

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 152

outubro/dezembro – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: proposta de um critério objetivo para o estabelecimento do referencial temporal implícito

Carlos Antonio de Almeida Melo

Da mesma forma que o Preâmbulo, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição merece considerações específicas.

O ADCT é composto por um conjunto de dispositivos constitucionais que integra o texto da Constituição, possuindo como primeira característica o fato de haver sido promulgado junto com a parte permanente, implicando, dessa maneira, exercício do poder constituinte originário. Nesse sentido, assim como o Preâmbulo configura o *prefácio jurídico-político da Constituição*, o ADCT consiste num grupo de normas a dispor sobre a passagem da idéia de direito anterior (plasmada no texto constitucional revogado) para a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição. Sob esse prisma, constituem *normas de transição e de adaptação* ao novo texto constitucional.

Efetivamente, como construção do constituinte originário, os dispositivos do ADCT, tal como as normas da parte permanente, expressam a nova idéia de direito que consubstancia a ordem jurídica inaugurada pela nova Constituição. O diferencial reside no reconhecimento que a transição de uma situação para outra carece de normas temporárias de adaptação e tais normas, em função da legitimidade, só poderiam ter sido estabelecidas pelo próprio órgão de exercício do poder constituinte originário. Esse o fundamento de sua transitoriedade.

Carlos Antonio de Almeida Melo é Professor de Direito da Faculdade de Direito da UFMT, Procurador do Estado de Mato Grosso, Especialista em Direito Público pela UFRJ.

Possuindo esse perfil, as normas do ADCT são passíveis de alteração, que estarão submetidas às mesmas limitações impostas para a modificação do texto permanente e expressas no art. 60 da Constituição de 1988, inclusive, e principalmente, as vedações constantes do § 4º¹.

Deve-se distinguir que a transitoriedade de tais normas, que as identifica e especifica em relação àquelas da parte permanente, não se confunde com provisoriedade normativa. Enquanto a norma provisória produz seus efeitos à espera daquela que a virá substituir permanentemente, em relação à qual é provisória, a norma transitória caracteriza-se por exaurir seus efeitos normativos no tempo estipulado, isto é, a norma transitória tem *sempre* seu prazo de validade previamente estabelecido.

Pode haver relação de transitoriedade quanto às emendas constitucionais quando estas possuem artigos próprios, isto é, disposições que não promovem modificações, adições ou supressões no texto constitucional, mas traçam *também* normas relacionadas ao contido na própria emenda, funcionando como verdadeiras “disposições transitórias” ou normas de adaptação de seu texto. A rigor, deveriam ser incluídas no ADCT em nome da técnica legislativa. Inocorrendo essa hipótese, principalmente quando em grande número, os artigos próprios da emenda *não* podem ser entendidos como integrados ao texto constitucional, por impossibilidade técnico-dogmática, mas incidem transitoriamente quando da aplicação do texto modificado, sendo de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, exaurindo seus efeitos e normativamente sucumbindo aos inexoráveis efeitos do tempo (ver MELO, 1999, p. 101-120).

Portanto, o grande diferenciador das normas transitórias é o referencial temporal a que estão relacionadas e que dá conta de sua transitoriedade. Todavia, essa temporariedade pode-se apresentar de diversas formas.

Há normas transitórias que, produzindo efeitos concretos a partir do momento da

promulgação do texto constitucional, prescindem do referencial temporal exatamente por esta característica de promover imediata alteração na realidade, embora possam depender de providências ulteriores. Como exemplo, o art. 15 do ADCT/CR 88 ao dispor que *fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco*. No mais, todas as demais normas transitórias estão apoiadas em um referencial temporal que determina sua eficácia.

Deve-se ter em conta que o conceito de transitoriedade, estando relacionado ao tempo, carece de quantificação: por quanto tempo a norma transitória estará apta a produzir efeitos jurídicos?

O referencial temporal de eficácia das normas transitórias consiste no balizamento do tempo em que serão produzidos seus efeitos jurídicos, podendo ser explícito ou implícito. Na primeira hipótese, estará expresso por meio de uma data ou de uma construção gramatical² que informe de maneira taxativa o marco temporal em que se exaurirá a eficácia da norma. Como exemplos, os artigos 1º a 3º, 7º, 20 e muitos outros do ADCT/CR 88. Os dispositivos dessa espécie não apresentam maiores cuidados, uma vez que o referencial temporal é identificado sem a necessidade de cogitações mais significativas.

Contudo, as normas que contêm matéria cujo referencial temporal não está expressamente enunciado carecem de redobrada atenção, pois efetivamente envolvem dificuldades práticas de grande monta em sua aplicação. A ausência expressa do referencial temporal é seu identificador, o que gera questões do seguinte calibre: qual o prazo de validade dessas normas? Em que data seus efeitos normativos, característica de todas as normas do ADCT, exaurir-se-ão? Há necessidade de se desenvolver um critério objetivo de aferição do marco temporal nesse tipo de normas, que se imponha contra razões meramente subjetivas, que fatalmente, em sua ausência, nortearão o intérprete, para responder a essas perguntas.

