprido de forma progressiva, no prazo de até 10 anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87”*.

c) **o art. 37**: *“a adaptação ao que estabelece o art. 167, III, deverá processar-se no prazo de 5 anos, reduzindo-se o excesso à base de, pelo menos, um quinto por ano”*.

Em todas essas situações (em ambos os subtipos), o que se tem é que a nova Constituição não entrou em vigor plenamente, no tocante a esses artigos, na sua data. No primeiro subtipo, prolongava-se ainda a vigência da Constituição (ou de norma infraconstitucional) anterior. E no segundo, a transição da regra da Constituição anterior para a nova não se vai fazer abruptamente, mas de forma gradual. Num caso e noutro, esse primeiro tipo de disposição transitória cuida diretamente de promover a passagem da Constituição velha para a nova.

3.2.7 O segundo tipo das disposições transitórias. Normas de implementação.

As normas de implementação são normas auxiliares, destinadas a ajudar ou promover a plena realização de algum comando constitucional. Com essa finalidade, elas acrescentam alguma coisa ao texto constitucional – um prazo, para cumprir certo dispositivo constitucional (ou certos valores constitucionais); ou o procedimento para instalar um órgão (previsto na Constituição ou não previsto, mas harmônico com ela); ou a regulação antecipada de uma norma, enquanto não é promulgada a lei nela prevista.

Evidentemente, as normas que promovem a implantação gradual (segundo subtipo do tipo anterior – normas de transição propriamente dita) também cuidam de implementar a nova Constituição (mas todo o ADCT não tem exatamente essa finalidade geral, de implementar a nova Constituição?), mas elas não acrescentam nada novo, apenas providenciam a implantação gradual da nova regra, ou seja, a partir da norma anterior, da Constituição velha. Ao passo que estas agora, as do segundo tipo, as de implementação, de fato acrescentam

regras novas, justamente para viabilizar a realização das disposições constitucionais. Sem essas regras novas, as determinações constitucionais ficariam no vazio, sem normas concretas para conseguirem ser efetivadas.

Também as distingue o fato de as normas do primeiro tipo, “normas de transição” considerarem explicitamente as duas Constituições, a antiga e a nova, ao passo que as deste segundo tipo, “normas de implementação” têm em vista essencialmente a nova Constituição, em nada considerando a antiga: vão definir a instalação de novos órgãos previstos na Constituição nova (ou integrantes de seus valores); vão fixar prazos para a aprovação de certas leis previstas na Constituição nova (ou integrantes de seus valores); vão pré-regular situações também determinadas pela Constituição nova. A Constituição anterior não aparece em nenhuma dessas modalidades.

Todos os aspectos essenciais das disposições transitórias – a efemeridade, a natureza de transição – estão presentes nas normas de implementação. Correspondem elas à segunda função das disposições transitórias – a de promover a implementação de certas normas constitucionais, ou do ordenamento jurídico a que a nova Constituição vai presidir. E essa função as normas de implementação realizam de quatro diferentes maneiras:

1º - definindo a promulgação da Constituição e a instalação de novos órgãos.

a) A primeira implementação estabelecida no ADCT diz respeito à promulgação da própria Constituição: **Art. 1º** - “*O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação*”.

b) Instalação de novos órgãos previstos na Constituição. Havendo a Constituição reestruturado partes relevantes da administração pública, definindo órgãos novos, até então inexistentes, a instalação desses novos órgãos deve ser regulada no ADCT, dado o seu evidente caráter transitório. Uma vez instalados, passam os órgãos novos a funcionar normalmente, com as atribuições que a Constituição, no seu corpo permanente, lhes fixou. É exemplo dessa modalidade de disposição transitória o **art. 27**, especificamente o **caput e os parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º**, que definem a instalação do Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da justiça comum, criado pela Constituição.

Também é o caso do mesmo **art. 27**, agora nos §§ 6º, 7º (a parte final) e 9º, que determinam e regulam a instalação de 5 Tribunais Regionais Federais.

A eles também se deve acrescentar **o § 10 (parte final)**, que dá competência a esses Tribunais Regionais Federais, bem como ao Superior Tribunal de Justiça (órgão novo, criado pela Constituição de 1988), para “*julgar as ações rescisórias das decisões até então (isto é, até à data de promulgação da Constituição) proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do judiciário*”.

2º - fixando prazos para a implementação de certas determinações constitucionais.

É modalidade de vasta aplicação no ADCT, sendo muito numerosos os casos em que são fixados prazos para a implementação de variados dispositivos constitucionais. Por exemplo:

- o **art. 6º** - dá o prazo de seis meses para parlamentares federais, reunidos em número não inferior a 30, requererem ao Tribunal Superior Eleitoral registro de novo partido político. Significa que, passado o prazo, esses parlamentares não poderão mais requerer o registro de novo partido político.

- **art. 11** – dá o prazo de um ano para as Assembleias Legislativas estaduais elaborarem a Constituição dos respectivos Estados.

- **parágrafo único do mesmo art. 11** – dá o prazo de 6 meses, a partir da promulgação da Constituição estadual, para as Câmaras Municipais votarem a Lei Orgânica dos respectivos municípios.

- **art. 20** – dá o prazo de 180 dias para se proceder à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões, para ajustá-los ao disposto na Constituição.

- **art. 24** – dá o prazo de 18 meses para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios editarem leis “*que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente*”.

- **art. 29 § 1º** - dá ao Presidente da República o prazo de 120 dias para encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

- **art. 34 § 8º** – dá um prazo de 60 dias para ser editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, estabelecendo que, passado esse prazo, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio, “*fixarão normas para regular provisoriamente a matéria*”.

- **art. 39 parágrafo único** – dá o prazo de 12 meses para o Congresso Nacional elaborar a lei complementar prevista no art. 161, II (normas sobre entrega de recursos dos Fundos de Participação, especialmente sobre critérios de rateio, “*objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios*”).

- **art. 44** – dá às atuais empresas brasileiras titulares de autorização de pesquisa, concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em vigor, o prazo de quatro anos para cumprir os requisitos do art. 176 § 1º.

- **art. 48** – dá o prazo de 120 dias para elaboração, pelo Congresso Nacional, de código de defesa do consumidor.

- **art. 50** – dá o prazo de um ano para promulgação de lei agrícola a qual deve dispor “*sobre os objetivos e instrumentos da política agrícola, prioridades*” etc.

- **art. 59** – dá o prazo de seis meses para apresentação ao Congresso Nacional dos projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e benefício.

- **art. 60** (da redação original do ADCT, sem considerar a nova redação dada pela Emenda nº 14, de 12.09.1996): estabelecia que, durante 10 anos, 50% dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição seriam destinados a “*eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental*”. Trata-se de prazo para implementação das normas constitucionais que definem os objetivos da educação – arts. 208, I e II e 214, I..

- **art. 65** – dá o prazo de 12 meses para o Poder Legislativo regulamentar o art. 220 § 4º (propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias).

- **art. 67** – dá o prazo de 5 anos para a União concluir a demarcação das terras indígenas, cumprindo a determinação do art. 231, *caput*.

Em todos esses casos, o ADCT fixa prazos para o cumprimento de normas constitucionais específicas, ora referidas explicitamente, ora facilmente identificáveis no corpo constitucional.

De modo geral, a fixação desses prazos é **inócua**. Com efeito, a não ser em alguns poucos casos (a saber, no caso do **art. 6º**, em que 30 parlamentares não poderão mais registrar novo partido político findo o prazo ali determinado; no caso do **art. 34 § 8º**, em que, findo o prazo ali fixado, segue-se uma consequência explícita; e no caso do **art. 44**), a grande maioria dessas fixações de prazo são inócuas, uma vez que nenhuma sanção se estabelece para o não cumprimento dos mesmos prazos. Com efeito, o que aconteceria, por exemplo, se determinado Estado não promulgasse sua Constituição no prazo fixado no art. 11? Simplesmente nada. A Constituição poderia ter definido alguma consequência, alguma sanção (até a sanção radical do desaparecimento do referido Estado, anexado a algum vizinho) mas não o fez. Não promulgando a própria Constituição no prazo assinalado no art. 11, simplesmente o Estado-membro continuará obrigado a, no mais breve espaço de tempo possível, promulgá-la. E assim por diante, com quase todos os demais prazos arrolados acima. São, todos eles, portanto, meras normas programáticas, contendo simples recomendações, exprimindo o bom propósito de certas providências serem tomadas num prazo curto. Normas sem sanção.

Curioso é o “**caput**” do **art. 39**: fixação de prazo... sem prazo! Determina o referido “caput” que, promulgada a Constituição, o Executivo elabore e o Legislativo aprecie “projeto de revisão da lei orçamentária referente ao exercício financeiro de 1989”. Em que prazo? Não diz. Mas há de ser um prazo curto, porque, promulgada a Constituição em 5 de outubro de 1988, o exercício financeiro de 1989 já se iniciaria menos de 3 meses depois... Também não é inócua essa determinação, porque, uma vez passado o exercício financeiro de 1989, nem o Presidente nem o Legislativo manteriam mais a competência de proceder àquele “projeto de revisão da lei orçamentária” de 1989.

3º - regulando situações que serão objeto de legislação infraconstitucional futura, enquanto esta não for editada.

É a terceira das funções identificadas pela análise de Ivo Dantas. O que acontece, nesta hipótese, é que a Constituição remete determinadas matérias para serem reguladas por legislação infraconstitucional posterior. Enquanto esta não vier, porém, a Constituição já antecipa alguns elementos dessa regulamentação, que vigorará até que a legislação infraconstitucional prevista seja editada. A expressão “*até que*” (como também a expressão “*enquanto não for editada*” certa norma) será característica dessa terceira modalidade das

normas de implementação. Mas é preciso cuidado: haverá normas em que aparece a mesma expressão (como foi visto acima, nas normas de transição propriamente dita), mas não integram a modalidade dessa pré-regulação, porque o de que se trata, aqui, é de pré-regular, isto é, estabelecer um regulamento, um conjunto normativo, enquanto o legislador infraconstitucional não elabora a lei que a Constituição mandou que elaborasse. Os casos, porém, que não regulam, não normatizam, situações, mas prorrogam competências enquanto os novos órgãos previstos na Constituição não são instalados, são modalidade de outro tipo, como visto.

Não há, portanto, que confundir esse tipo de disposição transitória (pré-regulando) com o subtipo das normas de transição, consistente na prorrogação da Constituição anterior. Naquela modalidade do primeiro tipo (normas de transição), é prorrogada, nalgum aspecto, a vigência da Constituição anterior. Agora, nesta terceira modalidade do segundo tipo (normas de implementação), o que a disposição transitória faz é pré-regular uma situação deixada normalmente para a legislação infraconstitucional.

Também não integram esta modalidade aquelas normas que asseguram certos direitos individuais, até que uma determinada condição se realize: não são normas de implementação, mas determinações pontuais.

Nessas normas de pré-regulação há claramente uma norma de implementação: trata-se de fazer valer o quanto antes a nova Constituição. Têm as mesmas notas de efemeridade e de transição: quando a legislação infraconstitucional prevista for promulgada, essa pré-regulação já feita nas Disposições Transitórias deixará de vigorar.

É evidente que a legislação infraconstitucional prevista poderá dispor diferentemente do conteúdo da pré-regulação feita pelo ADCT, e não será jamais inconstitucional por causa disso. É que, na verdade, nesse particular, as normas do ADCT são apenas formalmente constitucionais, tendo, no fundo, natureza de legislação infraconstitucional – a legislação infraconstitucional que a Constituição manda editar e, enquanto não é editada, ela mesma pré-regula aquela situação.

São numerosos os exemplos dessa hipótese ao longo do ADCT:

- **art. 10** – “*Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para 4 vezes, da percentagem prevista no...*” etc.

- **§ 1º desse mesmo art. 10** – “*Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de 5 dias*”.

- **§ 2º do mesmo art. 10** – “*Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador*”.

- **art. 34 § 7º** - “*Até que sejam fixadas em lei complementar, as alíquotas máximas do imposto municipal sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos não excederão a três por cento*”.

- **§ 9º do mesmo art. 34** – “*Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica (omissis) serão responsáveis (omissis) pelo pagamento de imposto sobre*”... etc

- **§ 10 do mesmo art. 34** – “*Enquanto não entrar em vigor a lei prevista no art. 159, I, c, cuja promulgação se fará até 31 de dezembro de 1989, é assegurada a aplicação dos recursos previstos naquele dispositivo da seguinte maneira:* “ etc. Neste dispositivo há também a fixação de um prazo: o da promulgação da lei aí referida, que se deve dar até 31 de dezembro de 1989.

- **art. 35 § 2º** - “*Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:*” etc.

- **art. 38** – “*Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais de 65% do valor das respectivas receitas correntes*”.

- **art. 52** – “*Até que sejam fixadas as condições a que se refere o art. 192, III, são vedados: I – a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior; II - ...*” etc.

- **art. 55** – “*Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, 30% no mínimo do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde*”.

- **art. 56** – “*Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota (omissis) passa a integrar a receita da seguridade social*”.

4º - implementando valores constitucionais

As três primeiras modalidades das normas de implementação (as que definem a promulgação da Constituição e a instalação de novos órgãos; as que fixam prazos para a realização de certas determinações da Constituição; e as que pré-regulam certas situações, antes que a legislação infraconstitucional prevista na Constituição o faça) implementam, de formas diferenciadas, diversos comandos constitucionais explícitos. Outras normas de implementação, porém, não tratam de comandos explícitos, mas de **valores constitucionais** a que elas cuidam, então, de dar alguma consistência. Não se trata de implementar normas constitucionais explícitas mas valores constitucionais – resultantes de várias normas, ou identificáveis ao longo do conjunto constitucional. É a quarta modalidade das normas de implementação. E implementam esses valores constitucionais de duas formas (duas submodalidades): ou bem (a) criando órgãos não previstos na Constituição mas harmônicos com ela; ou bem (b) fixando prazos para a realização desses valores.

A relação entre essas duas submodalidades (da implementação de valores constitucionais) e as duas primeiras modalidades de normas de implementação é evidente. A submodalidade “a” trata da criação de órgãos tanto quanto o fazia a primeira forma (2.1. – “definindo a promulgação e a instalação de novos órgãos”). E a submodalidade “b” fixa prazos, tanto quanto o fazia a segunda forma (2.2. – “fixando prazos para implantação de normas constitucionais”). É claro, portanto, que essas duas submodalidades poderiam estar incluídas dentro das modalidades anteriores, e então a primeira modalidade das normas de implementação (instalação de novos órgãos) admitiria a subdivisão: órgãos previstos na Constituição, uma, e órgãos não previstos mas harmônicos com ela, a outra. E a segunda modalidade (fixação de prazos) também contemplaria a seguinte subdivisão: prazos para a implementação de normas constitucionais, uma, e prazos para a implementação de valores constitucionais, a outra.

Mais importante, porém, do que a característica de se tratar da instalação de órgãos ou de fixação de prazos, parece ser o fato de essas novas formas cuidarem de órgãos não previstos na Constituição ou fixarem prazos para valores constitucionais, não para normas constitucionais claras. De uma forma ou de outra, o que fazem é implementar valores constitucionais, realidades constitucionais importantes porém não contidas explicitamente em

normas específicas – e esse traço comum, e mais marcante, recomenda tratá-las como uma categoria nova, esta quarta modalidade das normas de implementação.

Enquanto as modalidades 2.1 e 2.2. referiam-se a normas constitucionais expressas (órgãos previstos na Constituição, que se tratava, então, de instalar; ou determinações constitucionais para a elaboração de leis, para a qual o ADCT vinha fixar prazos), as submodalidades dessa quarta forma (2.4 – “implementando valores constitucionais”) tratam de órgãos ou fixam prazos não para normas constitucionais expressas mas para valores constitucionais, identificáveis no conjunto da Constituição, sim, mas não previstos numa norma específica.

São duas, portanto, as submodalidades que ela contém:

a) as que criam(ou mandam criar) órgãos não previstos na Constituição mas harmônicos com ela.

Aquelas da primeira modalidade, em que se cuida de regular a instalação de órgãos previstos formalmente na Constituição, são claramente normas de implementação. Devem também ser consideradas normas de implementação as que determinam a criação de órgãos não previstos explicitamente na Constituição mas harmônicos com ela (primeira espécie: a.1.), criação que irá prestigiar valores constitucionais fundamentais.

É o caso especificamente do **art. 63** – cria Comissão para promover as comemorações do centenário da Proclamação da República e da promulgação da primeira Constituição republicana.

Também a norma do **art. 34 § 11**: *“Fica criado, nos termos da lei, o Banco de Desenvolvimento do Centro-Oeste, para dar cumprimento, na referida região, ao que determinam os arts. 159, I, e 192, § 2º da Constituição”*. Embora fizesse referência expressa a duas normas da Constituição (uma das quais já revogada: o § 2º do art 192, que dispunha sobre recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional), o valor constitucional que o art. 34 § 11 cuidava de implementar estava estabelecido muito antes, no art. 3º, III, que definia, entre os objetivos fundamentais da República, a redução das desigualdades regionais.

Nestes dois casos a relação com a Constituição é óbvia, mas não há norma específica a ser implementada. Há, sim, **valores constitucionais** que se cuida de levar à prática: a República, cujo aniversário deve ser comemorado; e a Federação, procurando-se menor desequilíbrio entre suas unidades territoriais – todos, valores constitucionais da maior relevância. Nesses casos, o ADCT já cria órgão não previsto mas harmônico com a Constituição.

Mas será o caso também de normas que mandam que se criem órgãos não previstos na Constituição, mas harmônicos com ela (segunda espécie: a.2.).

É precisamente o caso do **art. 62** – que manda que a lei crie o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), nos moldes do SENAI e do SENAC.

Também a norma do **art. 7º** - “*O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*”. O que se determina aqui é um empenho, sobretudo por parte do Poder Executivo, para que seja internacionalmente criado esse tribunal – evidentemente em plena harmonia com os princípios e os objetivos da Constituição.

Também são valores constitucionais da maior relevância a serem prestigiados e, agora, implementados: os direitos humanos e a aprendizagem para o trabalho. Devem ser incluídas entre as disposições transitórias – propriamente normas de implementação do tipo 2.4., embora não criem diretamente esses órgãos e somente determinem genericamente a criação deles, sem sequer fixar prazo para isso.

Não seriam, ao contrário, verdadeiras normas programáticas, de eficácia limitada, devendo constar da parte permanente da Constituição? Têm, de fato, essa aparência, mas importante diferença as separa: as normas programáticas da parte permanente da Constituição preconizam a elaboração de uma lei a respeito de determinado assunto – uma lei, portanto uma norma geral, uma regulação desse assunto, a ser feita num certo momento podendo ser refeita depois, reelaborada, nova regulamentação se estabelecendo. Quem dizer: o que fazem é mandar que haja uma regulação sobre determinado assunto – eventualmente, já antecipando alguma coisa sobre o conteúdo dessa regulação. Ao passo que esses casos de agora – os artigos 7º e 62, aqui incluídos entre as disposições transitórias – mandam também que haja uma providência (a lei crie um Serviço, ou o país se empenhe pela criação de um tribunal

internacional), mas são providências pontuais, singulares, tratando de uma instituição concreta e singular, não são leis gerais regulando essa ou aquela matéria. Portanto, são providências que, uma vez sendo atendidas, o dispositivo constitucional que as determinou se exaure, se realizou, não tem mais densidade jurídica. Sendo assim singulares, concretas, pontuais, e se exaurindo tão logo o comando se realize, é melhor incluí-las entre as disposições transitórias.

Não é o caso, porém, da criação de um Conselho de Comunicação Social, prevista no art. 224, à qual a criação do tal Serviço Nacional de Aprendizagem Rural, ou do tal tribunal internacional, não pode ser assimilada. Porque o Conselho de Comunicação Social, além de integrar a estrutura do Poder Legislativo, ainda faz parte da regulamentação geral que a Constituição definiu para a comunicação social. não podem ser confundidas assim as situações jurídicas do Conselho de Comunicação e do Serviço de Aprendizagem.

b) as que fixam prazos para a implementação de valores constitucionais

Em relação a outros valores constitucionais, não cuida o ADCT de criar, ou mandar criar, algum órgão novo, mas fixa prazos para sua implementação.

São exemplos:

- **art. 12 (caput e § 1º)**, que prevê a criação, em 90 dias, de uma Comissão de Estudos Territoriais *“com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução”*. O parágrafo dá prazo para os trabalhos dessa Comissão e, depois, prazo para o Congresso o apreciar. O valor constitucional que se busca implementar aqui é o da Federação e a boa convivência de suas unidades territoriais, a começar pela clara definição dos limites de cada uma – assunto desdobrado nos parágrafos desse artigo, do 1º ao 4º.

- **art. 12 §§ 2º, 3º e 4º** - dá prazo de três anos para os Estados e Municípios promoverem, *“mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas”*. Findo esse prazo, caberá à União proceder a essa demarcação. Não é, portanto, prazo inócuo: segue-se uma consequência, a transferência da competência demarcatória para a União. É o mesmo valor da Federação e da boa convivência de suas unidades territoriais.

- **art. 26** – dá o prazo de um ano para que o Congresso Nacional promova *“exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro”*. Não há

norma constitucional explícita a respeito. O que há é o valor da regularidade das contas públicas e do equilíbrio financeiro, do qual o endividamento externo é fator preocupante.

- **art. 42** – determina que, durante 15 anos (na redação original da Constituição; depois mudado para 25 anos, pela EC nº 43, de 2004, e para 40 anos, pela EC 89, de 2015), a União aplique nas regiões Centro-Oeste e Nordeste certos percentuais dos recursos destinados à irrigação. Do mesmo modo não há norma constitucional explícita a respeito. Há, sim, o valor do equilíbrio regional, sendo um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III) “*reduzir os desequilíbrios sociais e regionais*”.

- **art. 51** – dá o prazo de três anos para a revisão, pelo Congresso Nacional, de todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a 3 mil hectares, realizadas entre 1º de janeiro de 1962 e 31 de dezembro de 1987. Passado esse prazo, a revisão aí prevista não poderá mais ser realizada, ficando mantidas, portanto, as doações, vendas e concessões de terras públicas que não tenham sido objeto da revisão. Novamente, não há norma constitucional explícita a respeito. O que há é o valor da probidade da administração, no caso, especificamente, das terras públicas, cujas doações, vendas e concessões podem ter sido feitas à revelia dos mandamentos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da austeridade.

