

O ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. BREVES NOTAS

CARLOS AYRES BRITTO

SUMÁRIO: 1. Emendas constitucionais e parte permanente da Constituição de 1988. 2. Transição constitucional e parte transitória da Lei Maior. 3. A dualidade tempo/Poder Reformador. 4. ADCT: núcleo intangível do corpo normativo da Constituição. 5. A parte transitória da Constituição e *futuridade*. 6. A parte transitória dos próprios atos de reforma constitucional. 7. Normas transitórias da Constituição *versus* normas transitórias de emenda constitucional. 8. Conclusão.

1. Emendas constitucionais e parte permanente da Constituição de 1988

1.1. As emendas à Constituição brasileira de 1988 foram concebidas para redimensionar apenas em parte o nosso Texto Magno. Aclaro: foram concebidas para incidir tão-somente sobre a banda permanente da nossa Constituição. Não sobre o “ato das disposições constitucionais transitórias”. Nessa medida, são emendas que se definem como atos normativos gerais ou leis em sentido material. Tanto quanto a própria Constituição eventualmente emendada é um ato normativo geral ou lei em sentido material.

1.2. Vê-se, então, que estamos a falar de normas que introduzem nominal reforma à Lei Maior do Brasil. Atos que se revestem dos mesmos caracteres da generalidade, impessoalidade e abstratividade da porção permanente da Constituição refundida. Única parte, aliás, suscetível de uma válida reforma.

1.3. É isso mesmo: à mercê das emendas constitucionais apenas se coloca o segmento das normas permanentes da Constituição (à exceção das cláusulas pétreas, matéria *tabu* para a função reformadora que assiste ao Congresso

Nacional); que já é um segmento de padronização ou de clichêização do fático. Quero dizer: conjunto normativo que se proclama válido para uma série aberta de sujeitos (impessoalidade) e de ações (generalidade), renovando de modo duradouro o vínculo que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos (abstratividade).

2. Transição constitucional e parte transitória da Lei Maior

2.1. Assim ajuizamos porque a banda transitória da Magna Lei (ADCT) se tipifica por incidir sobre fatos que o legislador constituinte somente valorou como de regração efêmera por efeito, justamente, da quadra histórica de transição então vivida. *E 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 (o ADCT, justamente), 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 seguirem* (primeiro, a Constituição; depois, os fatos). 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 susceptíveis de vexar a nova Constituição, colocando-a como peça legislativa demodé ou por qualquer modo descompassada com a dinâmica do pensamento médio da população.*

2.2. 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.*

Se bem ou mal resolvido o problema, nada mais existe a fazer, pois não há como recomeçar um parto legislativo que já se consumou.

3. A dualidade tempo/Poder Reformador

3.1. Com mais clareza, talvez: se o constituinte opta por segmentar a Constituição em porção permanente e porção transitória, é porque deixa a parte permanente aos cuidados do Poder Reformador (respeitadas as cláusulas pétreas) e a parte transitória aos *cuidados do tempo*. Se a banda permanente é colocada a salvo de reformulação perante o Poder Legislativo usual ou cotidiano, a banda transitória é posta a salvo de ambos os Poderes: o Legislativo usual e o próprio Poder Reformador. É como dizer: só o Poder Constituinte (redundantemente chamado de “originário”) é que pode tratar de ambas as partes da Constituição e o faz de um só tomo ou numa única oportunidade (quando da promulgação da Constituição mesma). Isso porque o Poder Constituinte somente opera no *atacado* normativo de cada Constituição por ele gestada. Não no varejo.

3.2. Recolocando as palavras, a Assembléia Nacional constituinte opera binariamente, ao embutir na Constituição o apêndice das disposições transitórias, porquanto: a) exclui essa matéria do âmbito da legislação comum ou simplesmente infraconstitucional; b) exclui igualmente essa matéria do âmbito da própria legislação constitucional permanente. Em ambas as hipóteses, deixa claro o legislador constituinte que reservou para si, com exclusividade, a disciplina do assunto; isto é, conferiu às normas transitórias o mesmo tônus de petrealidade que atribuiu às situações jurídico-subjetivas que já encontrou e não quis desconstituir (de que são frisantes lembranças o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

4. ADCT: núcleo intangível do corpo normativo da Constituição

4.1. Noutro modo de dizer as coisas, o segmento constitucional transitório é um conjunto normativo que se impõe ao Poder Reformador. *É todo ele uma cláusula pétrea*. Não no sentido de cláusula intangível pelo tempo em que vigorar a nova Constituição, mas pelo tempo que se fizer necessário à completa produção dos seus próprios efeitos no mundo das ocorrências fáticas.