Como normas resultantes do exercício do poder constituinte originário, mas dotadas de transitoriedade, as regras do ADCT carentes de marco temporal explícito só podem ser avaliadas também pela ótica do próprio poder constituinte. Como o poder constituinte originário se esgota no momento constituinte, aqui caracterizado como a promulgação do novo texto constitucional, a questão tem de ser examinada pelo prisma do poder constituinte derivado, no que este se apresenta mesmo como um resíduo do poder originário, cujo exercício foi disciplinado pelo constituinte.

Tendo em vista essa diretriz, o critério para fixação do marco temporal passa a ser a relação da matéria do ADCT com o exercício do poder constituinte derivado: na medida em que o tema constitucional constante das disposições transitórias não tenha sido objeto de revisão ou emenda na parte permanente, permanece intacta sua eficácia, caso contrário, as alterações promovidas na matéria, mesmo que não sejam realizadas na própria norma transitória, fazem cessar a normatividade do dispositivo.

O critério leva em consideração que os dispositivos do ADCT correspondem a matérias tratadas em maior ou menor escala na parte permanente do texto constitucional, obedecendo, inclusive, a uma topologia semelhante. Assim, a alteração promovida no artigo da parte permanente corresponde à cessação de eficácia do correspondente dispositivo transitório, caso ainda não se tenha exaurido normativamente, mesmo que este não tenha sido objeto de emenda.

O fundamento do critério destaca o exercício do poder constituinte e, em função disso, vincula, como não poderia deixar de ser, o constituinte derivado à nova idéia de direito traçada pelo constituinte originário. Isso significa que o conteúdo das emendas ao ADCT, como de resto ao texto constitucional em geral, além das limitações expressamente estabelecidas no art. 60 CR 88, está comprometido também com as limitações

implícitas contidas na nova idéia de direito configurada no texto constitucional originário.

Assim, não sendo norma de efeitos concretos, nem possuindo referencial temporal explícito nem se tendo exaurido pelo cumprimento de suas determinações, em vez de razões de natureza subjetiva, como “prazo razoável”, por exemplo, a fixação do referencial estaria, por esse critério, implícita no exercício do poder constituinte.

Claro que essas normas do ADCT envolvem outros problemas correlatos, como o de os dispositivos sem referencial temporal explícito não serem cumpridos nem terem a matéria alterada por emenda, restando praticamente sem aplicação. Aqui se faz necessário um comentário sobre a duração da transitoriedade, quando não expressamente fixada.

Nesses casos, isto é, estando a norma transitória sem referencial temporal explícito, em relação à duração da transitoriedade, pelo critério aqui apresentado, poder-se-ia imaginar que fosse alcançado um prazo elástico o suficiente para que seu perfil se metamorfoseasse em indeterminado, logo, que a norma passasse, de certa forma, a “permanente”. Creio que o próprio constituinte originário teve consciência dessa possibilidade, pois fixou o marco referencial de diversos dispositivos transitórios.

Entretanto, essa dificuldade não invalida o critério, uma vez que a duração da transitoriedade pode estar relacionada a diversos fatores, a informar a complexidade para a concretização do comando normativo transitório. Com isso, nada impede que, nessas hipóteses, o tempo da norma perdure até por períodos mais longos (alguns anos, por exemplo). Por outro lado, a perpetuação da transitoriedade pode também estar relacionada pura e simplesmente à omissão, quando os remédios possíveis seriam o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, pelo menos em tese.

Tome-se como exemplo o art. 17 ADCT/CR 88 que dispõe:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido, ou percepção de excesso a qualquer custo.

§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

A norma possui um diferencial único em todo o texto constitucional, que é a ressalva ao direito adquirido, possibilidade somente atribuída ao exercício do constituinte originário (ver MELO, 1999). À parte isso, como norma transitória, cabe em uma das seguintes hipóteses:

1ª – tendo sido cumprida integralmente, exauriu seu conteúdo normativo;

2ª – não foi cumprida integralmente, o que possibilitaria cogitar sobre a duração de sua transitoriedade.

Ao que tudo indica, a despeito de tentativas conhecidas, trata-se de norma a que não foi dado inteiro cumprimento às determinações que contém. Assim sendo, caberiam indagações acerca da duração de sua transitoriedade: poderia o dispositivo ser aplicado, por exemplo, em março de 2001?

Suponhamos que determinado Município tenha, naquela data, realizado substancial reforma no âmbito da administração direta e, como decorrência, promovido a revisão dos valores dos vencimentos, remunerações, adicionais, vantagens e proventos da aposentadoria de seus servidores, desrespeitando direitos adquiridos, sob

a alegação de estar efetivando sua adequação aos ditames constitucionais, ancorando-se nas disposições do art. 17/ADCT. Seria constitucional tal medida? Estaria amparada pela transitoriedade do art. 17/ADCT? Ao que tudo indica, a resposta seria negativa.