Não deixa de ser também hipótese de fixação de prazo, embora de forma **indireta**, o **art. 41** que, mandando a União, Estados, Distrito Federal e Municípios reavaliarem todos os incentivos fiscais de natureza setorial, determina que se considerarão revogados, após 2 anos, os incentivos que não forem confirmados por lei, ou seja, na verdade, dá o prazo de 2 anos para que esses incentivos sejam confirmados por lei.

É igualmente a hipótese do **art. 36**: também fixação **indireta** de prazo, no caso, o prazo de 2 anos para o Congresso Nacional ratificar os fundos existentes na data da Constituição, ressalvados os que menciona. Não ratificados dentro do prazo, esses fundos se extinguirão, como determina expressamente este artigo.

É ainda a hipótese do **art. 43**, estabelecendo o prazo de um ano (que pode ser inferior, se, nesse período, for promulgada lei que discipline a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais) para ficarem sem efeito “*as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerais, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não hajam sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos*”.

Nessas fixações indiretas de prazo, não há norma constitucional explícita a respeito. Há, sim, valores constitucionais a serem implementados – valores da não-desigualdade regional, da legalidade e da moralidade administrativas, etc.

Nelas há também consequência, não sendo então fixações **inócuas** de prazo. Se os prazos não forem atendidos ou se chegarem a seu termo sem que determinadas providências tenham sido tomadas, seguem-se consequências claramente definidas, até explicitamente, como a revogação dos incentivos (no art. 41), a extinção dos fundos (art. 36), ou a extinção dos efeitos das autorizações relativas a direitos minerais (no art. 43). A mesma característica marcava também o prazo do **art. 51**, uma vez que os direitos dos beneficiados com as mencionadas doações, vendas e concessões de terras públicas, não podem ficar indefinidamente na dependência de revisão a ser procedida pelo Congresso Nacional.

3.2.8 O terceiro tipo das disposições transitórias. Normas de exceção.

Depois dessas duas funções (transição e implementação), que são, efetivamente, efêmeras, tendendo, todas as normas do primeiro e do segundo tipos das disposições transitórias, a em breve desaparecerem, passando a fazer parte apenas da história constitucional brasileira, – deve-se reconhecer uma terceira função nas Disposições Constitucionais Transitórias, a saber, a de estabelecer exceções às normas estabelecidas no corpo permanente da Constituição, portanto exceções às novas regras constitucionais, casos isolados, singulares e pontuais aos quais o conjunto das novas regras constitucionais não se vai aplicar. É que o poder constituinte originário, ao estabelecer uma Constituição nova, entendeu, com a mesma liberdade com que criou o novo texto, de ressaltar, dele, certas situações então existentes, para as quais resolveu ou bem manter o regramento constitucional anterior ou bem criar um regramento próprio.

As normas de exceção retiram do novo regime constitucional certas situações. É indispensável que sejam situações pré-existentes, ou melhor, existentes na data de promulgação da Constituição. São, por isto, eminentemente pontuais e datadas. Determinadas situações que a nova Constituição encontra ao entrar em vigor, ela mesma resolveu retirar do novo disciplinamento que está instituindo. Tais exceções não se confundem absolutamente com as exceções permanentes, aquelas que são retiradas, em caráter permanente, do alcance das normas constitucionais, como por exemplo a norma de que a desapropriação será

precedida por prévia e justa indenização em dinheiro (art 5º, XXIV), com as exceções da desapropriação mediante títulos nos casos de descumprimento da função social da propriedade urbana (art 182 § 4º, III) e da propriedade rural (art. 184), ou os casos de acumulação remunerada de cargos públicos que constituem exceção à vedação geral da acumulação desses cargos (art. 37, XVI), e assim por diante. As exceções da parte permanente são exceções que destacam, de uma regra geral, a totalidade de certas situações, e o fazem em vista do e para o futuro, em caráter permanente. Ao contrário, as normas de exceção das disposições transitórias contemplam pontualmente situações existentes na data de promulgação da Constituição, e somente estas, e não, portanto, situações iguais a se verificarem no futuro.

As normas dessa terceira função têm o mesmo caráter efêmero das disposições transitórias em geral, uma vez que determinam medidas que, em sendo executadas, implicam no exaurimento da disposição transitória – embora possam ter uma aparência de certa perenidade e a efemeridade intrínseca delas possa ser, em alguns casos, como já assinalado, um tanto diferida, demorando mais tempo do que o habitual das disposições transitórias, até à morte, por exemplo, do beneficiado.

Também são, secundariamente, normas de transição, como já assinalado: de fato, todas as disposições transitórias apresentam as mesmas características de transição, de implementação e de exceção. Como, porém, em cada uma delas algum desses traços é mais acentuado do que os outros, esse acento é que justifica a classificação ora apresentada.

Como no tipo anterior (as normas de implementação), também esse terceiro tipo de disposição transitória tem em vista somente a Constituição nova, de cuja incidência exclui certas situações. De modo geral não coteja as duas Constituições (exceto quando mantém a norma da Constituição anterior, ou permite uma opção entre a Constituição antiga e a nova), não tem em vista a nova sempre em conjunto com a antiga, como acontecia com o primeiro tipo, o das normas de transição propriamente dita.

Não há, também, como confundir esse tipo (normas de exceção) com o seguinte (determinações pontuais), embora, em alguns casos, pudessem parecer semelhantes. Nas exceções há claramente uma norma constitucional permanente, na Constituição nova, da qual se excepciona alguma coisa (existente na data de promulgação da Constituição). Nas

determinações, não há norma constitucional permanente sendo excepcionada: o que há é um acréscimo, uma nova determinação aditada às muitas determinações constitucionais permanentes (mas, agora, concreta, singular e transitória).

Subtraindo certas situações singulares pré-existentes (ou seja, existentes na data de promulgação da Constituição) da nova disciplina constitucional, essas disposições transitórias podem (a) manter, nestes casos específicos, a Constituição anterior, ou (b) autorizar a opção por um regime constitucional ou por outro, ou, ainda, (c) criar uma norma especial, intermediária. São as três modalidades dessas normas de exceção.

A natureza dessas três modalidades é rigorosamente a mesma – diferentemente do que acontece nos dois tipos anteriores (normas de transição e normas de implementação) que compreendiam subtipos de natureza diversa entre si. Aqui, a natureza é a mesma: todas fazem exceção a normas constitucionais permanentes, tirando do seu império algumas situações concretas existentes na data de promulgação da Constituição. A distinção, pela qual se devem identificar aqui três modalidades, não é quanto à natureza da exceção, mas quanto à solução dada para substituir, naqueles casos concretos, a norma constitucional que está sendo excetuada. Sendo a mesma a natureza dessas exceções, parece mais conveniente identificar as modalidades de forma diferente do que foi feito nos tipos anteriores: não pela forma numérica (1º, 2º etc) mas com o uso de letras. Serão as modalidades “a”, “b” e “c”.

a) - exceções que mantêm a disciplina constitucional anterior.

Em alguns casos a Constituição, resolvendo ressaltar determinadas situações do seu próprio império, subtraindo-as de sua nova disciplina, decidiu mantê-las sob o regramento da Constituição anterior. Por exemplo:

a) **art. 4º § 1º** - estabelece a data da eleição para o primeiro Presidente da República após a promulgação da Constituição. Pela Constituição, a data normal para a eleição do Presidente seria o primeiro domingo de outubro (art. 77): não assim, porém, a do primeiro Presidente a ser eleito após a promulgação da Constituição: para este caso específico, continuaria valendo a data prevista na Constituição anterior.

b) **art. 4º § 2º** - assegura a “*irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados*”. Exceção às regras do art. 45: a representação dos Estados e do Distrito Federal, vigente na data de promulgação da Constituição, não seria imediatamente adaptada àquelas regras.

c) **art. 4º, § 3º:** estabelecendo que *“os mandatos dos Governadores e dos Vice-Governadores eleitos em 15 de novembro de 1986 terminarão em 15 de março de 1991”*, este parágrafo manteve a disciplina anteriormente vigente, deixando portanto a regra nova (posse em 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição – art. 28 da Constituição) para somente ser aplicada aos mandatos estaduais seguintes.

d) **art. 5º, caput:** se *“não se aplicam às eleições previstas para 15 de novembro de 1988 o disposto no art. 16 e as regras do art. 77 da Constituição”*, é claro que, naquelas eleições, continuariam vigorando as regras anteriores.

e) **art. 30** – estabelece que *“a legislação que criar a justiça de paz manterá os atuais juizes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes”*.

f) **art. 32:** prevê que *“o disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público respeitando-se o direito de seus servidores”*.

g) **art. 45:** exceção explícita, exclui do monopólio estabelecido no art. 177, II da Constituição *“as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2004, de 03.10.1953”*. Será exceção dotada de certo caráter de permanência, mas, de fato, efêmero porque durará enquanto durarem as respectivas refinarias. Nesta e na anterior há referências explícitas aos artigos para os quais o ADCT institui alguma exclusão.

h) **art. 66:** *“são mantidas as concessões de serviços públicos de telecomunicações atualmente em vigor, nos termos da lei”*.

i) **art. 69:** *“será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”*.

Também deve ser incluída nessa modalidade de normas de exceção a norma do **art. 242, caput** – nas “Disposições Gerais”, mas que é, de fato, disposição transitória. Trata-se aí claramente de exceção pontual, para situações pré-existentes, não de exceção permanente: *“o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data de promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos”*. Ao excepcionar essas instituições preexistentes (*“existentes na data de promulgação desta Constituição”*), essa norma (de fato, disposição transitória) manteve, para tais instituições, a disciplina anterior.

b) - exceções que autorizam opções

Ao subtrair certas situações concretas pré-existentes do seu império, a Constituição também resolveu, noutros casos, permitir, aos interessados, uma opção, permitir que eles mesmos escolhessem a disciplina jurídica a que ficariam submetidos. Essa opção pode ser (a) entre o regime constitucional anterior e o novo, ou (b) entre uma instituição ou outra, previstas ambas na Constituição nova.

A primeira forma claramente contempla os dois regimes constitucionais, o anterior e o novo. Tem isto em comum com as normas do primeiro tipo (normas de transição propriamente dita) mas não se confunde com elas, porque, agora, não se trata de ter os dois regimes constitucionais como vigentes, o antigo num primeiro momento, e o novo, em seguida, promovendo-se a passagem de um para o outro, – mas de assegurar, a pessoas em certas situações, o direito de optar por um regime ou pelo outro, de tal sorte, portanto, que somente um deles vigorará relativamente a essas pessoas.

É claramente uma exceção, porque fica afastada a incidência automática da nova norma: esta poderá incidir, sim, mas por opção individual, assegurando, essa disposição transitória, a possibilidade de opção pela norma anterior.

São exemplos:

- **art. 22:** *assegura “aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.*

- **art. 29 § 3º:** *“poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta”.*

A segunda forma de opção assegura a eleição entre uma instituição e outra, uma que já havia, e da qual o servidor participava, e outra, uma nova que a Constituição criou, para a qual admite que o servidor migre. É o caso do:

- **art. 29 § 2º:** *estabelece que “aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretratável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União”.*

É exceção, pontual e atingindo situações existentes na data da Constituição, para que os atuais Procuradores possam optar entre as carreiras do Ministério Público e da Advocacia Geral, instituição nova que a Constituição criou.

c) - exceções que criam normas especiais

Nesta terceira modalidade, o constituinte originário, ao destacar certas situações, preservando-as do novo regime constitucional, nem manteve, para elas, o regime anterior, nem autorizou a opção entre um regime e outro, mas criou uma disciplina específica, inédita e exclusiva. Como se fosse intermediária, entre o regime anterior e o novo. De qualquer modo, uma disciplina nova, diferente tanto da anterior quanto da nova. São exceções e são normas especiais de transição, com a criação de uma disciplina própria, que não é nem a anterior nem a futura (a norma permanente da nova Constituição). Normas específicas, intermediárias. São exemplos:

a) **art. 4º, caput** - cria, de fato, uma regra especial para o mandato do Presidente que estava em exercício na data de promulgação da Constituição: não quanto ao dia da posse (porque, ao invés de iniciar-se o mandato do sucessor, num 1º de janeiro, conforme determina o art. 82 da Constituição, o art. 4º mantém, a este respeito, o dia de posse da Constituição anterior), mas quanto ao ano, ou seja, quanto à duração do mandato. Porque a duração do mandato, pela Constituição nova, seria de 4 anos, ao passo que, pela anterior, seria de 6 anos – e agora, segundo este art. 4º, o mandato do Presidente em exercício na data da Constituição seria, excepcionalmente, de 5 anos.

O § 4º do art. 4º nem pode ser considerado regra nova, especial, nem manutenção da regra anterior. Estabelecendo que *“os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores terminarão no dia 1º de janeiro de 1989, com a posse dos eleitos”*, a rigor, mais não fez do que explicitar, em relação a eles, a norma geral da posse dessas autoridades municipais (art. 29, III). Não é regra nova, especial, portanto. Mas não deixa de ser um ajuste em relação à norma constitucional anterior, uma vez que a Emenda Constitucional nº 22, de 29.06.1982, estabelecia, no art. 215, que acrescentou à Constituição de 1967, que aqueles mandatos terminariam no dia 31 de dezembro de 1988...

b) **art. 19** – define uma regra intermediária para os servidores públicos civis *“em exercício na data de promulgação da Constituição há, pelo menos, 5 anos continuados e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição”*: para estes, o art. 19 dá a condição de estáveis, que não teriam pelo sistema definido na Constituição.

c) **art. 21:** *“os juízes togados de investidura limitada no tempo, admitidos mediante concurso público de provas e títulos e que estejam em exercício na data da promulgação da Constituição, adquirem estabilidade, observado o estágio probatório, e passam a compor quadro em extinção, mantidas as competências, prerrogativas e restrições da legislação a que se achavam submetidos, salvo as inerentes à transitoriedade da investidura”*. Regra nova, especial, que nem é a do regime anterior, nem a do novo.

d) **art. 33** – disciplina o pagamento dos precatórios judiciais pendentes na data da promulgação da Constituição: admite que seja feito *“em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989”*.

e) **art. 34 § 6º** - cria uma regra especial provisória para certos impostos: *“até 31 de dezembro de 1989, o disposto no art. 150, III, b (o princípio da cobrança somente no exercício seguinte, do sistema tributário) não se aplica aos impostos de que trata (omissis), que podem ser cobrados 30 dias após a publicação da lei que os tenha instituído ou aumentado”*.

f) **art. 46** – estabelece que *“os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial” “são sujeitos à correção monetária desde o vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão”*. E esse regime se aplica também a operações realizadas posteriormente à decretação dos referidos regimes, bem como a operações de empréstimo, financiamento, refinanciamento, etc, e aos créditos anteriores à promulgação da Constituição.

g) **art. 47** – *“na liquidação dos débitos (omissis) ainda que ajuizados, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por bancos e por instituições financeiras, não existirá correção monetária desde que”* certas condições, a seguir estipuladas, sejam satisfeitas.

h) **art. 53** – define direitos para os ex-combatentes que tenham *“efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial”*. Esses direitos especiais também constituem exceção, a saber, às regras do regime militar normal: portanto, instituem um regime especial, novo. E exceção também com caráter de transitoriedade, embora tenha certa duração, uma vez que o conjunto desses direitos desaparecerá quando falecer o último dos ex-combatentes, ou o último de seus pensionistas.

i) **art. 54** – igual qualificação como exceção e igual característica de certa duração encontra-se neste art. 54, que prevê pensão mensal vitalícia para *“os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5813, de 14.09.1943 e amparados pelo Decreto-Lei nº 9882, de*

16.09.1946”. Do mesmo modo, o direito aí consagrado desaparecerá quando falecer o último desses seringueiros.

j) **art. 57** – também exceção, ao prever condições especiais de liquidação dos débitos dos Estados e Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988. Exceção com explícito caráter de transitoriedade.

k) **art. 61** – admite que continuem a receber recursos públicos *“as entidades educacionais a que se refere o art. 213, bem como as fundações de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei, que preencham os requisitos dos incisos I e II do referido artigo e que, nos últimos três anos tenham recebido recursos públicos”*, *“salvo disposição legal em contrário”*.

Exceção com essa mesma característica de criar uma norma nova, especial, pode-se encontrar, não agora no ADCT, mas em disposições transitórias de Emendas Constitucionais, como a da reforma da previdência (**Emenda nº 20, de 15.12.1998**): a definição de um limite mínimo de idade para as aposentadorias por tempo de contribuição levou o reformador constitucional a definir regras intermediárias para os que estivessem no meio do caminho – é o conteúdo específico do **art. 8º** dessa Emenda. Considerando situações que estavam em via de se constituírem plenamente pelo regime antigo, a Emenda entende que não deve ser aplicada imediatamente a essas situações que, se ainda não estavam completadas, estavam no entanto bastante adiantadas. Criou então uma regra específica para elas.

3.2.9 O quarto tipo das disposições transitórias. Determinações pontuais.

Neste quarto tipo de disposições transitórias o que se acentua não é a transição de uma Constituição para outra, nem a implementação de dispositivos da nova Constituição, nem exceções que se abrem às novas regras constitucionais, – mas determinações que o Poder Constituinte originário faz, pontualmente. Parecem (e de fato são) novas normas constitucionais, normas que se acrescentam ao texto integral da Constituição. De alguma forma elas se adicionam às regras constitucionais, como novos comandos, mas – uma vez que estabelecem medidas únicas, e não gerais – são pontuais. E porque são efêmeras, passageiras, são disposições transitórias e não disposições permanentes, devendo encontrar-se portanto no ADCT e não no corpo permanente da Constituição.

Nelas, o constituinte manda serem tomadas determinadas providências específicas, que, sob certo aspecto, representam exceção ao regime normal constitucional por ele instituído: manda fazer, ou faz diretamente. Tendo sempre aquele duplo caráter – transição e exceção – essas normas do quarto tipo (determinações pontuais) não são preponderantemente exceções, nem implementação da Constituição nova, nem normas específicas de transição. De fato, são outra coisa. Não são normas do primeiro tipo (normas de transição) porque nem prolongam a vigência de norma anterior nem promovem uma implantação gradual de norma nova. Não são normas do segundo tipo (implementação) porque não definem a instalação de novos órgãos, não fixam prazos para implantação de normas constitucionais e não pré-regulam situações deixadas ao legislador infra-constitucional. Nem são normas do terceiro tipo (exceção) porque não há, no caso das determinações, norma constitucional permanente que elas exceptuariam. Não podem, portanto, ser reduzidas a nenhum dos tipos anteriores. São uma outra realidade. São acréscimos, adições às determinações permanentes da Constituição – com a diferença, agora, de que são acréscimos singulares, concretos e transitórios, e com a característica (típica das disposições transitórias) de logo se exaurirem, mediante o simples cumprimento do seu conteúdo.

As determinações pontuais ou bem tomam diretamente ou mandam tomar certa outra providência ou bem reforçam opções constitucionais (mas formulando um comando novo). Tendo (como no caso das normas de exceção) a mesma natureza, devem-se distinguir somente quanto à matéria de que tratam. Por isso também será melhor adotar a identificação sob forma de letras (a, b, etc) do que sob a forma de números (1º, 2º, etc). Podem-se identificar, então, seis modalidades de diferentes determinações pontuais: (a) relativas à Constituição; (b) relativas aos Poderes; (c) relativas aos Estados (criação e limites); (d) relativas à administração em geral; (e) relativas a funcionários; (f) relativas a cidadãos.

a) - determinações relativas à Constituição

Trata-se de determinações para a realização de certas providências que, embora não tendo sido explicitamente previstas no corpo permanente da Constituição, objetivam, no entanto, ou reforçar opções adotadas pelo constituinte originário, ou prever uma revisão constitucional, diferente da reforma contemplada no corpo permanente da Constituição. São os casos especificamente do:

- **art. 2º**, que manda ser realizado plebiscito no dia 7 de setembro de 1993, para a definição da forma (república ou monarquia) e do sistema de governo (parlamentarismo ou

presidencialismo). O constituinte, prudentemente, admitiu que as opções que adotou (república presidencialista) poderiam não corresponder ao sentimento popular, e então resolveu determinar a realização de um plebiscito para ou bem reforçar suas opções ou para retificá-las. Plebiscito único, norma eminentemente transitória.

- **art. 3º** - A revisão constitucional é claramente um caso de determinação pontual, com visível caráter de exceção, uma vez que cria, relativamente às reformas constitucionais, regra completamente distinta da que se estabelece no corpo permanente. Não pode, porém, ser confundida com as “normas de exceção” (terceiro tipo das disposições transitórias) porque não retira nada, nenhuma situação concreta, do império das normas da Constituição nova, que é o que as normas de exceção fazem. O disposto no art. 3º é uma determinação pontual e exceção de caráter provisório, que se exaure com a realização dessa revisão. Se se tratasse do estabelecimento de revisões periódicas (por exemplo, a cada 5 anos), a regra deveria estar no corpo permanente da Constituição. O fato de se encontrar no ADCT reforça claramente sua condição de norma efêmera, com a previsão de uma única revisão constitucional.

b) - determinações relativas aos Poderes

- **art. 25, caput** – determina que *“ficam revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso nacional, especialmente no que tange a”* e seguem-se, nos incisos, alguns temas específicos.

- **art. 25 § 1º** - regulamenta a situação dos *“decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição”*.

- **art. 25 § 2º** - converte em medidas provisórias os decretos-leis (figura não mais contemplada entre as formas do processo legislativo – art 59) editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição, aplicando-lhes as regras daquelas medidas (art 62, parágrafo único).

- **art. 27 § 8º** - considerando a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação do Superior Tribunal de Justiça, veda, a partir da promulgação da Constituição, *“o provimento de vagas de Ministros do Tribunal Federal de Recursos”*.