4.2. A “revisão” constitucional, por exemplo, foi regrada como norma transitória da *Carta-cidadã* de 1988¹. Nessa condição, nasceu como norma de eficácia diferida e hoje não passa de norma constitucional de eficácia esvaída, pois *já deu o que tinha de dar*. Sua eficácia era da espécie protraída, dissemos,

porquanto destinada a operar somente depois de decorridos 5 anos da promulgação da mesma Carta. Hoje, no entanto, cuida-se de norma constitucional de eficácia esgotada, pois sua própria edição era o fato exauriente da sua hipótese de incidência (caso típico de não-renovabilidade do vínculo entre o descritor normativo e o seu prescriptor). Não que a revisão fosse concebida para cuidar da parte transitória da Constituição. Absolutamente! A revisão foi normada para produzir efeitos sobre a parte permanente do nosso Código Político, *mas ela mesma foi disciplinada como um transitório ato da ordem legislativa*. Sem chance de passar de modalidade transitória de reforma constitucional a modalidade permanente (o transitório que se esfuma pode ser comparado à bafurada de cigarro, que já não tem como retornar à boca do fumante). Pois modalidades de atos com permanente força de refundir a Constituição Federal são apenas as emendas de que trata o inciso I do art. 59 da nossa Magna Carta.

4.3. Ajunte-se que não só a revisão foi disciplinada pelo Poder Constituinte como norma destinada ao esvaimento da respectiva eficácia. Todas as outras normas da banda transitória o foram. Afinal, parte transitória é isso mesmo: um entrar no Magno Texto para dele sair com o simples decurso do tempo. Sem precisar de ato formal derogatório, ou revocatório, que isto já é característica das normas constitucionais permanentes².

5. Parte transitória da Constituição e *futuridade*

5.1. Em verdade, ao dotar a Lei Maior de uma porção transitória, o Constituinte decide que a sua Constituição é para funcionar, no futuro, somente com uma parte permanente. A parte transitória é como se fosse cordão umbilical a murchar e cair de vez com o passar dos dias. O que já é o bastante para a dedução de que não cabe ao Poder Reformador interferir no curso da natureza, retardando, ou, pior ainda, impedindo mesmo o despencar daquele pen-duricalho umbilical (mexendo e remexendo nos comandos efêmeros da Magna Lei, a seu talante).

5.2. Com efeito, admitir que o Poder de reformar a Constituição possa alcançar também a própria banda transitória do Magno Texto, esse Poder Reformador se projeta indefinidamente no tempo e assim artificializa a duração do que foi definido, justamente, para não se prorrogar jamais.

6. A parte transitória dos próprios atos de reforma constitucional

6.1. Quanto à afirmativa inicial de que os atos de reforma têm na produção de normas gerais o seu espaço natural de manifestação, o seu *habitat*

operacional, isto não implica dizer que tais atos estejam privados de conter uma parte transitória *deles mesmos*. Uma norma que vigore a *latere* da Constituição. Do lado de fora, então, e não do lado de dentro da Lei Fundamental. Daí que tais normas transitórias se veiculem por dispositivos que passam a ter numeração própria, uma vez que, não se destinando a entrar na Constituição, não teriam mesmo que renumerar textos normativos que só à Constituição pertencem. É o caso do art. 28 da emenda nº 19, de 04 de junho de 1998 (dentre muitos outros da recente experiência constitucional brasileira, que só está do lado de dentro dessa emenda mesma e cuja vocalização normativa é esta: “*É assegurado o prazo de 2 (dois) anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal.*”

6.2. De fato, comandos desse jaez não modificam a aritmética dos dispositivos constitucionais. Mas algo de novo eles introduzem no Direito Constitucional Positivo, sem dúvida. Seria o caso de classificá-los como — digamos — *emenda aditiva out ou por fora*, para distingui-los das *emendas aditivas in ou por dentro da Constituição*. Se a emenda é por dentro da Lei Maior — emenda típica —, há de veicular normas gerais ou lei em sentido material. Se por fora da Constituição — emenda atípica —, é-lhe permitido o laborar ao nível das normas de efeitos concretos.