Com efeito, o dispositivo transitório mencionado não possui referencial temporal explícito, sendo que a única indicação do fator tempo no *caput* se limita ao advérbio *imediatamente*, o que não fornece maiores esclarecimentos ao aplicador da norma, salvo considerações de natureza estritamente subjetiva.

A matéria referente ao sistema remuneratório dos servidores públicos foi modificada pela Emenda Constitucional Nº 19, de 05 de junho de 1998. Aplicando o critério proposto para a identificação do referencial temporal, tem-se que as normas contidas no art. 17/ADCT não mais possuem eficácia em face da alteração constitucional efetivada pela emenda.

Dessa maneira, no exemplo mencionado, a disposição transitória do art. 17/ADCT não daria fundamento de validade aos atos praticados pela administração municipal em face do exaurimento de sua eficácia.

Por outro lado, a mencionada Emenda Constitucional nº 19/98, em *artigo próprio*, que funciona como disposição transitória de seu texto, estabeleceu norma de conteúdo análogo ao art. 17/ADCT, sem, contudo, por imposição das limitações ao exercício do poder constituinte derivado, excepcionar os direitos adquiridos.

Em face disso, ainda no exemplo proposto, o fundamento de validade das medidas municipais seria o art. 29 da EC nº 19/98, estando aí contido o respeito aos direitos adquiridos dos servidores.

Destaque-se que, em relação aos parágrafos do dispositivo, o direito concernente aos médicos e profissionais de saúde mencionados, desde que preenchidos os requisitos exigidos (*que estejam sendo exercidos*),

passou à qualidade de adquirido e, como tal, protegido pelo art. 5º, inciso XXXVI. Nesse sentido, essas normas podem ser invocadas a qualquer tempo, mesmo após o exaurimento da eficácia normativa³.

Em conclusão:

I – os dispositivos contidos no ADCT configuram, tal qual as regras da parte permanente do texto constitucional, exercício do poder constituinte originário, consistindo em *normas de transição e de adaptação*, dispondo sobre a passagem da idéia de direito anterior para a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição, consistindo essa característica no fundamento de sua transitoriedade;

II – as normas do ADCT são passíveis de alteração, estando submetidas às mesmas limitações impostas para a modificação das regras permanentes;

III – nas emendas constitucionais, os *artigos próprios* são de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, funcionando como normas de transição e adaptação do texto;

IV – em relação às normas jurídicas, a transitoriedade difere da provisoriedade no que esta pressupõe o advento de uma norma de caráter definitivo, enquanto aquela exaure seus efeitos no tempo previsto;

V – as normas transitórias podem produzir efeitos concretos, caso em que prescindem de um referencial temporal de eficácia;

VI – o referencial temporal de eficácia das normas transitórias, que estabelece o baliçamento temporal para a produção de seus efeitos jurídicos, pode ser explícito ou implícito;

VII – o referencial será explícito quando expresso por meio de uma data ou de uma construção gramatical que apresente taxativamente o marco temporal em que a norma exaurir-se-á;

VIII – não estando expresso, o referencial temporal estará implícito no exercício do poder constituinte;

IX – nesses casos, há necessidade de um critério objetivo para sua identificação, propondo-se que, na medida em que o tema constitucional constante das disposições transitórias não tenha sido objeto de revisão ou emenda na parte permanente, permanece intacta sua eficácia, caso contrário, as alterações promovidas na matéria, mesmo que não sejam realizadas na própria norma transitória, fazem cessar a normatividade do dispositivo;

X – a transitoriedade de um dispositivo, quando não fixada expressamente, pode ser de larga duração.

Notas

¹ O ADCT foi objeto de diversas alterações: Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, acrescentou os artigos 71, 72 e 73, Emenda Constitucional nº 12, de 15 de outubro de 1996, acrescentou o art. 74, Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, alterou a redação do art. 60, Emenda Constitucional nº 17, de 22 de novembro de 1997, alterou a redação dos artigos 71 e 72, Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999, acrescentou o art. 75, Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, acrescentou o art. 78.

² Podem ser citadas como exemplos as expressões: *Enquanto não concretizada a transformação em Estados... Até que se efetive o disposto no art. 32, § 2º...* e *Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI...*, constantes, respectivamente, dos artigos 14, § 4º, 16 e 23 do ADCT/CR 88.

³ Esse efeito reside na diferença entre vigência e vigor: enquanto a vigência consiste no período de vida da norma, o vigor é concernente à qualidade vinculante. Assim, uma norma que já tenha perdido a vigência pode continuar a produzir efeitos, isto é, o vigor de uma norma pode ir além de seu período de vigência.

Bibliografia

MELO, Carlos Antonio de Almeida. A constituição originária, a constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 101-120, jul./set. 1999.