- **art. 34 § 5º** - mantém a aplicação da legislação tributária anterior, mesmo quando já vigente o novo sistema tributário, *“no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º*. Caso explícito de recepção de legislação anterior não incompatível com a Constituição nova. Pode-se até dizer que se trata de disposição transitória **redundante**:

reproduz norma constante de Disposição Geral de Constituições antigas mas já abandonada nas Constituições brasileiras mais recentes por ser um princípio geral reconhecido e definido pela doutrina: o da recepção das normas anteriores não contrárias à Constituição nova.

c) - determinações relativas aos Estados (criação e limites)

- **art. 13, art 14 e art 15** (com a normatização estabelecida nos respectivos parágrafos)
 – a criação do Estado do Tocantins (art. 13), a transformação em Estados dos antigos Territórios Federais de Roraima e do Amapá (art. 14) e a extinção do antigo Território Federal de Fernando Noronha, incorporado ao Estado de Pernambuco (art. 15), constituem também determinações pontuais, com visível caráter de exceção, a saber, às regras do art. 18 do corpo permanente da Constituição, que fazem depender semelhantes decisões de lei complementar. Têm caráter efêmero, como já assinalado, porque se exaurem no seu próprio cumprimento, embora suas criações tenham óbvio caráter de perenidade.

- **art. 12 § 5º** - reconhece e homologa os atuais limites do Acre com os Estados do Amazonas e Rondônia.

d) - determinações relativas à administração em geral

São, todas elas, casos de providências que a Constituição manda que sejam tomadas.

- **art. 31** – “*serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitadas os direitos dos atuais titulares*”.

- **art. 64** – manda a Imprensa Nacional e demais gráficas públicas promoverem edição popular da Constituição.

e) - determinações relativas a funcionários

Providências que a Constituição toma diretamente ou manda que sejam tomadas relativamente a funcionários.

- **art. 17** – caso nítido e típico dessa modalidade (foi, aliás, a primeira das funções identificadas por Ivo Dantas) é a norma do art. 17 do ADCT, que representa exceção ao princípio fundamental do respeito aos direitos adquiridos. A Constituição anterior (ou melhor, na verdade, as Constituições anteriores, toda a tradição constitucional brasileira) respeitava os direitos adquiridos; a nova Constituição também os respeita, não abandona a tradição. Se não há, porém, direito adquirido diante da Constituição nova, no caso haverá o respeito integral aos direitos adquiridos por expressa determinação dela mesma, da Constituição nova. Mas, num determinado caso aconteceu de exercer ela a prerrogativa de desprezar direitos

adquiridos. É precisamente o caso do art. 17, *caput*, em que, tendo estabelecido, no corpo permanente, certos limites para remunerações, vencimentos e até proventos de aposentadoria, agora a Constituição, no ADCT, manda que sejam imediatamente reduzidos todos aqueles vencimentos, remunerações, proventos, que estejam sendo *“percebidos em desacordo com a Constituição”* e expressamente enfatiza (determinação que, a rigor, seria até desnecessária): *“não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”*.

- **art. 18** - extingue *“os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”*.

- **art. 23** – *“até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais”*.

- **art. 28** – *“os juízes federais de que trata o art. 123 § 2º, da Constituição de 1967, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, ficam investidos na titularidade de varas, na Seção Judiciária para a qual tenham sido nomeados ou designados; na inexistência de vagas, proceder-se-á ao desdobramento das varas existentes”*.

- **art. 29 § 4º** - estabelece que *“os atuais integrantes do quadro suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar que tenham adquirido estabilidade nessas funções passam a integrar o quadro da respectiva carreira”*.

f) - determinações relativas a cidadãos

Como no item anterior, são providências que a Constituição toma diretamente ou manda que sejam tomadas.

- **art. 8º**. Concessão de anistia. O ADCT concede anistia, amplia a que foi concedida e dá, nos parágrafos, ampla regulamentação.

- **art. 9º** - dá aos que, *“por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República”*, o direito de requerer o reconhecimento de direitos e vantagens interrompidos por esses atos punitivos *“desde que comprovem terem sido evitados de vício grave”*.

- **art. 58** – manda rever os valores dos “*benefícios de prestação continuada mantidos pela previdência social na data de promulgação da Constituição, a fim de que seja restabelecido o seu poder aquisitivo*”: regra imediata para realizar o princípio estabelecido no art. 201 § 2º da redação original da Constituição, segundo o qual os benefícios devem ser sempre reajustados “*para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real*” (pela Emenda nº 20, de 15.12.98, reforma da previdência, passou a ser o § 4º desse mesmo art. 201).

- **art. 68** – abre exceção às regras habituais de aquisição da propriedade: manda reconhecer, em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos, a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando. Exceção com aparência de perenidade, porque essa propriedade ficará em caráter permanente nas mãos dos referidos remanescentes, mas, a rigor, disposição transitória porque se esgota no seu próprio cumprimento.

3.2.10 Falsas disposições transitórias

Assim como se verificou, no estudo das “Disposições Gerais”, a presença de normas que, de fato, deveriam estar no ADCT, por serem realmente disposições transitórias (como os arts. 240, 242 e sobretudo o 244), assim também se pode identificar agora, no conjunto do ADCT, pelo menos uma norma que é permanente, e que deveria estar, portanto, no corpo permanente da Constituição e não nesse Ato anexo.

É o caso do **art. 49**, com seus **4 parágrafos**, que nada tem de “disposição transitória”, devendo situar-se, isto sim, no corpo permanente da Constituição: trata-se de norma programática sobre o instituto da enfiteuse. De fato, estabelecendo que a lei disponha sobre o instituto da enfiteuse, trata-se claramente de norma programática e seu lugar próprio deveria ser o título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”, capítulo II – “Da Política Urbana”. Seria disposição transitória se dispusesse alguma coisa sobre as enfiteuses atuais, isto é, existentes na data da Constituição. Propugnando por uma legislação específica sobre elas, trata-se de norma geral, de eficácia limitada, de caráter programático – norma da parte permanente da Constituição, portanto.

Esse artigo não pode ser considerado disposição transitória de implementação de valores constitucionais (como aquelas do subtipo “implementando valores constitucionais” do segundo tipo de disposições transitórias, “normas de implementação – estudadas no item 3.2.7), porque não preconiza um evento singular e específico. Preconiza, sim, é a regulação de

um assunto (no caso, o instituto da enfiteuse): prevê a edição de uma normatização geral a esse respeito. Exatamente como fazem as normas programáticas da parte permanente da Constituição. Nem vai ser exaurida, tão logo o legislador realize essa determinação constitucional, porque ele continuará com a competência de rever, a qualquer tempo, a regulação que estabeleceu, instituindo uma regulação diferente. É, esta, portanto, norma claramente de eficácia programática. Define um programa a ser efetivado pelo legislador, assunto a ser por ele regulado, já antecipando a Constituição algum conteúdo para essa regulação.

4 EMENDAS ÀS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

4.1 Distinções iniciais

A questão a discutir, aqui, é se as Disposições Transitórias de uma Constituição, no caso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ADCT, à Constituição de 1988, pode sofrer emendas. A rigor, são dois problemas: um, se pode haver novas disposições transitórias no ADCT, isto é, nas regras de passagem da Constituição anterior para a nova, ou seja, se podem ser acrescentadas novas disposições transitórias ao ADCT. O outro, se as disposições transitórias originais de uma Constituição podem ser modificadas, podem ser emendadas.

O âmbito da discussão é precisamente a possibilidade de se introduzirem mudanças (acréscimos ou modificações) nas regras de adaptação da antiga à nova Constituição. Não a adaptação da nova Constituição a um novo regime normativo (trazido por uma Emenda Constitucional). Isso, eventuais adaptações da Constituição já vigente a um novo regime normativo, definido por uma Emenda Constitucional à Constituição vigente, são disposições transitórias, sim, mas disposições transitórias dessa Emenda – não disposições transitórias para modificar o ADCT. E esta é uma distinção inicial que precisa ser fixada.

4.1.1 Disposições transitórias em Emendas Constitucionais

Para bem analisar o assunto, é fundamental, com efeito, não confundir Emendas Constitucionais às Disposições Transitórias da Constituição (no caso, ao ADCT de 1988) com disposições transitórias em Emendas Constitucionais, ou a Emendas Constitucionais. Embora na prática constitucional brasileira, sobretudo no regime da Constituição vigente (como adiante se assinalará), essas duas espécies normativas se hajam confundido, é imprescindível denunciar a confusão, tratá-las distintamente e não admitir que a problemática da possibilidade jurídica de emendas às disposições transitórias seja de algum modo e nalguma medida maculada e contaminada com as disposições transitórias existentes no interior de emendas constitucionais, portanto disposições transitórias a essas emendas, promovendo a passagem do regime constitucional anterior (a saber, o da Constituição originária e vigente) ao novo regime constitucional (a saber, aquele que justamente essa Emenda, no qual aparecem tais disposições transitórias, está definindo).

Como em várias passagens já assinalado, disposições transitórias são perfeitamente possíveis no interior de Emendas Constitucionais – como, de resto, no interior de quaisquer outras normas, Códigos ou legislação ordinária – sempre com a função essencial de promover a transição de um dado regime normativo para um outro.

Devem-se, preliminarmente, portanto, afastar da presente análise todas aquelas disposições transitórias que apareçam no interior de Emendas Constitucionais e que sejam, a rigor, disposições transitórias dessas mesmas emendas, porque promovem a transição do regime constitucional que a Emenda está modificando para o novo regime que a mesma Emenda está introduzindo. Ainda que essas disposições transitórias eventualmente declarem modificar o próprio ADCT, como acontece em vários casos que adiante serão assinalados.

Por outro lado, o reformador constitucional deveria ter bem presente essa possibilidade da existência de disposições transitórias em Emendas Constitucionais toda vez que se dispusesse a tocar em norma do ADCT. Deveria previamente indagar se não se trataria antes, na verdade, de mera disposição transitória à Emenda que está promulgando, para lhe dar esse preciso tratamento, e não a forma equivocada de modificação ao próprio ADCT.

Mudar o ADCT (seja mediante o acréscimo de novas regras, seja modificando as regras originais), mas para apenas introduzir modificações na Constituição já vigente(ou seja, definindo regras de passagem da Constituição vigente para o novo regime normativo que justamente a Emenda está introduzindo), e não modificações paraaConstituição vigente (isto é, da anterior Constituição para a nova Constituição), é simplesmente **erro jurídico crasso**.

4.1.2 Emendas constitucionais transitórias

Outra confusão na qual é preciso não incidir é a que se deve fazer entre o problema de que aqui se está a tratar (possibilidade de emendas constitucionais às disposições transitórias) e aquelas normas que se poderiam chamar propriamente de “emendas constitucionais transitórias”.

É que, se o reformador constitucional pode modificar determinada matéria em caráter permanente, pode modificá-la também em caráter provisório. Essas modificações constituiriam precisamente o objeto daquilo que se chamaria “emendas constitucionais transitórias”, de que se verão alguns exemplos adiante. Característica importante delas é o fato de terem uma numeração própria de artigos, sem interferir na numeração dos artigos constitucionais – ficam literalmente como anexos ao texto constitucional.

Poderá, por exemplo, o reformador constitucional destacar a arrecadação de determinados tributos para lhes dar uma destinação especial, tal como feito na Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.1994, que instituiu o Fundo Social de Emergência (depois batizado como Fundo de Estabilização Fiscal)? Pode. Então, poderá fazê-lo tanto em caráter permanente, vinculando aquelas arrecadações a essa destinação especial de forma permanente, como em caráter provisório (ou melhor, temporário), promovendo essa vinculação apenas por um determinado tempo, isto é, de maneira temporalmente pré-determinada. Onde, o reformador constitucional pode proceder a essa modificação – que seria modificação ao ADCT (se o ADCT houvesse disposto temporariamente a esse respeito) ou simples Emenda Constitucional eminentemente transitória, na íntegra, na totalidade dela, se o ADCT nada referiu a respeito.

Não modificando artigo da Constituição em caráter permanente, os artigos dessa Emenda que, nesta hipótese, apenas de forma temporária afetariam a Constituição, teriam

numeração própria, sem tocar no conjunto constitucional. Seria uma Emenda constitucional eminentemente, tipicamente e apenas transitória.

Pode-se assim, quanto à matéria da Emenda Constitucional nº 2, de 25.08.1992, indagar se o reformador constitucional poderia dispor sobre plebiscito acerca da forma e do sistema de governo estabelecidos no corpo permanente da Constituição, supondo que nada sobre ele tivesse sido estabelecido no ADCT. (O fato de o ADCT haver disposto a respeito cria uma situação diferente, como determinação pontual, disposição transitória do quarto tipo, como se examinará adiante). A resposta deve ser afirmativa, considerando que esses assuntos não estão incluídos entre as cláusulas pétreas, ao contrário (ao menos quanto à forma republicana) do que constava nas Constituições anteriores. De fato, se o reformador constitucional pode modificar por conta própria o sistema de governo (tal como, aliás, foi feito na Emenda nº 4 à Constituição de 1946, Emenda de 02.09.1961, que instituiu o parlamentarismo) e pode também, agora, modificar a própria forma de governo (monarquia ou república), uma vez que a república não é mais cláusula pétrea, – pode igualmente determinar que, em lugar de sua vontade exclusiva, seja ouvida a vontade geral da Nação mediante plebiscito. Essa seria (repita-se: se já não houvesse o art. 2º do ADCT) Emenda constitucional tipicamente provisória.

4.2 Emendas às Disposições Transitórias nas Constituições Brasileiras anteriores

Ajustadas essas distinções preliminares, importa ainda, antes de considerar especificamente o problema da possibilidade de serem feitas modificações às Disposições Transitórias da Constituição, verificar como antecedentemente os reformadores constitucionais brasileiros procederam. Isto é, se e como foram feitas emendas às Disposições Transitórias nas Constituições brasileiras anteriores.

4.2.1 Emendas às Disposições Transitórias nas Constituições anteriores a 1967

Pode-se sustentar que simplesmente não houve Emendas às Disposições Transitórias nas Constituições anteriores a 1967. As Emendas de 1926 não mexeram nas Disposições Transitórias da Constituição de 1891. Também as três únicas emendas do Decreto Legislativo nº 6, de 18.12.1935, não modificaram as Disposições Transitórias da Constituição de 1934.

Da mesma forma, não houve emendas ao Ato das Disposições Transitórias anexo à Constituição de 1946 – e isso nem antes nem depois do Ato Institucional nº 1, de 09.04.1964.

Algumas Emendas à Constituição de 1946 adotaram inclusive a boa técnica de conterem, elas próprias, disposições transitórias – portanto, disposições transitórias a essas Emendas – sem remetê-las para a própria Constituição, como se modificassem disposições transitórias da Constituição. Foi o caso, por exemplo, da Emenda Constitucional nº 4, de 02.09.1961, que introduziu o Parlamentarismo, e que se encerrava com um capítulo IV – “*Das Disposições Transitórias*”. Ou o caso da Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, que implantou a reforma tributária, e que se encerrava igualmente com um capítulo VI – “*Disposições Finais e Transitórias*”.

Outra boa técnica também adotada em Emendas à Constituição de 1946 é a que aparece, por exemplo, na Emenda Constitucional nº 9, de 22.07.1964, que, depois de vários artigos que promovem modificações em dispositivos da Constituição de 1946, acrescenta um art. 6º, que não modifica nenhum artigo da Constituição, mas contém uma evidente disposição transitória – disposição transitória a essa Emenda, portanto, não ao texto constitucional, nem ao ADCT da Constituição de 1946, seja para modificar alguma regra desse ADCT, seja para lhe acrescentar uma regra nova. Por isso mesmo, não é acrescentado ou incorporado ao ADCT e permanece como apenas “art. 6º” dessa Emenda.

Antes de 1967 vão-se encontrar emendas a Disposições Transitórias somente na Carta de 1937, mas é uma evidente anomalia, explicável pela própria anomalia que foi a Constituição outorgada do Estado Novo. No exercício dos poderes ditatoriais que justamente as “*Disposições Finais e Transitórias*” de 1937 lhe concediam, e na ausência do Poder Legislativo, que havia sido dissolvido e não fora restaurado, o Presidente da República, podendo praticamente tudo, meteu-se também a modificar alguma daquelas “*Disposições Finais e Transitórias*”. Fê-lo especificamente na Lei Constitucional nº 2 (denominação que recebiam então as Emendas Constitucionais), de 16.05.1938, cujo artigo único dava nova redação (e maiores poderes) ao art. 177 daquelas Disposições Transitórias.

Outros artigos dessas “*Disposições Finais e Transitórias*” vão sofrer emendas, mas isso a partir da lei Constitucional nº 9, de 28.02.1945, que inicia o processo de

redemocratização do País: a própria Lei Constitucional nº 9, e ainda as Leis Constitucionais nº 12, nº 16 e nº 17, todas editadas já depois da deposição de Getúlio Vargas.

Excluído, portanto o caso excepcional de uma situação anômala, verdadeiramente ditatorial, como foi a Constituição de 1937, pode-se concluir que simplesmente não houve emendas às Disposições Transitórias antes de 1967.

4.2.2 Emendas às Disposições Transitórias na Constituição de 1967

A balbúrdia, em matéria de emendas a Disposições Transitórias, começa com a Constituição de 1967.

Já nem se considere a Emenda nº 1, de 1969, que, consistindo praticamente numa nova Constituição, tal a quantidade de modificações que introduziu no texto de 1967, também reformulou integralmente o título final “*Das Disposições Gerais e Transitórias*”.

A confusão começa com as Emendas nº 7 e nº 8, de 13 e 14 de abril de 1977, a obra dos famosos “constituintes de abril”, promulgadas solitária e autoritariamente pelo Presidente da República, que havia acabado de colocar em recesso o Congresso Nacional, utilizando-se das prerrogativas ditatoriais concedidas pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Essas Emendas acharam absurdamente de acrescentar artigos (do artigo 201 ao 207, a Emenda nº 7; e do 208 ao 210, a Emenda nº 8) àquele título final da Constituição de 1967/69 – “*Das Disposições Gerais e Transitórias*” – quando muito mais adequado teria sido simplesmente editá-los como disposições transitórias a essas mesmas Emendas.

Antes dessas Emendas nº 7 e nº 8, as Emendas que a Constituição de 1967/69 sofrera adotaram técnica muito melhor. Ou a emenda constituía, toda ela, na íntegra, uma disposição transitória, mas editada sem modificar nem se acrescentar às disposições transitórias da Constituição (caso da Emenda nº 2, de 09.05.1972), – ou a emenda, depois de modificar algum norma constitucional, continha artigo adicional com disposição eminentemente transitória, quer dizer, disposição transitória da própria Emenda Constitucional (casos da Emenda nº 4, de 23.04.1975, ou da Emenda nº 5, de 28.06.1975, cujos artigos 2º eram inequivocamente disposições transitórias).

A partir, porém, daquelas Emendas nº 7 e nº 8, o caos se estabelece em matéria de disposições transitórias, ora com emendas de boa técnica, ora com emendas de técnica péssima.

a) são **emendas de boa técnica** as Emendas nº 9, de 28.06.1977; nº 15, de 19.11.1980; nº 17, de 02.12.1980; nº 23, de 01.12.1983; e nº 25, de 15.05.1985, as quais, depois de alterarem alguns dispositivos constitucionais, continham artigos adicionais estabelecendo normas transitórias – obviamente normas transitórias a essas mesmas Emendas, tratando de casos *atuais*, isto é, contemporâneos delas mesmas, das respectivas Emendas, e não da própria Constituição.

b) são **emendas de péssima técnica** as Emendas nº 14, de 09.09.1980; nº 16, de 27.11.1980; nº 20, de 20.10.1981; nº 21, de 27.10.1981; e nº 22, de 29.06.1982, embora sejam diferentes entre si as péssimas técnicas por elas utilizadas:

- as Emendas nº 14 e nº 16 dão nova redação a artigos do título final da Constituição, “*Das Disposições Gerais e Transitórias*”, aliás introduzidos pela Emenda nº 8 e nº 7, respectivamente: erro em cima de erro.

- as Emendas nº 20 e nº 21 acrescentam artigos àquela parte final “*Das Disposições Gerais e Transitórias*” (os artigos 211 e 212, respectivamente), os quais deveriam ser simplesmente disposições transitórias dessas mesmas Emendas, a cuja data se referem, e não à data de promulgação da Constituição.

- a Emenda nº 22 junta os dois erros: dá nova redação ao art. 206 (acrescentado pela Emenda nº 7); acrescenta, entre os antigos artigos 206 e 207 dois novos artigos (que passam a ser os novos 207 e 208); renumera os antigos artigos 207 a 212 (que passam a ser os artigos 209 a 214) e ainda acrescenta mais dois outros artigos (os de nº 215 e 216) – esses artigos novos deveriam ser, todos, disposições transitórias dessa mesma Emenda, a cuja data se referem, e não à data da Constituição original, de 1967, ou 1969.

c) por fim, e para coroar o tumulto, a Emenda nº 11, de 13.10.1978, adota simultaneamente a boa e a péssima técnicas: se, por um lado, criou um artigo próprio para disposição transitória sua (o art. 2º), por outro modificou artigos das disposições transitórias da Constituição de 1967/69 (os artigos 184 e 185), mas, agora, com características novas e constituindo um problema diferente: porque tratou aí de realmente modificar, dar nova

redação e, portanto, nova disciplina, a norma transitória que estava no texto constitucional original.

4.3 As Emendas ao Ato das Disposições Transitórias de 1988

Analisando-se as emendas que mexeram no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição de 1988, chegar-se-á a resultados semelhantes àqueles das Emendas feitas à Constituição de 1967. Antes, porém, apenas para as deixar de lado, ressalvem-se as Emendas Constitucionais que não mexeram no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em seguida serão examinadas as emendas que, a diferentes títulos, mexeram nesse Ato.

4.3.1 Emendas que não tocaram no ADCT

As emendas que não tocaram no ADCT ou são (a) emendas que modificaram apenas artigos da parte permanente da Constituição; ou são (b) emendas que, ao instituir modificações a artigos diversos da parte permanente da Constituição, em seguida aditaram dispositivos transitórios – na verdade, disposições transitórias a essas mesmas Emendas, normas de adaptação, regulando a passagem de um regime jurídico a outro, a saber, do regime jurídico estabelecido na Constituição para o novo regime jurídico constante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional em causa; ou são (c) emendas apenas com regras transitórias, temporárias.

Muitas são as Emendas (tipo a, acima) que modificaram apenas artigos da parte permanente da Constituição – seja adicionando ou revogando artigo, parágrafo, inciso, seja lhes dando nova redação –, sem nenhuma disposição transitória para essa modificação. Assim, entre muitas outras, as Emendas **nº 1** (de 31.03.1992), **nº 4** (de 14.09.1993), **nº 5** (de 15.08.1995), entre as primeiras, ou, entre as mais recentes, as Emendas **nº 81** (de 05.06.2014), **nº 82** (de 16.07.2014), **nº 85** (de 26.02.2015), **nº 90** (de 15.09.2015).