6.3. Inevitável, então, é a pergunta: e se uma determinada emenda acrescentar algo à parte permanente da Constituição, porém atuando assim do lado de fora? Com numeração própria de dispositivos, portanto? Entendemos que, embora necessariamente agindo ao nível das normas gerais, esse tipo de emenda se caracteriza pela atipicidade e de logo nos lembramos das dez primeiras emendas à constituição americana, formadoras da “declaração de direitos” daquele País, que deixaram intacta a originária numeração dos textos normativos da Magna Carta de 1787 (emendas que principiariam a vigorar em 1791).

6.4. Mas voltando a especular sobre as normas transitórias das próprias emendas, e não da Constituição originária, perguntamos: Qual o fundamento jurídico para essa porção transitória atípica? Resposta: primeiro, é intuitivo que não se pode recusar às emendas o que pacificamente cabe aos demais atos da ordem legislativa (o conter normatividade transitória). Depois, se as emendas podem circular por certos espaços permanentes da Constituição para suprimi-los, se for este o seu querer objetivo, elas têm a alternativa de fazer a supressão de uma só vez, ou, então, fazê-lo sob coordenadas temporais. Lógico.

7. Normas transitórias da Constituição *versus* normas transitórias de emenda constitucional

7.1. Diga-se, enfim, que num outro aspecto as normas transitórias da própria Constituição mantêm diferença com as normas transitórias de uma simples emenda. É que as normas transitórias da Magna Lei *são tão materialmente ilimitadas quanto as normas permanentes que o Poder Constituinte elabora* (nada é *tabu* material para o Poder Constituinte, que se define, exatamente, como poder que tudo pode no plano da positividade jurídica, expressão que é de um genuíno poder de fato. Supra-estatal e suprapositivo, portanto).

7.2. Já as normas transitórias de uma simples emenda, é claro que elas passam pelas mesmas limitações (temporais, formais, circunstanciais e materiais, como sabido) que o Poder Reformador conhece para editar normas constitucionais permanentes. Logo, nem por se tratar da confecção de normas transitórias de sua própria autoria, fica o Poder Reformador (que, afinal, é um poder constituído) liberado para ir adiante do que iria na reformulação das normas permanentes da Constituição. Como sentencia o vulgo, não se pode dar um passo além do tamanho das próprias pernas.

7.3. Não é assim, porém, como pensa o Supremo Tribunal Federal. Ao contrário da tese aqui desenvolvida, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira vem respondendo assentidamente à possibilidade de alteração do ato das disposições constitucionais transitórias pelo Poder Reformador. É o que se vê, por amostragem, de trecho do voto do Min. Moreira Alves no julgamento da ADI 829:

“(…)

Ademais, 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 da sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilargar-se o período da transitoriedade.

(…)”

7.4. O oposto do nosso pensar. O que não nos desanima a prosseguir na defesa destas idéias, na esperança de vir a nossa Corte Suprema reexaminar o tema com a nova disposição com que passou a lidar, por ilustração, com o

mandado de injunção. Dotando-o, agora sim, do carácter plenamente mandamental com que a nossa Constituição plasmou o instituto.

8. Conclusão

Ditas estas coisas, concludo com o pensamento voltado para Umberto Eco, para quem o intelectual tem que ser a consciência crítica do grupo a que pertence. Ele, o intelectual, “existe para incomodar”. É como dizer: a função do intelectual é agitar idéias, no sentido do questionamento do saber tido por irretocável e na percepção do virginalmente novo. Ambas as coisas ao mesmo tempo e sempre. Incessantemente. Sem outro móvel que não seja a incorporação de mais e mais informações ao DNA investigativo do *homo sapiens*.

NOTAS

1. ADCT, art. 3º — “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

2. Essa categorização de normas constitucionais como de eficácia diferida, assim com esse nome, figura de estudo que fizemos publicar sob a fórmula de opúsculo, pela Universidade Federal de Sergipe, em 1993, sob o título de “Revisão Constitucional: norma de eficácia esvaída”. Já sob a forma de artigo e com o mesmo título, ver Revista Trimestral de Direito Público nº 06, de 1994, fls. 158/168.