Também muito numerosas são as Emendas (tipo b, acima) que, instituindo modificações a artigos da parte permanente da Constituição, ao mesmo tempo aditaram normas de passagem do regime constitucional originário para o novo regime jurídico

introduzido pela Emenda constitucional em causa. São, entre outros, os casos das Emendas **nº 3** (de 17.03.1993), **nº 8** (de 15.08.1995), **nº 9** (de 09.11.1995), **nº 19** (de 04.06.1998), **nº 20** (de 15.12.1998), **nº 32** (de 11.09.2001), **nº 33** (de 11.12.2001). Entre as mais recentes, é também o caso das Emendas **nº 84** (de 02.12.2014) e **nº 86** (de 17.03.2015). São emendas de excelente técnica.

Exemplo sucinto, claro e simples é a Emenda **nº 24**(de 09.12.1999), cujo artigo 1º dá nova redação a vários dispositivos da parte permanente da Constituição (aos arts. 111, 112, 113, 115 e 116) e cujo art. 2º contém evidente disposição transitória a essa Emenda, regra de transição do regime jurídico original da Constituição para o novo regime introduzido por essa Emenda. Dispõe o referido artigo 2º: *“é assegurado o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento”*. Perfeita técnica. Trata-se claramente de disposição transitória ao que a própria Emenda nº 24 estava estabelecendo, a saber, a extinção dos juízes classistas. Nenhum sentido e nenhum cabimento teria dar ao conteúdo desse artigo o caráter de disposição transitória à própria Constituição de 1988, seja modificando seja acrescentando artigo ao seu ADCT.

Emendas (tipo c, acima) apenas com disposições temporárias, perfeitamente cabíveis na teoria, pode-se dizer que quase terminaram praticamente não ocorrendo entre as reformas procedidas na Constituição de 1988 por conta de defeitos formais graves, mas de outra natureza. Exemplo típico seria a criação (temporária) do Fundo de Erradicação e Combate à Pobreza, feita pela Emenda **nº 31**(de 14.12.2000), mas, ao invés de se apresentar apenas com artigos próprios (e aí seria perfeitamente Emenda desse tipo: apenas com disposições transitórias), cometeu o equívoco formal gravíssimo de acrescentar disposições ao ADCT original, como se não pudesse haver fora do ADCT disposições transitórias, e, portanto, como se o ADCT, ao invés de ser o que é (normas de passagem da Constituição anterior para a nova), fosse uma compilação de todas as disposições transitórias, quaisquer que fossem, com qualquer natureza e destinação que tivessem. Vários outros exemplos podem ser identificados desse tipo de Emendas que, na forma como foram promulgadas, constituem verdadeiras anomalias constitucionais.

Mas há um caso, entre as emendas mais recentes – nítido, indiscutível, típico de Emenda com apenas disposições transitórias, no sentido de temporárias. É a EC nº 91, de

18.02.2016, que estabelece “a possibilidade, excepcional, e em período determinado, de desfiliação partidária sem prejuízo do mandato”, a chamada “janela partidária”. Contém praticamente um único artigo (há um segundo, determinando a entrada em vigor na data de sua publicação), na técnica correta, isto é, com sua numeração própria, sem ser acrescentado ao ADCT, facultando ao detentor de mandato eletivo, nos 30 dias seguintes, desligar-se do partido pelo qual foi eleito, sem as consequências normais da desfiliação. Clarissimamente norma temporária (para vigorar durante 30 dias), ou seja, transitória no segundo sentido. Emenda constitucional apenas transitória, sem nada mexer no corpo permanente da Constituição, nem acrescentar artigo ao ADCT.

4.3.2 Emendas que mexeram no ADCT

Agora há que considerar as Emendas que, a diferentes títulos, mexeram no ADCT. Esse tipo de Emendas inclui dois subtipos: aquelas Emendas que acrescentaram formalmente artigos ao ADCT mas sem mexer no conteúdo típico do ADCT (que é apenas a passagem do regime constitucional anterior para o novo regime constitucional) – falsas regras do ADCT, portanto; e aquelas outras que realmente afetaram artigos do ADCT original, isto é, modificaram as próprias regras daquela passagem, da Constituição de 1967/69 para a Constituição de 1988.

1) Emendas que acrescentam artigos ao próprio ADCT, mas sem mexer nas regras de passagem da Constituição anterior para a Constituição de 1988.

São emendas de péssima técnica. Esse subtipo pode ser desdobrado em dois grupos, conforme consista a totalidade da emenda em novas disposições transitórias, ou sejam elas apenas parte da Emenda Constitucional:

1.1. Emendas que são, integralmente, transitórias.

Essas seriam Emendas perfeitamente cabíveis, do tipo (c) referido no item anterior, a respeito de Emendas que não teriam tocado no ADCT. O erro delas, porém, foi exatamente o de, ao invés de distribuir suas disposições eminentemente e exclusivamente transitórias e temporárias, em artigos com numeração própria, remeter essas suas disposições ao ADCT, nele introduzindo novos artigos.

São exemplos:

(1º) **Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.1994** que introduz no ADCT os novos **arts. 71, 72 e 73** (foi a primeira Emenda a acrescentar artigos ao ADCT original). Esses artigos criaram o Fundo Social de Emergência. Dois anos depois, foram eles modificados pela **Emenda Constitucional nº 10**, de 04.03.1996, que passou a chamar o referido fundo de Fundo de Estabilização Fiscal. E ainda sofreriam outra modificação, por intermédio da **Emenda nº 17**, de 22.11.1997.

Não há razão alguma pela qual esses artigos deveriam ser acrescentados ao ADCT, porque em nada modificam as regras de passagem da Constituição anterior para a Constituição nova, que é precisamente o único objeto do ADCT. A Emenda de Revisão nº 1 e esses três artigos são, na íntegra, disposições transitórias, sim, mas não à Constituição original. São emendas propriamente e integralmente transitórias. A saber, emendas que modificam a Constituição não em caráter permanente, mas em caráter explicitamente temporário, emendas que o reformador constitucional pode editar, como se viu, mas, em podendo fazê-lo, suas determinações deveriam ter uma numeração própria (art. 1º, art. 2º etc) sem nada aditar à Constituição, ao seu ADCT, - tal como foi feito na Emenda nº 2 (de 09.05.1972) à Constituição de 1967 (exemplo já referido acima).

(2º) **Emenda Constitucional nº 12**, de 15.08.1996, que introduz no ADCT o novo **art. 74**. Aparentemente, a maior crítica que se poderia fazer ao novo **art. 74** é a de que seria ele, no fundo, norma permanente e não transitória. Trata-se da criação da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), determinada pela Emenda nº 12, de 15.08.1996, que acrescentou ao ADCT o **art. 74**. Essa criação ainda foi modificada posteriormente pela **Emenda nº 21**, de 18.03.1999, que acrescentou outro artigo ao ADCT, o **75**, e ainda pelas Emendas **nº 37**, de 12.06.2002 (que acrescentou, a respeito da CPMF, os artigos **84 e 85**) e **nº 42**, de 19.12.2003 (que, também a respeito da CPMF, acrescentou o artigo **90**).

O teor daquele artigo 74 parece ser integralmente de disposição permanente, e, portanto, deveria ter sido inserido no corpo permanente da Constituição, uma vez que, à primeira vista, não criaria uma contribuição provisória para valer durante determinado tempo, mas dava à União competência para “*instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira*” – contribuição essa que, evidentemente, nestes termos, a União poderia exercer a qualquer tempo. De fato, a contribuição provisória concreta foi instituída por uma lei ordinária (a lei 9.311, de 24.10.1996, depois modificada pela lei 9.539, de 12.12.1997).

Acontece que o § 4º daquele novo artigo 74 estabelece que “*a contribuição de que trata este artigo (omissis) não poderá ser cobrada por prazo superior a dois anos*”. Ou seja: a Emenda nº 12 não criou uma nova competência, em caráter geral, para a União poder estabelecer, a qualquer tempo, essas contribuições provisórias. Deu-lhe apenas a possibilidade de criar uma única vez essa contribuição, tanto que só poderia ser cobrada por dois anos – o que significa que, a partir daí, não poderia ser mais cobrada nem reinstituída. Por isso é disposição transitória. A rigor, Emenda constitucional eminentemente, própria e exclusivamente transitória.

O que explica a Emenda Constitucional nº 21, que acrescentou ao ADCT outro artigo, agora o 75. Este reinstitui a CPMF, que, tendo existido durante dois anos, não mais poderia, nos termos do art. 74 (Emenda nº 12) nem ser prorrogada nem ser reinstituída por lei ordinária. Em seguida as Emendas 37 e 42, sempre acrescentando novos artigos ao ADCT (art. 75 e 84 e 85), prorrogaram o prazo de vigência da CPMF.

Nenhuma dessas emendas poderia acrescentar artigos ao ADCT. Em nada modificaram o ADCT como tal, isto é, a passagem da Constituição anterior para a Constituição nova, de 1988. São simplesmente Emendas transitórias, integralmente transitórias, e como tal deveriam ter sido promulgadas.

(3º) **Emenda nº 27**, de 21.03.2000, que introduz no ADCT o novo **art. 76**. Promove a desvinculação de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, a valer no período de 2000 a 2003. Em seguida, a **Emenda nº 42**, de 19.12.2003, no seu art. 2º, deu nova redação a esse novo art. 76, prorrogando a mesma desvinculação, agora para valer no período de 2003 a 2007. Ainda outra nova redação sofreu esse art. 76, em decorrência da **Emenda nº 56**, de 20.12.2007, mantendo a desvinculação até 31 de dezembro de 2011. Uma última modificação ainda ocorreu com a **Emenda nº 68**, de 21.12.2011, sempre dando nova redação ao art. 76 do ADCT, agora prorrogando a desvinculação até 31 de dezembro de 2015.

Do mesmo modo que nos casos precedentes, nenhuma dessas Emendas é alteração do ADCT, isto é, não são alterações nas regras de passagem de uma Constituição para outra. São, a rigor, Emendas integralmente transitórias, e, portanto, não deveriam tocar no ADCT, nem para lhe aditar artigo algum. Absurdo terem, primeiro, aditado artigo ao ADCT original (o art. 76), e, depois, ficarem dando novas redações a esse artigo – quando era o caso, simplesmente, de promulgar Emendas Constitucionais específicas, todas eminentemente transitórias. Portanto sem em nada tocar no ADCT.

(4º) **Emenda nº 31**, de 14.12.2000 (já assinalada acima), que introduz no ADCT os novos **arts. 79 a 83**: criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, para vigorar até o ano de 2010. Igual observação deve ser feita: não é alteração do ADCT, porque não é alteração das regras de passagem da Constituição anterior para a nova. É Emenda integralmente transitória, não devendo portanto tocar no ADCT nem lhe aditar artigo algum.

Curiosa a situação dessa Emenda porque sua natureza eminentemente transitória vai ser transmutada pela **Emenda nº 67**, de 22.12.2010, que, sem mexer nos referidos artigos 79 a 83 absurdamente aditados ao ADCT, deu caráter permanente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que ela instituirá: *“Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo....”*

5º - Caso particularmente curioso (e sob mais de um aspecto) é o da **Emenda Constitucional nº 73** (de 06.06.2013) que acrescentou ao ADCT não um novo artigo mas apenas um novo parágrafo, o 11, ao art. 27 do ADCT original, criando mais 4 novos Tribunais Regionais Federais. A essa particularidade de acrescentar apenas um parágrafo, e não um artigo, ao ADCT, acrescenta-se a particularidade de conter também disposição transitória para a determinação que ela estabelece: aquela instalação deveria se dar no prazo de 6 meses contados a partir da promulgação da Emenda.

Trata-se de emenda integralmente transitória, porque se exauriria no efetivo cumprimento daquilo que ela dispõe, isto é, a instalação de quatro novos Tribunais Regionais Federais. E emenda transitória que deveria ter apenas este conteúdo, sem mexer no ADCT original, porque não está modificando regras de passagem da Constituição anterior para a nova, mas estabelecendo uma determinação a ser efetivada agora, no momento de sua publicação – portanto, já incide no erro inicial crasso de colocar no ADCT regra que não é de passagem de 67/69 para 88.

Agrava tudo ainda o fato de se tratar de emenda manifestamente inconstitucional. Prevendo a Constituição a existência de Tribunais Regionais Federais, logo cuidou o ADCT de criar 5 Tribunais (art 27 § 6º) *“com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos”*. É evidente que o constituinte, no exercício do Poder Constituinte Originário, poderia fazê-lo. Não pode, porém, o reformador constitucional criar novos Tribunais, mediante Emenda Constitucional, porque, a partir da promulgação da Constituição, a criação de novos tribunais obedece ao que nela foi, a respeito, estabelecido. A saber: que cabe ao Supremo Tribunal e aos Tribunais Superiores (art. 96, II) propor ao Poder Legislativo respectivo *“(c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores”*. Vigente a Constituição de

1988, tribunais inferiores somente podem ser criados pela via definida no referido art. 96, II. Pretender, o Poder Legislativo, no exercício de sua competência reformadora, criar diretamente novos tribunais, sem obedecer ao procedimento definido no art. 96, é querer burlar a competência dos Tribunais Superiores e contornar a regra constitucional.

Fica muito clara, na inconstitucionalidade dessa Emenda, a deformação da natureza própria do ADCT, que é tão somente instrumento de passagem do regime constitucional anterior para o novo. Uma vez já vigente a nova Constituição, não há mais de cogitar de novas regras de passagem da anterior (que não mais existe) para a nova: trata-se agora somente de reformar, se for o caso, a nova. O que caberia ao poder reformador, neste caso, seria modificar a regra de criação de tribunais inferiores, isto é, modificar o art. 96 e, em seguida, conforme os termos dessa modificação, proceder à criação de novos tribunais inferiores segundo a nova regra constitucional. Não cabe jamais a ele modificar o ADCT original, para, assim como aquele havia criado tribunais federais, também agora criar mais outros tribunais. Aquilo que o Poder Constituinte Originário pode fazer não é o mesmo que cabe ao poder reformador. Este é poder constituído, não constituinte, e portanto somente pode atuar nos termos do que foi disposto pelo Constituinte originário. A partir da vigência da Constituição nova, o que se pode é exercer o poder reformador (nos termos definidos pelo Constituinte originário) e fazer atuar as diversas competências definidas na Constituição, inclusive a das regras de criação de novos tribunais inferiores – a saber, no caso, somente por iniciativa dos Tribunais Superiores. Criação de novos tribunais por emenda ao ADCT originário é fraude à Constituição, seja por querer contornar a competência definida na Constituição para a criação de novos tribunais, seja por subverter a natureza própria do ADCT, que é meramente regra de passagem de uma Constituição para outra – passagem essa que já se realizou plenamente. .

1.2. Emendas com disposições transitórias para elas, mas adicionadas ao ADCT

O segundo subtipo é o de Emendas Constitucionais que contém duas partes: na primeira, modificam alguma coisa da parte permanente da Constituição; na segunda, definem disposições transitórias para a passagem do regime constitucional vigente (que estão modificando) para o novo regime (que a Emenda está introduzindo) – mas ao invés de deixar essas suas disposições transitórias assim, aí, dentro da Emenda, como apenas uma segunda parte delas, simplesmente acham absurdamente de transferi-las para o ADCT como novos artigos deste. Como se fossem (o que não poderiam ser nunca) novas regras de passagem da Constituição anterior para a nova, passagem essa já consumada, - ao passo que são apenas regras de passagem do regime constitucional para o novo regime que a mesma Emenda

inaugura. A rigor, são apenas disposições transitórias a essas Emendas, e não à Constituição original de 1988. Não são jamais modificações ao ADCT, porque o que fazem é regular a passagem do regime constitucional original para o novo regime normativo que está sendo precisamente introduzido por essa tal Emenda. São os casos, entre outros, da:

(1º) **Emenda nº 29**, de 13.09.2000, que acrescentou ao ADCT o novo **art. 77**. Depois de modificar a parte permanente da Constituição, para determinar a aplicação de um mínimo da receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde, a Emenda nº 29 acrescentou ao ADCT esse artigo 77, definindo esses mínimos até o exercício financeiro de 2004.

Ora, trata-se claramente de disposição transitória – mas não de disposição transitória à Constituição de 1988, isto é, que fizesse a transição entre a Constituição anterior e a nova, mas agora disposição transitória dessa Emenda, isto é, fazendo transição entre a Constituição de 1988 e o novo regime constitucional introduzido por essa mesma Emenda nº 29. Se assim é, não há razão alguma para acrescentar artigo ao ADCT. Trata-se de disposição transitória a esta Emenda, devendo então estar meramente localizada dentro da Emenda, como artigo adicional na Emenda, depois dos artigos em que ela modificou normas da parte permanente da Constituição.

(2º) **Emenda nº 30**, de 13.09.2000, que acrescentou ao ADCT o novo **art. 78**. Do mesmo modo, depois de, no art. 1º, modificar a parte permanente da Constituição no tocante à regulamentação do pagamento dos débitos das entidades de direito público, a Emenda nº 30, no art. 2º, mandou aditar o art. 78 ao ADCT a respeito dos *“precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e (dos) que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999”*. Como está explícito neste artigo 2º, trata-se de regra de transição do regime da Constituição vigente para o novo regime introduzido pela Emenda, tanto que a norma transitória refere-se especificamente aos precatórios pendentes *“na data de promulgação desta Emenda”*. Nenhuma razão há, portanto, para que seja disposição transitória aditada ao ADCT. Trata-se de mera disposição transitória à própria Emenda nº 30, cujo artigo 2º poderia ter o mesmíssimo texto, bastando não se referir ao ADCT para lhe mandar aditar este comando.

Ainda outros exemplos poderiam ser adicionados: as Emendas nº 54, 62, 80, etc.

2) Emendas que modificam as próprias normas de passagem da Constituição de 1967/69 para a Constituição de 1988, e portanto afetam artigo original do ADCT.

Demonstrado que as emendas que aditaram artigo ao ADCT de fato não o poderiam ter feito porque as disposições transitórias nelas contidas eram sempre disposições transitórias dessas Emendas, ou seja, para as próprias Emendas, e não disposições transitórias para fazer a passagem do regime constitucional anterior para o novo regime constitucional, que é o objeto próprio e único do ADCT, - chega-se agora a emendas que realmente mexeram, modificaram artigos originais do ADCT, e que constituem o problema mais complexo.

É o caso das Emendas nº 14, 40, 42, 43 e 53 – que mexeram nos **artigos 40** (a Emenda 42), **42** (a Emenda 43), **52** (a Emenda 40) e **60** (as Emendas 14 e a 53do ADCT). Em princípio, todos esses artigos – pelos quais ora se prorrogava a vigência de um regime jurídico anterior, ora se dava prazo para a implementação de certas normas ou valores constitucionais – poderiam ser modificados enquanto ainda não exauridos. Também é o caso das Emendas 83 e 89, que introduziram novas modificações nesses artigos já referidos. Ficará mais simples examinar essas modificações não pela ordem das Emendas (uma vez que, em vários casos, Emendas se sobrepõem a Emendas) mas pela ordem numérica dos artigos do ADCT por elas modificados – apenas deixando para o final o art. 2º, modificado pela Emenda nº 2, de 1992, primeira das emendas a mexer no ADCT original, alteração essa que foi justamente o ponto de partida deste estudo.

1º - **artigo 40.** Emenda modificadora do ADCT original, mas perfeitamente possível porque a norma constitucional ainda não estava exaurida foi a **Emenda nº 42** (de 19.12.2003): mexeu no **art. 40** (mantém a Zona Franca de Manaus), cujo prazo (25 anos) essa Emenda estendeu, aumentando 10 anos – com, no entanto, o grave defeito formal de, ao invés de proceder a modificação no texto do art 40, como poderia simplesmente fazer (o prazo dos 25 anos somente se esgotaria em 2013), acrescentar artigo novo ao ADCT (o art. 92), o que é desnecessário e absurdo, inclusive por criar uma dualidade de normas dentro do mesmo diploma normativo, o ADCT. Não o bastasse, a **Emenda Constitucional nº 83** (de 05.08.2014) ainda achou de criar um **artigo 92-A**, acrescentando 50 anos ao prazo fixado no artigo 92, o que parece significar que a Zona Franca irá até 2073 (os 25 anos do prazo original iriam até 2013; mais 10 anos do acréscimo da Emenda nº 42; e mais 50 anos da Emenda nº 83). Continua o absurdo de modificar norma de passagem (o que poderia fazer, não estando ela exaurida) mas pelo expediente de aditar artigo ao ADCT.

2º - **artigos 42 e 60.** A técnica correta (a saber, modificar artigo do ADCT original, e não acrescentar artigo novo) aconteceu com os **artigos 42 e 60** do ADCT – mas, agora a anomalia foi outra: nestes casos, as Emendas Constitucionais estenderam os prazos inacreditavelmente depois de já exauridos, portanto quando aqueles artigos do ADCT não mais estavam em vigor, eram apenas normas históricas, sem vigência.

O **art. 42** mandava a União dar uma aplicação especial durante 15 anos (portanto, até outubro de 2003) aos recursos destinados à irrigação. A **Emenda 43** (de 15.04.2004), ampliando o prazo de 15 para 25 anos, não acrescentou artigo novo ao ADCT, ainda bem, mas expressamente modificou o art. 42, fazendo-o porém em abril de 2004, isto é, quando o prazo original dos 15 anos já estava esgotado (expirara em outubro de 2003). Novo absurdo: em 2013 esgotou-se, portanto, o novo prazo de 25 anos; no entanto, agora, em 2015, a **Emenda Constitucional nº 89** (de 15.09.2015) alterou de novo a redação original do art. 42 do ADCT, estabelecendo que o prazo é de 40 anos – irá portanto até 2028. Mas o fez em setembro de 2015, quando o prazo dos 25 anos, dado pela Emenda 43, já estava esgotado há quase 2 anos.

O **art. 60** dava o prazo de 10 anos (portanto, até 1998), contados a partir da promulgação da Constituição, para a eliminação do analfabetismo e a universalização do ensino fundamental, mediante a aplicação, por parte do Poder Público (quer dizer, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) de pelo menos 50% dos recursos a que se refere o art. 212. A **Emenda nº 14**, de 12.09.1996, alterando diversos artigos da Constituição, alterou também esse art. 60 do ADCT. Em 1996, ainda se estava dentro daquele prazo de 10 anos, e a Emenda nº 14 veio dar outro prazo de 10 anos, mas contados a partir de sua promulgação (ou seja, não a partir da promulgação da Constituição), para, de novo, a universalização do ensino fundamental, mediante a aplicação, agora somente por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios (e não mais também da União), de 60% dos recursos a que se refere o mesmo art. 212, com a criação adicional, no interior de cada Estado, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental. Dando nova redação ao art. 60, de fato ela mexeu no prazo, posto que estabeleceu: “*nos 10 primeiros anos da promulgação desta Emenda*”..., ou seja o prazo de 10 anos seria reiniciado, encerrando-se agora apenas em 12 de setembro de 2006. Em 19 de dezembro de 2006, a **Emenda Constitucional nº 53** deu nova redação a esse art. 60 (que já estava com a nova redação dada pela Emenda 14), prevendo um aumento do prazo, para agora 14 anos: estabeleceu “*até o 14º ano de promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, “ etc....*”. Acontece que o prazo da Emenda 14 se encerrara em 12

de setembro, 3 meses antes... Ao dar nova redação ao art. 60 ainda criou o problema de saber o termo inicial do novo prazo, ou seja, a qual Emenda a nova redação se refere ao dizer “desta Emenda” – se à Emenda 14 ou à própria Emenda 53.

Nestes dois últimos casos, os dos arts. 42 e 60, se não tivessem expressamente modificado a redação desses artigos do ADCT (absurdamente, porque já exauridos), as Emendas Constitucionais poderiam ser consideradas simples Emendas Constitucionais eminentemente e unicamente transitórias, o que é perfeitamente possível, como se viu, isto é, nesses casos o reformador constitucional teria promulgado uma norma constitucional mas em caráter exclusivamente temporário, portanto transitório.

3º - **artigo 52.** Dispunha-se, no art. 52 do ADCT original, que *“Até que sejam fixadas as condições a que se refere o art 192, III, são vedados...”* Tratava-se de regras sobre o sistema financeiro nacional. Tendo sido modificado o art. 192 (pela **Emenda Constitucional nº 40**, de 29.05.2003), dele sendo suprimidos os primitivos incisos, cuidou a referida Emenda nº 40 de modificar o art. 52 do ADCT para adaptá-lo à nova redação do art. 192, isto é, para, em vez de fazer referência ao inciso III, referir apenas o próprio art. 192. Correta a alteração, porque não fazia sentido ficar referindo um inciso não mais existente, a sua forma, no entanto, foi errada: ao invés de modificar o artigo original do ADCT, seria muito mais adequado simplesmente incluir, na Emenda 40, um dispositivo transitório, com as mesmas vedações, agora apenas com a referência correta (ao art. 192 e não mais a um de seus incisos). Sendo exatamente uma adaptação ao que a Emenda 40 dispunha, teria de ser claramente disposição transitória a ela, e não modificação do ADCT original.

4º - Por fim, tem-se o **art. 2º do ADCT (Emenda nº 2)**. A Emenda nº 2, de 25.08.1992, que inaugurou a confusão das emendas que mexem no ADCT, deu, em última análise, nova redação ao art. 2º do ADCT na medida em que mudou a data do plebiscito ali referido, antecipando-o de apenas 4 meses e meio (de 7 de setembro de 1993 para 21 de abril do mesmo ano). É, também ela, literalmente, **modificação ao ADCT** e não pode ser entendida de outra forma. Dispunha, este, de uma determinada maneira (plebiscito em 7 de setembro de 1993, quase 5 anos depois da promulgação da Constituição), e, agora, essa Emenda nº 2 dispõe de maneira diferente, antecipando o plebiscito para 21 de abril. A norma não estava exaurida, a modificação foi feita antes da data prevista no art. 2º original, e, portanto, sob este aspecto, poderia ser feita. Todo o problema – a ser analisado adiante –

consiste em saber se essa modificação específica poderia ou não de fato ser feita, uma vez que se trata de “determinação pontual”.

Quanto às demais normas originais do ADCT que foram modificadas, o que se verificou, em resumo, foi que

(a) muitas delas de fato poderiam ter sido objeto daquelas modificações (os artigos 40, 42 e 60) desde que ainda não exauridas – mas, ao invés dessa boa técnica (modificar os artigos originais do ADCT), esses artigos foram modificados com gravíssimos erros constitucionais: num caso (o do art. 40) pelo acréscimo, absolutamente injustificado, de novos artigos ao ADCT; nos outros (as modificações dos artigos 42 e 60), sem adição de novos artigos, mas modificações feitas uma vez já exauridos os prazos dos artigos originais.

(b) também foi absurda a modificação do art. 52: o novo prazo deveria ser mera disposição transitória da emenda então promulgada.

4.4 Possibilidade Jurídica de Emendas ao ADCT: Emendas Aditivas

4.4.1 Impossibilidade de emendas aditivas ao ADCT

A questão da possibilidade jurídica de serem feitas emendas ao ADCT desdobra-se evidentemente em dois problemas: (a) saber se novas normas podem ser acrescentadas ao ADCT original; e (b) saber se as normas originais do ADCT podem ser modificadas. O primeiro caso é o de emendas aditivas, o segundo, de emendas modificativas.

Emendas aditivas ao ADCT devem ser total e liminarmente rejeitadas. Se se tem bem presente a natureza específica do ADCT – isto é, de norma de transição entre o regime constitucional anterior e a Constituição nova – e, portanto, seu caráter eminentemente datado, aplicando-se a situações pré-existentes, ou seja, existentes na data de promulgação da Constituição nova, fica muito evidente a completa impossibilidade jurídica de serem aditadas novas regras ao ADCT, isto é, definidas (em 1990, 2000, etc) regras de passagem da Constituição anterior para a Constituição que entrou em vigor em 5 de outubro de 1988. Esta Constituição já estava em pleno vigor, a Constituição anterior já não subsistia (a não ser nos pontos específicos arrolados justamente no ADCT), não havia mais passagem ou transição a

efetuar. Em plena vigência a Constituição de 1988, o de que agora se trata é de fazer, ou não fazer, emendas ao seu texto, é saber se emendas podem ser feitas a suas normas X ou Y.

Emendas que forem feitas podem eventualmente requerer disposições transitórias – mas, neste caso, serão apenas disposições para fazer a transição do regime constitucional da Constituição vigente para o novo regime constitucional que a referida Emenda está introduzindo: portanto, disposições transitórias dessas mesmas emendas constitucionais, as quais ficarão como artigos, com numeração própria, dessas mesmas emendas, em nada alterando o ADCT, de nenhum modo a ele se incorporando.

Outras emendas podem ser apenas integralmente provisórias, isto é, estabelecerem disposições que em nada mexem no texto permanente da Constituição: apenas constituem determinações temporárias, portanto provisórias. Do mesmo modo, seus artigos ficarão apenas como artigos independentes, dessas mesmas emendas, sem absolutamente se incorporarem ao texto do ADCT.

Afinal, ADCT não é consolidação de normas transitórias. Não é diploma normativo que deva colecionar tudo quanto for disposição transitória presente em qualquer norma. Também não é consolidação de disposições transitórias de natureza constitucional. É apenas norma de passagem da Constituição anterior para a nova. Disposições transitórias incluídas em emendas Constitucionais, para promover a passagem da Constituição vigente para o novo regime dessa mesma Emenda Constitucional, são apenas isso: disposição transitória de uma dada Emenda Constitucional – não tem por que ser deslocada para o ADCT, cujo papel não é o de colecionador, mas tão somente a função eminentíssima de facilitar a transição de um dado regime constitucional para um novo.

Emendas aditivas ao ADCT são simplesmente um absurdo, uma excrescência jurídica.

Os acréscimos que de fato foram feitos ao ADCT (que tinha originariamente 70 artigos e agora já está com 114) são, todos eles, graves erros formais, nenhum deles constituindo adições ao ADCT propriamente dito (quer dizer, novas regras de passagem da Constituição anterior para a Constituição de 1988), mas disposições transitórias de outra natureza (ou disposições meramente temporárias, ou normas de transição da Constituição de 1988 para um novo regime jurídico introduzido por Emenda Constitucional, etc.),

erroneamente acrescentadas formalmente ao ADCT. Melhor técnica daria outra definição topográfica a essas adições, como se viu, todas constituindo irregularidades e defeitos formais.

4.4.2 O caso singular dos servidores dos Territórios transformados em Estados

Em todo o conjunto das Emendas Constitucionais há um único caso que poderia parecer constituir alterações ao ADCT propriamente dito, isto é, às regras de passagem da Constituição anterior para a Constituição de 1988, aditando uma nova regra de passagem. É o caso dos servidores militares e civis dos Territórios transformados em Estados.

Recapitem-se as alterações procedidas a esse respeito, que devem ser distinguidas considerando, de um lado, os Territórios do Amapá e de Roraima, transformados em Estados pelo artigo 14 do ADCT; e, de outro, o Território de Rondônia, transformado em Estado muito antes (pela Lei Complementar nº 41, de 22.12.1981), e cujas normas e critérios dessa transformação serviram de modelo para os novos Estados do Amapá e Roraima, conforme a determinação do § 2º do art. 14 do ADCT.

a) quanto aos Territórios de Amapá e Roraima. Primeiro, a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, que implementou a chamada “reforma administrativa”), depois de modificar a redação de vários dispositivos da Constituição, e depois de estabelecer algumas disposições transitórias para as modificações que estava promovendo, incluiu o art. 31, do seguinte teor:

“Art. 31 – Os servidores públicos federais da administração direta e indireta, os servidores municipais e os integrantes da carreira policial militar dos ex-Territórios Federais do Amapá e de Roraima, que comprovadamente encontravam-se no exercício regular de suas funções prestando serviços àqueles ex-Territórios na data em que foram transformados em Estados; os policiais militares que tenham sido admitidos por força de lei federal, custeados pela União; e ainda os servidores civis nesses Estados, com vínculo funcional já reconhecido pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens inerentes

aos seus servidores, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias”.

Acresciam-se dois parágrafos determinando que esses servidores continuariam prestando serviços aos respectivos novos Estados na condição de cedidos.

Em 2014 essa regra foi modificada pela Emenda Constitucional nº 79 (de 27.05), que não só explicitou tratar-se de servidores *“admitidos regularmente pelos governos dos Estados do Amapá e de Roraima no período entre a transformação e a efetiva instalação desses Estados em outubro de 1993”* e deu a eles direito de opção, mas também estabeleceu várias disposições transitórias (definindo a transição para o regime desta Emenda), nelas incluindo ainda os servidores do ex-Território Federal de Rondônia.

Mais recentemente, em 06.12.2017, nova Emenda Constitucional (nº 98) deu nova redação àquele art. 31 da EC 19, para incluir *“pessoa que comprove ter mantido, nesse período, relação ou vínculo funcional, de caráter efetivo ou não, ou relação ou vínculo empregatício, estatutário ou de trabalho com a administração pública”* daqueles ex-Territórios – e deu a todos o direito de optar por *“quadro em extinção da administração federal”*. Regulou as formas de comprovação do vínculo e acrescentou várias disposições transitórias para este novo regime, tudo sendo estendido também aos servidores de Rondônia.

b) quanto ao Território de Rondônia. A Emenda Constitucional nº 38 (de 12.06.2002) acrescentou o novo artigo 89 ao ADCT, estabelecendo, relativamente aos policiais militares de Rondônia, substancialmente a mesma coisa do disposto na Emenda nº 19 a respeito do Amapá e Roraima. Este novo artigo 89 vai ser depois modificado pela Emenda Constitucional nº 60 (de 11.11.2009), e será acrescido das disposições transitórias contidas na Emenda Constitucional nº 79 e, recentissimamente, na Emenda Constitucional nº 98, de 06.12.2017.

Todas essas normas podem parecer verdadeiras normas do ADCT, isto é, regras de passagem do regime constitucional anterior para o da Constituição de 1988. De fato, tratam de situações existentes na data de promulgação da Constituição e criam para elas um regime especial, excepcionando-as, portanto, das normas gerais da Constituição. A rigor, deveriam ter sido incluídas pelo constituinte originário no ADCT original, ou seja, deveriam ter estado entre os 70 artigos originais do ADCT. Não tendo acontecido isso, a inclusão delas, feita posteriormente, representa verdadeiro acréscimo ao ADCT original?

Salientem-se, enfaticamente, as diferentes técnicas utilizadas: no caso dos servidores do Amapá e Roraima, não se fez nenhuma modificação ou adição ao ADCT original: tratou-se apenas de incluir uma norma transitória dentro de uma Emenda Constitucional, no caso o art. 31 da EC nº 19. Ao passo que, quanto aos servidores de Rondônia, procedeu-se, sim, a um acréscimo no ADCT.

A questão central é saber se, em 1998 (data da EC nº 19), 10 anos depois de vigente a Constituição de 1988, ou em qualquer outra data posterior à promulgação da nova Constituição, poderia o reformador constitucional estabelecer uma regra para situações existentes numa data passada, a saber, na data de promulgação da nova Constituição. A resposta deve ser positiva. Nada impede que o legislador, num momento qualquer, legisle para uma situação acontecida muito antes, dando efeito retroativo a seu comando (desde que ele não prejudique os interessados, não viole direitos adquiridos, não seja contra seus destinatários, mas a favor). Se isso é possível, a forma técnica correta é aquela que foi adotada na Emenda nº 19: um artigo próprio (não incluído nem nas disposições permanentes da Constituição, nem no ADCT), de natureza eminentemente transitória, que ficará apenas no texto da Emenda, não sendo adicionado ao ADCT. A outra solução, a de adicionar artigo ao ADCT, está errada.

Mantém-se, assim, o princípio fundamental de que não pode haver, em caso algum, regra nova ao ADCT original, isto é, nova regra de passagem (definida posteriormente à vigência da nova Constituição) da Constituição antiga para a nova. Ou o reformador constitucional pode aprovar norma a respeito da situação pretérita que quer considerar, ou não pode. Se puder, o fará apenas mediante Emenda Constitucional de caráter eminente e exclusivamente transitório (embora aplicando-se a uma situação pretérita), sem em nada mexer ou adicionar ao ADCT original.

4.5 Possibilidade Jurídica de Emendas ao ADCT: Emendas Modificativas

4.5.1 A natureza constitucional do ADCT

Que o ADCT tem natureza constitucional – e este é o primeiro ponto a fixar – já é entendimento consagrado e pacífico no Supremo Tribunal Federal, cuja decisão –

especificamente na ADIN 829, que contestava a constitucionalidade da Emenda nº 2, de 25.08.1992, que antecipou a data do plebiscito – enfrentou diretamente a alegação de que o ADCT não poderia, em princípio, ser objeto de emenda constitucional.

O relator, Min. Moreira Alves, socorreu-se das lições históricas de Orlando Bittar⁵⁵ e Pontes de Miranda⁵⁶. O primeiro examinou o problema de saber “*se as disposições transitórias são Constituição?*” e o resolveu afirmativamente, sustentando a natureza constitucional dos preceitos transitórios “*independentemente de sua localização tópica*” – quer dizer, quer se encontrem dispersos (a rigor, equivocadamente –mas já aconteceu) ao longo do texto constitucional propriamente dito, quer se encontrem num texto próprio, anexo, o ADCT:

“nossa conclusão deve ser pela plenitude da Constituição dispositiva, plenitude que, prescindido o Preâmbulo, não se integrará sem as provisões transitórias, tão férteis em gerar direitos e obrigações para governantes e governados como as de cerne constitucional permanente e prospectivo”.

E o segundo, comentando o art. 36 da Constituição de 1946, sustentou: “*O Ato é texto constitucional autônomo, porém texto constitucional. Por isso mesmo, somente é emendável segundo as regras do art. 217 da Constituição*”.

Assim também o voto do Min. Celso de Melo:

*“O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que **inexistem**, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou a prevalência de sua autoridade. Situam-se, **ambos**, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, **enquanto categorias normativas subordinantes**, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado”.*

⁵⁵ BITTAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: OBRAS completas de Orlando Bitar. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Depto de Assuntos Culturais do MEC, Departamento de Imprensa Nacional, 1978. v. 2. p. 44-46.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1960. t. 7. p. 62.

Com absoluta clareza, o voto do relator, Min. Moreira Alves:

“A transitoriedade em si mesma não torna impossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se exceção permanente à regra também permanente, é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa de sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se, ou dilatar-se o período da transitoriedade.”

Tanto é assim que o texto anexo das “Disposições Transitórias” da Constituição de 1934 se encerrava com o art. 26 determinando que *“Esta Constituição, escrita na mesma ortografia da de 1891 e que fica adotada no país, será promulgada pela Mesa da Assembleia, depois de assinada pelos Deputados presentes, e entrará em vigor na data de sua publicação”* – texto único que abrange, como é evidente, as duas partes, tanto a permanente, à qual se refere diretamente, quanto a transitória, em que esse artigo 26 está inserido.

A Constituição de 1946 foi ainda mais explícita, encerrando a sua parte permanente com o seguinte artigo:

“Art. 218 – Esta Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depois de assinados pelos deputados e senadores presentes, serão promulgados simultaneamente pela Mesa da Assembleia Constituinte e entrarão em vigor na data de sua publicação”.

4.5.2 Possibilidade de emenda às Disposições Transitórias

Quanto à possibilidade de se emendar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devem-se afastar as posições extremas (uma, de pretender que o ADCT seria inemendável, não podendo, nenhuma de suas cláusulas, ser objeto de alteração pelo reformador constitucional; e, a outra, de admitir que o referido Ato pode ser objeto de modificações simples, tal qual as leis ordinárias, sem se lhe aplicarem as limitações que a própria Constituição estabelece para a reforma constitucional), – e ter como o melhor entendimento esse, intermediário, definido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o ADCT tem, sim, natureza constitucional, e, como tal, sobre ele incidem as mesmas limitações que a Constituição estabeleceu para o processo de sua reforma.

Fortíssimo argumento em favor da possibilidade jurídica de emendas ao ADCT é, ainda, o que consta do parecer da Procuradoria Geral da República, naquela mesma ADIN:

“Por isso mesmo, essas disposições transitórias podem servir de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de normas e, se forem veiculadas através de emenda constitucional, podem constituir o próprio objeto do controle porque, como adverte Jorge Miranda, ‘essas normas, embora não as normas constitucionais originárias, podem estar feridas de inconstitucionalidade’”.

De fato, o núcleo da decisão do Supremo Tribunal Federal versou, em primeiro lugar, sobre o caráter constitucional das disposições transitórias, tanto que foi disso que sua **ementa** tratou essencialmente, muito mais do que do problema específico, e grave, da possibilidade de emendas a essas mesmas disposições transitórias:

“Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas. Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente”.

Não pode haver dúvida, portanto, de que as normas do ADCT têm natureza constitucional, tanto quanto as do texto permanente, e que, em consequência, podem ser emendadas pelo mesmo processo estabelecido (e segundo as mesmas limitações) para estas. As regras do artigo 60 da Constituição aplicam-se inteiramente aos preceitos do ADCT, da mesma forma que se aplicam aos preceitos do corpo permanente. As normas do ADCT não adquirem a condição de cláusulas imutáveis somente por terem caráter transitório.

Em suma, e em princípio (ou seja, como ponto de partida da análise a ser feita), se o titular do poder reformador tiver competência para modificar um determinado preceito da parte permanente da Constituição, poderá alterar a disposição transitória que tenha dado, provisoriamente, outro tratamento àquele preceito.

O esquema dessa situação será, então, o seguinte:

a) o constituinte originário dispôs de uma determinada maneira certo assunto, no corpo permanente da Constituição;

b) o reformador tem competência para modificar o tratamento dado a esse assunto (não está ele, portanto, entre as chamadas “cláusulas pétreas”, que não podem ser objeto de emenda constitucional);

c) essa modificação, que o reformador está habilitado a fazer, pode ele fazê-la tanto em caráter permanente (modificando o texto constitucional com o propósito de perenidade) quanto em caráter provisório (modificando o texto constitucional somente por um dado tempo: é o que justifica aquelas emendas constitucionais acima referidas que são, na íntegra, disposições transitórias, com numeração própria e independente, sem tocarem no ADCT); e

d) se já tiver havido, quanto àquele assunto, alguma modificação em caráter provisório, no ADCT, isto é, como regra de passagem da Constituição antiga para a nova (especialmente nos tipos das normas de transição propriamente ditas e nas normas de implementação), o reformador constitucional pode, em princípio, lhe dar outro tratamento – não porque pudesse, em princípio e em qualquer condição, modificar o ADCT, mas porque tem ele a competência para mexer naquela regra permanente, e isso tanto em caráter permanente quanto em caráter apenas provisório. “Em princípio”, não só porque, como se verá, há alguns impedimentos para essas modificações, mas também porque, quanto aos outros dois tipos (normas de exceção e determinações pontuais) parece não poder haver possibilidade de modificação, conforme se analisará adiante.

Se, porém, o reformador constitucional não tiver competência para modificar o tratamento dado a determinado assunto no corpo permanente da Constituição, pelo constituinte originário, – então não pode ele, evidentemente, modificar aquelas normas do ADCT que tiverem dado um regramento excepcional ao referido assunto.

4.5.3 A tese da inalterabilidade das disposições transitórias

Posição contrária à possibilidade de alterações das disposições transitórias foi sustentada por Carlos Ayres Britto, para quem

“Transição constitucional é fenômeno irreprimivelmente passageiro. Tempo que transcorre entre dois marcos ou duas eras: a era da Constituição que sai de cena e a da Constituição que sobe ao palco da positividade jurídica. Se se prefere, lapso temporal que somente acontece no lusco-fusco de uma Constituição que chega para

*revogar outra e entende de criar uma zona intermediária de regulação, caracterizada por nascer com seus dias contados. Mas nascer com seus dias contados (a zona intermediária de regulação) pelo único Poder que naquele momento de interseção das duas Cartas Políticas a tudo sobranceiramente assiste e normativamente fotografa: o Poder Constituinte. Não pelo Poder Reformador, porque a voz de comando que é própria desse poder de Reforma é para avaliar o desempenho da nova Constituição ante o desenrolar dos fatos que se lhe seguiram. E esse desempenho é excludente daqueles fatos cujo desenrolar já se encontra empalhado pelo próprio Poder Constituinte no chamado ADCT; ou seja, fatos que já foram normados com a precisa indicação do seu começo e do seu término, que são fatos não mais suscetíveis de vexar a Constituição”.*⁵⁷

Continua Carlos Ayres Britto,

“Não estamos a falar senão isto: ao determinar, no ADCT, o tamanho temporal de certas matérias, o Constituinte mesmo foi que imunizou tais matérias quanto à possibilidade do confronto com a ‘performance’ da nova lei Maior e por isso é que as excluiu do segmento das normas constitucionais permanentes. São acontecimentos, coisas, fatos, circunstâncias, condutas, que não mais comportam avaliação ‘pari passu’ com a vida do novo Texto Magno, porque intencionalmente deixados para trás dessa vida. A contemporaneidade normativa deles é somente com a data de nascimento da Constituição, como problema surgido e resolvido por ocasião dos respectivos trabalhos de parto. (mesma página).

Inocêncio Mártires Coelho, enaltecendo a posição de Ayres Britto, retoma e desenvolve o mesmo entendimento:

*“Essa, a nosso ver, é a forma mais adequada para o trato com as disposições constitucionais transitórias, essas imprescindíveis ‘pontes no tempo’, que nas mudanças políticas negociadas foram concebidas para tranquilizar e acelerar a passagem de um a outro regime constitucional e não para tumultuar nem eternizar essa travessia. Afinal, nada parece mais intransitivo do que uma disposição transeunte que não transita e não deixa transitar, porque, a todo instante, vale dizer permanentemente, é substituída por outra e assim indefinidamente.”*⁵⁸

Carlos Ayres Britto chega a considerar “o segmento constitucional transitório” “*todo ele uma cláusula pétrea*” – não porque intangível em todo o tempo em que vigorar a nova

⁵⁷ BRITTO, Carlos Ayres. O Ato das Disposições Transitórias na Constituição Brasileira de 1988: breves Notas. In: MONTEIRO, Roberta Correia de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. *Direito Constitucional: os desafios contemporâneos*, homenagem ao professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 90.

Constituição, mas “*pelo tempo que se fizer necessário à completa produção dos seus próprios efeitos no mundo das ocorrências fáticas*”. Afirma: “*ao embutir na Constituição o apêndice das disposições transitórias, (...) deixa claro o legislador constituinte que reservou para si, com exclusividade, a disciplina do assunto*” (p. 129).

Nesses entendimentos há um grande mérito mas há também uma deficiência.

O mérito é ressaltar a natureza própria das disposições constitucionais transitórias: promover a passagem de um dado regime constitucional para um novo, o que significa que, uma vez instaurado o novo regime constitucional, e, portanto, consumada a passagem, não há mais o que fazer passar do antigo regime (que já desapareceu completamente) para o novo (que já foi instalado). As disposições constitucionais transitórias são, essencialmente, temporárias, efêmeras, marcadas para desaparecerem, e, considerada sua natureza e sua finalidade, devem ser tidas (ao menos em princípio) como imodificáveis, inalteráveis, conforme o bom entendimento de Carlos Ayres Britto e Inocêncio Mártires Coelho. “*A banda transitória da Magna Lei (ADCT) se tipifica (ainda Ayres Britto, p. 128) por incidir sobre fatos que o legislador constituinte somente valorou como de regração efêmera por efeito, justamente, da quadra histórica da transição então vivida*”. A parte transitória, acrescenta ainda Ayres Britto (p. 130), é “*um entrar no Magno Texto para dele sair com o simples decurso do tempo. Sem precisar de ato formal derogatório, ou revocatório*”.

A deficiência foi não terem, os referidos autores, aprofundado as próprias afirmações, quando então teriam atenuado a excessiva rigidez das conclusões a que chegaram. Porque, afinal, se “*a voz de comando*” do Poder de Reforma “*é para avaliar o desempenho da nova Constituição ante o desenrolar dos fatos que se lhe seguirem*” poderá também, ante o desenrolar dos mesmos fatos que se lhe seguirem e que estão ainda em trâmite, avaliar o desempenho de disposições transitórias ainda em regime de passagem, ainda não concluídas ou não exauridas. Não enfrentaram eles essa hipótese e, de fato, na avaliação de desempenho das normas que o Poder Reformador faz incessantemente, não há razão para distinguir as normas permanentes de disposições transitórias ainda não exauridas. Sobre umas e outras haverá, o Poder Reformador, de proceder à avaliação de que é encarregado. E, portanto, ao menos parcialmente, as disposições transitórias podem ser também modificadas.

De fato, se, com uma simples Emenda Constitucional, o reformador pode reinstaurar, permanentemente ou apenas temporariamente (durante 3 anos, por exemplo), o sistema tributário anterior, por que não poderia, enquanto ainda não concluídos aqueles meses iniciais em que disposição transitória retardou a vigência do sistema tributário novo (art. 34), modificar essa regra de transição para estabelecer, por hipótese, que o sistema antigo ainda vigorasse por um ano? Este é apenas um exemplo, numerosos outros podendo ser dados. A implementação gradual dos novos percentuais dos Fundos de Participação (outro exemplo) por qual razão não poderia ser modificada (enquanto ainda não atingido o novo percentual determinado na parte permanente da Constituição), se o reformador constitucional pode, mediante simples Emenda, alterar, a qualquer tempo, esses percentuais, para mais ou para menos?

A melhor conclusão então será a de que as disposições constitucionais transitórias são, em princípio, inalteráveis, mas podem, em casos específicos, ser alteradas. A regra é a da inalterabilidade; a possibilidade de modificações é que constitui exceção. O que precisará ser justificado, caso a caso, não é a inalterabilidade das disposições transitórias mas, ao contrário, a alterabilidade delas.

4.6 As Emendas modificativas impossíveis ao ADCT

Emendas modificativas ao texto original do ADCT só poderão ser introduzidas naqueles assuntos ou naqueles casos ou situações para os quais não se reconheceu previamente a impossibilidade de tais emendas. E essas situações podem perfeitamente ser identificadas.

4.6.1 Disposições transitórias exauridas

A possibilidade teórica de serem feitas modificações ao próprio ADCT encontra uma evidente primeira restrição quanto às chamadas disposições transitórias já exauridas. Com efeito, não podem ser objeto de emendas aquelas disposições constitucionais transitórias já exauridas, isto é, aquelas que já se consumaram, já tendo sido realizado o fato ou o comando nela contido, disposições transitórias que já foram absorvidas pelo tempo e que passaram a

constituir apenas um documento histórico, sem mais nenhum valor ou interesse prático ou jurídico, como já ensinava Hésio Fernandes Pinheiro ⁵⁹.

Uadi Lammêgo Bulos⁶⁰ fala exatamente de umas normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, (também designadas de “*normas de eficácia esvaída*”), definindo-as como “*aquelas, como o próprio nome diz, que já extinguiram a produção de seus efeitos. Por isso estão esgotadas, dissipadas ou desvanecidas, condicionando, assim, sua aplicabilidade*”.

É exatamente no ADCT que elas se encontram, conforme observa o mesmo autor:

“os atos das disposições constitucionais transitórias, que já desempenharam a tarefa ou o encargo para o qual foram propostos, possuem esse tipo de eficácia, pois desempenharam, rigorosamente, os efeitos visados pelo legislador constituinte, não sendo mais aplicáveis”.

São exauridas, completa muito mais adiante (p. 1315), porque

*“a) exerceram seu papel, não estando sujeitas a termo ou condição proveniente de manifestação legislativa;
b) esgotaram a duração temporária prevista para realizar seus fins, quer através da concreção dos benefícios ou direitos que nelas se continham, quer através do decurso dos prazos constitucionais estabelecidos;
c) cumpriram a condição de normas receptoras, nada mais tendo para recepcionar”.*

Todas as disposições constitucionais transitórias que já tiverem esse caráter, isto é, já estiverem exauridas, são normas que “*desapareceram por já terem realizado a função para a qual foram criadas*”. E, portanto, são normas que não mais podem ser objeto de reforma, não pode haver emendas para modificá-las, porque não há como modificar o inexistente, e aquelas normas deixaram de ser existentes, deixaram de integrar o ordenamento jurídico positivo vigente, pertencendo, agora, somente ao ordenamento histórico.

A discussão jurídica sobre a possibilidade de reforma de disposições transitórias, portanto, somente pode alcançar as disposições transitórias ainda não exauridas, ou seja, antes, por conseguinte, de se esgotarem, de realizarem seu objeto. O caso, por exemplo, do

⁵⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 121-123.

⁶⁰ BULOS, op. cit., p. 348.

plebiscito (art. 2º do ADCT) ou da revisão constitucional (art. 3º): não pode haver mais nenhum cabimento hoje em se discutir alguma proposta de emenda desses dispositivos, por já estarem exauridos e serem, em consequência, dispositivos verdadeiramente inexistentes dentro da Constituição vigente. A Constituição não fala de “revisões” constitucionais, no plural, ou não trata dela em geral, como possibilidade sempre aberta: fala somente de “*a revisão constitucional*”, a ser realizada numa determinada data, ou a partir de uma determinada data – a revisão, portanto uma única, uma somente. E como ela já foi feita, já ocorreu, nenhuma outra mais pode ser realizada. Disposição constitucional transitória exaurida. Impossível, portanto, de doravante emendar.

A discussão jurídica sobre a possibilidade de emendar as disposições transitórias refere-se à situação das disposições transitórias antes de se exaurirem. Nos casos citados, por exemplo, antes da realização do plebiscito, ou antes da realização da revisão constitucional.

4.6.2 Direitos adquiridos

Outro tipo de disposição transitória que não pode sofrer emenda é aquela que produziu direitos adquiridos. Todas aquelas normas, mesmo do ADCT, que repercutiram imediatamente gerando direitos, como poderiam ser depois modificadas, de sorte a prejudicar esses direitos, que já serão então “direitos adquiridos” e, a esse título, estão sob a proteção da garantia constitucional?

Suponha-se, por exemplo, a norma que dá aos ex-combatentes o direito a uma “*pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas*” (art. 53, II do ADCT), “*inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção*” – pensão essa que pode ser “*requerida a qualquer tempo*”. Como se poderia modificar essa norma? Aqui é mister distinguir duas situações: modificação para reduzir ou para ampliar esse direito. Modificação para atribuir a esses ex-combatentes uma pensão inferior violaria claramente o direito adquirido. Porém, modificação para atribuir, por exemplo, pensão maior poderia ser feita – mas com uma circunstância importantíssima: não seria nunca propriamente modificação ao ADCT, isto é, na norma de passagem da Constituição antiga para a nova, mas sim uma nova norma transitória, modificando, a partir de sua data, aquele regime.

O mesmo pode ser dito de todas as disposições transitórias que produziram direitos adquiridos: reduzi-los será inconstitucional; ampliá-los constituirá nova regra, provavelmente outra disposição transitória, mas não mais modificação da Constituição antiga para a nova, mas regra nova, a vigorar daí para a frente, portanto, modificação do regime da Constituição de 1988 (com sua parte permanente e sua parte transitória) para uma nova disciplina especificamente quanto a esse assunto.

4.6.3 Limitações materiais implícitas ao poder de reforma constitucional

Há ainda um terceiro tipo de disposições transitórias que não podem sofrer emendas. Trata-se daquelas que constituiriam verdadeiras “cláusulas pétreas implícitas”. Pois foi outro grande mérito do Supremo Tribunal Federal, naquele julgamento, ter reconhecido explicitamente, como consta da primeira parte da própria ementa, conforme se transcreveu acima, a possibilidade de existência de “*cláusulas pétreas implícitas*”, ou limitações materiais implícitas ao poder de reforma, que foi tese pioneira defendida com particular brilhantismo por Nelson de Souza Sampaio ⁶¹, hoje sustentada por juristas do maior peso, como Jorge Miranda ⁶²: “*ao lado de limites **expressos e diretos**, haverá, pois, a seguir-se esse entendimento, limites materiais **expressos e indiretos** e limites materiais **implícitos** ou (para alguns autores) **tácitos***”.

Com efeito, além das limitações temporais, das limitações circunstanciais e das limitações materiais explícitas, Nelson de Souza Sampaio falava de limitações materiais implícitas que também reduziriam a possibilidade de emendas à Constituição. Como limitações materiais implícitas ele aponta as normas concernentes ao titular do poder constituinte, as concernentes ao titular do poder reformador e as concernentes ao processo das próprias emendas constitucionais.

A possibilidade de existência desses limites implícitos é referida em diversas passagens ao longo do julgamento, a começar pelo parecer da Procuradoria Geral da República, que já a reconhecia:

“As limitações materiais expressas são unicamente as elencadas no art. 60 § 4º da Constituição Federal, que não se refere às disposições transitórias. [Estas] podem

⁶¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961.

⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Ltda. t. 2. p. 15.

constituir limites indiretos ou implícitos ao poder de reforma constitucional pelo próprio conteúdo da matéria que veiculam, e não por seu caráter transitório”.

Também o Min. Celso de Mello:

*“Em princípio, **nada obsta** a reformabilidade dos preceitos consubstanciados no ADCT, especialmente quando **inocorre**—e é o que me parece evidente na espécie—qualquer situação configuradora de ofensa ao dogma da insuperabilidade dos limites, **explícitos ou implícitos**, que condicionam o exercício da atividade constituinte secundária”.*

Sobretudo fica muito evidente em sucessivos votos da própria corrente majoritária, que indeferiu a alegação de inconstitucionalidade da Emenda que antecipou o plebiscito mas, ao mesmo tempo, reconheceu claramente o caráter de “*limitação material implícita*” a certas regras, como, entre outras:

a) a República e o presidencialismo **antes** da decisão plebiscitária, conforme registra o parecer do Procurador Geral da República:

“Antes dessa decisão do eleitorado, seria razoável sustentar-se que o legislador constituinte derivado não poderia alterar a forma e o sistema adotados na parte permanente da Constituição Federal. Em realidade, a proibição de antecipação da mudança pode ser considerada um corolário da limitação implícita decorrente da imposição da forma republicana e do sistema presidencialista, pelo menos até a data fixada no art. 2º do ADCT”.

(Note-se que o referido parecer somente admitiu aconstitucionalidade da Emenda porque ela antecipou a data do plebiscito, mas não a vigência da mudança que, por acaso, resultasse dessa consulta popular: o § 1º expressamente determinava que a forma e o sistema de governo definidos no plebiscito “*terão vigência em 1º de janeiro de 1995*”).

Valia-se o mencionado parecer da lição de Fábio Konder Comparato⁶³:

“A essas proibições deve-se ainda acrescentar a de se alterarem, por meio do processo de revisão, o regime político e a forma de governo, os quais serão objeto de plebiscito em 7 de setembro de 1993. Diante da expressão direta da vontade do soberano, nenhum órgão constituído pode pronunciar-se sobre o assunto e, menos ainda, contrariar a deliberação popular”.

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. In: SIMPÓSIO SOBRE REVISÃO CONSTITUCIONAL, jun. 1992.

b) cláusula pétrea implícita também foi considerado, em diversos votos da corrente vencedora, todo o art. 3º, tanto a determinação, em si mesma, para a realização da revisão, quanto o intervalo mínimo de 5 anos a partir da promulgação da Constituição. O próprio relator, Min. Moreira Alves, por exemplo, escreve:

“A revisão constitucional a que alude o art. 3º do ADCT, estabelecendo, para ela, um procedimento menos rigoroso que o do art. 60 da parte permanente da Constituição, tem, inequivocamente, uma limitação temporal: seu procedimento só poderá ser desencadeado ‘após 5 anos, contados da promulgação da Constituição’”. Ainda: “estando a revisão limitada temporalmente pelo art. 3º, a limitação temporal que não pode ser modificada por emenda é esta, e não a de fase preparatória para ela no tocante à forma e ao sistema de governo” [o plebiscito].

O Min. Celso de Melo cita Anna Cândido da Cunha Ferraz⁶⁴:

“O intocável, a meu ver, é a essência do comando constitucional, vale dizer, a Constituição de 1988 deve ser revista, o plebiscito relativo ao regime e ao sistema de governo deve ocorrer. Todavia, a data fixada no texto das Disposições Transitórias é questão acidental, secundária, e pode ser modificada.”

E o Min. Néri da Silveira, explicitamente:

“Tenho, desde logo, ‘ad exemplum’, como distintos os prazos dos arts. 2º e 3º do ADCT. No art. 3º, que cuida de revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, compreendo que há limite temporal ao exercício do poder de reforma da Constituição, estabelecido pelo constituinte, e, assim, insuscetível de ser encurtado o prazo pelo Congresso Nacional, como órgão investido do poder de revisão da Carta Política, aí previsto”. Ainda: “a revisão constitucional do art. 3º do ADCT está sujeita a limite temporal indisponível, quanto ao termo inicial, pelo Congresso Nacional. Tratando-se de modificar a Constituição por rito especial, a antecipação implicaria afastar a incidência das normas gerais de emenda, em tempo diverso daquele previsto pelo constituinte, investindo, ademais, o órgão de revisão, de poderes não desejados pelo constituinte, antes de 5 anos de experiência e vigência da nova Constituição”.

Não somente estas – a forma republicana e o sistema presidencialista antes do plebiscito, e o art. 3º com a determinação para a realização da revisão no intervalo mínimo de

⁶⁴ FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A revisão constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 114, n. 5, p. 18.

5 anos – mas também vários aspectos da própria questão do plebiscito, cuja constitucionalidade se discutia naquela ADIN, também foram considerados cláusulas pétreas implícitas, conforme se verá a seguir.

4.7 O Supremo ea modificação da Disposição Transitória sobre o plebiscito

4.7.1 Cláusulas pétreas implícitas quanto ao plebiscito

Analisando a constitucionalidade da Emenda nº 2, que antecipou de poucos meses a data do plebiscito, o Supremo Tribunal Federal, mesmo havendo, ao cabo, decidido pela constitucionalidade, não deixou de identificar diversas cláusulas pétreas existentes no discutido art. 2º do ADCT. A saber:

a) a determinação de realizar o plebiscito é reconhecida pelo próprio relator, Min. Moreira Alves, como *“cláusula pétrea implícita”*, ao assinalar que essa seria a questão constitucional *“se a Emenda Constitucional sob exame houvesse revogado esse artigo 2º, ou alterado a titularidade da decisão de que ele trata, ou, ainda, modificado a forma ou o sistema de governo independentemente de plebiscito, ou contrariamente ao que nele fosse decidido”*. (Como a Emenda não fez nada disso, mas apenas alterou a data do plebiscito, antecipando-o, o relator não viu inconstitucionalidade).

Também o parecer do Procurador Geral da República no mesmo sentido:

“Ao estabelecer que a forma e o sistema de governo seriam decididos através de plebiscito, a regra, em realidade, excluiu do poder de reforma constitucional a decisão a respeito, outorgando-a diretamente ao eleitorado, ou seja, ao povo. Por outro lado, enquanto não implementados a forma e o sistema de governo decididos pelo eleitorado, o Brasil continuará a ser uma República, e a adotar o presidencialismo” – portanto, cláusulas pétreas, imodificáveis.

No mesmo sentido o voto do Min. Celso de Melo, considerando *“dado meramente secundário”* *“a simples alteração da data que foi originariamente fixada para a realização da consulta plebiscitária”*:

“Essencial, neste contexto normativo, é o respeito do Poder Legislativo à decisão política fundamental tomada pelo legislador constituinte em 1988, quando – tendo

presente a controvérsia que se estabeleceu em torno da definição dos diversos aspectos pertinentes à configuração institucional do Estado brasileiro – optou por submeter à soberana deliberação do Povo a resolução do dissenso político registrado no seio da Assembleia Nacional Constituinte”.

b) a impossibilidade de postergar a realização do plebiscito também é reconhecida como “*cláusula pétrea implícita*” no voto do Min. Néri da Silveira, o que significa que, se o Supremo Tribunal Federal admitiu a alteração da data do plebiscito, não a admitiu em termos absolutos. Aceitou, apenas, antecipação, jamais adiamento, e antecipação de muito pequena monta, de diminuta expressão temporal (de 7 de setembro para 21 de abril, apenas 4 meses e meio). Disse o Min. Néri da Silveira:

“No que respeita, porém, ao plebiscito, não poderia, decerto, a data de sua realização ser postergada para momento posterior ao da revisão constitucional do art. 3º do ADCT precisamente porque, nessa, se há de ter em conta o resultado da consulta popular quanto à forma e sistema de governo, pontos fundamentais a serem considerados na organização política do Estado, e que o constituinte quis deixar abertos à manifestação do povo, para confirmar o que havia decidido, ou preferir solução diversa”.

No mesmo sentido era o parecer do Procurador Geral da República:

“Parece que a data foi fixada para permitir que a decisão sobre a forma e o sistema de governo fossem definidos pelo eleitorado antes da revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, que tem início após 5 anos contados da promulgação da Constituição, isto é, a partir de 5 de outubro de 1993”.

c) a impossibilidade de uma antecipação muito acentuada também é cláusula pétrea implícita. É o que resulta do conjunto dos votos vencedores, a começar pelo do relator, Min. Moreira Alves, acentuando a vinculação entre a data original do plebiscito (7 de setembro de 1993) e o início do prazo para a revisão constitucional (5 de outubro de 1993): “A data que, no art. 2º do ADCT, se estabeleceu para o plebiscito – 7 de setembro de 1993 – indica, claramente, que, com ela, se visa a vincular essa decisão ao procedimento de reforma previsto no art. 3º do ADCT”.

Se a Emenda Constitucional nº 2 tivesse sido promulgada em data muito anterior antecipando o plebiscito para data bem distante da do início da revisão constitucional, é muito

provável, portanto – pelo teor dos votos proferidos – que a decisão final do Supremo Tribunal Federal tivesse declarado a inconstitucionalidade da referida Emenda.

4.7.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 829

A decisão do Supremo Tribunal Federal, como se acaba de ver, não foi em absoluto a de que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pode ser mexido à vontade. Resulta muito claro que o Supremo, definindo o ADCT como de natureza constitucional, entende que ele pode sofrer emendas, tal qual a parte permanente, e que estas emendas estão sujeitas às mesmas limitações da parte permanente, incluindo as limitações materiais tanto explícitas quanto implícitas.

Recusou-se terminantemente o Supremo a examinar outras possibilidades de emendas constitucionais, mesmo com relação ao plebiscito – por exemplo, a objeção óbvia de que, se o reformador constitucional pudesse antecipar o plebiscito, como o fez, também poderia adiá-lo (apesar do voto do Min. Néri da Silveira, assinalado há pouco).

Já o parecer do Procurador Geral da República acentuava:

“Não pode prevalecer o argumento de que o reconhecimento da legitimidade da antecipação levaria a considerar legítimo igualmente o seu adiamento indefinido, porque não ocorreu isso, no caso, e as considerações em torno da existência ou não de fraude à Constituição devem ser aferidas à vista do caso concreto (como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do citado Mandado de Segurança nº 20.257 (RTJ 99, p. 1040-1041))”—decisão que é, aliás, de outubro de 1980,

uma das duas únicas vezes em que o Supremo teve de enfrentar o tema, conforme observou o Min. Sepúlveda Pertence (a outra vez foi em 1926).

Nessa decisão precedente, de que foi relator, coincidentemente, o mesmo Min. Moreira Alves, apreciando a constitucionalidade de Emenda Constitucional que prorrogava mandatos de dois para quatro anos, a segurança foi indeferida com esta fundamentação:

“A emenda em causa não viola evidentemente a República, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De fato, prorrogar mandato de 2 para 4 anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam

os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por 20, 30 ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional”.

No mesmo sentido, o Min. Sepúlveda Pertence, cujo voto teve a singularidade de adotar paradoxalmente as premissas do relator, para chegar, no entanto, à conclusão oposta. Enfatizava o Min. Pertence: *“A matéria há de ser objeto de exame caso a caso, a ver se a alteração da disposição constitucional transitória não foi, em concreto, um instrumento de fraude à Constituição permanente”.*

A partir dessa posição essencial, a saber, discutir a Emenda concreta, e não as possíveis emendas alternativas (que era, aliás, o ponto de partida dos votos perdedores dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Veloso), o Supremo aceitou a constitucionalidade da Emenda nº 2 por ter como secundária a alteração da data, considerando fundamentalmente o fato de que ela continuava próxima da data inicial da revisão constitucional, da qual deveria ser entendida como ato preparatório.

Mesmo o excelente voto do Min. Sepúlveda Pertence, também perdedor, mas com a singularidade já assinalada, era nesses mesmos termos que examinava a questão. E considerando, contrariamente à corrente majoritária, que o plebiscito não é apenas “preparatório” da revisão constitucional, mas *“integra o próprio momento das definições constitucionais encomendadas ao processo global de revisão da Constituição previsto para este ano”*, e que a data não é *“acidental ou secundária”*, havendo, ao contrário, *“uma conexão manifesta entre a data do plebiscito e o termo inicial do processo de revisão constitucional pelo Congresso”*, – votou, ao final, pelo deferimento da ADIN, negando a constitucionalidade da Emenda nº 2.

4.7.3 Insuficiência da decisão do Supremo

Decisão judicial, conforme é mais do que consabido, se cumpre. Não quer isso dizer, porém, que não se possa discuti-la, e sobretudo, uma vez já passado algum tempo sobre ela, refletir acerca de seu conteúdo e de suas implicações.

Embora muitíssimo bem estruturada, a impressão que se tem, ao cabo, daquela decisão do Supremo é de uma profunda fragilidade, na medida em que a decisão final ficou a depender tão somente do caráter accidental, ou não, da data do plebiscito relativamente à data do início do prazo para a revisão constitucional. Definido que as emendas do ADCT se sujeitam às mesmas limitações das emendas em geral à Constituição, e que também sobre elas incidem as chamadas “cláusulas pétreas implícitas”, fica muito débil fazer a decisão final depender tão somente do tamanho da alteração proposta para a data do plebiscito. Haveria que esclarecer se não haveria, em relação ao plebiscito, também uma “cláusula pétrea implícita”.

De resto, incorria ainda aquela decisão no grave equívoco de vincular uma coisa a outra, o plebiscito e a revisão. A rigor, o que é accidental é essa vinculação. É claro que, consumado o plebiscito, e iniciada em seguida a revisão, esta teria de obedecer às definições daquele. Mas a revisão absolutamente não se teria de dar obrigatoriamente naquela data: o intervalo de 5 anos era apenas um prazo inicial, dentro do qual não poderia ser feita a revisão, sendo ela apenas **autorizada** para ser iniciada a partir desse período – poderia ser aos 5 anos, mas poderia ser também aos 10, aos 12, aos 18, ainda nem ter sido feita. E aí, conforme assinalado no voto do relator, Min. Moreira Alves, “*se o plebiscito puder ser realizado após a revisão aludida no art. 3º, nada impedirá que, pelo procedimento do art. 60 da parte permanente da Constituição, se façam as alterações necessárias para a execução da decisão política tomada nesse plebiscito*”. A revisão não foi prevista por causa do plebiscito, para implementar as definições do eleitorado. Foi prevista como processo global de reexame da Constituição – para o qual o constituinte exigiu um prazo mínimo para a maturação constitucional (5 anos), mas a ser feita não necessariamente no quinto ano, porém a qualquer momento a partir daí, e poderia até ainda não ter sido feita. Data específica e expressa o constituinte fixou, sim, foi para o plebiscito, não para a revisão. Realizado o plebiscito na data constitucionalmente fixada, seguir-se-ia necessariamente uma reforma constitucional para implementar a opção do eleitorado, se esta fosse diferente da forma ou do sistema de governo definidos pelo constituinte originário – reforma compulsória, a ser feita ou na revisão constitucional (se ela realmente se realizasse no 5º ano de vigência da Constituição) ou por Emenda Constitucional normal, se não fosse haver em seguida a revisão constitucional. Portanto, a efetivação da decisão plebiscitária não precisaria ser feita necessariamente por revisão constitucional.

Três pontos podem-se, assim, identificar na decisão do Supremo Tribunal Federal:

(a) seria inconstitucional a tentativa de suprimir as determinações e as opções do art. 2º, que, como tal, deve ser entendido como cláusula pétrea, sendo portanto obrigatória a realização do plebiscito;

(b) também seria inconstitucional sua transferência para data muito posterior, ou seja, muito distante daquela estabelecida naquele artigo;

(c) transferência para data próxima seria, porém, aceitável.

No entanto, em relação ao terceiro ponto, não sendo completamente satisfatórias as alegações do Supremo, pode-se dizer que ficam abertas duas linhas de raciocínio: uma, (a) a de que também transferência para data próxima seria igualmente inconstitucional, sobretudo pelo argumento de que, se se puder fazer transferências pequenas, também se poderiam fazer transferências grandes, a diferença entre uma e outra sendo meramente quantitativa, e não qualitativa, pois não há diferença de natureza entre mudar a data marcada pelo ADCT para o plebiscito para data relativamente próxima ou mudá-la para data distante.

A outra: (b) posto que já assentado que transferências para datas muito afastadas seriam abertamente inconstitucionais, a tentativa de transferências para datas próximas seria possível a critério do Supremo, isto é, segundo uma interpretação de razoabilidade a cargo do órgão máximo do Judiciário brasileiro. Pode-se imaginar que isso seria dar um poder de interpretação excessivo, quase político, ao Supremo, mas essa foi, em última análise, a posição que prevaleceu naquele julgamento.

Salta aos olhos, portanto, que a questão das emendas às Disposições Transitórias precisa de tratamento mais geral, mais abstrato, menos casuístico, menos dependente do sentimento da acidentalidade ou não da alteração proposta ou de outras circunstâncias assim concretas e miúdas. Inclusive porque, se o papel do Judiciário é examinar o caso concreto, como tanto sublinharam vários ministros do Supremo, é papel da doutrina procurar generalizar a partir desses casos concretos, identificar regras e princípios gerais. Pode-se, e deve-se, então vincular essa questão à tipologia das disposições transitórias para tentar extrair algumas ideias, ou alguns princípios gerais.

4.8 Possibilidade de emendas às Disposições Transitórias segundo seus tipos

Se se compreende a natureza própria das disposições transitórias à Constituição – aquelas quatro funções identificadas acima (promover a passagem de um dado regime constitucional para um novo; promover a implementação de certas normas constitucionais; definir exceções ao novo regime constitucional instaurado; e estabelecer novas determinações, mas pontuais e singulares)– deve-se examinar a possibilidade de emendas constitucionais a cada um desses quatro tipos de disposições transitórias, que podem requerer tratamento diferenciado e exclusivo, com regras próprias para cada qual. Definidas como regras de transição entre um regime constitucional e outro, ou como regras de implementação da nova Constituição, ou como exceções abertas ao novo texto constitucional, ou, enfim, como determinações adicionais e pontuais, a possibilidade de receberem emendas deve estar diretamente relacionada à natureza de cada uma delas.

4.8.1 Emendas às disposições transitórias do primeiro e do segundo tipos

Com a condição de ainda não terem sido exauridas, isto é, antes de se realizar o comando que contêm, e tratando-se de matérias a respeito das quais o reformador constitucional pode emendar, como dito acima, no item 4.5.2., as disposições transitórias do primeiro e do segundo tipos (normas de transição propriamente ditas e normas de implementação) podem ser objeto de emendas constitucionais. Pode haver emendas constitucionais modificando essas duas espécies de disposições transitórias, antes de se exaurirem.

Suponha-se, por exemplo, a primeira modalidade (as que prolongam a vigência da norma constitucional anterior) do primeiro tipo de disposições transitórias (**as normas de transição propriamente ditas**). É o caso do art. 34 do ADCT, que ainda manteve por alguns meses o sistema tributário anterior. Por que não poderia o reformador constitucional (antes de exaurido o prazo ali definido, isto é, naqueles 5 meses iniciais de vigência da nova Constituição, antes de entrar em vigor o sistema tributário da nova Constituição) modificar esse artigo para, por exemplo, admitir que o sistema tributário anterior ainda vigorasse por período mais dilatado? Se ele pode modificar integralmente o sistema tributário, revogar o sistema tributário novo introduzido pela Constituição e substituí-lo por um outro, até pelo

mesmo sistema anterior, pode perfeitamente protrair ainda mais a vigência daquele sistema anterior, enquanto este ainda estivesse vigente.

Assim também em relação, por exemplo, ao regime da Zona Franca de Manaus (art. 40): eventualmente algum dos benefícios aí estabelecidos poderia ser aumentado. Por exemplo, se se pode discutir se (ainda estando transcorrendo o prazo que o ADCT deu ao regime da Zona Franca de Manaus) o reformador constitucional poderia diminuir o tempo desse regime (ou se o prazo original constituiria direito adquirido), poderia no entanto ampliá-lo: estabelecer que valeria por 30 anos, ou 40 etc. (desde que o prazo de 25 anos nele estabelecido ainda não se tivesse esgotado). Foi o que foi feito pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003: acrescentou mais 10 anos àquele prazo. Uma vez que o prazo original de 25 anos só se exauriria em 2013, então o reformador constitucional poderia, sim, modificá-lo, tratando-se de norma constitucional ainda não exaurida. Pena que o tenha feito de forma equivocada, adicionando artigo novo ao ADCT (o art. 92), quando poderia simplesmente modificar o art. 40 original.

Do mesmo modo em relação à segunda modalidade desse primeiro tipo, a saber, as normas que promovem uma implantação gradual das novas normas. Também, antes de exauridas, isto é, antes que as novas normas tenham sido implantadas de forma integral, podem ser modificadas, para definir o ritmo dessa implantação, de forma seja mais lenta seja mais rápida. Uma vez exauridas, porém, as normas desse tipo do ADCT não mais podem ser modificadas: será, então, o caso de verificarse serão possíveis, ou não, modificações no novo regime constitucional já agora integralmente em vigor.

E assim também em relação ao segundo tipo de disposições transitórias (**normas de implementação**): todas elas, antes de exauridas, podem ser objeto de reforma. Todas as suas quatro modalidades. Tanto as que definem a instalação de novos órgãos previstos na Constituição; quanto as que dão prazo para o cumprimento de certos mandamentos constitucionais (prazos de modo geral inócuos, como se viu, uma vez que nenhuma sanção é fixada para o não-cumprimento deles, salvo algumas exceções); quanto, ainda, a pré-regulação de matérias que o constituinte mandou o legislador ordinário regular; e quanto, por último, as que implementam valores constitucionais.

De fato, se se trata de assunto sobre o qual o reformador constitucional pode dispor, evidentemente pode ele mudar a pré-regulação já constante da Constituição original, definindo de outra forma essas matérias que a Constituição remete para o legislador ordinário, bem entendido: enquanto essa legislação ordinária não vier. Assim como pode definir de outro modo a instalação dos novos órgãos (antes de serem instalados). Ou dar outros prazos para o cumprimento daqueles mandamentos (antes de esses mandamentos terem sido efetivados). Ou definir de outra forma a implementação de valores constitucionais, inclusive fixando outros prazos (antes de esses valores serem implementados).

Considerem-se, por exemplo, aquelas normas que fixam prazos para a implementação de normas ou de valores constitucionais, e por isso asseguram certas **situações durante um certo tempo** – por exemplo, o art. 42 (“durante 25 anos” a União deve aplicar certos percentuais nas regiões Centro-Oeste e Nordeste), ou o art. 60 (durante 10 anos 50% dos recursos a que se refere o art. 212 serão destinados a eliminar o analfabetismo, etc). Antes de exauridos, esses prazos podem ser modificados.

Absurdo, no entanto, como já assinalado (no item 4.3.2), foi o que ocorreu: a regra do art. 42 dava um prazo de 25 anos, a encerrar-se portanto em 2003. Antes do término desse prazo, poderia ser modificada. Mas não em 2004, como aconteceu com a Emenda nº 43, mudando a redação do referido art. 42 para estender o prazo para 25 anos – aparentemente 25 anos contados a partir da Constituição (se era modificação ao ADCT), mas (estando aquele prazo já exaurido) poderia ser a partir da data da Emenda (15 de abril de 2004).

Absurdo ainda pior, como também já assinalado (no mesmo item 4.3.2), aconteceu com a regra do art. 60 do ADCT, que estabelecia originariamente um prazo de 10 anos para aplicação de certo percentual na eliminação do analfabetismo. Em 1996, portanto, dentro dos 10 anos, a Emenda nº 14 de 12 de setembro, mexeu no percentual e nas regras e mudou o prazo, embora aparentemente o mantendo: de fato o mudou porque, dando nova redação ao art. 60, estabeleceu que o prazo de 10 anos contaria a partir da data da Emenda: “*nos 10 primeiros anos da promulgação desta Emenda*”... , isto é, 12 de setembro de 2006. De novo, esse novo prazo já estava exaurido (há 3 meses) quando foi absurdamente ampliado: em 19 de dezembro de 2006, a Emenda Constitucional nº 53 prevê um novo prazo de 14 anos, mas estabelecendo: “*até o 14º ano de promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, “ etc....*” Dando nova redação ao art. 60 (que já estava com nova redação dada pela Emenda 14),

fica o problema de saber o termo inicial do novo prazo, ou seja, a qual Emenda a nova redação se refere ao dizer “desta Emenda” – se à Emenda 14 ou à própria Emenda 53. O novo prazo de 14 anos se contaria, como o anterior, de 10 anos, da data da Emenda 14 (12 de setembro de 1996), ou a partir da data da Emenda 53 (19 de dezembro de 2006), findando-se então, na primeira hipótese, em 12 de setembro de 2010, ou somente, na segunda hipótese, em 19 de dezembro de 2020?

4.8.2 Emendas às disposições transitórias do terceiro tipo.

Outro é o raciocínio a fazer, no entanto, quanto às disposições transitórias do terceiro tipo (**normas de exceção**), as exceções que às normas permanentes do corpo da Carta Magna o próprio constituinte abriu, no ADCT, de forma pontual e relativamente a situações existentes na data da Constituição.

Aqui não é mais o caso de disposições exauridas ou ainda não exauridas. Definidas, no ADCT, algumas exceções, elas se efetivam de imediato, ou, ao menos, o direito a elas.

Como se poderiam admitir emendas a essas exceções? Não pode o reformador constitucional (a) nem introduzir novas exceções, além e a mais dos casos que o constituinte originário excepcionou; (b) nem pode retirar o caráter de exceção delas, para que, sobre aqueles casos excepcionados, incidisse também a norma geral permanente; (c) nem pode, enfim, modificar as exceções que o constituinte originário estabeleceu, para lhes dar tratamento diferente. As exceções devem ser entendidas como voz exclusiva do constituinte originário, incluindo-se então entre as limitações materiais implícitas ao poder de reforma, de que falava Nelson Souza Sampaio.

É fácil compreender: o constituinte originário define autoctonamente uma nova ordem jurídica, nos termos que entender. Ao fazê-lo, pode excepcionar, da nova ordem jurídica que está instaurando, do novo edifício constitucional, uns tantos casos, que destacou, para os quais definiu um outro tratamento qualquer (o anterior, ou um outro especial). É opção soberana, exclusiva, incomunicável, do constituinte originário. Somente ele pode definir essas exceções, que terão de ser cumpridas e respeitadas nos exatos termos que ele definiu. Em princípio, não tem o reformador constitucional autoridade para mexer nessas exceções, que são privativas do autor da Constituição nova.

Se o reformador constitucional pode modificar a regra permanente (e pode fazê-lo seja em caráter permanente seja mesmo em caráter temporário, como foi visto: as chamadas “emendas constitucionais transitórias”), não pode, no entanto, desconstituir as exceções que o próprio constituinte admitiu, nem abrir novas exceções às regras permanentes para regular situações existentes na data da Constituição, – e isso em nome essencialmente do princípio da igualdade de todos diante da lei, igualdade que só admite as exceções que o próprio constituinte originário houver instituído.

Para aqueles que o ADCT excluiu da regra geral, essas exceções de modo geral constituem verdadeiros **direitos adquiridos**, e, como tais, estão protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, XXXVI.

Assim, por exemplo, quanto à primeira modalidade das normas de exceção (as exceções que mantém a Constituição anterior): não será possível nem retirar alguma das situações que foram beneficiadas com a manutenção da Constituição anterior, nem acrescentar novas situações.

O mesmo se diga quanto à terceira modalidade (as exceções que consistem em criar uma norma nova, especial, intermediária): os benefícios aí estabelecidos não podem ser reduzidos, por constituírem direitos adquiridos; podem eventualmente ser ampliados, mas a rigor essa ampliação constituirá regra nova, não regra de passagem da Constituição antiga para a nova, e, sim, regra a vigorar daí para a frente, portanto modificação do regime da Constituição de 1988 para uma nova disciplina.

Quanto, por fim, à segunda modalidade (as que autorizam opção por um regime ou por outro, ou uma instituição ou outra): as opções asseguradas nessas exceções (art. 22 e art. 29 §§ 2º e 3º do ADCT) constituem claramente direitos adquiridos daqueles servidores que o ADCT desse modo destacou, não podendo, portanto, ser prejudicados por nenhuma modificação constitucional.

4.8.3 Emendas às disposições transitórias do quarto tipo

As determinações pontuais, em geral, têm o mesmo caráter das exceções: em princípio, não podem ser modificadas. Podem ser reunidas em algumas categorias:

a) Várias delas são **normas negativas**, que determinam revogações ou vedações, e se efetivam por si mesmas, com a só promulgação da Constituição: não há como modificá-las, portanto. São normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. É o caso do art. 18; do art. 25, caput; do art. 27 § 8º.

b) Outras criam **direitos adquiridos**, como os artigos 8º. 9º, 23, 28, 29 § 4º. Como se poderia modificar, para reduzir, a anistia definida no art. 8º, por exemplo? Eventual ampliação na regulamentação dessa anistia poderia ser feita, mas seria, como nos casos anteriormente já referidos, nova regra constitucional, não modificação na regra de passagem da Constituição anterior para a nova.

c) Outras, ainda, são **determinações** que se realizam **imediatamente** com a promulgação da Constituição, impossíveis, portanto, de sofrerem modificações quaisquer. São normas já exauridas. É o caso dos artigos 13, 14 e 15, que extinguem os antigos Territórios Federais ainda existentes e criam novos Estados ou incorporam um dos Territórios ao Estado de Pernambuco. Também o art. 12 § 5º, que reconhece imites do Acre. Ou o caso dos §§ 1º e 2º do art. 25 que regulam a situação de decretos-leis em tramitação no Congresso: são aplicados imediatamente, com a só entrada em vigor da nova Constituição. Ou o art 34 5º, que mantém a legislação tributária anterior não incompatível.

d) Outras, ainda, mandam que certas **providências sejam tomadas**, como o art. 17 (que manda reduzir vencimentos aos limites constitucionais); o art. 31 (manda estatizar as serventias do foro judicial); o art. 58 (manda rever os valores dos benefícios de prestação continuada); o art. 64 (manda imprimir a Constituição); o art. 68 (manda reconhecer, em favor das comunidades dos quilombos, a propriedade definitiva das terras). Trata-se de determinações pontuais que mandam efetivar certas regras da Constituição nova. Não parecem, igualmente, suscetíveis de modificações.

e) Restam, enfim, os casos dos artigos 2º e 3º, justamente as **determinações pontuais relativas à própria Constituição**.

A Emenda Constitucional nº 2, que modificou o art. 2º, é, como foi visto, caso indiscutível de modificação direta ao ADCT. A questão, aqui, portanto é ao mesmo tempo teórica (sobre a possibilidade, em geral, de modificação desse art. 2º) quanto concreta (houve

uma modificação real). Trata-se de saber se, havendo o constituinte originário, no ADCT, mandado realizar plebiscito e lhe dado uma determinada data, poderia o reformador constitucional dispor diferentemente. Esta é, portanto, a única modificação de artigo original do ADCT que ainda se pode discutir.

4.9 O caso dos artigos 2º e 3º: determinações pontuais inalteráveis

4.9.1 Dois caminhos teóricos

Diante desta questão só existem dois caminhos teóricos. Um primeiro seria adotar aquela solução do Supremo Tribunal Federal e, com todas as cautelas a que o Supremo procedeu (as cláusulas pétreas implícitas apontadas acima), admitir analisar a modificação feita concretamente. Eventuais propostas de modificação dos arts. 2º e 3º seriam sempre examinadas caso a caso, quase sem nenhum princípio geral, podendo, como terminou acontecendo, o Supremo admitir pequenas modificações na data, desde que muito próximas da data originalmente estabelecida, mas não outras. No fundo, há uma renúncia a definições gerais, estabelecidas pela legislação ou pela doutrina, mas agora abandonadas em favor de decisões pontuais judiciais, segundo o entendimento dos juízes do momento, um tanto na linha da escola do “Direito livre”.

Esse caminho, além de ter partido de uma premissa equivocada (a saber, a vinculação entre a realização do plebiscito e a revisão constitucional), ainda tem a fragilidade de não fundamentar suficientemente a distinção que faz dentro da norma – isto é, o ponto de vista de que a realização da revisão e do plebiscito seria obrigatória, e não podem ser alteradas, mas não a data do plebiscito. Como e por que distinguir, dentro da norma, um aspecto e outro, para sustentar que um é imodificável, mas o outro, não? Por que o prazo mínimo de 5 anos para a realização da revisão seria intocável, mas a data expressamente fixada para o plebiscito, não?

O outro caminho teórico – que parece não só mais coerente com a natureza do quarto tipo das disposições transitórias, as determinações pontuais, mas também mais consequente com a ideia de se adotarem sempre regras gerais de interpretação, e não interpretações casuísticas, caso a caso – seria o de simplesmente sustentar que a data fixada para o plebiscito pelo art. 2º, também ela, é totalmente imodificável.

4.9.2 Os artigos 2º e 3º: determinações pontuais inalteráveis

Qual a razão última das limitações que o STF reconheceu?

Com efeito: na análise da ADIN que impugnou essa Emenda, o Supremo Tribunal Federal chegara a identificar, como se viu, algumas cláusulas pétreas implícitas, ao menos três, a respeito dessa fixação do plebiscito:

- a) a impossibilidade de sua revogação, isto é, de Emenda Constitucional que suprimisse a previsão do plebiscito previsto no art. 2º;
- b) a impossibilidade de sua postergação para momento posterior ao da revisão constitucional; e
- c) a impossibilidade de uma antecipação muito acentuada.

Ou seja: nem a possibilidade de supressão do plebiscito, nem sua postergação para depois da data inicial da revisão constitucional, nem excessiva antecipação.

Ora, o que parece é que o Supremo Tribunal Federal não conseguiu avançar até à raiz dos pontos que ele próprio levantou. Reconhecendo perfeitamente a existência de limites não só explícitos, mas também implícitos, que restringem o poder constituinte reformador, e, mais ainda, identificando claramente, na mesma questão do art. 2º, algumas dessas barreiras, o Supremo não atinou, porém, com a razão última e real dessas limitações.

Por que, afinal, a forma republicana e o sistema presidencialista não poderiam ser modificados antes da decisão popular (o plebiscito previsto no art. 2º)? Por que a determinação de realizar seja o plebiscito seja a revisão não poderiam ser revogadas por Emenda Constitucional? Por que o intervalo mínimo de 5 anos para a realização da revisão constitucional não poderia ser antecipado, para 2, 3 anos, etc? Por que a realização do plebiscito não poderia ser adiada para data bem posterior?

Nenhum desses comandos estando exaurido, por que não poderiam eles ser modificados? Examine-se o mais ostensivo deles: se o reformador constitucional pode alterar a forma republicana e o sistema presidencialista, e pode (a República tendo deixado de ser cláusula pétrea; e o parlamentarismo havendo sido introduzido pela Emenda nº 4, ao tempo da Constituição de 1946), por que não o poderia fazer antes do plebiscito determinado no art. 2º do ADCT?

E por que não poderia suprimir a própria realização do plebiscito a esse respeito? Ou por que (ainda não tendo sido ele realizado) não poderia adiá-lo para ser feito somente 20 anos depois de promulgada a Constituição?

Assim também quanto à revisão constitucional admitida no art. 3º: por que não poderia suprimir a hipótese de realização dessa revisão, deixando assim de abrir qualquer exceção às modalidades de reforma estabelecidas no corpo constitucional? Ou adiar a permissão para essa revisão, estabelecendo, por exemplo (antes que ela se tivesse realizado), que ela somente poderia se fazer, digamos, 20 anos depois de promulgação da Constituição? Ou, ansiosos, sôfregos para logo reformar a Carta ainda muito verde, antecipar essa permissão, para admitir que ela se fizesse apenas 2 ou 3 anos depois de promulgada a Constituição?

Por que todas essas alterações, tanto as relativas ao art. 2º como ao art. 3º, devem ser tidas (e o Supremo assim as considerou) como impossíveis?

Não há vinculação entre o plebiscito e a revisão constitucional

Qualquer explicação na linha de uma vinculação absoluta entre o plebiscito e a revisão constitucional é insuficiente e improcedente. Já foi assinalada a insuficiência da decisão do Supremo, na medida em que analisou a Emenda nº 2 à luz da data da revisão constitucional prevista no art. 3º, como se essa data fosse rígida e não fosse apenas um ponto de partida. De fato, o ADCT não determinou que a revisão fosse feita necessariamente aos 5 anos de vigência da Constituição, mas a partir daí, podendo ser realizada muitos anos depois desses 5 anos iniciais. As duas datas devem ser consideradas completamente desvinculadas uma da outra, a questão da alteração da data do plebiscito nada tendo a ver, a rigor, com a data da revisão constitucional (ou melhor, com a data a partir da qual a revisão poderia ser feita).

As determinações pontuais são inalteráveis

A única resposta possível, para justificar a impossibilidade de proceder àquelas modificações hipotéticas mencionadas, é que elas constituem determinações pontuais, isto é, comandos adicionais queridos pelo constituinte originário, e essas vontades originárias não podem ser alteradas pelo reformador constitucional. O Ministro Néri da Silveira havia percebido claramente a razão real quando assinalou que aqueles (a realização do plebiscito, e realização antes da revisão constitucional, os que reconhecia serem limitações implícitas ao poder de reforma) eram pontos “*que o constituinte quis deixar abertos à manifestação do*

povo, para confirmar o que havia decidido, ou preferir solução diversa”. É por isto, fundamentalmente por isto: porque são “quereres” do constituinte originário, vontades expressas, explícitas e diretas dele. Bem entendido: todas elas – a realização do plebiscito tanto quanto sua data. Foi isto, todas essas vontades, que o constituinte quis, soberanamente.

É impossível, exatamente por isso, dissociar as duas coisas: de um lado, todas as cláusulas pétreas implícitas que o próprio Supremo reconheceu lisamente na questão do art. 2º e, de outro, a possibilidade de breve antecipação da data do plebiscito, que ele aceitou. Se todos aqueles pontos – a própria realização do plebiscito, sua postergação para data posterior, sua antecipação para data muito anterior, como também a mudança da forma ou do sistema de governo antes da manifestação plebiscitária, a antecipação ou a postergação do prazo mínimo para a realização da revisão constitucional, etc – são irreformáveis, por que não o seria também a pequena antecipação (breves 4 meses) da data do plebiscito? A razão que fundamenta a irreformabilidade daqueles pontos fundamenta também a irreformabilidade da data do plebiscito: é porque uns e outro foram queridos pelo constituinte originário, são vontades diretas e pontuais dele, são determinações pontuais e, como tais, inalteráveis.

Se não fosse determinação inalterável, o reformador poderia adiar

Admitir qualquer modificação nessa data seria admitir que, assim como antecipou (embora por breves 4 meses e meio), o reformador constitucional poderia também adiar o plebiscito – e adiá-lo por 10 ou 30 anos, ou poderia até suprimi-lo, o que deve ser tido, uma coisa e outra, como inadmissíveis, por constituírem direta violação da vontade do constituinte originário, desrespeitando a determinação que ele expressamente instituiu – cláusula pétrea implícita, como reconhecido em várias passagens da decisão do Supremo. Se o constituinte originário mandou fazer um plebiscito, e em determinada data; se ele quis que a sua opção por um dado sistema e uma dada forma de governo não fosse definitiva, mas precisasse ser confirmada por uma manifestação plebiscitária – determinação pontual muito precisa, que constitui também uma exceção ao sistema normal de reforma constitucional que ele instituiu – não pode o reformador constitucional singelamente desprezar essa determinação e alterá-la seja em que sentido for: ou bem para radicalmente suspender a consulta plebiscitária; ou bem para adiá-la para não se sabe qual prazo, talvez as calendas gregas; ou bem ainda, para antecipá-la. Nem para antecipá-la, sublinhe-se: até porque, se pudesse antecipar, poderia também adiar. O querer do constituinte originário foi o de imaginar que determinado tempo de experiência do sistema e da forma de governo, pelos quais optou, seria necessário para que

a consulta plebiscitária fosse feita de forma consciente. Antecipar a consulta plebiscitária para data mais próxima da promulgação da Constituição, isto é, mais próxima da opção feita pelo constituinte originário, e feita como escolha deliberadamente provisória, promover tal antecipação sem, portanto, dar tempo àquela maturação, àquela experiência, seria desrespeitar a vontade (que, neste ponto, deveria ser entendida como exclusiva e única, limitação material implícita) do constituinte originário.

A revisão constitucional também é inalterável

Da mesma forma, também deve ser reconhecido como impossível de sofrer modificação (mesmo antes de ser exaurido) o art. 3º do ADCT que estabeleceu a possibilidade de se fazer uma revisão constitucional a partir do 5º ano de vigência da Constituição. Não se pode admitir que o reformador constitucional pudesse nem suprimir essa revisão, nem (mesmo antes de a revisão ter sido realizada) modificar a norma para autorizar a revisão depois de, por exemplo, 3 anos de vigência da Constituição, ou somente após 10 anos, ou, ainda, para instituir, ao invés de uma única revisão, uma multiplicidade delas, revisões a serem realizadas, por exemplo, de 5 em 5 anos. Todas essas modificações constituiriam afronta direta à vontade do constituinte originário.

(Muito mais grave ainda seria a tentativa de modificar o art. 3º agora, isto é, depois de exaurido. Já realizada a revisão constitucional única que o art. 3º admitiu, esse artigo passa a ter uma existência apenas histórica, torna-se juridicamente inexistente, não podendo então ser restaurado. A criação de uma nova revisão implicaria, a rigor, em modificação nas regras permanentes de reforma constitucional [art. 60 da Constituição], o que deve ser tido como impossível, por se tratar de cláusula pétrea implícita. Implicaria em contrariar aquilo que a Constituição mesma dispôs sobre sua própria reforma.)

Comandos únicos

Como visto, se puder mexer de forma permanente (com intenção de perenidade) em alguma norma da Constituição, o reformador constitucional poderá fazê-lo também de forma temporária – uma reforma com prazo certo de duração. Em consequência, se ele não pode mexer, de forma permanente, em algum ponto da Constituição, também não o poderá fazer de forma temporária – disposição transitória essencialmente temporária (disposição transitória no segundo sentido).

Essa ideia deixa muito nítida a impossibilidade de se reformar o artigo 3º do ADCT: porque o reformador constitucional não pode mexer nas normas (do corpo permanente) a respeito da reforma constitucional – cláusula pétrea implícita. Mesmo que não exaurida, isto é, mesmo que a revisão constitucional especial, que o ADCT autorizou no artigo 3º, não se houvesse ainda realizado. Ora, se não pode mexer nesse assunto de forma permanente, também não pode mexer na exceção que, pontualmente, o ADCT criou. Trata-se, clarissimamente, de exceção (às normas gerais sobre reforma constitucional) que somente o próprio constituinte originário poderia estabelecer – uma vez que, cláusula pétrea implícita, nelas não pode tocar o reformador constitucional. O caráter de determinação pontual, vontade exclusiva do constituinte originário, fica então muito evidente – com a óbvia consequência de que não pode ser modificada.

Nas mesmas condições, isto é, ainda não havendo sido realizado o plebiscito, a norma ainda não se havendo portanto exaurido, poder-se-ia fazer raciocínio diferente a respeito da consulta determinada pelo artigo 2º do ADCT,? Afinal não se trata, agora, de cláusula pétrea implícita, podendo, a qualquer momento, o reformador constitucional determinar a realização de um novo plebiscito. Com efeito, nada impede que, hoje, 30 anos depois da Constituição, Emenda Constitucional determine a realização de novo plebiscito sobre a mesma matéria – república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo. Se este (consulta plebiscitária) é assunto sobre o qual o reformador constitucional pode deliberar, para mandar realizar uma nova consulta, então, aplicando inversamente o raciocínio desenvolvido a respeito do art. 3º, concluir-se-ia que o reformador poderia também alterar o artigo 2º, antes de ser exaurido.

Não é assim, porém. E talvez justamente esse raciocínio sirva para se perceber melhor a natureza da determinação pontual.

O que, a respeito da matéria daquele plebiscito, o reformador constitucional pode fazer, a qualquer momento, sim, é determinar a realização de um **novo** plebiscito, mandar ouvir novamente o eleitorado sobre a opção feita pela Constituição em favor da república e em favor do presidencialismo. Pode mandar isso agora, estando a Constituição com 30 anos, ou amanhã, quando ela tiver 35, ou 40, ou 42, ou qualquer outra idade. Pode, a qualquer tempo, o reformador mandar proceder a uma **nova** consulta popular sobre a república ou sobre o presidencialismo. Não pode é modificar **aquela** que o constituinte originário, no ADCT, determinou que se fizesse. **Aquela** é querer explícito do constituinte originário, é

comando único. A se fazer nos termos definidos no ADCT, portanto na data exata ali determinada. É determinação pontual inalterável. O reformador determine quantos plebiscitos queira – mas, **além** daquele, plebiscitos adicionais, mas não substitutos daquele. Aquele é vontade expressa e específica do constituinte originário – intocável, imexível.

Todas as determinações pontuais são imutáveis

De modo geral, portanto, as determinações pontuais, assim como as normas de exceções, devem ser consideradas como imutáveis. Não podem ser ampliadas. Não pode o reformador constitucional acrescentar novas determinações (nem novas exceções), aumentar o número das determinações (e das exceções) que o constituinte originário definiu. Nem reduzir o alcance das já estabelecidas. Nem modificar seu conteúdo ou as datas nelas fixadas. Elas devem ser consideradas, de modo geral, como imutáveis, seja quanto à possibilidade de acréscimo, seja quanto à modificação de seu conteúdo.

A norma do art. 2º não estava exaurida, pois a modificação (a Emenda nº 2) foi feita antes da data prevista no art. 2º original. O primeiro caminho teórico, de entender, como o Supremo Tribunal Federal o fez, que essa modificação poderia ser feita por ter sido mera antecipação, e de pouquíssimos meses – cria enormes dificuldades, a partir do problema de justificar por que outras modificações (adiamento, não antecipação, e por muitos anos ou décadas, e não por poucos meses) não poderiam igualmente ser feitas, e não atina claramente com a razão de ser da impossibilidade dessas outras modificações. A única solução completa e suficiente do problema é o segundo caminho, o de entender que, tratando-se de **determinação pontual**, tal norma não poderia sofrer nenhuma modificação, por ser manifestação direta da vontade expressa do constituinte originário. Esta parece ser a interpretação mais coerente e mais sistemática.

As outras modalidades de determinações pontuais – relativas aos poderes, relativas aos estados, relativas à administração em geral, relativas aos funcionários e relativas aos cidadãos – não podem ser modificados, conforme se viu acima, no item 4.8.3. Também esta última – as determinações relativas à própria Constituição – não podem ser modificadas pelo reformador constitucional. Onde, as determinações pontuais – todas elas – são imodificáveis, por constituírem expressa vontade, singular e específica, do constituinte originário.

5 CONCLUSÕES

a) quanto às disposições gerais

1. Só devem ser disposições gerais aquelas que se aplicam à Constituição toda.
2. Fundamentalmente eram somente dois dos assuntos de disposições gerais nas Constituições brasileiras: reforma constitucional (que diz respeito a toda a Constituição) e estado de sítio (que, suspendendo parte relevante da Constituição, de certo modo suspende a Constituição).
3. Tendo sido deslocados, esses assuntos, desde a Constituição de 1967, para capítulos específicos ao longo do texto constitucional, não há mais lugar para um capítulo de “Disposições Gerais” na Constituição brasileira vigente.
4. Todas as “disposições gerais” da Constituição de 1988 cabem perfeitamente em capítulos específicos já presentes na Constituição.

b) quanto às disposições transitórias

1. Pode haver disposições transitórias não só ao texto constitucional como também a emendas constitucionais, códigos, leis complementares, leis ordinárias, etc.
2. Quanto às disposições constitucionais transitórias, a melhor técnica é a de que sejam elas reunidas num Ato próprio, anexo à Constituição, com numeração específica.
3. As exceções que as disposições transitórias criam atingem sempre situações concretas e individuais existentes na data de sua promulgação. As exceções gerais, atingindo situações futuras, são permanentes e devem ser reguladas no próprio corpo permanente da Constituição.
4. As disposições transitórias, constitucionais ou não, são sempre normas temporárias cuja função essencial é promover a passagem de um regime normativo para outro.
5. Todas as disposições constitucionais transitórias são, ao mesmo tempo, normas de transição, constituem exceção ao regime novo e de fato promovem a implementação da nova Constituição.
6. Tendo, todas, essas características gerais comuns, elas, no entanto enfatizam aspectos diferentes, pelos quais podem ser classificadas em 4 tipos: a) normas de transição propriamente dita (passagem do antigo regime constitucional para o novo); b) normas de implementação (providências para implementar a Constituição nova); c) normas de

exceção (retiram situações da nova disciplina constitucional); e d) determinações pontuais (adicionam determinações específicas e complementares).

7. As normas de transição propriamente dita realizam-se ou bem (a) prolongando a vigência de normas constitucionais anteriores ou bem (b) promovendo uma implantação gradual das novas normas.

8. As normas de implementação realizam-se ou bem (a) definindo a promulgação da Constituição e a instalação de novos organismos nela previstos; ou bem (b) fixando prazos para o cumprimento de certas determinações constitucionais, ou bem (c) pré-regulando situações remetidas para o legislador infraconstitucional, enquanto essa legislação não vier, ou ainda (d) implementando valores constitucionais seja ao preconizar a criação de órgãos não previstos na Constituição, mas harmônicos com ela, seja ao fixar prazos para a implementação de valores constitucionais.

9. As normas de exceção retiram do novo regime constitucional certas situações singulares, pontuais e pré-existentes, ou bem (a) para manter, para elas, a Constituição anterior, ou bem (b) para permitir uma opção entre um regime e outro, ou uma instituição e outra, ou bem (c) para criar uma regulamentação específica.

10. As determinações pontuais acrescentam normas com providências específicas se singulares, adicionais ao texto constitucional. Podem ser (a) relativas à própria Constituição; b) relativas aos poderes; c) relativas à criação e aos limites de Estados; d) relativas à administração em geral; e) relativas a funcionários; ou f) relativa a cidadãos.

c) quanto às emendas às disposições transitórias

1. O ADCT é exclusivamente um conjunto de regras de passagem do regime constitucional anterior para o novo regime constitucional.

2. Sendo assim, uma vez vigente a Constituição nova, não podem ser acrescentadas novas disposições transitórias ao ADCT, posto que não há mais passagem a ser feita.

3. O ADCT tem natureza constitucional e, portanto, pode receber emendas, sujeitas às mesmas limitações explícitas e implícitas do processo de reforma constitucional.

4. Toda vez que o reformador constitucional se propuser a reformar o ADCT deve examinar preliminarmente se não se trataria, antes, ao invés, de disposições transitórias à própria Emenda Constitucional que está promulgando.

5. Também pode haver emendas constitucionais integral e exclusivamente transitórias, porque o reformador constitucional pode modificar o corpo permanente da Constituição tanto de forma igualmente permanente quanto de forma temporária.

6. Nem as normas referidas no item 4 (disposições transitórias em emendas constitucionais) nem as referidas no item 5 (emendas constitucionais transitórias) constituem modificações ao ADCT, posto que não são regras de passagem da Constituição anterior para a atual. Não podem, então, ser incluídas no ADCT.

7. As normas do ADCT, uma vez esgotadas, não mais podem sofrer emendas, por não mais integrarem o ordenamento jurídico

8. Também não podem ser modificadas as normas do ADCT que instituíam direitos adquiridos. Nem as que violam as limitações explícitas e implícitas ao poder de reforma.

9. As disposições transitórias que constituem normas de transição propriamente dita (primeiro tipo) ou normas de implementação (segundo tipo) podem ser objeto de emendas constitucionais, desde que ainda não esgotadas e se o reformador constitucional tiver competência para modificar os respectivos assuntos tratados na parte permanente da Constituição.

10. É irrelevante editar emenda a disposições transitórias que fixaram prazos para realização de certos mandamentos constitucionais, sem lhes terem assinado ao mesmo tempo nenhuma sanção, –quando esses prazos não foram cumpridos.

11. As disposições transitórias que constituem normas de exceção (terceiro tipo) não podem ser modificadas na medida em que produziram direitos adquiridos.

12. Não podem ser criadas novas exceções para ampliar o número de exceções pontuais que o ADCT contemplou.

13. Também não podem ser modificadas as disposições transitórias que constituem determinações pontuais (quarto tipo) por diferentes razões (automaticamente executadas, direitos adquiridos, etc.) e sobretudo por exprimirem expressas e específicas manifestações de vontade do constituinte originário, constituindo assim limitações materiais implícitas ao poder de reforma.

14. As normas dos art. 2º e 3º do ADCT são determinações pontuais e, como tais, imodificáveis – nem podem ser revogadas, nem serem adiadas suas datas, nem antecipadas (mesmo que por poucos meses).

15. A Emenda Constitucional nº 2, de 25.08.1992, que antecipou, em poucos meses, a data de realização do plebiscito é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira: Comentários*. Rio de Janeiro, 1902.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BITTAR, Orlando. A Lei e a Constituição. In: OBRAS Completas de Orlando Bitar. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, Departamento de Imprensa Nacional, 1978.

BRITTO, Carlos Ayres. O Ato das Disposições Transitórias na Constituição Brasileira de 1988: breves notas. In: ARAÚJO, Roberta Correia de Monteiro; ROSA, André Vicente Pires (Org.). *Direito Constitucional: os desafios contemporâneos, homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro: Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1954.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Mário F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. In: SIMPÓSIO SOBRE REVISÃO CONSTITUCIONAL, jun. 1992.

DANTAS, Ivo. Das Disposições Constitucionais Transitórias: uma redução teórica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995.

FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A Revisão Constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 114, n. 5, p. 20.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989. v. 3.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

GARCIA, José Carlos. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

GODOY, Mayr. *Técnica Constitucional e Técnica Legislativa*. São Paulo: Editora Leud, 1987.

HORTA, Raul Machado. A todas Disposições Constitucionais Transitórias. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 33, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2002.

LEAL, Aurelino. *Técnica Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro, 1914.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Ltda. t. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1960.t. 7.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1968.v. 6.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. *Técnica Legislativa: Constituições e Atos Constitucionais do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

REIS, Palhares Moreira. Sobre as Normas Constitucionais Transitórias. *Informativo Consulex*, ano 8, n. 22, maio 1994.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. v. 2.

SLAIBI Filho, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.